

# Revista ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO

La Escuela Comercialista de Córdoba y sus  
Proyecciones



Departamento de  
Derecho Comercial  
Dr. Mauricio Yadarola



UNC

**Director Académico:** Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

**Vicedirectora Académica:** Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

**Coordinadora Académica:** Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

**Editor Responsable de la Revista:** Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

**Gestión de la Revista:** Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

**Colaboración en la edición y gestión de la Revista:** Ab. Romina Furiasse

**Consejo Editorial y Comité Evaluador de Referato:** Profesores Titulares Dres. Marcela Aspell, Vicente Aznar, Giselle Javurek, Francisco Junyent Bas, Orlando Manuel Muiño, Horacio Roitman, José Ignacio Romero, María Cristina Mercado de Sala y Efraín Hugo Richard.

Estudios de Derecho Empresario es una publicación del Departamento de Coordinación Docente Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Tiene sede en la Facultad de Derecho, Obispo Trejo 242 Primer Piso – Centro (5000) – Córdoba – República Argentina.

Teléfono: 0351-4332060 Fax: 0351-4332066

E-mail: [fernanda.cocco@unc.edu.ar](mailto:fernanda.cocco@unc.edu.ar)

Website: [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar) [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

**Índice**

Prólogo	Pág. 4
Prólogo de la Presidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal	Pág. 6
Acta de Premiación	Pág. 7

**Doctrina**

<b><i>“Sostenibilidad medioambiental y sistemas concursales en la reforma de la Ley Italiana de crisis empresarial”</i></b> Gianni Capobianco	Pág. 8
<b><i>“La mediación concursal: un instrumento y organismo extrajudicial para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera”</i></b> Mónica María Fuentes-Mancipe	Pág. 40
<b><i>“El análisis de razonabilidad de la propuesta concordataria frente a la tutela de los acreedores vulnerables”</i></b> Brenda Agustina D’Ubaldo	Pág. 62
<b><i>“Mejor prevenir, que curar -en ocasión de un análisis global sobre mecanismos de “alerta temprana” ante la crisis empresarial y su correlato en la flexibilización al acceso concursal-”</i></b> Manuel Pellegrini	Pág. 90
<b><i>“¿Que hacemos Negro Gómez para asegurar la trazabilidad de los títulos? (en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo Gómez Leo)”</i></b> Efraín Hugo Richard	Pág. 107
<b><i>“El principio de legalidad y las fuentes del derecho en las relaciones de organización personificadas. El “contraderecho” en los concursos de sociedades”</i></b> Efraín Hugo Richard	Pág. 114
<b><i>“Participación en Congresos Concursales UBA 2024”</i></b> Efraín Hugo Richard	Pág. 140
<b><i>“Sociedades de la Sección IV”</i></b> Bruno Chiaramello	Pág. 194

## Prólogo

*María Fernanda COCCO – Efraín Hugo RICHARD*

Tenemos el agrado de compartir con ustedes este número 27 de la Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario donde, en esta oportunidad, publicaremos los ensayos premiados en el marco de la actividad académica organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal -sede México- en cuyo Congreso anual, esta vez en Lima, otorgaron el “PRIMER PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES EN DERECHO CONCURSAL - PROFESOR EFRAÍN HUGO RICHARD”

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en su labor, investigadora y docente ha creado tres premios entre su rama más joven (menos de cuarenta años), que propugnan la difusión del conocimiento de los diversos ámbitos que concita la insolvencia empresarial, particularmente las alertas tempranas, la especialidad de las crisis societarias y el análisis de soluciones innovativas con participación de todos los interesados.

Los honorables miembros del Jurado designado por la Mesa Directiva y Comisión Académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Profesores Alicia Ferrer Montenegro, Luis Manuel Meján y Daniel Truffat, han decidido por unanimidad, otorgar el **PRIMER PREMIO** al trabajo del colega italiano Gianni Capobianco, “*Sostenibilidad medioambiental y sistemas concursales en la reforma de la ley italiana de crisis empresarial*”, el **SEGUNDO PREMIO** a la colega colombiana Mónica María Fuentes-Mancipe, por su ensayo “*La mediación concursal: un instrumento y organismo extrajudicial para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera*”, el **TERCER PREMIO** a la joven colega argentina Brenda Agustina D’Ubaldo por su trabajo “*El análisis de razonabilidad de la propuesta concordataria frente a la tutela de los acreedores vulnerables*”, cierra el **CUARTO PREMIO** para el joven colega argentino Manuel Pellegrini, por su ensayo “*Mejor prevenir que curar, en ocasión de un análisis global sobre mecanismos de “alerta temprana” ante la crisis empresarial y su correlato en la flexibilización al acceso concursal*”.

Forman parte de este número, aparte de los ensayos distinguidos, el Prólogo del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en alusión a los Premios otorgados y la transcripción del Acta de Premiación, hoy bajo la Presidencia de Alicia Ferrer Montenegro.

Esta es una manifestación más del vínculo académico que nuclea al DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ESTA UNIVERSIDAD y del INSTITUTO DE LA EMPRESA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, gestores de esta Revista Electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, con el INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL (Sede México), con quién nos unen convenios académicos, y que se gestara en La Cumbre en el año 2000 en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia in Memoriam de nuestros Maestros Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, ante el apasionamiento del colombiano Jesús Sanguino Sánchez, y que concretó en Barranquilla (Colombia) en 2004, asumiendo la Presidencia, con la incansable Lidia Vaiser como Vicepresidente (y desde siempre Presidente del Capítulo Argentino) y la Vice Presidencia Académica de Efraín Hugo Richard.

Ante la inusual ausencia del Director en el XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y el X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE INSOLVENCIA desarrollados en la Facultad de Derecho de la UBA del 16 al 19 de octubre del corriente año; y en el XX CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL – FORJANDO EL FUTURO: DERECHO CONCURSAL 4.0 - LIMA 2024, desarrollado el 23, 24 y 25 de octubre del corriente año, , la Vicedirección Académica se ha permitido incorporar dos recientes ensayos del mismo.

En primer lugar, nos encontramos con el ensayo en homenaje al Dr. Osvaldo Gómez Leo y, a continuación, nos sorprende la reciente participación en la Reunión Conjunta de las Academias Nacionales De Derecho de octubre de este año; como así también los doce ensayos que presentó en colaboración en los Congreso de Buenos Aires, ante su imposibilidad de asistencia.

Cerrando este número, se suma el trabajo del joven ayudante-alumno de Derecho Privado IV Bruno Chiaramello, quien está así dando comienzo a una futura carrera docente, titulado *“Sociedades de la Sección IV”*.

Los invitamos a descubrir y experimentar este Volumen, iniciando ese descubrimiento en el análisis del índice.

**Prólogo de la Presidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal**

***Alicia FERRER MONTENEGRO***

En esta nueva edición de la Revista se publicarán los trabajos premiados en el concurso JOVENES INVESTIGADORES PREMIO EFRAIN HUGO RICHARD, un llamado del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal a profesionales menores de cuarenta años que deseen investigar en materia concursal.

El Tribunal integrado por los Prof. Luis Manuel Meján (México), Daniel Truffat (Argentina) y Alicia Ferrer (Uruguay), dejó bien claro la excelencia de los trabajos recibidos, la rigurosidad de las investigaciones realizadas y la corrección de la metodología empleada.

Los premios fueron:

1.- GIANNI CAPOBIANCO. Sostenibilidad medioambiental y sistemas concursales en la reforma de la ley italiana de crisis empresaria.

2.- MONICA MARIA FUENTES-MANCIPE La mediación concursal: un instrumento y organismo extrajudicial para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera.

3.- BRENDA AGUSTINA D'UBALDO El análisis de razonabilidad de la propuesta concordataria frente a la tutela de los acreedores vulnerables.

4.- MANUEL PELLEGRINI Mejor prevenir que curar, en ocasión de un análisis global sobre mecanismos de “alerta temprana” ante la crisis empresarial y su correlato en la flexibilización al acceso concursal.

La publicación de estos trabajos resultará un valioso aporte de los jóvenes concursalistas de nuestro Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal a la doctrina.

El éxito obtenido en éste y anterior concurso, han promovido el llamado a un tercer concurso de Jóvenes Investigadores, Premio Prof. Israel Creimer, cuyas bases y condiciones se encuentran publicadas en la página Web del IIDC.

Confiamos que en un futuro número de esta prestigiosa Revista puedan los lectores encontrar los trabajos premiados en el año 2025.

Una vez más, corresponde agradecer a la Revista Estudios de Derecho Empresario la generosidad de brindarnos sus páginas para la publicación de estos trabajos y de tantos otros que se han gestado en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal promovidos, siempre, por el incansable trabajador y presidente del Comité Académico, Prof. Efraín Hugo Richard.

Montevideo, 3 de diciembre de 2024

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL PREMIO A JÓVENES INVESTIGADORES  
EN DERECHO CONCURSAL**

**“PROFESOR EFRAÍN HUGO RICHARD”**

**ACTA DE PREMIACION**

En sede virtual del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, a los dieciocho días de julio de dos mil veinticuatro se reúne el Tribunal designado para la evaluación de los trabajos del **Premio a jóvenes investigadores de Derecho Concursal Efraín Hugo Richard**, integrado por los Prof. Dres. Alicia Ferrer, Luis Manuel Meján y Daniel Truffat.

Fueron presentados cuatro trabajos que cumplen con los requisitos reglamentarios: son originales, de la exclusiva autoría del postulante, inéditos, y sobre materia relacionada a los ámbitos de estudio del Instituto

A juicio de este Tribunal todos los trabajos demuestran excelencia.

En un escenario de brillo común entre los candidatos y siguiendo los reglamentos del concurso, habiéndose juzgado los trabajos, se ha consensuado el siguiente orden de premiación:

1.- GIANNI CAPOBIANCO.

Sostenibilidad medioambiental y sistemas concursales en la reforma de la ley italiana de crisis empresaria.

2.- MONICA MARIA FUENTES-MANCIPE

La mediación concursal: un instrumento y organismo extrajudicial para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera.

3.- BRENDA AGUSTINA D’UBALDO

El análisis de razonabilidad de la propuesta concordataria frente a la tutela de los acreedores vulnerables.

4.- MANUEL PELLEGRINI

Mejor prevenir que curar, en ocasión de un análisis global sobre mecanismos de “alerta temprana” ante la crisis empresarial y su correlato en la flexibilización al acceso concursal.

Corresponde al Tribunal dar cuenta de lo resuelto y recomendar a las autoridades del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal se felicite a los autores, se publiquen los cuatro trabajos presentados, y se proceda a otorgar los premios correspondientes.

Daniel Truffat

Luis M. Meján

Alicia Ferrer

**Doctrina**

**SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y SISTEMAS CONCURSALES EN LA REFORMA DE LA LEY  
ITALIANA DE CRISIS EMPRESARIA  
Gianni CAPOBIANCO**

**Resumen:** El moderno Derecho de las crisis empresariales, impulsado también por el actual proceso de armonización europeo, encomienda a los legisladores la tarea de equilibrar complejas operaciones entre intereses contrapuestos. Los límites constitucionales a la iniciativa privada en el ámbito económico, destinados a proteger los ecosistemas naturales, estimulan nuevas reflexiones sobre la relación entre el derecho de las crisis empresariales y la sostenibilidad ambiental. Este trabajo se propone examinar esta relación tanto en los procedimientos de liquidación concursal como, especialmente, en aquellos que buscan la reorganización de la empresa en crisis, los cuales están siendo objeto de una importante reforma. El objetivo es verificar si, a la luz de los principios constitucionales y europeos interpretados por los respectivos Tribunales, el legislador concursal italiano ha intervenido adecuadamente o ha dejado pasar la oportunidad de regular el fenómeno de las empresas (in)sostenibles en crisis.

**Palabras clave:** sostenibilidad ambiental - crisis empresarial - externalidades negativas - responsabilidad ambiental - principio de quien contamina paga - reorganización sostenible

**Abstract:** Modern insolvency law, influenced by the ongoing European harmonization process, poses a challenge for legislators to balance intricate and opposing interests. Constitutional constraints on private economic initiatives, designed to safeguard natural ecosystems, prompt fresh reflections on the intersection of insolvency law and environmental sustainability. This paper examines this nexus within bankruptcy liquidation procedures and, notably, within reorganization procedures for distressed companies currently undergoing substantial reform. The aim is to assess whether the Italian bankruptcy legislator has effectively addressed this issue in line with constitutional and European principles as interpreted by respective courts, or if there has been a missed opportunity to regulate the phenomenon of (un)sustainable enterprises in crisis.

**Keywords:** environmental sustainability - business crisis - external negative effects - responsibility - polluter pays principle - sustainable reorganization

### **I. Sostenibilidad medioambiental y derecho de las empresas en crisis: perfiles introductorios**

Entre los factores de producción que una empresa utiliza normalmente en el ejercicio de su actividad, además del capital, las materias primas y la mano de obra, también es necesario organizar adecuadamente y remunerar correctamente los recursos medioambientales y climáticos. Tanto a escala nacional como internacional, en los últimos años se han acentuado progresivamente las limitaciones impuestas a la iniciativa económica de los particulares para salvaguardar mejor los ecosistemas naturales y contener las actividades antrópicas que alteran el clima<sup>1</sup>. En referencia a

---

<sup>1</sup> En este punto, es importante mencionar el Acuerdo de París sobre el Clima (2015), en el que se decidió mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo del umbral de 2 °C en comparación con los niveles preindustriales, limitando este aumento a un máximo de 1,5 °C por encima de los niveles preindustriales. Este acuerdo se formalizó mediante la Decisión (UE) 2016/590 del Consejo, de 11 de abril de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París adoptado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y la

Italia, si, por un lado, la reciente reforma de la Constitución ha delimitado expresamente las actividades de los particulares en el ámbito económico, estableciendo que no pueden llevarse a cabo de manera que causen “*danno all’ambiente*” (art. 41 de la Constitución). Por otro lado, a nivel europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) - entre los principios dictados para la política medioambiental de la Unión - establece el fundamental principio de “quien contamina paga”. Este principio, también en el ámbito económico, exige que el coste de la deseconomía medioambiental producida sea asumido por el contaminador real, “internalizándolo” - como se ha dicho comúnmente - en el precio final de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado<sup>2</sup>.

Sin embargo, aunque esto es cierto en teoría, no lo es en la práctica. Como muestra claramente el contexto empírico que vamos a analizar, tras la producción de una contaminación ambiental puede sobrevenir la crisis o insolvencia de la empresa contaminante, lo que impide el pleno funcionamiento de este fundamental mecanismo de asignación. Esta circunstancia fáctica, por un lado, impone la gestión de los problemas ambientales en el seno de procedimientos de insolvencia que, teniendo sus propias reglas y principios, están mal equipados para gestionarlos. Por otro lado, debido a los límites que presentan los sistemas de insolvencia por su estricta orientación a la protección exclusiva de los intereses de los acreedores, se corre el riesgo de transferir a la colectividad las externalidades ambientales no internalizadas plenamente durante la fase de insolvencia<sup>3</sup>.

Por otro lado, la presencia de elementos de contaminación medioambiental<sup>4</sup> que deben gestionarse en el marco del procedimiento de insolvencia - ya sea liquidación o curatela - genera fuertes tensiones, dando lugar a conflictos entre intereses privados y públicos respecto al patrimonio del deudor, los cuales entran en abierto conflicto entre sí<sup>5</sup>. Además, desde la perspectiva del funcionamiento de las normas de competencia que caracterizan el mercado único europeo, el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los Estados miembros, incluso en el contexto de la reestructuración de empresas en crisis, parece tener un impacto significativo en la competitividad de las empresas que operan en él, en las decisiones de los inversores transfronterizos y, en última instancia, en el bienestar de los consumidores europeos.

## II. La importancia de los intereses ambientales en los sistemas armonizados de insolvencia europeos

---

Decisión (UE) 2016/1841 del Consejo, de 5 de octubre de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París adoptado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

<sup>2</sup> BARDE, Jean Philippe – GERELLI, Emilio, “*Economie et politique de l’environnement*”, *Press Universitaires de France, Parigi, 1977*.

<sup>3</sup> Como señala INZITARI, Bruno, “*Crisi dell’impresa e riparto fra i creditori dei costi della sostenibilità*”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2023, n.2, pág. 365, la introducción de nuevas obligaciones en los procedimientos de insolvencia dirigidas a alcanzar la sostenibilidad social y ambiental también implica nuevas cargas para el activo del procedimiento y afecta a la satisfacción general de los acreedores.

<sup>4</sup> Es importante aclarar desde el principio que la expresión “contaminación ambiental” se refiere a “la introducción, directa o indirecta, como resultado de la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor, ruido o, de manera más general, de agentes físicos o químicos en el aire, el agua o el suelo, que puedan perjudicar la salud humana o la calidad del medio ambiente, causar daños a los bienes materiales, o afectar negativamente los valores recreativos u otros usos legítimos del medio ambiente”. Esta definición se encuentra en el artículo 5, párrafo i-ter, del Decreto Legislativo nº 152 de 2006, también conocido como Código del Medio Ambiente o Ley de Consolidación del Medio Ambiente italiano.

<sup>5</sup> Sobre este punto, véase SPAGNUOLO, Domenico, “*Responsabilità del curatore e danno ambientale*”, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, I, pág. 185.

Durante mucho tiempo, los estudiosos de la insolvencia han debatido sobre la naturaleza pública o privada del derecho de las crisis empresariales, así como sobre los objetivos que deben asignársele<sup>6</sup>. Sin embargo, durante mucho tiempo se ha pasado por alto que los procedimientos de insolvencia no solo tienen como objetivo regular las relaciones entre el deudor insolvente y los acreedores insatisfechos, siguiendo el paradigma del Derecho civil donde la relación obligatoria se ve afectada por la manifestación de la insolvencia. También constituyen el ámbito en el que los derechos e intereses reconocidos y protegidos por las Cartas de Derechos Fundamentales encuentran dificultades para establecerse de manera efectiva.

Esto se hace aún más evidente a la luz de la transición gradual, desde una perspectiva histórica, de un sistema de crisis empresariales esencialmente punitivo, propio de la sociedad mercantil de la Baja Edad Media, hacia sistemas concursales europeos armonizados que ya no ponen en el centro al empresario fracasado, sino a la empresa que necesita ser reorganizada<sup>7</sup>. En otras palabras, la “comunidad de acreedores” de una empresa en crisis no puede limitarse únicamente a los sujetos identificados por la relación obligatoria, sino que debe ampliarse y redefinirse para incluir a una colectividad mucho más extensa de individuos afectados o potencialmente afectados por la actividad empresarial, lo que se conoce como la “comunidad de riesgo”<sup>8</sup> - que, precisamente en el momento de producirse su crisis, necesita ser adecuadamente involucrada en el diálogo sobre su posible destino<sup>9</sup>. A partir de estos aspectos preliminares, por ejemplo, una parte destacada de la doctrina italiana ha propuesto el desarrollo de un enfoque “*multistakeholder*” considerando que en torno a la empresa existe una amplia comunidad formada por diversos grupos de interés (“*stakeholders*”), los cuales deben ser tenidos en cuenta incluso en momentos de crisis<sup>10</sup>.

Estas reflexiones preliminares nos permiten introducir el tema central que deseamos explorar en esta investigación: la relevancia que asumen actualmente los intereses no relacionados con los acreedores en la gestión de las crisis empresariales, especialmente aquellos vinculados a la protección del medio ambiente. Antes de adentrarnos en el examen detallado del contexto europeo e italiano pertinente, es útil señalar lo siguiente. En términos generales, esta cuestión ha captado la atención de la academia a nivel global, enfrentándose a lo largo de los años a dos grandes enfoques reconstructivos, que pueden simplificarse en la denominada “*shareholder theory*” versus la “*stakeholder theory*”. Mientras que el primer enfoque niega la relevancia directa en el ámbito concursal de intereses distintos a los de los acreedores estrictos, argumentando que el único objetivo del procedimiento es maximizar los intereses de los acreedores del deudor en un contexto concursal<sup>11</sup>, una tesis diferente otorga mayor importancia al contexto espaciotemporal en el que se

---

<sup>6</sup> Es decir, si se trata simplemente de un “negocio” a ser llevado a cabo entre el deudor y sus acreedores, o si también conlleva implicaciones de derecho público.

<sup>7</sup> Véase SANTARELLI, Umberto, “*Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell’età intermedia*”, Padova, 1964.

<sup>8</sup> Hablar de una “comunidad de peligro” que abarque una colectividad más amplia que la compuesta únicamente por los acreedores del empresario insolvente es DI MARZIO, Fabrizio, “*Fallimento. Storia di un’idea*”, Milano, 2018, pág.17.

<sup>9</sup> Por otro lado, como se destaca claramente en el considerando 10 de la Directiva UE 2019/1023, conocida como Directiva de Insolvencia, se establece que: “*todas las operaciones de reestructuración, especialmente las de gran escala que tengan un impacto significativo, deben estar fundamentadas en un diálogo con las partes interesadas. Este diálogo debe incluir la selección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración, así como las alternativas posibles, y debe asegurar la participación adecuada de los representantes de los trabajadores conforme al Derecho de la Unión y nacional*”.

<sup>10</sup> En estos términos véase PACCHI, Stefania, “*Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d’impresa*”, *Dirittodellacrisi.it*, 26 gennaio 2022, pág.15.

<sup>11</sup> La teoría de la negociación de los acreedores estadounidenses (*creditors’ bargain theory*), que se fundamenta en el supuesto lógico de que el sistema concursal se basa en una negociación hipotética (*hypothetical bargain*) entre los acreedores, donde cada uno tiene el derecho a obtener, en un procedimiento concursal posterior, exactamente lo que

encuentra la empresa, incluso en crisis, y donde difunde todas sus externalidades productivas negativas, especialmente las ambientales, demandando una ponderación más equilibrada entre todos los intereses involucrados.

### 1. Los intereses de los no acreedores en el “nuevo enfoque europeo” de las crisis empresariales: la Directiva europea 2019/1023

Se pueden observar elementos de apertura hacia la consideración de intereses que no se limitan únicamente a los de los acreedores, especialmente en el contexto europeo. En los últimos años, ha habido un notable impulso hacia una mayor armonización en Europa en el ámbito de las crisis empresariales, que anteriormente se centraba principalmente en aspectos transfronterizos<sup>12</sup>. La Recomendación de la Comisión Europea del 12 de marzo de 2014, titulada “*Sobre un nuevo enfoque en materia de quiebra e insolvencia empresarial*”, establece claramente en su primer considerando el objetivo de “*garantizar que las empresas saludables con dificultades financieras, independientemente de su ubicación en la Unión, puedan acceder a un marco nacional de insolvencia que les permita reestructurarse en una etapa temprana para evitar la insolvencia, maximizando así su valor total para los acreedores, los trabajadores, los propietarios y la economía en general*”<sup>13</sup>.

Siguiendo esta filosofía básica, la posterior Directiva UE 2019/1023 (también conocida como Directiva *Insolvency*), con el objetivo de lograr una armonización mínima entre las legislaciones concursales de los Estados miembros de la UE, dejó claro la necesidad de “*maximizar el valor total para los acreedores, en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en el caso del mejor escenario alternativo posible en ausencia de un plan, así como para los propietarios y la economía en su conjunto*”. En este sentido, el legislador europeo optó por un nuevo enfoque basado en el diálogo entre la empresa en crisis y todos sus interlocutores naturales y partes interesadas<sup>14</sup>. Estos elementos se reflejan en la consideración explícita de intereses diferentes a los de los acreedores, destacada por la directiva europea, que incluye, por ejemplo, la protección de los puestos de trabajo durante la crisis empresarial<sup>15</sup>.

---

habría recibido en ausencia de la crisis del deudor, también puede interpretarse desde esta perspectiva. Sobre esta teoría, véase especialmente JACKSON, Thomas h., “*The Logic and Limits of Bankruptcy Law*”, HUP, 1986, 7, así como ID, “*Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*”, 91 *Yale Law Journal*, 1982, pág. 857; para una revisión más reciente de la teoría, véase ADLER, Barry E., “*The Creditors' Bargain Revisited*”, 166 *U. Pa. L. Rev.* 1853 (2018). Disponible en: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol166/iss7/8](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol166/iss7/8). En relación con Italia, véase CAVALLINI, Cesare; GABOARDI, Marcello, “*New Creditors' Bargain Theory e la crisi d'impresa tra diritto interno e direttive europee. Verso un modello globale di Insolvency Law*”, *Rivista delle società*, 2021, págs. 995 ss.

<sup>12</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

<sup>13</sup> Para una revisión de la Recomendación, consulte, entre otros, PACCHI, Stefania, “*La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*”, *Giustizia civile*, 2015, pág. 537.

<sup>14</sup> En este sentido, el considerando 10 de la Directiva de insolvencia establece que: “*todas las operaciones de reestructuración, especialmente aquellas de gran envergadura con un impacto significativo, deben basarse en un diálogo con las partes interesadas. Este diálogo debe incluir la selección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración, así como las alternativas posibles, y debe asegurar la participación adecuada de los representantes de los trabajadores conforme al Derecho de la Unión y nacional*”.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, el segundo considerando de la directiva que establece que: “*los marcos de reestructuración preventiva deben, en primer lugar, permitir a los deudores reestructurarse eficazmente en una fase temprana y prevenir la insolvencia, evitando así la liquidación de empresas sanas. Dichos marcos deben evitar la pérdida de puestos de trabajo, así como de conocimientos y competencias, y maximizar el valor total para los acreedores, en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en el caso del mejor escenario alternativo posible en*

Por otro lado, y este es el punto que más nos interesa, ninguna de las disposiciones de la Directiva analizada aborda explícitamente los aspectos de sostenibilidad ambiental de las empresas que buscan acceder a los instrumentos de resolución<sup>16</sup>. Esta circunstancia, como se ha destacado, crea una notable paradoja en la coherencia global de la estrategia medioambiental de la Unión Europea. Por un lado, se enfatiza la importancia de la sostenibilidad ambiental y la neutralidad de carbono de las empresas, mientras que, por otro lado, se descuida el problema de la insolvencia de empresas contaminantes, que sin embargo es crucial para la cohesión económica y social de la Unión Europea<sup>17</sup>.

## 2. El contexto italiano y europeo

Así pues, si este es el marco establecido a nivel europeo, solo queda examinar la legislación italiana, que recientemente ha sido objeto de una reforma integral, para analizar cómo aborda los intereses medioambientales en relación con la crisis de las empresas contaminantes. También es importante verificar si y en qué medida otros sistemas jurídicos europeos están abordando esta cuestión.

### 2.1. La reciente modificación del artículo 41 de la Constitución italiana

Nuestra investigación parte necesariamente de la reciente enmienda que afectó al texto de la Constitución italiana de 1948, específicamente en la sección sobre "*Rapporti economici*", introduciendo importantes referencias a cuestiones medioambientales<sup>18</sup>. Con la Ley Constitucional nº 1 del 11 de febrero de 2022, titulada "*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*", el legislador italiano estableció un nuevo límite explícito a la iniciativa económica pública y privada<sup>19</sup>, la cual ya no puede llevarse a cabo de manera que dañe el medio ambiente. Además, se encomienda a la ley la determinación de programas y controles adecuados

---

*ausencia de un plan, así como para los propietarios y la economía en su conjunto*". Además, el considerando 3 establece que "*si un deudor en dificultades financieras no puede sanearse rápidamente, los esfuerzos de reestructuración podrían llevar a una aceleración y acumulación de pérdidas perjudiciales para los acreedores, los trabajadores y otras partes interesadas, así como para la economía en su conjunto*". Por último, el artículo 19 de la misma Directiva establece que, cuando exista la posibilidad de insolvencia, deben considerarse debidamente, como mínimo, los intereses de los acreedores, accionistas y otras partes interesadas.

<sup>16</sup> Es importante destacar que el término "sostenibilidad", ampliamente utilizado en diversos ámbitos de la vida cotidiana hoy en día, se refiere al concepto establecido en el Informe Brundtland de 1987 titulado "*Our common future*". Este informe estableció el objetivo del "desarrollo sostenible", que busca satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas. Este objetivo posteriormente se articuló y se colocó en el centro de la Agenda 2030 y los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (SDGs, por sus siglas en inglés) adoptados por las Naciones Unidas en 2015.

<sup>17</sup> En este sentido, véase LINNA, Tuula, "*Kestävyysmurros ja insolvenssioikeus - mikä kestää? Ympäristöjuridiikka*", 2021, 42(3), 5, «tietynlainen sokeus vallitsee kumpaankin suuntaan, sillä EU:n vihreän kehityksen ohjelmassa tai sen toteuttamisasiakirjoissa<sup>19</sup> ei puolestaan mainita maksukyvyttömyystilanteita. Kuitenkin yritysten maksukyvyttömyys – olipa se korjauskelpoista tai korjauskelvotonta – on keskeisen tärkeä osa unionin alueen yritysten elinkaarta. Olisi korkea aika nähdä se, että kestävä kehityksen huomioon ottaminen ei koske vain kannattavia ja toimivia yrityksiä vaan myös satoja tuhansia konkurssiin meneviä ja saneerattavia yrityksiä».

<sup>18</sup> Se trata del Título III, Parte I "*Diritti e doveri dei cittadini*".

<sup>19</sup> Además de las ya previstas en el texto original de 1948, a saber, la utilidad social, la salud, la seguridad, la libertad y la dignidad humana. Para una lectura autorizada de estas limitaciones, véase AMBROSINI, Stefano, "*L'impresa nella Costituzione*", Zanichelli, Bologna, 2023.

“(…) perché l’attività economica pubblica o privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali” (artículo 41, apartados 2 y 3 de la Constitución)<sup>20</sup>.

Estas enmiendas al texto de la Constitución son especialmente significativas porque alimentan el debate sobre la compleja relación entre el derecho y la economía, estimulando reflexiones sobre el papel que el regulador público debe asumir actualmente en la consecución de objetivos de interés general, como la protección del medio ambiente, el ecosistema y la biodiversidad en los mercados<sup>21</sup>. Esto implica una nueva función del regulador público en el ámbito económico, que no solo actúa como supervisor del cumplimiento de las normas de competencia, sino que ahora también se convierte en promotor, facilitador e incluso innovador, como se ha señalado<sup>22</sup>. A partir de estos fundamentos, es importante entender cómo este cambio también afecta al derecho de la crisis empresarial<sup>23</sup>. En otras palabras, se trata de entender cómo el límite de “rispetto dell’ambiente” y la orientación “a fini ambientali” entran en diálogo con el derecho concursal, especialmente cuando una empresa en crisis o insolvente, que además es contaminante, busca acceder a procesos de reestructuración.

## 2.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La compleja relación entre la crisis empresarial y la protección del medio ambiente ha sido objeto de importantes decisiones<sup>24</sup> por parte del Tribunal Constitucional italiano<sup>25</sup> que ha instado repetidamente al legislador a realizar una ponderación más equilibrada y cuidadosa de los valores en conflicto<sup>26</sup>. En particular, destacan dos decisiones relacionadas con la crisis de una gran planta siderúrgica ubicada en el sur del país. La actividad productiva de esta planta había tenido un impacto

---

<sup>20</sup> Esta reforma es de particular importancia, ya que antes de ella, la única referencia normativa sobre medio ambiente en la Constitución italiana se encontraba en el artículo 117, que trata de la distribución de competencias legislativas (y reglamentarias) entre el Estado y las Regiones. Además, la Ley Constitucional nº 1 de 2022 también modificó el artículo 9 de la Constitución italiana, situándolo entre los principios fundamentales y añadiendo un nuevo apartado que establece que la República (italiana): «*tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*».

<sup>21</sup> Por ejemplo, aborda cuestiones como la descarbonización de la economía. Para más información sobre este tema, véase especialmente BRUTI LIBERATI, Eugenio, “*Decarbonizzazione, costituzione economica europea e governance*”, *Diritto pubblico*, 2021, n. 2, pág. 415.

<sup>22</sup> Consultar también MAZZUCATO, Marianna, “*Lo Stato innovatore*”, Economica Laterza, 2020, donde sostiene que el Estado debe liderar la respuesta a los desafíos ambientales significativos, no solo corrigiendo las fallas del mercado, sino también creando y moldeando nuevos mercados, mientras regula los ya existentes.

<sup>23</sup> Sobre todo mirando hacia el futuro.

<sup>24</sup> Es precisamente la existencia de tales decisiones lo que ha llevado a algunos a cuestionar el alcance innovador de la reforma constitucional de 2022. Incluso antes de la modificación del artículo 41 de la Constitución para incluir una limitación expresa a la iniciativa económica privada, el Tribunal Constitucional italiano había extrapolado, mediante interpretación hermenéutica, limitaciones de ese tipo del texto del artículo anterior. Para más información sobre este tema, puedes consultar AZZARITI, Gaetano, “*Appunto per l’audizione presso la Commissione Affari Costituzionale del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*”, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2020, nº 1, pág. 73.

<sup>25</sup> En el sistema constitucional italiano, el Tribunal Constitucional desempeña el papel de órgano de garantía constitucional, con la facultad de pronunciarse directa o incidentalmente sobre la constitucionalidad de las leyes.

<sup>26</sup> En efecto, es crucial tener en cuenta que el Tribunal Constitucional no ejerce funciones legislativas, sino que su tarea principal consiste en revisar la constitucionalidad de las leyes que se le someten, tanto de manera directa como incidental, durante el curso de un proceso judicial.

significativo en la salud de los ciudadanos locales y en el medio ambiente circundante, donde se encontraba su centro de producción<sup>27</sup>.

En 2013, el Tribunal Constitucional italiano, en un intento de equilibrar derechos y libertades en conflicto, específicamente el derecho al trabajo (art. 4 Const.), a un medio ambiente sano (art. 32 Const.) y la libertad de iniciativa económica privada (art. 41 Const.)<sup>28</sup>, señaló que: «*la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa che gli stessi non possono essere sacrificati da altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. (...) Il punto di equilibrio deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*»<sup>29</sup>. Según el Tribunal, por tanto, es necesario buscar un equilibrio adecuado entre los valores en conflicto, ya que este equilibrio no está predefinido; más bien, debe ser evaluado por el legislador al promulgar las normas y posteriormente por el Tribunal Constitucional, como guardián de las leyes, en su función de control, de acuerdo con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, para evitar que ninguno de los valores en juego sufra un sacrificio de su "núcleo esencial"<sup>30</sup>. El Tribunal subrayó además que todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución deben estar en una relación de «*integrazione reciproca tra loro, senza che nessuno di*

---

<sup>27</sup> La planta siderúrgica Ilva S.p.A. en Taranto fue sometida a un procedimiento de administración extraordinaria tras el estallido de la crisis, presentando una complejidad notable debido a su tamaño considerable y las importantes implicaciones para el empleo y la política industrial en todo el país. A lo largo del proceso concursal, el Gobierno italiano intervino con trece decretos-leyes conocidos como "Decretos Salva Ilva". Desde principios de la década de 2000, se interpusieron demandas por contaminación ambiental contra la planta, basadas en estudios epidemiológicos iniciales que subrayaron no solo los daños evidentes al medio ambiente, sino también su impacto repentino en la salud de los ciudadanos, con un aumento significativo de enfermedades tumorales y neurológicas. En 2012, el Tribunal de Taranto emitió una orden de incautación inicial, responsabilizando a la planta de aproximadamente 11,550 muertes debido a su actividad altamente contaminante durante siete años de investigación. Ya en 1997, el Consejo de Ministros había declarado a la planta de Taranto como "zona de alto riesgo de crisis medioambiental" debido a la presencia de vertederos de residuos especiales en sus instalaciones. Ese mismo año, la Fiscalía del Tribunal de Taranto formuló cargos contra los gestores de la planta. En respuesta, el gobierno italiano aprobó un decreto ley para asegurar la continuidad de las operaciones de Ilva. El 20 de diciembre de 2012, el Parlamento convirtió en ley el decreto "Salva Ilva" (Ley nº 231/2012), que incluía concesiones significativas a la planta y permitía la reanudación de la producción. La Fiscalía de Taranto apeló al Tribunal Constitucional argumentando un conflicto de atribuciones entre los poderes del Estado, sosteniendo que el decreto "Salva Ilva", al autorizar por ley la continuación de la producción, había legalizado la comisión de nuevos delitos que ya no podrían ser perseguidos. En abril de 2013, el Tribunal Constitucional declaró constitucionalmente válido el decreto ley que salvaba Ilva, desestimando parcialmente las objeciones planteadas por la Fiscalía como infundadas o inadmisibles. Para un análisis más detallado del caso, se puede consultar el trabajo de FALCONE, Francesco Andrea, "Il sequestro nella vicenda giudiziaria Ilva S.p.A. Linee per una ricostruzione", Roma, 2019. Sobre el caso de quiebra en cambio, véase AMBROSINI, Stefano, "L'impresa nella Costituzione", op. cit., pág. 36.

<sup>28</sup> Cabe señalar que al momento de dictar sentencia el texto de la Constitución italiana aún no contenía la limitación expresa sobre el medio ambiente mencionada anteriormente, la cual ahora figura en el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución italiana. Esta es otra razón por la cual la sentencia en cuestión fue especialmente importante y ampliamente debatida entre los intérpretes. Para un comentario sobre la decisión, por ejemplo, véase ONIDA, Valerio, "Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n.85 del 2013", in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.3, 2013; SALANITRO, Ugo, "Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale", in *Corriere giuridico*, 2013, págs. 1041 ss.

<sup>29</sup> Es decir, que "(...) la calificación de los valores del medio ambiente y la salud como 'primarios' significa que no pueden ser sacrificados por otros intereses, aunque estos estén protegidos constitucionalmente, no que se sitúen en la cúspide de un orden jerárquico absoluto. (...) El punto de equilibrio debe evaluarse según criterios de proporcionalidad y razonabilidad, de modo que no permita sacrificar su núcleo esencial".

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional 9 de mayo de 2013, nº 85.

*essi possa vantare una prevalenza assoluta sugli altri»*<sup>31</sup>. Esto implica que su protección debe ser siempre “sistémica y no fragmentada”, evitando la creación de normativas descoordinadas y potencialmente conflictivas.

En una segunda sentencia de 2018, el Tribunal Constitucional italiano intervino declarando la ilegitimidad constitucional del artículo 3 del Decreto-ley núm. 92/2015 “*Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività d’impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*”, así como de los artículos 1, apartado 2 y 21-octies de la Ley núm. 132, de 6 de agosto de 2015, que contenía “*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e di funzionamento dell’amministrazione giudiziaria*”, destacando cómo el legislador concursal había intervenido privilegiando excesivamente el interés en la continuidad de la producción descuidando la protección de los derechos constitucionales vinculados a la protección de la salud y de la vida (arts. 2 y 32 Const.), así como el derecho a trabajar en un ambiente seguro y no peligroso (arts. 4 y 35 Const.)<sup>32</sup>.

El complejo equilibrio entre la iniciativa económica privada y la protección de los derechos fundamentales, especialmente en relación con el medio ambiente, ha sido objeto de significativas decisiones por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante también Tribunal Edu)<sup>33</sup>. En particular, en el caso *Cordella y otros contra Italia*, de 24 de enero de 2019, el Tribunal Edu encontró una violación del artículo 8 del Convenio Europeo, dado que la continua contaminación ambiental de la empresa ponía en riesgo la salud de los demandantes y, más generalmente, la de toda la población que residía en las zonas de riesgo<sup>34</sup>. En este contexto, se constató que las autoridades nacionales no habían adoptado todas las medidas necesarias para asegurar la protección efectiva del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada<sup>35</sup>.

En este caso particular, el Tribunal observó que el Gobierno italiano había intervenido repetidamente con medidas urgentes para mantener la producción en la planta siderúrgica, a pesar de las conclusiones de las autoridades judiciales competentes sobre los riesgos graves para la salud y el medio ambiente, basadas en informes químicos y epidemiológicos. En definitiva, el Tribunal concluyó que: «*no se ha respetado el justo equilibrio que debe establecerse entre, por una parte, el interés de los demandantes en no sufrir daños graves en el medio ambiente que comprometan su*

---

<sup>31</sup> Todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se encuentran en una relación de “integración mutua entre sí, sin que ninguno de ellos reivindique una primacía absoluta sobre los demás”.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional 7 de febrero de 2018, nº 58.

<sup>33</sup> Como es bien sabido, el Tribunal EDU no es una institución de la Unión Europea, sino el tribunal internacional encargado de supervisar el cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDU) por parte de los Estados miembros. Es importante recordar que, según el apartado 1 del artículo 35 del Convenio Europeo, no se puede recurrir al Tribunal hasta que se hayan agotado las vías de recurso internas, lo que constituye una condición de admisibilidad del recurso.

<sup>34</sup> Algunas decisiones relevantes incluyen: *Guerra y otros c. Italia*, de 1998; *Taskin y otros c. Turquía*, de 2004; *Smaltini c. Italia*, de 24 de marzo de 2015; *Giacomelli c. Italia*, de 2 de noviembre de 2006, así como la decisión sobre la “crisis de los residuos de Campania” analizada por el Tribunal Edu en *Di Sarno c. Italia*, de 2012. Más recientemente, véanse también *Ardimento y otros c. Italia*, de 5 de mayo de 2022; *A.A. c. Italia*, de 5 de mayo de 2022; *Briganti y otros c. Italia*, de 5 de mayo de 2022; *Perelli y otros c. Italia*, de 5 de mayo de 2022, todas en echr.coe.int. Para algunas lecturas doctrinales, véase SCARCELLA, Alessio, “*Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell’ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*”, in *Ambiente & Sviluppo*, 2, 2013, pág. 129; DE SALVIA, Michele, “*Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*”, *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1997, pág. 2; COLACINO, Nicola, “*La tutela dell’ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*”, *Dir. e gest. dell’amb.*, 2001, pág. 2.

<sup>35</sup> El artículo 8 del CEDU establece el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

*bienestar y su vida privada y, por otra parte, el interés de la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio»<sup>36</sup>.*

### 2.3. Intereses medioambientales en el Código italiano de Crisis e Insolvencia Empresarial

Como se mencionó anteriormente, el 15 de julio de 2022 entró en vigor de manera definitiva el nuevo Código de Crisis e Insolvencia Empresarial (CCII), que reemplazó, después de casi un siglo, a la Ley Concursal de 1942<sup>37</sup>. Procediendo directamente al análisis de los aspectos que nos interesan, es posible constatar de inmediato que el nuevo Código parece enfocado en asignar importancia, casi exclusivamente, a la protección de los intereses de los acreedores. Sin embargo, no faltan tímidos, aunque a veces contradictorios<sup>38</sup>, signos de apertura hacia la protección de intereses adicionales<sup>39</sup>.

Dos disposiciones del Código con un alcance sistemático particular pueden interpretarse claramente en este sentido: los artículos 83 y 87 del CCII<sup>40</sup>. La primera, relativa a la finalidad del procedimiento de concordato preventivo, establece que la continuidad empresarial protege los intereses de los acreedores y preserva los puestos de trabajo en la medida de lo posible. El segundo precepto, que se aplica cuando la continuidad empresarial se produce de forma directa, es decir, por el propio deudor, indica que el plan de concordato debe incluir: «*l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente*»<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Primera, sentencia *Cordella y otros contra Italia*, 24 de enero de 2019. Recursos n.º 54414/13 y 54264/15, §159.

<sup>37</sup> Se trata del Decreto Legislativo n.º 14, de 12 de enero de 2019.

<sup>38</sup> Véase BALLERINI, Giulia, “*La sostenibilità nel diritto della crisi: problemi e prospettive*”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, n.º 2, 2023, pág. 499, que destaca cómo el examen de los elementos de derecho positivo sobre los intereses perseguidos por el Derecho societario de crisis revela un panorama no del todo unívoco. Según la Autora, no está claro si los intereses vinculados a la sostenibilidad tienen una relevancia directa, lo que podría hacer que prevalezcan sobre los intereses de los accionistas, o solo indirecta, en cuyo caso solo tendrían relevancia si sirven a los intereses de los acreedores.

<sup>39</sup> Por ejemplo, el art. 4 CCII dispone que el deudor tiene el deber de gestionar el patrimonio o la empresa durante el procedimiento en interés prioritario de los acreedores. Asimismo, en el ámbito de la resolución negociada de crisis (art. 16, párr. 4, CCII), se establece que el empresario debe representar su situación ante el experto, los acreedores y otras partes interesadas de manera completa y transparente, y gestionar los activos y la empresa sin perjudicar injustamente los intereses de los acreedores. El art. 21 CCII exige que la empresa se gestione en interés prioritario de los acreedores durante la pendencia de las negociaciones. Otras referencias relativas a la preponderancia o prioridad de los intereses de los acreedores se encuentran en el art. 53, apartado 5-*bis* CCII, en caso de aceptación de la demanda interpuesta contra la sentencia que aprueba el concordato de acreedores como empresa en funcionamiento; en el art. 64-*bis* CCII, en caso de plan de reestructuración sujeto a aprobación; en el art. 94 y el art. 94.6 CCII, relativos a los efectos de la presentación de la solicitud de concordato; en el art. 213.6 CCII, relativo al programa de liquidación; y en el art. 296.3 CCII, relativo a la evaluación judicial del estado de insolvencia en relación con la liquidazione coatta amministrativa.

<sup>40</sup> Ambas disposiciones se dictan sobre el tema del concordato preventivo. Sobre el tema de los intereses de los acreedores en los instrumentos de continuidad de la actividad empresarial, véase especialmente MAFFEI ALBERTI, Alberto, “*L'interesse dei creditori e la continuazione dell'attività nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un'analisi trasversale*”, *Ristrutturazionaziendali.it*, 30 marzo 2023, pág. 1.

<sup>41</sup> El art. 87 del CCII es la única disposición del CCII que contiene expresamente una referencia a la palabra “medio ambiente”.

En el mismo sentido, también pueden valorarse algunos términos utilizados por el legislador de la reforma,<sup>42</sup> como “*prioridad*” o “*prevalente*”,<sup>43</sup> que, aunque referidos al interés del acreedor primario, sugieren la concurrencia de otros intereses en el ámbito concursal que, en ocasiones, el propio legislador considera secundarios en dicha ponderación<sup>44</sup>. No obstante, la presencia de intereses distintos a los de los acreedores plantea un problema adicional: la necesidad de identificar criterios adecuados para desactivar potenciales conflictos, que, sin embargo, la legislación interna actual no parece prever<sup>45</sup>.

#### 2.4. Procedimientos concursales y protección del medio ambiente en Francia y Finlandia

La protección del medio ambiente y los aspectos de sostenibilidad ambiental en el contexto del derecho de empresas en crisis se abordan de manera diversa en otros sistemas legales europeos, especialmente en Francia y Finlandia<sup>46</sup>. En el caso de Francia<sup>47</sup>, es importante destacar que cuando una empresa responsable de daños ambientales enfrenta problemas financieros, ya sea en estado de cesación de pagos o simplemente en dificultades, se enfrentan dos marcos normativos diferentes que, no obstante, muestran mayor coordinación en comparación con el sistema legal italiano. Por un lado, el *Code de l’environnement*<sup>48</sup> y, por otro lado, el *Code de commerce*<sup>49</sup>, particularmente en lo que respecta a las obligaciones de comunicación oportuna, intervención, seguridad y medidas de emergencia exigidas a los administradores en los procedimientos de insolvencia<sup>50</sup>. En efecto, en

<sup>42</sup> Sobre este tema véase D’ATTORRE, Giacomo, “*La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi*”, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2019, 4, I, pág. 461 ss.

<sup>43</sup> En cuanto al significado de estos adjetivos, véase AMBROSINI, Stefano, “*Appunti sui obblighi degli amministratori di S.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del Codice della crisi e della “miniriforma” del 2021*”, *Il caso.it*, 23 de noviembre de 2021, pág. 24, quien señala una menor importancia del concepto de “prevalencia” en comparación con el de “prioridad”.

<sup>44</sup> Véanse especialmente las referencias en los arts. 4, 21, 64-bis, 84 CCII.

<sup>45</sup> Basándose en la presunta prevalencia que se debe otorgar, en última instancia, al interés primordial de los acreedores, a veces es el propio legislador quien emplea términos como “*mejor*”, “*mayor*” o “*notable*” satisfacción de los acreedores.

<sup>46</sup> Estas cuestiones, que se exploran con más detalle a continuación, son sin duda muy comunes en todos los sistemas de insolvencia del mundo. Por ejemplo, se pueden considerar las referencias a temas ambientales en la Ley de Quiebras e Insolvencias de Canadá (*Bankruptcy and Insolvency Act - BIA*), que después de las modificaciones de 1992 establece que el fiduciario no es personalmente responsable por los daños ambientales ocurridos antes de su nombramiento (sección 14.06), mientras que para aquellos ocurridos después, la responsabilidad solo existe en caso de dolo o negligencia grave. En la misma línea, a nivel empírico, se puede ver la decisión escocesa *Celtic Extraction* [2000] Env. LR 86, dictada en 1999 y *Doonin Plant* [2018] CSOH 89, así como *Dawson International* [2018] CSOH 52.

<sup>47</sup> Es relevante mencionar que Francia ha sido destacada durante décadas entre los sistemas jurídicos europeos por la atención que presta a los temas ambientales, incluso a nivel constitucional. De hecho, en Francia, la protección del medio ambiente se distingue porque el preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958 incluye la “*Charte de l’environnement*”, que, tras la Ley Constitucional nº 2005-205 de 1 de marzo de 2005, tiene el mismo valor legal, prevaleciendo en caso necesario sobre las leyes ordinarias. Además, según el artículo 34 de la Constitución francesa, es la ley la que debe determinar los principios fundamentales en materia ambiental. La disposición del artículo 6 de la *Charte de l’environnement*, que equipara “la protección y mejora del medio ambiente, el desarrollo económico y el progreso social”, no es menos relevante.

<sup>48</sup> A partir de ahora también “*Cod. Env.*”

<sup>49</sup> A partir de ahora también “*Cod. Comm.*”

<sup>50</sup> Este tema ha sido ampliamente tratado en la doctrina. En particular, véase ROLLAND, Blandine, “*Environnement et procédures collectives: présentation du Guide 2012 à destination des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et de l’inspection des installations classées*”, *Revue des procédures collectives*, nº 3, 2013, étude 15, nº1; VOINOT, Denis, “*Le droit de l’entreprise en difficulté: un droit inféodé au droit de l’environnement ?*”, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans: droit dérogatoire, précurseur ou révélateur?*, Toulouse: presse de l’université de Toulouse 1, 2017, pág. 240; VOINOT, Denis, “*De l’utilité de la créance environnementale*”, *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2020, n.2, págs. 43 ss.; ALOUI, Bouchta, « *Les entreprises en difficulté face aux enjeux de la sauvegarde de l’environnement «Vers la recherche d’un juste équilibre entre deux législations antagonistes»* », *International Journal of Economic Studies and Management (IJESM)*, 3(1), págs. 127–150. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7602631>.

varios procedimientos de insolvencia se ha planteado la cuestión de las obligaciones ambientales impuestas a los administradores y liquidadores designados, especialmente en relación con las empresas clasificadas como “*Installations classées protection de l’environnement*” (también conocidas como ICPE)<sup>51</sup>.

También en Francia, el *Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires* (CNAJMJ) se dirigió al *Ministère de l’Environnement* y elaboró una guía titulada “*Gestion des sites et sols pollués. Guide à l’attention des mandataires judiciaires et de l’inspection des installations classées*”<sup>52</sup> la cual fue actualizada en 2012 para tener en cuenta los cambios en el sistema francés de crisis empresarial<sup>53</sup>. Esta guía establece varias obligaciones, como la recopilación exhaustiva de información sobre la situación ambiental de la empresa en la fase inicial del procedimiento. En caso de que la crisis afecte a una “*Installation classée pour la protection de l’environnement*” (ICPE), el administrador judicial debe enviar al deudor un cuestionario denominado “*Installation classée - état du site*”, el cual se remitirá a los servicios ambientales competentes, al fiscal y a los organismos involucrados en el procedimiento. También se contempla la realización de una inspección en el sitio en presencia de un inspector de ICPE para recabar toda la información necesaria y evaluar la designación de un experto técnico encargado de redactar un informe ambiental adecuado.

Por otro lado, en casos de procedimientos de liquidación, la guía recomienda que el liquidador designado tome rápidamente medidas de urgencia y de restauración, como asegurar la seguridad de los pozos de captación de aguas subterráneas para evitar la migración de contaminantes a la capa freática, o incluso la eliminación de productos peligrosos accesibles al público o expuestos a la intemperie en instalaciones autorizadas, evaluando la posibilidad de reciclaje o eliminación gratuita si no hay beneficio para el propio procedimiento<sup>54</sup>.

La elaboración de un informe ambiental solo está prescrita por el *Code de Commerce* en relación con los procedimientos de sauvegarde y redressement, es decir, en el contexto de los procedimientos destinados a permitir que la empresa en crisis continúe operando. Esta circunstancia demuestra que estos aspectos no pueden pasarse por alto en la fase posterior de

---

<sup>51</sup> Se trata de instalaciones gestionadas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, clasificadas como tales debido a su potencial impacto ambiental. Dependiendo del nivel de riesgo que representen, estas instalaciones están sujetas a diferentes regímenes que van desde una simple declaración hasta un régimen de autorización completa. Para estas instalaciones, se establecen una serie de obligaciones, controles e inspecciones durante la fase de establecimiento y durante su operación, supervisadas por las DREAL (*Directions régionales de l’environnement, de l’aménagement et du logement*) y las DDPP (*Directions départementales de la protection des populations*). Incluso en caso de cese de actividades de una instalación calificada como ICPE, es obligatorio notificar a las autoridades administrativas competentes con al menos uno a tres meses de antelación (según el régimen aplicable), antes de la fecha de cierre definitivo. En este momento, existe una obligación real de realizar labores de descontaminación según lo establecido en el artículo L. 512-6-1 del Cod. env.

<sup>52</sup> *Guide à destination des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et de l’inspection des installations classées*, de 12 de junio de 2012, disponible en línea en: <https://www.bourgogne-franche-comte.developpement-durable.gouv.fr/guide-a-l-attention-des-mandataires-judiciaires-et-a6647.html>. En doctrina, véase sobre todo ROLLAND, Blandine, “*Environnement et procédures collectives: présentation du Guide 2012 à destination des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et de l’inspection des installations classées*”, *op. cit.* pág.1.

<sup>53</sup> De hecho, el objetivo de la Guía es “facilitar las relaciones entre los administradores o los mandatarios judiciales y la inspección de las instalaciones clasificadas”, ya que es aplicable a las empresas sometidas simultáneamente al régimen del ICPE y a un procedimiento colectivo, ya sea de resolución o de liquidación.

<sup>54</sup> §3.2.3. de la Guía.

planificación de los instrumentos de reorganización y la utilización de los flujos de tesorería necesarios para la rehabilitación ambiental<sup>55</sup>.

Específicamente, el artículo L. 233-5-1 del Cod. Env. permite a una sociedad que posea más del 50% del capital social de otra sociedad, una participación del 10 al 50%, o que ejerza control sobre ella, asumir directamente la responsabilidad de esta última en caso de su insolvencia con respecto a las obligaciones de prevención y reparación establecidas en los artículos L. 162-1 a L. 162-9 del código de medio ambiente. Por otro lado, el artículo L512-17 del Cod. Env., en el contexto de la apertura o el ordenamiento de un procedimiento de liquidación judicial contra una filial, permite al liquidador, al PM o al representante del Estado en el departamento interponer un recurso ante el tribunal competente para demostrar la responsabilidad grave de la sociedad matriz, es decir, su contribución a la incapacidad patrimonial de la filial, solicitando que financie total o parcialmente las medidas de rehabilitación ambiental de los sitios involucrados<sup>56</sup>.

Otro aspecto de interés en el ordenamiento jurídico que examinamos se refiere a la información ambiental que debe proporcionarse en caso de “continuidad indirecta” en procedimientos de insolvencia, específicamente durante la transmisión de la empresa o la venta de edificios o terrenos donde se ubicaba una instalación clasificada, en el contexto de un procedimiento colectivo (ya sea *sauvegarde*, *redressement* o *liquidación*)<sup>57</sup>. En este sentido, la Guía recomienda que los gestores de los procedimientos adopten un enfoque proactivo, informando a los potenciales compradores sobre la situación ambiental del bien puesto a la venta. Esto es crucial, ya que, en ausencia de dicha información, los compradores podrían enfrentar responsabilidades futuras<sup>58</sup>. Además, el Código de Medio Ambiente francés prescribe un conjunto detallado de información que debe presentarse por escrito al comprador potencial en caso de transferencia de un inmueble que haya albergado una ICPE, como por ejemplo, si la actividad implicó la manipulación o almacenamiento de sustancias químicas o radiactivas<sup>59</sup>.

El sistema jurídico finlandés también ha mostrado recientemente un gran interés por el tema de las responsabilidades medioambientales de derecho público en el marco de los procedimientos de

---

<sup>55</sup> Dentro del procedimiento de *sauvegarde*, en el “*Capitre III: De l’élaboration du bilan économique, social et environnemental*”, durante el periodo de observación que caracteriza la fase inicial de este procedimiento, el Art. L623-1 del Código de Comercio establece que el administrador designado por el Tribunal, con la asistencia del deudor y la eventual ayuda de expertos, está obligado a elaborar un informe sobre el estado patrimonial, económico y social de la empresa en crisis. Sin embargo, si se trata de una ICPE en crisis, este informe debe incluir también un informe ambiental, requerido no solo en casos de *sauvegarde*, sino también en casos de *redressement judiciaire*. Sobre este punto, VOINOT, Devin, “*La dépollution des sites: nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté?*”, *op. cit.*, quien bien observa cómo “*lorsqu’une entreprise est en sauvegarde ou en redressement judiciaire la période d’observation est en effet un moment opportun pour évaluer les mesures à prendre pour protéger l’environnement*”.

<sup>56</sup> En cuanto a las responsabilidades ambientales de las empresas, véase MOUIAL BASSILANA, Eva, “*La responsabilité environnementale de la société mère (du fait de sa filiale en difficulté)*”, *Revue des procédures collectives*, 2020, n.1, pág. 1; LIENHARD, Alain, “*Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales*”, D. 2010, pág. 2413;

<sup>57</sup> WERTENSCHLAG, Bruno, “*De l’obligation d’informer par écrit l’acquéreur d’une installation soumise à autorisation*”, *AJDI*, 2005, pág.421 ss. e TREBULLE, François-Guy, “*Sites pollués à l’amiante: les obligations et les ambiguïtés liées à l’information de l’acquéreur*”, *Revue de droit immobilier*, 2009, pág.286 ss.

<sup>58</sup> La Guía (§ 5.1.3.) aconseja al administrador o liquidador que invite a los posibles compradores a consultar los documentos disponibles sobre los riesgos de contaminación del suelo, las aguas subterráneas, las auditorías ambientales realizadas, el cuestionario ICPE elaborado por el propio deudor, etc. (es la denominada *pratique de la data-room simplifiée*).

<sup>59</sup> LIÈVRE, Xavier, e DUPIE, Agnès, “*Le point sur la jurisprudence récente en matière de vente de sites pollués*”, *JCP N* 2006, pág. 1204.

insolencia<sup>60</sup>. En 2015, el Gobierno finlandés creó un grupo de trabajo cuyos resultados dieron lugar a una propuesta de reforma de la legislación sobre insolencia<sup>61</sup>, con el objetivo de determinar en qué casos puede aplicarse el Derecho medioambiental en situaciones de insolencia del contaminador<sup>62</sup>. La propuesta fue impulsada por la ineficacia de los medios coercitivos previstos por el Derecho medioambiental en caso de insolencia del responsable de la contaminación, ya que una orden coercitiva administrativa o una amenaza de orden coercitiva no pueden dirigirse a una persona que no tiene la capacidad jurídica de cumplirla.

Sin embargo, la propuesta de ley no prosperó debido al dictamen contrario del Comité Constitucional, que consideró que no lograba un equilibrio entre el derecho a la propiedad, garantizado por el artículo 15 de la Constitución finlandesa, y el derecho fundamental al medio ambiente, previsto en el artículo 20 de la misma Constitución<sup>63</sup>. Es significativo señalar que entre los argumentos del Comité Constitucional se encontraba el principio de que ningún derecho es ilimitado, sino que debe equilibrarse adecuadamente para garantizar soluciones legislativas que aseguren un equilibrio sostenible entre el hombre y el medio ambiente<sup>64</sup>.

La propuesta finlandesa se originó tras el polémico caso de la empresa Talvivaara Sotkamo, una mina de níquel que fue declarada insolente en noviembre de 2014. La insolencia se produjo después de que se descubrieran vertidos nocivos en un estanque y sus alrededores, principalmente de níquel y otros metales tóxicos, con una concentración de uranio en sus aguas hasta doscientas veces superior a la normal. En relación con este caso, el Estado finlandés tuvo que asumir la financiación de medidas para evitar nuevos daños medioambientales, con un coste superior a los cien millones de euros, debido a la insolencia de la empresa contaminadora<sup>65</sup>.

### III. La protección del medio ambiente en los procedimientos de liquidación de empresas insolventes: situación del problema

Cada vez es más frecuente que, al abrirse el procedimiento de liquidación judicial de una empresa insolente, los órganos designados deban enfrentar una contaminación histórica causada por el deudor insolente. Esto conlleva múltiples obligaciones y órdenes de intervención prescritas por la legislación medioambiental, dirigidas al procedimiento de liquidación de los bienes del

---

<sup>60</sup> En este sistema jurídico, es habitual distinguir entre responsabilidades medioambientales de derecho público y de derecho privado. Mientras que estas últimas identifican la responsabilidad en términos de indemnización debida a la parte perjudicada por el daño medioambiental, las responsabilidades medioambientales de derecho público se refieren a las obligaciones prescritas por la legislación medioambiental para determinadas partes. Sobre este tema, véase ampliamente KOKKO, Kay, “*Konkursipesän julkisoikeudellinen ympäristövastuu*”. Edilex, 2020 (13).

<sup>61</sup> *Konkurssilaki 120/2004*.

<sup>62</sup> Más en detalle, la intención del legislador finlandés era aclarar cómo y en qué medida el síndico estaba obligado a reparar los daños medioambientales producidos durante la explotación de la empresa en fase de ejecución, declarada insolente. Partiendo del supuesto lógico de que disponer de un marco más accesible sobre las obligaciones medioambientales en los procedimientos de insolencia es también (y quizás sobre todo) de considerable ayuda para los prestamistas, quienes pueden así perimetrar mejor los riesgos al conceder un crédito a la empresa. Véase KANTOLA, Heidi, - HÄNNINEN, Mira, “*Konkurssipesän ympäristövastuu ja vaikutukset velkojien asemaan*”, Defensor Legis, nº 2, 2019, pág. 242.

<sup>63</sup> *Perustuslakivaliokunta PeVL 69/2018 vp*.

<sup>64</sup> Siguiendo una vía argumentativa similar a la del Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Edu, examinada en §2.2.

<sup>65</sup> Más detalles en el llamado “*Atlas de Conflictos Medioambientales*”, <https://ejatlas.org/conflict/talvivaara-mining-company/?translate=it#>.

deudor<sup>66</sup>. En efecto, estas desventajas ambientales interactúan con los principios y mecanismos de la normativa pública ambiental, cuyas obligaciones y procedimientos están claramente definidos, especialmente en el ordenamiento jurídico italiano por el Decreto Legislativo n. 152 del 3 de abril de 2006 (en adelante, Código del Medio Ambiente o Texto Refundido de la Ley del Medio Ambiente). Sin embargo, los costes necesarios para financiar estas operaciones deben ser comparados con los principios y mecanismos propios del procedimiento de insolvencia colectiva, es decir, la liquidación judicial<sup>67</sup>.

La primera cuestión problemática a abordar es uno de los principios cardinales en materia medioambiental: el principio de “quien contamina paga”. Este principio presenta numerosos desafíos cuando se aplica en el ámbito de la insolvencia<sup>68</sup>. La cuestión es cómo hacer que este principio, que impone al contaminador la carga de la reparación de los daños ambientales, encaje en un contexto donde el deudor responsable de la contaminación pierde la disponibilidad material y jurídica de sus bienes debido a la apertura de la liquidación judicial, que está dirigida exclusivamente a la satisfacción de sus acreedores en el procedimiento concursal<sup>69</sup>.

Tras la declaración de apertura de la liquidación judicial, el deudor pierde la disponibilidad y administración de sus bienes, incluidos aquellos que presentan problemas medioambientales. Como consecuencia de la regla de la llamada desposesión concursal, el liquidador se convierte en titular de dichos bienes y parecería asumir, como tal, determinadas tareas prescritas también por la legislación ambiental, junto con las responsabilidades asociadas. Sin embargo, el hecho de que el liquidador-propietario de los bienes no sea también el responsable de la contaminación histórica que afecta a dichos bienes genera problemas de aplicación peculiares a la luz del principio de “quien contamina paga”. Este principio intercepta el tema más amplio, aunque diferente, de la responsabilidad ambiental del propietario de un área que no es responsable de su contaminación<sup>70</sup>; hay tres diferencias significativas que es necesario destacar para disipar cualquier posible malentendido: *a)* en los procedimientos concursales, no se produce una transferencia efectiva de la propiedad de los bienes contaminados del deudor liquidado al administrador judicial.<sup>71</sup>; *b)* la parte contaminante, que está obligada a cumplir con las obligaciones de seguridad, recuperación y restauración prescritas y ordenadas, no dispone, sin embargo, de la capacidad jurídica o material

---

<sup>66</sup> En el sistema de crisis italiano, la llamada desposesión (en italiano: “*spossessamento*”) representa uno de los principales efectos de la apertura de la liquidación judicial. De conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del CCII, la sentencia que declara la apertura de la liquidación forzosa priva al deudor de la administración y disponibilidad de sus bienes existentes en la fecha de la apertura de la liquidación forzosa.

<sup>67</sup> Entre estos principios se encuentra precisamente el de la concurrencia de la satisfacción de los créditos, junto con la regla asociada de *par condicio creditorum*.

<sup>68</sup> Para más detalles sobre el alcance de este principio, véase el apartado 1.

<sup>69</sup> Véase STANZIONE, Daniele, “*Liquidazione dell’attivo e interessi degli stakeholders*”, *op. cit.*, pág. 113, quien destaca cómo la liquidación judicial de la empresa representa el procedimiento en el que el interés de los acreedores asume su máxima gradación de valor, precisamente por su perspectiva de liquidación y la consiguiente funcionalidad de su actuación respecto a la satisfacción de los acreedores. Véase también D’ATTORRE, Giacomo, “*Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d’impresa*”, *op. cit.*, pág. 6, donde coincide en que de la funcionalización del procedimiento de liquidación se deduce que este debe ofrecer en su conjunto a los acreedores una satisfacción al menos igual a la que tendrían fuera y sin él porque, de lo contrario, dicho procedimiento iría en contra de los intereses de los acreedores.

<sup>70</sup> Más concretamente, se trata de una cuestión jurídica que actualmente ocupa a la jurisprudencia administrativa italiana, relativa a la posibilidad de imponer determinadas obligaciones de intervención (como medidas de recuperación, restauración y seguridad) también al propietario de una zona que no sea el autor de la contaminación histórica. A este respecto, remitimos a las reflexiones contenidas en CAPOBIANCO, Gianni, “*La responsabilità della curatela fallimentare per omessa bonifica, ripristino e recupero dello stato dei luoghi inquinati*”, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2022, n.5, págs.962 ss.

<sup>71</sup> El liquidador designado para gestionar el procedimiento sólo adquiere la posesión de los bienes, no su propiedad.

para poder cumplirlas<sup>72</sup>; c) la administración judicial, aunque puede actuar de manera facultativa en virtud del artículo 245, párrafo 2, del Código del Medio Ambiente para llevar a cabo las operaciones prescritas, especialmente en los casos de mayor urgencia, nunca dispone, al menos de hecho, de las sumas necesarias para ello y, además, se encuentra limitada por la necesidad de la autorización previa de la junta de acreedores o del juez delegado.

### 1. El principio europeo de “quien contamina paga” y el problema de la insolvencia del deudor contaminador

Entre los principios<sup>73</sup> dictados sobre la política medioambiental de la Unión Europea, el artículo 191 del TFUE establece que: *“la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”*<sup>74</sup>. Este principio, que hunde sus raíces en importantes estudios económicos<sup>75</sup>, fue incluido entre los veintisiete principios rectores del desarrollo sostenible del futuro por la Declaración de las Naciones Unidas de Río de Janeiro en 1992<sup>76</sup> y ha sido la base de varias intervenciones de armonización del legislador europeo en el ámbito económico en los últimos años<sup>77</sup>.

El principio en cuestión, sin embargo, si bien tiene una base jurídica precisa a nivel europeo, internacional y también interno, en la práctica ha encontrado límites para su plena aplicación, como se puso claramente de relieve en el informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo publicado recientemente<sup>78</sup>. En ese documento, el Tribunal evaluaba cómo los Estados miembros habían aplicado realmente el principio europeo de “quien contamina paga” en el ámbito de la contaminación industrial y si, y cómo, los mismos Estados se habían esforzado diligentemente por evitar el recurso al presupuesto de la Unión para financiar los costes de la reorganización que, según

<sup>72</sup> A tal efecto, el art. 144 CCII dispone que los actos realizados por el deudor, como los pagos efectuados o recibidos por él después de la apertura de la liquidación forzosa, son ineficaces frente a los acreedores.

<sup>73</sup> Título XX TFUE, “Medio Ambiente”.

<sup>74</sup> El principio de “quien contamina paga” se sitúa en la base de la política medioambiental de la Unión Europea, como se desprende del artículo 192 del TFUE. Siguiendo con la política medioambiental europea, véase también el artículo 3, apartado 3, del TUE, así como el artículo 11 del TFUE y el artículo 37 de la Carta de Niza, bajo el epígrafe “Protección del medio ambiente”.

<sup>75</sup> Entre todos, destacan los estudios del neoclásico Pigou, quien señaló el problema de las externalidades medioambientales negativas y la degradación del medio ambiente como causa de fallos del mercado, abogando así por la intervención directa de la política a través de mecanismos fiscales. Sobre este tema, véase PIGOU, Arthur Cecil, “*The Economics of Welfare*”, London, McMillan, 1948. Véanse también los estudios del economista Coase que, por otra parte, creía que el sistema económico era capaz por sí solo de eliminar las externalidades medioambientales negativas sin necesidad de una intervención directa del Estado en la economía. Véase COASE, Ronald Harry, “*The Problem of Social Cost*”, J. Law & Econ. 3, 1, 1960.

<sup>76</sup> United Nations Conference on Environment and development, *Rio Declaration on Environment and Development*, 1992.

<sup>77</sup> Una de las aplicaciones más significativas del principio de “quien contamina paga” se materializó con la Directiva Europea de Responsabilidad Medioambiental de 2004, que estableció por primera vez un objetivo común entre los Estados miembros en cuanto a la responsabilidad de las empresas por la prevención y reparación de daños ambientales, basándose precisamente en dicho principio. En concreto, se trata de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

<sup>78</sup> Para más detalles, véase el informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo titulado “*Principio de quien contamina paga: Aplicación inconsistente entre políticas y acciones medioambientales de la UE*”, disponible en línea en: [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21\\_12/SR\\_polluter\\_pays\\_principle\\_ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR21_12/SR_polluter_pays_principle_ES.pdf).

el principio aquí considerado, deberían haber corrido a cargo del contaminador real. Pues bien, a efectos de lo que aquí más nos interesa, el Tribunal de Cuentas de la UE ha considerado que "(...) cuando los costes de la recuperación del daño medioambiental son superiores al activo del operador, en el caso de insolvencia, éste es incapaz de completar la acción de recuperación, de modo que acaba siendo el sector público quien debe asumir el gasto"<sup>79</sup>.

A este respecto, como se muestra en un estudio elaborado para el Parlamento Europeo, el problema de la insolvencia de los contaminadores podría abordarse exigiendo a las empresas una garantía financiera obligatoria - por ejemplo, pólizas de seguros, garantías bancarias, fondos ambientales y fondos propios - para todas las actividades que entrañen un riesgo ambiental<sup>80</sup>. Sin embargo, como bien señala el informe, hasta la fecha sólo siete Estados miembros (República Checa, Irlanda, España, Italia, Polonia, Portugal y Eslovaquia) exigen una garantía financiera, en algunos casos obligatoria, en otros sólo obligatoria para actividades concretas (como es el caso de Italia y Polonia). En cambio, los veinte Estados miembros restantes aún no exigen una garantía financiera obligatoria.

En términos más generales, se ha observado que: "hemos llegado a la conclusión de que el principio de quien contamina paga se refleja y aplica de manera heterogénea en las distintas políticas medioambientales de la UE, y que su cobertura y aplicación no se han completado". En lo que respecta a la responsabilidad ambiental, las medidas adoptadas por la Comisión para apoyar la aplicación de la Directiva sobre responsabilidad ambiental por parte de los Estados miembros no han corregido algunas deficiencias fundamentales, como la falta de claridad en conceptos y definiciones clave y la ausencia de garantías financieras en caso de insolvencia. En ocasiones, el presupuesto de la UE se utiliza para financiar acciones de limpieza que, conforme al principio de "quien contamina paga", deberían haber sido sufragadas por los responsables de la contaminación<sup>81</sup>.

## **2. La administración y liquidación de las externalidades negativas medioambientales en los procedimientos de liquidación. Deberes y responsabilidades del administrador designado por el Tribunal**

Como hemos mencionado anteriormente, la apertura del procedimiento de liquidación judicial implica que el propio procedimiento adquiera todos los activos que forman parte de la actividad empresarial del deudor, incluidos aquellos que pueden estar afectados por problemas de contaminación ambiental. Esta situación también plantea problemas para el liquidador designado por el tribunal en cuanto a la gestión de dichos activos y la asunción de todas las responsabilidades civiles y penales relacionadas con ellos<sup>82</sup>.

En Italia, la jurisprudencia administrativa ha abordado durante mucho tiempo la posibilidad de imponer las obligaciones establecidas por la legislación ambiental<sup>83</sup> también al administrador judicial designado en los procedimientos de insolvencia, así como la posibilidad de que las

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, 30.

<sup>80</sup> Al menos en el contexto de la Directiva 2004/35/CE.

<sup>81</sup> Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo (nt.78), pág.5.

<sup>82</sup> En relación con lo anterior, véase específicamente CAPOBIANCO, Gianni, "*La responsabilità della curatela fallimentare per omessa bonifica, ripristino e recupero dello stato dei luoghi inquinati*", *op.cit.*, págs. 962 y ss.

<sup>83</sup> Estas obligaciones están establecidas en el Título V, Parte IV del Decreto Legislativo 152 de 2006.

autoridades territoriales públicas (responsables legalmente de la protección del medio ambiente)<sup>84</sup> emitan órdenes de limpieza y medidas de seguridad al procedimiento de insolvencia<sup>85</sup>. En relación con estos temas específicos, la jurisprudencia administrativa se ha dividido en dos orientaciones diferentes. Según una línea jurisprudencial inicial y minoritaria, incluso la parte no responsable de la contaminación podría ser considerada sujeta a las normas que requieren la implementación de medidas preventivas y correctivas necesarias. Por otro lado, otra línea de pensamiento sostiene que la administración territorial competente no puede ordenar dichas medidas incluso contra la parte no responsable de la contaminación, incluso si posteriormente se convierte en propietaria del área contaminada.

Y, efectivamente, de la lectura sistemática de las disposiciones contenidas en el Código del Medio Ambiente se desprende una definición clara y precisa de los sujetos obligados a adoptar medidas de protección y restauración del medio ambiente. De ello se infiere que el sujeto no responsable de la contaminación - salvo las obligaciones de comunicación y adopción de medidas preventivas exigibles - tiene únicamente el derecho a intervenir en la adopción de las medidas previstas y no una obligación adicional. Esta directriz fue finalmente compartida por el Consejo de Estado, el cual indicó que el marco normativo actual en la materia muestra que, en presencia de bienes con contaminación pasada, la Administración no puede imponer al titular del bien, si no es también el responsable de dicha contaminación, obligaciones adicionales a las expresamente previstas en la ley. Esto se debe a que las disposiciones del Código del Medio Ambiente distinguen claramente entre el “responsable de la contaminación” y el “propietario del área” que no contribuyó a causarla<sup>86</sup>.

En una decisión posterior, especialmente debatida en la doctrina, el Consejo de Estado abordó más específicamente el problema en relación con los procedimientos concursales. En concreto, la cuestión sometida al Pleno del Consejo de Estado era si el administrador concursal podía considerarse o no acreedor con legitimación pasiva frente a las órdenes relativas a la eliminación de residuos<sup>87</sup>. En otras palabras, se trataba de determinar si, tras la declaración de concurso, las

---

<sup>84</sup> Estas entidades públicas están encargadas de autorizar ciertas actividades, imponer obligaciones de restauración/eliminación de residuos e incluso, posteriormente, sancionar infracciones a los requisitos medioambientales.

<sup>85</sup> En Italia, estos organismos suelen ser los municipios o las regiones, a través de diversas agencias regionales de protección del medio ambiente (ARPA).

<sup>86</sup> La remisión se refiere a los dos autos gemelos del Pleno del Consejo de Estado (n.º 21 y n.º 25) de 2013, que también plantearon una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE. Sin embargo, las dos órdenes de remisión a los respectivos Consejos Plenarios son: Cons. Stato, Sec. VI, núm. 2740/2013 y Cons. Stato, Sec. VI, núm. 3515/2013. La cuestión *sub iudice* en las sentencias a quo se refería a dos empresas pertenecientes al grupo Montedison S.p.A., que más tarde se convertiría en Edison S.p.A., que explotaban un terreno industrial para la producción de insecticidas y herbicidas en Toscana. Este terreno estaba contaminado por sustancias químicas y sólo se limpió parcialmente en 1995. Posteriormente, entre 2006 y 2008, dos empresas diferentes adquirieron la propiedad de parte de los terrenos que formaban parte del emplazamiento. Las direcciones competentes del Ministerio ordenaron entonces a las empresas adquirentes que llevaran a cabo medidas específicas de seguridad de emergencia (la construcción de una barrera hidráulica de drenaje para proteger la napa freática y la presentación de una variante del proyecto de recuperación del terreno de 1995). A continuación, las empresas adquirentes, alegando que no eran responsables de la contaminación, recurrieron ante el Tribunal Administrativo Regional de Toscana, que dictó una sentencia anulando dichas medidas administrativas por considerar que el principio de “quien contamina paga” se opone a que la Administración imponga las obligaciones previstas en la parte IV del título V del Código del Medio Ambiente también a la parte no responsable de la contaminación. El Ministerio competente recurrió entonces la decisión ante el Consejo de Estado, que remitió el asunto al Pleno.

<sup>87</sup> Se trata de Cons. Stato, Ad. Plen., 26 de enero de 2021, núm. 3, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.5, 2021, con nota de CAPOBIANCO, Gianni, “Costi ambientali e procedura fallimentare, tra interessi collettivi e tutela creditoria”, págs.1060 ss. así como en *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2021, con nota de FABIANI, Massimo - PERES, Federico, “La posizione del curatore e gli obblighi di ripristino ambientale”, págs. 622 ss.

obligaciones medioambientales que el deudor concursado tenía anteriormente perdían relevancia jurídica, y por tanto si dichas obligaciones podían recaer sobre el administrador concursal encargado de gestionar los bienes afectados por la contaminación ambiental. La opinión predominante en la jurisprudencia ha sido que, después de la declaración de concurso del deudor contaminador, la responsabilidad de restaurar y eliminar los residuos debe recaer sobre el administrador concursal, y los costes correspondientes deben ser asumidos por el conjunto de los acreedores concursales.

Según el Consejo de Estado, el abandono de residuos constituye una “externalidad negativa” generada por la actividad empresarial cuando la empresa aún estaba en funcionamiento regular. Por lo tanto, los costos asociados con estas externalidades deberían ser asumidos por los acreedores que se benefician del reparto de los activos restantes después del procedimiento de liquidación. Además, la legitimación pasiva del liquidador surge de su condición como titular de los bienes que están afectados por la contaminación<sup>88</sup>. A esto se agrega que, según la decisión examinada, las consideraciones sobre la posible incapacidad de la quiebra para financiar la rehabilitación ambiental no son relevantes, ya que se trata simplemente de una eventualidad factual.

Sin embargo, la decisión del Consejo de Estado analizada brevemente presenta aspectos que no son totalmente satisfactorios desde una perspectiva jurídica, y esto permite algunas observaciones críticas. En primer lugar, la decisión parece estar decididamente orientada a un resultado específico: evitar que los costos ambientales causados por el empresario insolvente recaigan sobre la comunidad en nombre del principio de “quien contamina paga”.

No obstante, en mi opinión, esta solución carece de un sustento jurídico adecuado por varias razones. En primer lugar, no se respeta el principio de “quien contamina paga” si el responsable de asumir los costos es un sujeto, es decir, el acreedor insolvente, que no tiene una responsabilidad directa por los daños ambientales causados por el deudor insolvente. En efecto, el vínculo entre el acreedor y el deudor se establece en el marco de una relación obligatoria que, aunque en el contexto de la insolvencia, requiere satisfacción. Además, imponer el costo ambiental a los acreedores del deudor insatisfecho generaría una injusticia significativa en la satisfacción de los créditos, ya que antes de la insolvencia, el deudor tendría derecho a recibir sus créditos, incluso si contribuyó a la contaminación. Por el contrario, solo después de la declaración de liquidación judicial, cuando se revela la presencia de activos o residuos contaminantes, los costos recaerían sobre los acreedores concursales como un sacrificio de sus legítimos créditos. Esta situación es aún más problemática porque considera completamente irrelevante la externalidad ambiental hasta que el deudor manifieste su estado de insolvencia y sus acreedores realicen diligentemente los procedimientos para la liquidación judicial. En resumen, según esta interpretación apoyada por la jurisprudencia administrativa italiana, la declaración de apertura del procedimiento de liquidación forzosa marca un doble desafío: la competencia de los acreedores sobre los activos del deudor para satisfacer sus créditos y la responsabilidad de los acreedores para asumir los costos de las externalidades negativas ambientales que fueron generadas.

Otro problema que surge de la presencia de externalidades ambientales en los procedimientos concursales de liquidación se refiere al tratamiento que deben recibir los créditos derivados de las actividades emprendidas por el liquidador para la rehabilitación de los bienes adquiridos. Estas actividades pueden aumentar las posibilidades de liquidación en beneficio de la masa de acreedores<sup>89</sup>. La cuestión se centra en determinar si estos créditos pueden clasificarse como

---

<sup>88</sup> Es decir, la persona física o jurídica en posesión del inmueble donde se encuentran los residuos.

<sup>89</sup> FABIANI, Massimo - CAMMARATA, Simona, “*Tutela dei creditori vs. tutela dell’ambiente nella liquidazione giudiziale*”, *Dirittodellacrisi.it*, 25 luglio 2023, págs. 7 ss.

créditos prededucibles y, por lo tanto, ser pagados con prioridad sobre otros créditos de la masa concursal<sup>90</sup>. Según la legislación concursal previa<sup>91</sup>, el Tribunal Supremo de Casación había abordado este tema, vinculando la prededucibilidad de estos créditos a la facilidad de enajenación de los activos<sup>92</sup>.

Así, en el contexto de la liquidación de la empresa, las cuestiones ambientales relacionadas con los bienes adquiridos en el procedimiento inevitablemente afectan la fase de liquidación de dichos bienes. No en el sentido de que deba limitarse a buscar la recuperación ambiental, ya que este proceso tiene una naturaleza a corto plazo y está funcionalmente destinado únicamente a satisfacer a los acreedores concurrentes. Más bien, las externalidades ambientales negativas, evaluadas por expertos designados eventualmente por el liquidador según el artículo 216 del Código de Comercio y de la Industria, pueden interferir en la liquidación de los activos de la empresa de tres maneras: *a) impidiendo la liquidación* si la presencia de problemas ambientales la hace completamente impracticable sin costosos procedimientos de saneamiento o restauración, los cuales difícilmente pueden ser llevados a cabo en tales procedimientos; *b) retrasando la liquidación*; y *c) afectando indirectamente al valor realizable* de los activos vendidos, teniendo en cuenta los costos necesarios para la limpieza ambiental y la garantía de condiciones seguras<sup>93</sup>.

### **3. El conflicto entre la protección de los acreedores y la protección del medio ambiente. La controvertida posibilidad de excluir los activos contaminados del procedimiento de liquidación**

En relación con el nuevo Código italiano de crisis empresarial, para abordar el problema examinado aquí, parecen relevantes los institutos de *derelictio* y la “no adquisición” de activos contaminados dentro del patrimonio del procedimiento, así como la renuncia a liquidarlos si dicha actividad resulta evidentemente no rentable (artículo 213 CCII)<sup>94</sup>. Utilizando estas instituciones, al menos en teoría, el liquidador designado podría decidir no liquidar uno o varios activos contaminados, así como toda o parte de la superficie en la que se encuentran los residuos, o incluso la planta industrial en su conjunto, los cuales, por derogación del artículo 150 del CCII, pasarían a ser objeto de acciones individuales de ejecución por parte de los acreedores, dado que volverían a estar plenamente disponibles para el deudor en liquidación<sup>95</sup>.

Sin embargo, aunque esta exclusión podría parecer beneficiosa para los acreedores concursales al facilitar la liquidación sin la carga adicional de costos ambientales, también reduce significativamente la protección de la colectividad. Esto se debe a que la activación de operaciones de sustitución por parte de entidades públicas territoriales, conforme a las normativas del Código del Medio Ambiente, implicaría que dichas entidades solo podrían recuperar hasta el valor del bien

---

<sup>90</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, se consideran “*créditos prededucibles*” aquellos que surgen en relación con un procedimiento de insolvencia o en ocasión del mismo, además de aquellos expresamente calificados como tales por la ley. El estatuto de estos créditos está actualmente regulado por el artículo 6 CCII.

<sup>91</sup> Art.111 l.fall.

<sup>92</sup> Aunque con una sentencia aislada.

<sup>93</sup> Cfr. CARDINALE, Eustachio, “*La responsabilità ambientale nella crisi dell'impresa: profili problematici*”, CATERINO, D. - INGRAVALLO, I. (a cura di), *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi, Documentos de investigación*, Lecce, 2020, págs. 222, donde se analiza cómo el incumplimiento de las obligaciones ambientales puede impactar significativamente en el valor de mercado de los activos y su comerciabilidad efectiva. Para más detalles sobre este tema, véase también STANZIONE, Daniele, “*Liquidación de activos e intereses de las partes interesadas*”, *op. cit.*

<sup>94</sup> Se trata de instituciones de naturaleza diferente que coinciden en el efecto de que un bien específico no sea parte del patrimonio del procedimiento.

<sup>95</sup> Es decir, quedarían excluidos de la norma de liquidación conjunta.

o bienes sobre los cuales se impone la carga ambiental según el artículo 253 del Código del Medio Ambiente, excluyéndolas de participar en el concurso sobre el resto de los activos de la empresa y limitando así su capacidad para recuperar su valor total<sup>96</sup>.

Es importante señalar que, aunque en teoría es posible excluir un bien con contaminación ambiental de un procedimiento de liquidación judicial, en la práctica, en opinión del redactor, este derecho podría ofrecer una vía de escape cómoda pero peligrosa respecto a la legislación ambiental. Además, está en clara contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, como la utilidad social y la solidaridad, que también informan los procedimientos concursales (artículos 2 y 41 de la Constitución italiana). Incluso en el caso de la renuncia abdicativa de la propiedad contaminada, un instituto debatido recientemente en la jurisprudencia civil y administrativa italiana, no parece aplicable según el redactor, dado que un acto unilateral para desestimar los derechos de propiedad, ni siquiera por el titular real que ya ha sido desposeído, ni mucho menos por el síndico designado por el Tribunal, quien posee únicamente la mera posesión y no la propiedad real. Además, cualquier intento residual de uso de este instituto por parte del deudor, quien haya recuperado la posesión legal del bien contaminado después de la opción ejercida por el liquidador según el artículo 213 del CCII, debería considerarse nulo, dado que su objetivo sería evitar los costos necesarios para el saneamiento ambiental, cargando inevitablemente a la comunidad de ciudadanos<sup>97</sup>.

En efecto, la posibilidad de excluir activos contaminados del proceso de insolvencia tipo liquidación ha sido objeto de análisis en dos importantes decisiones de los Tribunales Supremos de Canadá y Estados Unidos, que analizaremos a continuación.

### 3.1. El caso canadiense *Redwater Energy Corporation*

Retomando el caso de Redwater Energy Corporation en Canadá, una empresa que cotizaba en bolsa y operaba en el sector del petróleo y gas en la provincia de Alberta<sup>98</sup>. En 2015, la empresa fue declarada insolvente y se aplicaron los procedimientos establecidos por la Ley de Insolvencia (*Bankruptcy and Insolvency Act - BIA*), designándose un síndico para recibir los créditos demostrables de los acreedores insatisfechos<sup>99</sup>. El problema radicaba en que, aunque la legislación canadiense sobre insolvencia es federal, las provincias tienen la autoridad para legislar en áreas específicas. En este caso, la Provincia de Alberta ejerció esta prerrogativa constitucional al aprobar una ley que requiere que las empresas de petróleo y gas obtengan una licencia especial para llevar a cabo sus operaciones. Esta licencia incluye la obligación, una vez finalizadas las actividades, de cerrar los pozos petroleros, restaurar las áreas y restablecer las condiciones ambientales previas<sup>100</sup>. Ocurrió, sin embargo, que al momento de la insolvencia de Redwater, la restauración medioambiental de los sitios donde estaban ubicados los pozos petroleros requería el desembolso

---

<sup>96</sup> De hecho, según la legislación medioambiental italiana, si no es posible identificar a la parte responsable de la contaminación o si ésta, aun estando identificada, es incapaz de cumplir, es la administración pública la que debe intervenir de oficio y, posteriormente, recurrir al propietario del bien dentro de los límites del valor de mercado del lugar determinado tras la ejecución de las intervenciones (la denominada carga real).

<sup>97</sup> El redactor considera preferible adherirse a la tesis según la cual el negocio jurídico de renuncia abdicatoria, por ser unilateral y no recíproco, queda sometido en virtud del art. 1324 del Código Civil a las normas reguladoras de los contratos, incluidas las relativas a la procedencia de la tutela (art. 1322 del Código Civil), en relación con los contratos atípicos, y a la existencia de una causa (lícita) apreciada en concreto en virtud de los arts. 1325 y 1344 del Código Civil.

<sup>98</sup> *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150.

<sup>99</sup> Art. 121 (1) BIA.

<sup>100</sup> Se trata de *Oil and Gas Conservation Act*, RSA 2000, c O-6 nonché del *Pipeline Act*, RSA 2000, c P-15.

de más de cinco millones de dólares<sup>101</sup>. Y esta complicada situación llevó al síndico designado a intentar vender los terrenos industriales contaminados para evitar asumir las responsabilidades medioambientales y los costes asociados, amparándose en la facultad que le otorga la Ley de Insolvencia (artículo 14.6 BIA)<sup>102</sup>. Sin embargo, la Autoridad Reguladora ordenó al síndico que llevara a cabo las acciones ambientales requeridas utilizando el valor residual de la liquidación de la empresa.

El problema que planteaba este caso surgía de la presencia de dos legislaciones aparentemente en conflicto<sup>103</sup>. Por un lado, la Ley Federal de Insolvencia consideraba las órdenes del regulador ambiental como cualquier otro crédito dentro del concurso. Por otro lado, la ley provincial de Alberta establecía que los créditos ambientales tenían prioridad sobre otros acreedores. En consecuencia, las cuestiones legales que se presentaron fueron principalmente dos: *a)* la posibilidad de que el síndico abandonara los sitios contaminados, es decir, que no asumiera las responsabilidades ambientales correspondientes, y *b)* la posibilidad de clasificar las órdenes ambientales provinciales como créditos demostrables, sujetos a la orden de satisfacción según la Ley de Insolvencia (BIA)<sup>104</sup>.

Tanto el Tribunal de Queen's Bench de Alberta<sup>105</sup> como el Tribunal de Apelación de Alberta<sup>106</sup> habían respaldado la posición del administrador. Ambos tribunales consideraron legítima la decisión del síndico de deshacerse de las áreas contaminadas, argumentando que las órdenes de la Provincia de Alberta debían tratarse como créditos demostrables ordinarios, cuya satisfacción dependía de la disponibilidad de fondos en el proceso de liquidación<sup>107</sup>. En contraste, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo que la orden de restauración ambiental de Alberta no debía considerarse como un crédito demostrable, sino más bien como una obligación hacia la comunidad y los propietarios vecinos.

En efecto, el Tribunal Supremo ha sostenido que si bien la Ley Federal de Insolvencia canadiense concede al síndico el derecho a renunciar a los activos en los procedimientos de insolvencia, esto se hace con el objetivo de maximizar la recuperación para todos los acreedores mediante la realización eficiente de los activos. Sin embargo, y este es el punto crucial, los tribunales tienen la obligación de interpretar las disposiciones de la ley como partes integrantes de un todo coherente. Se supone que el Parlamento crea secciones y subsecciones de la legislación de manera que el derecho a

---

<sup>101</sup> Según los documentos del juicio en primera instancia, el valor de realización de los bienes cuyo abandono solicitaba el administrador judicial ascendía únicamente a 547.000 dólares.

<sup>102</sup> Esta disposición, bajo el epígrafe "*Costs for remedying not costs of administration*", establece expresamente que: "*if the trustee has abandoned or renounced any interest in any real property, or any right in any immovable, affected by the environmental condition or environmental damage, claims for costs of remedying the condition or damage shall not rank as costs of administration*".

<sup>103</sup> En términos generales, en virtud de la doctrina de la primacía, en el sistema federal canadiense, un conflicto entre una ley federal y una ley provincial, ambas válidas, ya sea directo o indirecto, se resuelve asignando primacía a la primera. El principio se reiteró en *Alberta (Fiscal General) c. Moloney*, 2015 CarswellAlta 2091 (SCC), donde el conflicto se refería al artículo 178 de la BIA y al artículo 102 de *Alberta Traffic Safety Act*, RSA 2000, c T-6.

<sup>104</sup> Cfr. art.121 (1) BIA: "*All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act*".

<sup>105</sup> *Redwater Energy Corporation (Re)*, 2016 ABQB 278.

<sup>106</sup> *Orphan Well Association v Grant Thornton Limited*, 2017 ABCA 124.

<sup>107</sup> Cabe señalar que, según el Tribunal Supremo, no existía conflicto alguno entre la legislación federal y la provincial. No obstante, también hay que señalar que la decisión fue adoptada por una mayoría de cinco jueces, a pesar de la opinión disidente de la juez Suzanne Côté, según la cual en este caso sí existía conflicto entre la legislación provincial y la federal.

renunciar a los activos por parte del síndico en el procedimiento de insolvencia no puede ser ejercido simplemente para eludir futuras responsabilidades ambientales.

### 3.2. El caso estadounidense *Midlantic Nat'l Bank contra NJDEP*

Además del caso canadiense analizado anteriormente, también se planteó esta cuestión en un caso diferente que llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1986, referente a la insolvencia de una empresa dedicada a la eliminación de residuos en sitios de Nueva York y Nueva Jersey<sup>108</sup>. El Departamento de Protección del Medio Ambiente de Nueva Jersey impugnó la decisión del síndico de la liquidación de abandonar los sitios donde la empresa había llevado a cabo sus actividades de eliminación de residuos, argumentando que esta solución, aunque permitida en el artículo 554(a) del Código de Quiebras (*Bankruptcy Code*), entraba en conflicto directo con la legislación medioambiental<sup>109</sup>. Según el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en este caso, la opción de abandonar el sitio contaminado, incluso si está prevista en el Capítulo 7, debe ser considerada en el contexto de la legislación ambiental y las leyes de protección de la salud y la seguridad pública.

## IV. La protección del medio ambiente en los procedimientos de reestructuración de empresas en crisis: implicaciones y posibles interferencias

En los procedimientos concursales relacionados con la reestructuración de una empresa en crisis (aún potencialmente reversible), la sostenibilidad medioambiental y la continuidad empresarial muestran una interconexión profunda e intrínseca. Por un lado, es evidente que no puede haber continuidad productiva<sup>110</sup> en una iniciativa económica privada que pretenda reestructurarse sin ser ambientalmente sostenible<sup>111</sup>. Por otro lado, la sostenibilidad implica necesariamente la continuidad productiva de la empresa<sup>112</sup> y requiere una visión a largo plazo<sup>113</sup>, ya que no puede lograrse sin esta perspectiva o con un enfoque limitado a corto plazo (*short-termism*)<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> *Midatlantic Nat'l Bank contra NJDEP*, 474 U.S. 494 (1986). Sobre el caso véase GIORGI, Vittorio, "Renuncia a la adquisición y lugares contaminados: ¿derrota de activos o "abandono" ... de los acreedores?", *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, n.1, págs.131, ss. así como GIORGI, Vittorio, "Da Midatlantic all'ILVA, curatore e commissari nella "zona contaminata": dereliction of assets or "abandonment" ... of creditors?", AA.VV., *Crisis e Insolvencia, in memoria de Michele Sandulli*, Torino, 2019, pág. 404; FERNANDEZ, Manuel A., "Midatlantic National Bank: El Tribunal Supremo abandona a los acreedores", *40 U. Miami Law Review*, 1986, pág. 1299.

<sup>109</sup> El artículo 554(a) del Código de Quiebras estadounidense establece que: «*after notice and a hearing, the trustee may abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate*».

<sup>110</sup> Véase D'ATTORRE, Giacomo, "I principi generali del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", *op. cit.*, pág. 12, quien destaca que la consideración del entorno empresarial generado no es ajena al sistema de convenio.

<sup>111</sup> Además, el mismo artículo 87 de la LCII sugiere tal conclusión en la parte en la que establece que el plan de convenio con los acreedores prevé la continuación de la actividad empresarial de forma directa éste también debe contener "l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente".

<sup>112</sup> PACCHI, Stefania, "Sostenibilità, fattori ESG e crisi d'impresa", *RistrutturazioniAziendali.it*, 26 maggio 2023, pág. 4.

<sup>113</sup> Como observa RICCIARDIELLO, Edgardo, "Sustainability and going concern", *RistrutturazioniAziendali.it*, pág. 8, para ser considerada sostenible, la actividad de la empresa debe tener una visión a largo plazo ya que, de lo contrario, no cumpliría los cánones de la diligencia puesto que dicha actividad sólo satisfaría los intereses primarios del capital de mando.

<sup>114</sup> El desarrollo de la denominada visión a largo plazo, en contraposición a la visión a corto plazo, es actualmente objeto de gran interés en la doctrina, también en relación con la cuestión de la sostenibilidad de las empresas en funcionamiento. Véase, por ejemplo, ZAMMITTI, Maria Vittoria, "Long-termism and short-termism in the search for sustainability

En estos procedimientos, la sostenibilidad medioambiental no se refiere tanto a los métodos de liquidación de activos, como en los casos de liquidación discutidos anteriormente<sup>115</sup>, sino que abarca diferentes dimensiones. En primer lugar, la sostenibilidad ambiental se relaciona con la organización misma de la empresa ante una eventual crisis; esto implica la preparación de estructuras organizativas, administrativas y contables adecuadas, donde los compromisos ambientales y climáticos puedan amenazar la continuidad en el ámbito económico-financiero<sup>116</sup>. En segundo lugar, la sostenibilidad se manifiesta dentro del propio procedimiento concursal, adaptando mecanismos procesales, reglas, principios y poderes que consideren adecuadamente las externalidades ambientales negativas generadas por la empresa en crisis, así como los intereses de los acreedores. Este equilibrio es esencial en la planificación de los instrumentos para resolver la crisis<sup>117</sup>. Finalmente, se podría considerar una tercera dimensión de la sostenibilidad medioambiental en el contexto de la insolvencia, que podríamos denominar sostenibilidad material. Este aspecto implica minimizar los impactos ambientales negativos y las emisiones de gases de efecto invernadero durante el procedimiento concursal. En la actualidad, este objetivo es alcanzable gracias al creciente uso de tecnologías digitales, como las plataformas telemáticas ampliamente operativas en la resolución negociada de crisis<sup>118</sup>. Estas facilitan la comunicación,<sup>119</sup> el depósito de registros contables, documentos<sup>120</sup>, informes en formato digital, la venta de activos durante la liquidación<sup>121</sup> o la celebración de reuniones telemáticas<sup>122</sup>, entre otras funciones. Estas prácticas indudablemente

---

*strategies*”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, n.º 1, págs. 255 y ss.; DENOZZA, Francesco, “*Lo scopo della società tra short-termism e stakeholders empowerment*”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, págs. 29 y ss.; STELLA RICHTER, Mario Jr., “*Long-Termism*”, *Rivista delle società*, 2021, pág. 30.

<sup>115</sup> Lo cual, cabe señalar, también puede ser el caso ya que, en relación con el sistema de crisis italiano, incluso en los procedimientos que persiguen la continuidad empresarial, pueden coexistir perfiles de liquidación de activos que no son instrumentales para lograr dicha continuidad.

<sup>116</sup> La cuestión del establecimiento de disposiciones organizativas adecuadas para detectar la crisis de una empresa ocupa un lugar central en la reciente reforma italiana del Derecho de insolvencia (y, por extensión, también del Derecho de sociedades). Si, por regla general, en virtud del artículo 2086 del Código Civil italiano, el empresario que opere en forma societaria o colectiva tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y dimensión de la empresa, también en función de la detección a tiempo de la crisis de la empresa y de la pérdida de continuidad de la actividad, además del deber de adoptar sin demora medidas para la adopción y aplicación de uno de los instrumentos previstos por la ley para superar la crisis y recuperar la continuidad de la actividad, el artículo 4 CCII reitera este deber estableciendo, además, que el empresario individual también tiene el deber de adoptar las medidas adecuadas para detectar con prontitud el estado de crisis y adoptar sin demora las medidas necesarias para hacerle frente. La cuestión que se plantea, en relación con los posibles perfiles de riesgo medioambiental de la empresa, es entender si estos dispositivos deben o no, y antes que pueden, tener también en cuenta adecuadamente los posibles problemas medioambientales que la empresa pueda encontrar en el ejercicio de su actividad. En opinión del redactor, estos aspectos ya son relevantes a la luz del parámetro de “adecuación” de tales estructuras organizativas sobre las que, en virtud del artículo 2403 del Código Civil italiano, la Junta de Auditores de Cuentas, como órgano de control interno de las sociedades que adoptan el sistema tradicional, está obligada a supervisar.

<sup>117</sup> Véase PACCHI, Stefania, “*La gestione sostenibile della crisi d’impresa*”, *op.cit.*, pág. 5. Cfr. PACCHI, Stefania, “*La gestione sostenibile della crisi d’impresa*”, *op.cit.*, pág. 5.

<sup>118</sup> Esta representa una vía por la cual un empresario en estado de desequilibrio patrimonial o económico-financiero puede llevar a cabo la reorganización de su empresa con el respaldo de un experto independiente que facilita las negociaciones con acreedores y otras partes interesadas. La nueva institución, introducida por el Decreto Ley nº 118, de 24 de agosto de 2021, se rige ahora por los artículos 12 y ss. CCII.

<sup>119</sup> Art.10 CCII.

<sup>120</sup> Art.39 CCII.

<sup>121</sup> Art.216 CCII.

<sup>122</sup> Art.497 CCII.

contribuyen a reducir los impactos ambientales y climáticos durante la gestión de procedimientos concursales<sup>123</sup>.

### 1. Recuperación medioambiental y continuidad de la actividad empresarial: implicaciones e interferencias

En los instrumentos y procedimientos de insolvencia orientados a mantener la continuidad operativa de una empresa en crisis, las cuestiones medioambientales pueden entrometerse en el proceso de reestructuración de varias maneras:

α) *obstaculizando* el proceso, cuando los costos medioambientales necesarios para la costosa rehabilitación o eliminación de residuos, como los que contienen amianto, dioxinas, mercurio o sustancias perfluoroalquiladas, son excesivamente altos, llegando a comprometer la viabilidad de los acuerdos establecidos<sup>124</sup>. Asimismo, si el problema medioambiental ya ha generado reclamaciones legítimas no satisfechas antes de que surja la crisis, por ejemplo, por parte del organismo territorial competente en materia de protección ambiental, esto podría incluso derivar en una solicitud de liquidación judicial<sup>125</sup>;

β) *favoreciendo* el proceso, cuando la restauración medioambiental, integrada adecuadamente en los términos del proceso concursal, permite transformar a la empresa, anteriormente contaminante, en una entidad comprometida con la sostenibilidad ambiental y climática. Esto puede fortalecer su imagen ante sus *stakeholders* naturales, especialmente consumidores y usuarios, ganando así su confianza y apoyo a largo plazo. En este sentido, como se ha señalado, “la sostenibilidad se vuelve estratégica y crucial para la continuidad empresarial”<sup>126</sup>;

γ) *facilitando* el proceso, cuando la inclusión de aspectos medioambientales en los planes de reorganización permite a los prestamistas evaluar mejor los riesgos físicos y temporales. Esto es especialmente relevante para los bancos, que actualmente deben gestionar estos factores de

<sup>123</sup> Para profundizar en el uso de tecnologías digitales en el derecho societario y, en particular, en el derecho de crisis empresarial, se remite a CAPOBIANCO, Gianni, “*Tecnologia digitale come strumento di sostenibilità e net-zero per le imprese. Il Caso dell’industria aeronautica*”, *Ianus, Diritto e Finanza, Quaderni*, 2023, págs. 43 ss.

<sup>124</sup> Para ilustrar este último aspecto, recordamos un caso en el cual estuvo involucrada una empresa italiana operante en la región del Véneto, dedicada a la producción de productos químicos finos, conocida por su contaminación con sustancias perfluoroalquiladas (PFAS), que llevó a la creación de una Comisión Parlamentaria de Investigación según la Ley nº 1 de 7 de enero de 2014. Se realizaron investigaciones ambientales detalladas en la planta de producción y en los acuíferos cercanos, así como análisis epidemiológicos de la población local. Los detalles completos del caso están disponibles en los registros de la Comisión Parlamentaria de Investigación, accesibles en línea en <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/023/039/INTERO.pdf>. La empresa, que inicialmente se acogió al procedimiento concursal, finalmente fue declarada en quiebra debido a la imposibilidad del Consejo de Administración de ejecutar el plan de negocios, en parte debido a problemas medioambientales surgidos. Esta situación quedó patente durante la comparecencia del administrador concursal el 11 de julio de 2019 ante la Comisión Parlamentaria de Investigación. En dicha ocasión, el administrador concursal expresó que “(...) las necesidades financieras estimadas para la reestructuración empresarial, especialmente para resolver los problemas ambientales, eran tan elevadas que el accionista principal decidió no continuar invirtiendo. En resumen, ya no se contaban con los recursos financieros necesarios para seguir adelante con esta iniciativa industrial. Por lo tanto, a finales de octubre, se solicitó la revocación del procedimiento concursal y se procedió a la declaración de quiebra voluntaria”. Las actas de esta audiencia también están disponibles en línea en: [https://parlamento18.camera.it/application/xmanager/projects/parlamento18/attachments/auditi\\_pdf/pdfs/000/000/55/Rif\\_M\\_20190711\\_14\\_Miteni.pdf](https://parlamento18.camera.it/application/xmanager/projects/parlamento18/attachments/auditi_pdf/pdfs/000/000/55/Rif_M_20190711_14_Miteni.pdf)

<sup>125</sup> De acuerdo con el artículo 245 del Código Medioambiental italiano.

<sup>126</sup> Véase PACCHI, Stefania, “*Sostenibilità, fattori ESG e crisi d’impresa*”, *op. cit.*, pág. 20.

manera eficiente para poder ofrecer el apoyo financiero necesario a las empresas en crisis, minimizando al mismo tiempo los riesgos crediticios asumidos.

## **2. Los perfiles de sostenibilidad medioambiental de la empresa y la elección del procedimiento concursal por parte de los administradores**

El nivel de sostenibilidad medioambiental de la empresa afecta principalmente a la decisión que, en la actualidad, recae exclusivamente en los administradores cuando la empresa entra en estado de crisis o insolvencia. En otras palabras, la cuestión crítica es si - y de qué manera - al optar por un procedimiento de reestructuración de crisis según el artículo 120-*bis* del CCII, los administradores deben también considerar las cuestiones medioambientales que enfrenta la empresa<sup>127</sup>.

En opinión del redactor, la cuestión sobre la relevancia de los perfiles de sostenibilidad ambiental al determinar la elección del instrumento de regulación de crisis está mal planteada. No se trata tanto de si los administradores deben perseguir dichos objetivos durante la crisis o insolvencia, dado que en esa fase de la vida de la empresa la decisión de optar por un procedimiento de liquidación o reorganización no depende directamente del compromiso ambiental de la empresa<sup>128</sup>.

El verdadero punto de discusión radica en cómo la insostenibilidad ambiental de la empresa puede influir en dicha elección, dirigiéndola hacia la necesidad de un procedimiento de liquidación judicial cuando la reorganización empresarial no garantice la reversión de la crisis y no logre ganarse la confianza de los acreedores. Esto se considera también en vista de posibles cargas financieras adicionales y responsabilidades predecibles que podrían surgir de la planificación de aspectos ambientales, las cuales el deudor no podría eludir, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de liquidación<sup>129</sup>. Además, es crucial tener en cuenta que la planificación de perfiles de sostenibilidad ambiental implica un horizonte temporal extendido para su consecución, lo cual podría impactar negativamente en la satisfacción de los acreedores, quienes pueden no compartir la misma perspectiva temporal. Solo si es viable prever una reorganización que aborde efectivamente los problemas ambientales y asegure la recuperación sostenible de la actividad empresarial, ofreciendo una mejor perspectiva de satisfacción para los acreedores en comparación con una liquidación, los administradores podrían optar efectivamente por instrumentos de reorganización<sup>130</sup>.

Por estas razones generales, parece poco probable que la sostenibilidad ambiental incida directamente en la decisión del órgano de administración respecto al procedimiento a emplear. La crisis representa solo una fase en la vida de la empresa donde los intereses perseguidos por los

---

<sup>127</sup> El problema surge porque, según observa una doctrina cuidadosa, a medida que la crisis o incluso la insolvencia se aproximan, los deberes fiduciarios de los administradores se amplían hacia los acreedores y todas las partes que puedan resultar perjudicadas por dicha situación, no limitándose únicamente a los accionistas. En este sentido, consultar D'ATTORRE, Giacomo, *"Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza"*, op. cit., pág. 26. BALLERINI, Giulia, *"La sostenibilità nel diritto della crisi: problemi e prospettive"*, op.cit., pág. 488, también aborda este mismo problema.

<sup>128</sup> Importantes reflexiones sobre la posición del órgano de dirección en relación con estos aspectos se encuentran en BENEDETTI, Lorenzo, *"L'organo gestorio della società in crisi fra interesse dei soci e interessi altri: i principi della direttiva sui preventive restructuring frameworks e il loro recepimento negli ordinamenti nazionali"*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2023, n.1.

<sup>129</sup> En los procedimientos de insolvencia que buscan asegurar la continuidad operativa de una empresa en crisis, como el concurso de acreedores con un plan que contempla la continuidad directa, el deudor sigue manteniendo la posesión material y jurídica de los activos, aunque su gestión está bajo la supervisión de un administrador judicial designado por el tribunal.

<sup>130</sup> Sobre este punto, véase LINNA, Tuula, *"Business Sustainability and Insolvency Proceedings - The EU Perspective"*, op. cit., pág. 5, donde se discute el uso de una prueba de viabilidad para determinar la recuperabilidad de la empresa y una prueba del interés superior de los acreedores.

administradores no cambian y no se pueden considerar al servicio de intereses públicos de naturaleza general, como los ambientales. En cambio, es evidente que las cuestiones ambientales pueden afectar indirectamente a la empresa, prospectivamente haciéndola inviable, impidiendo intentos de reorganización o haciendo que esta última no sea rentable para los acreedores, especialmente los financieros, en comparación con una liquidación<sup>131</sup>.

En otras palabras, en la actualidad del Derecho de crisis en el que nos encontramos escribiendo, los perfiles de sostenibilidad ambiental no parecen influir directamente en la discrecionalidad de los administradores respecto al procedimiento o herramienta de regulación de crisis al que acceder. Su impacto es más bien indirecto, ya que pueden determinar la viabilidad o la inviabilidad de la reorganización completa de la empresa. Esta idea parece reforzarse con un argumento normativo derivado del llamado procedimiento directo de concurso de acreedores como empresa en funcionamiento: los artículos 84 y 87 del CCII combinados establecen que un deudor en estado de crisis o insolvencia puede proponer un concordato preventivo que satisfaga a los acreedores en una medida no inferior a la alcanzable en caso de liquidación forzosa, con un plan que detalla "*l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia (...) di tutela dell'ambiente*". Recientemente, la doctrina ha señalado que la integración de la cuestión ambiental en el contexto del concordato ha servido para asegurar que los costes necesarios para la reorganización empresarial también incluyan adecuadamente la protección del medio ambiente<sup>132</sup>.

### **3. El rol de los consumidores. Elecciones de consumo ambientalmente sostenibles y lucha europea contra el lavado verde (*greenwashing*) de las empresas**

Se acaba de observar que la promoción de la sostenibilidad medioambiental en el marco de los instrumentos que persiguen la reorganización de una empresa en crisis, incluso en ausencia de referencias reglamentarias precisas, depende sobre todo del apoyo que consiga obtener de sus partes interesadas, en particular las financieras y los propios consumidores. En el contingente histórico actual, de hecho, el marco jurídico - sobre todo constitucional y supranacional - parece confirmarlo, en los instrumentos destinados a la reorganización de una empresa en crisis, frente a los de liquidación, la continuidad empresarial no puede considerarse instrumental únicamente para la mejor satisfacción de los acreedores en sentido estricto<sup>133</sup>, sino que, partiendo del supuesto de que la preservación de la empresa representa un valor en sí misma, para los consumidores y para el mercado, su reorganización entretanto es posible en la medida en que no descuide la consideración de los intereses de todos los *stakeholders*<sup>134</sup>.

Partiendo de esta premisa, no sorprende que estudios recientes a nivel europeo hayan documentado una mayor y creciente sensibilidad de los consumidores europeos hacia iniciativas

<sup>131</sup> Referencias adicionales pueden encontrarse en el apartado 4 del mismo documento.

<sup>132</sup> Cfr. FABIANI, Massimo - CAMMARATA, Simona, "*Tutela dei creditori vs. tutela dell'ambiente nella liquidazione giudiziale*", *op. cit.*, pág. 2.

<sup>133</sup> Se accede así a una noción más amplia de acreedor, coherente con su propia etimología: "*creditor*": creer, confiar, prestar.

<sup>134</sup> A este respecto, véase el considerando nº 49 de la Directiva sobre insolvencia, donde se afirma con precisión que "(...) el valor de empresa en funcionamiento es normalmente superior al valor de liquidación, ya que se basa en la hipótesis de que la empresa prosigue su actividad con un mínimo de perturbaciones, cuenta con la confianza de los acreedores financieros, accionistas y clientes, sigue generando ingresos y limita el impacto sobre los trabajadores". Véase también STANZIONE, Daniele, "*Liquidazione dell'attivo e interessi degli stakeholders*", *op. cit.*, págs. 121 ss. quien habla de una "liquidación realojativa", es decir, considerando la preservación de la empresa como el "punto de soldadura" de todos los intereses, de stakeholders y acreedores, que gravitan en torno a ella.

económicas privadas que se centran en perfiles de sostenibilidad ambiental y climática, tanto en los productos y servicios ofrecidos como en los procesos de producción utilizados. Este cambio va acompañado de una mayor atención por parte de las autoridades de defensa de la competencia<sup>135</sup> hacia prácticas comerciales desleales relacionadas con el fenómeno conocido como *greenwashing*.<sup>136</sup>

Más recientemente, la Unión Europea ha intervenido en esta misma dirección con la aprobación de la Directiva 2024/825/UE (también conocida como *Green Claims Directive*)<sup>137</sup>, concretando un compromiso político ya adquirido hace tiempo<sup>138</sup> -especialmente por parte de la Comisión Europea - en la lucha contra las llamadas alegaciones medioambientales falsas que pueden afectar significativamente a la competitividad del propio mercado único europeo<sup>139</sup>.

#### **4. El rol de los bancos. Apoyo financiero a la reorganización sostenible de empresas en crisis y los nuevos riesgos medioambientales y climáticos para el sistema financiero**

La presencia de externalidades ambientales negativas generadas por las actividades empresariales puede tener un impacto significativo, especialmente en los próximos años, en la capacidad de una empresa para obtener o mantener líneas de crédito con instituciones financieras<sup>140</sup>. Este efecto es aún más evidente en el contexto de una crisis empresarial, donde la reorganización y la continuidad de la actividad dependen estrechamente de la financiación

---

<sup>135</sup> En relación con la legislación italiana, se trata de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

<sup>136</sup> Véase Comisión Europea, “*Greenwashing*”: website screening reveals that half of all green claims are unsubstantiated, comunicado de prensa de 28 de enero de 2021.

<sup>137</sup> Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta a la capacitación de los consumidores para la transición ecológica mediante la mejora de la protección frente a las prácticas desleales y la información. Para un análisis de la propuesta, véase PERILLO, Tiziana, “*Potenzialità e criticità della proposta di direttiva «green claims»*”, *Le Nuove leggi civili commentate*, 2023, n. 6, págs. 1603 ss. nonché BORDIN, Alessandro e BOVINO, Claudio, “*Direttiva Green Claims, in arrivo le norme contro il greenwashing*”, *Ambiente & Sviluppo*, 2023, pág. 522.

<sup>138</sup> Desde el *Green Deal europeo* de 2019, la Comisión Europea ha subrayado la importancia de que los consumidores europeos dispongan de información fiable, comparable y verificable sobre la sostenibilidad ambiental de los productos. Instó a las empresas que hacen afirmaciones ecológicas sobre sus productos a que puedan respaldarlas con una metodología estándar que evalúe su impacto ambiental. Este mensaje se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “*El Pacto Verde Europeo*”, de diciembre de 2019. Posteriormente, dentro del “*Plan de Acción para la Economía Circular y una Europa más Limpia y Competitiva*”, la Comisión Europea se comprometió a fortalecer la protección de los consumidores contra el *greenwashing* y la obsolescencia prematura, estableciendo requisitos mínimos para las etiquetas/logos de sostenibilidad y herramientas de información. Además, dentro de la “*Nueva Agenda del Consumidor para una recuperación sostenible*”, la Comisión anunció la adopción inminente de medidas para promover un mercado más ecológico, digital y justo, donde los consumidores europeos jueguen un papel central en la transición ecológica.

<sup>139</sup> La sostenibilidad ambiental está emergiendo como un fuerte motor competitivo, dado el uso de mensajes ecológicos (*green claims*) por parte de las empresas, aunque no siempre garantizan la libertad de elección informada por parte de los consumidores. Para profundizar en este tema, se recomienda consultar las reflexiones de CAPOBIANCO, Gianni, “*Asserzioni ambientali non veritiere e divieto di pratiche commerciali scorrette*”, *La sostenibilità e le informazioni al consumatore di alimenti*, (a cura di) S. CARMIGNANI, S. BOLOGNINI, N. LUCIFERO, *Wolters Kluwer Italia*, 2024, en curso de impresión. Sobre las numerosas implicaciones entre competencia y sostenibilidad véase también MALINAUSKAITE, Jurgita, “*Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, 13, 5, págs. 336 y ss., <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac003> así como HOLMES, Simon, “*Climate change, sustainability, and competition law, in Journal of Antitrust Enforcement*”, 2020, 8, 2, págs. 354 y ss., <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.

<sup>140</sup> Estos aspectos se ven corroborados por el estudio reciente de AIELLO, Maria Alessia, ANGELICO Cristina, COVA, Pietro and MICHELANGELO, Valentina, “*Climate-related risks for Italy: an analysis based on the latest NGFS scenarios*”, *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers*, Banca d'Italia, n.847, 2024.

necesaria para acceder a instrumentos de regulación de crisis o procedimientos concursales, así como para su ejecución posterior<sup>141</sup>.

Es ampliamente conocido en el ámbito de los asuntos concursales que el éxito de la reestructuración de una empresa en crisis está estrechamente ligado a su capacidad para mantener o acceder a nueva financiación, la cual puede estar fuertemente influenciada por el grado de sostenibilidad medioambiental y neutralidad en carbono de sus operaciones. Estos aspectos se han convertido en nuevos factores de riesgo que los bancos deben considerar rigurosamente al evaluar el riesgo crediticio de las empresas a las que financian<sup>142</sup>.

En el contexto del ordenamiento jurídico italiano, la posición privilegiada del sistema bancario, también reflejada en el nuevo Código de Crisis<sup>143</sup>, aparece como prioritaria entre las diversas vías de financiación de la empresa en crisis, habida cuenta del papel que el mantenimiento o el acceso a la financiación asume en el establecimiento, así como en la posterior aplicación, de los mismos instrumentos de resolución de crisis, en clave conservadora, especialmente de la financiación que la empresa en crisis necesita en el marco del procedimiento de convenio cuyo plan prevé la continuidad directa de la actividad empresarial<sup>144</sup>. Por un lado, bajo ciertas condiciones, la legislación italiana otorga el beneficio de la prededucibilidad, asegurando así la prioridad en el pago de los créditos derivados de préstamos anteriores. Sin embargo, los riesgos medioambientales y climáticos pueden influir significativamente en la evaluación de la solvencia de la empresa en dos aspectos principales: a) afectando la capacidad de mantener la financiación existente y acceder a nueva financiación necesaria para la continuidad empresarial; y b) afectando cuantitativamente la cantidad de financiación disponible<sup>145</sup>.

No obstante, el tema de la financiación, sobre todo si es prededucible, intercepta una nueva e interesante *línea de indagación* relativa a los riesgos medioambientales y climáticos paralelos a los que se expone hoy el prestamista bancario, a los que se presta mayor atención en el plano de la

---

<sup>141</sup> Como leemos en ORLANDO, Tommaso – RODANO, Giacomo, “*Firm undercapitalization in Italy: business crisis and survival before and after COVID-19*”, *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Papers*, Banca d'Italia, n.590, 2020, pág.10, la infracapitalización de las empresas italianas implica una mayor centralidad del papel de los bancos en los instrumentos de regulación de la crisis a pesar de lo que podría ocurrir en un escenario diferente caracterizado por un mayor recurso al capital riesgo por parte de las empresas.

<sup>142</sup> Pensemos en la reciente iniciativa promovida por la *Banque de France* para desarrollar un indicador que mida el grado de exposición de las empresas francesas a posibles riesgos climáticos, también en lo que respecta a las pequeñas y medianas empresas. Para más detalles, véase <https://www.banque-france.fr/fr/banque-de-france/banque-centrale-engagee/changement-climatique-finance-durable>.

<sup>143</sup> Al igual que en la anterior Ley Concursal de 1942, el nuevo Código de Crisis Empresariales de 2022 también distingue tres tipos diferentes de financiación: las caracterizadas por una especial urgencia cuya autorización se requiere en el momento de la petición presentada ante el Tribunal y cuya ausencia causaría un grave perjuicio a la actividad de la empresa o a la continuación del procedimiento (Art. 99 (Art. 99(1)-(4) CCII); la denominada financiación puente en relación con un procedimiento de convenio o la aprobación de acuerdos de reestructuración de deuda (Art. 99(5) CCII); y la denominada financiación en ejecución de un procedimiento de convenio o de acuerdos de reestructuración de deuda (Art. 101(1) CCII). Con respecto a estos préstamos, el legislador se preocupa de circunscribir el alcance del beneficio de la prededución. Para una visión general del tema de la financiación en el nuevo Código de Crisis, véase BROGI, Raffaella, “*I finanziamenti all’impresa in crisi tra legge fallimentare, Codice della crisi e D.L. n. 118 del 2021*”, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2021, pág.1289.

<sup>144</sup> Véase sobre este punto FAUCEGLIA, Giuseppe, “*Il Codice della crisi e dell’insolvenza e le banche: qualche spunto di riflessione*”, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2023, n. 2, págs. 334 ss.

<sup>145</sup> Véase, sobre este punto, STANGHELLINI, Lorenzo, “*I finanziamenti al debitore e le crisi*”, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*”, n.10, 2021, págs. 1184, quien distingue entre prestamistas que intervienen *ex novo* en la reestructuración “fijando el precio” del crédito en función del riesgo real y sujetos que, en cambio, conceden nueva financiación al deudor respecto del cual ya han concedido crédito en el pasado y para el que, por tanto, la razón de la financiación es aumentar las posibilidades de recuperar el crédito ya concedido más que remunerarlo.

supervisión prudencial<sup>146</sup> por la asunción de los peligros que son capaces de generar, aunque sea prospectivamente, sobre la estabilidad del sistema financiero en su conjunto<sup>147</sup>. Y de hecho, aunque sólo sea a nivel prudencial, las empresas bancarias de hoy en día necesitan incluir evaluaciones relativas a estos nuevos riesgos, ya que de ellos pueden derivarse pérdidas significativas a largo plazo debido a la materialización de los denominados riesgos físicos y transitorios<sup>148</sup>. A la luz de esta circunstancia, no parece descabellado prever que, precisamente a causa de la insostenibilidad medioambiental, la empresa ya no pueda encontrar un lugar en el mercado tras la reorganización, o lo tenga de forma bastante reducida<sup>149</sup>. Y, a la inversa, no parece del todo inverosímil suponer que el grado de sostenibilidad medioambiental de la empresa, combinado con su sostenibilidad económica, pueda representar un elemento de mayor propensión para su apoyo financiero, incluso en la fase de resolución de su posible crisis.

Además, uno de los principales desafíos críticos que enfrentan los bancos para evaluar adecuadamente estos riesgos es la falta (o más a menudo, la escasez) de información suficiente sobre el impacto ambiental y climático de las empresas que financian<sup>150</sup>. Este problema parece estar vinculado a la circunstancia de que las normativas pertinentes en estos ámbitos, en su mayoría de origen europeo, están diseñadas únicamente para empresas específicamente seleccionadas según

---

<sup>146</sup> En particular, los instrumentos de supervisión prudencial en el marco del Mecanismo Único de Supervisión (MUS).

<sup>147</sup> A nivel de la supervisión prudencial de los bancos, deben tenerse en cuenta las recientes pruebas de resistencia climática realizadas por el Banco Central Europeo sobre los riesgos climáticos y medioambientales de los bancos en el ámbito de su supervisión, que también se incluyen en las prioridades de supervisión para el período 2023-2025. Esta prueba de resistencia, más concretamente, se inició a partir de la constatación de que “en función del modelo de negocio, el entorno operativo y el perfil de riesgo, una entidad, con independencia de su tamaño, podría concentrarse en un mercado, sector o zona geográfica expuestos a riesgos físicos y de transición importantes, lo que significa que podría ser extremadamente vulnerable a los impactos del cambio relacionado con el clima y la degradación del medio ambiente”. Véase Banco Central Europeo, *Supervisory priorities and assessment of risks and vulnerabilities*, 6 <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/priorities/html/ssm.supervisory.priorities202212~3a1e609cf8.en.html>. A nivel italiano, también hay que considerar las denominadas Expectativas supervisoras sobre riesgos climáticos y medioambientales del Banco de Italia (2022) relativas precisamente al nivel de integración de los riesgos medioambientales y climáticos de los bancos italianos menos significativos. Véase, en particular, Banca d'Italia, *Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, 2022, 1 ss. así como Banca d'Italia, *Indagine tematica sul grado di allineamento delle LSI alle aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali*, noviembre 2022.; <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/rischi-climatici-e-ambientali-indagine-tematica-su-un-campione-di-banche-meno-significative/?dotcache=refresh>.

<sup>148</sup> Como se señala en la “*Guía del BCE de 2020 sobre riesgos medioambientales y climáticos*”, mientras que los riesgos físicos se refieren al impacto financiero del cambio climático, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos más frecuentes y los cambios graduales del clima, así como la degradación del medio ambiente, es decir, la contaminación del aire, el agua y el suelo, el estrés hídrico la pérdida de biodiversidad y la deforestación, y pueden ser agudos o crónicos en función de si están causados por fenómenos extremos o simplemente degenerativos, como los asociados al aumento gradual de las temperaturas o a la subida constante del nivel del mar, o a la escasez de recursos o a la pérdida gradual de biodiversidad natural; Los riesgos de transición indican las pérdidas financieras en que puede incurrir una entidad, directa o indirectamente, como resultado del proceso de ajuste hacia una economía baja en carbono y más sostenible desde el punto de vista medioambiental y, por tanto, están fuertemente vinculados a la mutabilidad y adecuación de las políticas climáticas. Para profundizar en la fuerte interdependencia entre la adecuación de las políticas climáticas y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, véase CAPOBIANCO, Gianni, “*L’esercizio di stress test climatici tra esigenze di stabilità finanziaria ed attuazione della politica climatica europea*”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2023, n. 3, págs.391 ss.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pág. 419.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pág. 419.

<sup>150</sup> Según lo establecido en el propio *Green Deal europeo*, “las empresas e instituciones financieras también deben mejorar la transparencia de los datos climáticos y medioambientales para asegurar que los inversores estén plenamente informados sobre la sostenibilidad de sus inversiones”.

su tamaño o naturaleza particular<sup>151</sup>. En otras palabras, la actual legislación sobre los perfiles de sostenibilidad ambiental y climática de las empresas parece ser relevante únicamente para ciertos tipos de empresas que cotizan en mercados específicos, donde otros intereses, como la protección del ahorro o la dimensión particular de las empresas, también están en juego. Por lo tanto, es comprensible cómo la fase de reorganización de una empresa en crisis puede representar un momento crucial para recopilar y movilizar información sobre estos nuevos aspectos para los bancos que proporcionan financiamiento. En este sentido, durante la gestión sostenible de la crisis empresarial, los aspectos relacionados con los desafíos medioambientales que enfrenta la empresa, que influyen en la planificación estratégica global o en los flujos de información durante la reorganización, pueden mejorar el grado de conocimiento de los bancos. Esto a su vez afecta la evaluación del apoyo financiero, permitiendo una representación más clara de las oportunidades concretas y realistas para recuperar el crédito en un posible escenario futuro de fracaso, no solo económico, del intento de reorganización<sup>152</sup>.

La Autoridad Bancaria Europea (ABE) también está orientada en esta dirección. En sus “Directrices” sobre la concesión y supervisión de préstamos, se ha pronunciado acerca de la evaluación y gestión de la solvencia de las empresas, particularmente en lo que respecta a sus perfiles de sostenibilidad y riesgo medioambiental<sup>153</sup>. Estas directrices instan a las entidades bancarias a desarrollar una nueva cultura de riesgo crediticio, asegurando que este se dirija a clientes “que, según el leal saber y entender de la entidad al momento de conceder el préstamo, puedan cumplir con las condiciones del contrato de crédito, respaldado, cuando sea necesario, por garantías suficientes y adecuadas, considerando así el impacto en la posición de capital, la rentabilidad y la sostenibilidad de la entidad, además de sus factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG)”<sup>154</sup>.

Además, en relación con el crédito otorgado a microempresas y pequeñas empresas, las Directrices de la ABE también subrayan la importancia de evaluar las solicitudes de crédito considerando la exposición del cliente a “factores ESG, especialmente los relacionados con el medio ambiente y el impacto en el cambio climático, así como la adecuación de las estrategias de mitigación especificadas por el cliente”<sup>155</sup>. Esto incluye la posibilidad de realizar dicha evaluación a nivel de cartera, cuando corresponda<sup>156</sup>.

## V. Conclusiones. Las criticidades de la reciente reforma concursal italiana en relación con los perfiles de sostenibilidad ambiental de la empresa en crisis

---

<sup>151</sup> Por un lado, se parte de la premisa de que las pequeñas y medianas empresas tienen un impacto modesto en estos ámbitos, y por otro lado, imponerles el cumplimiento de estas obligaciones podría resultarles una carga y costos excesivos. Sin embargo, es importante destacar que estas empresas también pueden optar voluntariamente por adoptar estas prácticas, como suele suceder en el caso de las declaraciones no financieras.

<sup>152</sup> Esto podría facilitar un enfoque más proporcional basado en el tamaño y las actividades específicas de la empresa en proceso de reorganización.

<sup>153</sup> Autoridad Bancaria Europea, *Directrices sobre concesión y supervisión de préstamos*, ABE/GL/2020/06, 29/05/2020, cuyo informe final puede consultarse en línea en: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886685/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring\\_COR\\_IT.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/Translations/886685/Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring_COR_IT.pdf)

<sup>154</sup> *Ibidem*, 10.

<sup>155</sup> *Ibidem*, 31.

<sup>156</sup> *Ibidem*, 31.

Para comenzar nuestras consideraciones finales, hemos subrayado que la sostenibilidad ambiental puede interferir de manera distinta en el sistema concursal según se trate de un procedimiento liquidatorio o conservador. En efecto, en el caso de una empresa insolvente sin perspectivas viables de continuidad empresarial, destaca principalmente la problemática asignación de las externalidades ambientales negativas generadas por la empresa, las cuales no están completamente internalizadas en su operativa. Estas externalidades, dentro del proceso de liquidación, pueden generar tensiones significativas a la luz de los mecanismos y principios particulares que rigen dicho procedimiento, así como de los deberes y responsabilidades del síndico designado por el órgano judicial, especialmente en la fase de evaluación de los activos y su posterior liquidación.

En cambio, en el caso de la empresa cuya crisis parece aún reversible (conocida como *viable*), las cuestiones ambientales adquieren una relevancia completamente distinta, planteando el desafío de integrar adecuadamente los aspectos de sostenibilidad ambiental en la planificación de la reorganización empresarial. Estos aspectos pueden influir, aunque de manera indirecta, en la elección del instrumento o procedimiento a seguir, ya sea conservador o liquidatorio. En este último caso, se aprovechan las limitaciones constitucionales introducidas durante la reforma de la Carta Constitucional italiana en 2022. Por lo tanto, la planificación de la reestructuración de una empresa en crisis requiere una visión a largo plazo que permita evaluar de manera integral los aspectos de sostenibilidad, tanto ambientales como económico-financieros, de la empresa<sup>157</sup>. No solo porque algunos de sus interlocutores naturales, como los bancos, ahora claramente orientan sus acciones hacia esta dirección, gestionando necesariamente estos riesgos al decidir el apoyo financiero a otorgar a empresas en crisis, sino también los consumidores, cada vez más conscientes de estos aspectos en sus decisiones de compra diarias. Además, como ha señalado el Tribunal Constitucional italiano, en el sistema constitucional ningún derecho, por fundamental que sea, puede imponerse de manera absoluta, ya que debe equilibrarse adecuadamente con otros derechos o intereses opuestos.

Todo esto plantea la pregunta de si el legislador concursal italiano, con la reciente reforma orgánica que ha tenido un impacto profundo en la materia, ha abordado de manera adecuada el problema de la posible (in)sostenibilidad de las empresas que buscan ingresar a un proceso concursal.

Según quien esto escribe, son numerosos los elementos críticos a considerar. A pesar de la reforma integral de la materia y la apertura, también a nivel europeo, hacia la consideración de intereses que van más allá de los meramente acreedores, el legislador italiano ha optado por proceder con cautela en los aspectos relacionados con la sostenibilidad medioambiental. No obstante, ha demostrado una comprensión de los términos del problema, que continúa siendo objeto de atención constante tanto por parte de los tribunales nacionales como por los profesionales del ámbito de las crisis empresariales. En el nuevo Código de Crisis de las Empresas Italianas, compuesto por casi cuatrocientos artículos, la palabra "*medio ambiente*" aparece únicamente una vez, específicamente en relación con el procedimiento de concordato preventivo. En este contexto, se establece que la planificación de la crisis debe considerar también los costes

---

<sup>157</sup> También en el contexto de un replanteamiento cultural del tema, que incluso el legislador del Código de Crisis Empresarial declara perseguir, se observa, por ejemplo, la promoción de una nueva terminología para no estigmatizar el fenómeno de la crisis empresarial y facilitar así su pronta identificación, como se evidencia en la sustitución de la palabra "*fallimento*" por "*liquidazione giudiziale*". Para conocer más sobre los esperados cambios culturales en materia de insolvencia, ver PACCHI, Stefania, "*Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*", *Ristrutturazionaziendali.it*, 9 agosto 2021, págs. 1 e 18.

necesarios para cumplir con la normativa de protección ambiental<sup>158</sup>. Desde la perspectiva de quien escribe, esta formulación legislativa, además de parecer completamente redundante, no puede considerarse un verdadero paso hacia la incorporación de las cuestiones de sostenibilidad medioambiental en el ámbito del derecho de crisis empresariales en general. Esto se debe no solo a que se refiere únicamente a un procedimiento concursal específico, sino también porque no incluye ninguna evaluación prospectiva de la sostenibilidad ambiental de la empresa que busca reorganizarse. Más bien, se limita a reiterar un aspecto extremadamente obvio: la consideración de los costos necesarios para cumplir con la normativa ambiental por parte de la empresa en proceso de reestructuración<sup>159</sup>.

Sin embargo, una cosa es asegurar una previsión completa de los costos necesarios para cumplir con la normativa ambiental, y otra muy distinta es desarrollar una perspectiva a largo plazo sobre la futura sostenibilidad ambiental de la empresa reorganizada a través de instrumentos de regulación de crisis o procedimientos concursales. Según el marco normativo y jurisprudencial vigente al momento de escribir estas líneas, se desprende claramente una coordinación fundamental distinta: la reorganización de una empresa en crisis debe abarcar, además de sus aspectos económico-financieros, evaluaciones oportunas sobre su sostenibilidad ambiental. Esto implica la capacidad de la empresa para reestructurarse de manera que pueda operar sin comprometer el entorno en el que desarrolla y continuará desarrollando su actividad productiva.

Por todas estas razones, como hemos intentado destacar varias veces en este escrito, el legislador italiano en materia de crisis parece haber perdido una oportunidad importante para incorporar las claras directrices que emanan tanto de la perspectiva normativa, especialmente la europea, como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y de los tribunales europeos. En mi opinión, una simple reinterpretación de las instituciones del reformado derecho concursal italiano a la luz de estos aspectos no logrará adecuadamente integrar los valores de la sostenibilidad ambiental en el sistema concursal. Esto podría llevar a que la inclusión de estos perfiles dependa de los esfuerzos individuales para resolver la crisis de la empresa y de la sensibilidad ambiental fluctuante del intérprete.

---

<sup>158</sup> Se trata del artículo 87(1)(f) CCII.

<sup>159</sup> La consideración de los costes necesarios para cumplir la normativa medioambiental difiere sustancialmente de evaluar la sostenibilidad medioambiental de la empresa, que implica su capacidad para operar sin comprometer el entorno en el que se desarrolla. Es decir, según la normativa vigente, la empresa puede ser capaz de anticipar (y luego cubrir) los costes requeridos para cumplir con la normativa medioambiental sin necesariamente ser ambientalmente sostenible.

**LA MEDIACIÓN CONCURSAL: UN INSTRUMENTO Y ORGANISMO EXTRAJUDICIAL PARA SUPERAR EL ESTADO DE CRISIS DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTAD FINANCIERA**

**Mónica María FUENTES-MANCIPE**

**Resumen:** Actualmente la mediación concursal se presenta como un instrumento y organismo extrajudicial con una regulación limitada en el ámbito concursal, lo que podría afectar negativamente su eficacia y especialmente su carácter extrajudicial y complementario en los ordenamientos jurídicos donde se ha implementado recientemente. Es por esto, que en este escrito se propone su aplicación como un procedimiento preconcursal que actúe de manera anticipada a la crisis y a la insolvencia en protección de la empresa y de la preservación de su actividad productiva a través de la viabilidad económica-financiera y el alivio empresarial.

En este sentido, para el cumplimiento de este objetivo se analizará la mediación concursal y su potencial como una herramienta de rescate empresarial: en un primer momento desde su análisis y conexidad con la mediación mercantil; para en un segundo momento proponerlo como un procedimiento preconcursal y finalmente analizar su aplicación en Italia con la vanguardia y novedad del *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza* y en Colombia desde la polémica derogación y aplicación permanente a futuro del régimen de rescate empresarial.

**Palabras clave:** mediación, concurso, insolvencia, crisis de empresa, insolvencia, precrisis, insolvencia probable, viabilidad financiera, rescate empresarial.

**Abstract:** Currently, bankruptcy mediation is presented as an extrajudicial instrument and body with limited regulation in the bankruptcy field, which could negatively affect its effectiveness and especially its extrajudicial and complementary nature in the legal systems where it has been recently implemented. This is why this document proposes its application as a pre-bankruptcy procedure that acts in advance of the crisis and insolvency to protect the company and the preservation of its productive activity through economic-financial viability and business relief.

In this sense, to fulfill this objective, bankruptcy mediation and its potential as a business rescue tool will be analyzed: initially from its analysis and connection with commercial mediation; to then propose it as a pre-bankruptcy procedure and finally analyze its application in Italy with the avant-garde and novelty of the *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza* and in Colombia since the controversial repeal and permanent application in the future of the business rescue regime.

**Keywords:** mediation, bankruptcy, insolvency, business crisis, insolvency, pre-crisis, probable insolvency, financial viability, business rescue.

## INTRODUCCIÓN

El derecho concursal en las últimas décadas se ha caracterizado por regular en los diferentes ordenamientos jurídicos procedimientos concursales recuperatorios y liquidatorios de carácter judicial y contractual, cuyo objetivo principal es solventar la situación de insolvencia del deudor; siquiera cuando dichos procedimientos no tienen el carácter de preinsolventes<sup>1</sup> pero su esencia parte de la corriente europea de propiciar, diseñar y construir soluciones a la crisis, previo a la insolvencia inminente.

---

<sup>1</sup> RICHARD, Efrain Hugo. "Perspectiva del derecho de la insolvencia" 2010, p. 19-28; ROJO, Ángel. Las ejecuciones en el concurso de acreedores: VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. aranzadi/civitas, 2016, Richard, E. H. Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. 2017. p. 1-31.

Así las cosas, el concepto de insolvencia probable juega un papel determinante frente a la crisis, dado que su fin: es el de atender la precrisis a través de la previsión del desequilibrio económico-financiero del deudor en un escenario preconcursal que otorgue todas las medidas necesarias para proteger la empresa como una unidad productiva, fuente de capital y de trabajo de los efectos de la insolvencia inminente<sup>2</sup>.

Seguidamente, las actuales circunstancias de crisis producto de fenómenos económicos como el decrecimiento de la productividad, la inflación y desinflación, propician que desde la arquitectura concursal de los diferentes ordenamientos jurídicos se tomen iniciativas destinadas a rescatar las empresas. Esto con el fin de preservar su viabilidad financiera desde su estabilidad económica a partir de la creación de estrategias y procesos destinados a renegociar las deudas y reestructurar la empresa en diferentes campos y con la ayuda de herramientas transversales de las Tic y la inteligencia artificial que proporcionen: transparencia, exactitud, celeridad y economía procesal.

Bajo este contexto, la mediación mercantil como un proceso extrajudicial en la última década ha cobrado gran relevancia, pues por su especialidad, elasticidad y naturaleza dinámica asegura que ante las clásicas controversias de derecho privado (contractuales, obligacionales, societarias, con proveedores entre otras); la posibilidad de no solo negociar a través de un experto independiente neutral; sino de reestructurar y proveer soluciones consensuadas fuera de un escenario judicial donde prima: la voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad y en algunos casos ahorro de tiempo y costos.

Por lo expuesto, este artículo explorará la mediación concursal desde tres ángulos así: en primer lugar, como un instrumento y organismo extrajudicial equivalente y propio de los métodos alternativos de solución de conflictos en un ámbito puramente mercantil, para en un segundo momento verificar su denominación y naturaleza como un procedimiento preconcursal para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera desde la aplicación de esta figura en los ordenamientos jurídicos colombiano e italiano como un tercer y último escenario.

### **1. El papel de la mediación en las relaciones mercantiles**

Los métodos alternativos para la resolución de conflictos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se manifiestan como un instrumento y organismo extrajudicial, en el que un tercero neutral puede administrar justicia de manera imparcial y no discriminatoria a través de la prestación de un servicio, justo, transparente, eficaz y responsable<sup>3</sup> como es el caso de la mediación mercantil, claro está siempre y cuando se exteriorice el principio de la autonomía de la voluntad contractual por parte de los interesados que decidan recurrir a este instrumento.

En este sentido, medios extrajudiciales como la mediación se ocupan de dirimir conflictos propios del cumplimiento de las obligaciones entorno de las relaciones comerciales a través de los contratos, en donde comúnmente suelen producirse controversias relacionadas con: el conflicto

---

<sup>2</sup> Cfr. Con relación al concepto de insolvencia inminente CAMPUZANO, Ana Belén, 2024. "La insolvencia inminente en la legislación concursal española", Revista e-mercatoria. 23, Vol,1 (mar. 2024) p. 161–186., señala que: " el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual, sin perjuicio del alcance de la insolvencia cualificada y de la probabilidad de insolvencia en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, pudiéndose tomar esta referencia a los diferentes estados de insolvencia de un deudor y en específico en el escenario de la preinsolvencia en donde indudablemente en la adquisición de ofertas para superar este estado puede incursionar el instrumento de la mediación concursal".

<sup>3</sup> GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Contributi orig. di Guido Alpa. Giuffrè, 1976. p. 513 y ss.

entre socios o accionistas, disputas contractuales, problemas con proveedores o clientes entre otras que en resumidas cuentas guardan una relación estrecha con la administración de una unidad productiva desde un enfoque patrimonial como no patrimonial.

A este respecto, la mediación mercantil se caracteriza por contener una naturaleza heterocompositiva, en donde los interesados en una controversia buscan una solución a través de la intervención de un tercero neutral, quien tomará la decisión final a la controversia por medio de un proceso dinámico y continuo que permitirá no solo la solución a un problema; sino además la transformación de estructuras económicas y sociales desde la proposición de diferentes alternativas para preservar los negocios jurídicos, las relaciones contractuales y las obligaciones.<sup>4</sup>

Por lo expuesto, la mediación mercantil tiene un efecto interno al momento de su realización, razón por la que este método alternativo en algunos casos carece de efectos jurídicos obligantes para quienes acuden a negociar sus conflictos por este medio, ya que su fuerza vinculante radica en la centralidad y la libertad de las partes de negociar y llegar a un acuerdo; a diferencia de los efectos formales de métodos alternativos autocompositivos, como se muestra continuación:

**Tabla 1:** Efectos de los Métodos alternativos de resolución de conflictos autocompositivos y heterocompositivos.

Efectos formales Métodos Autocompositivos	Efectos Formales Métodos Heterocompositivos
La decisión que resuelve la controversia con ayuda del conciliador, amigable componedor e incluso las partes en el caso de la transacción produce un efecto vinculante, Inter partes y de obligatorio cumplimiento que consta por escrito, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.	Los efectos no se presentan, puesto que no es imprescindible hacer constar en un documento por escrito los acuerdos y soluciones a los que llegan las partes en compañía del mediador como fruto de una negociación.

**Fuente:** Interpretación propia acorde a lo propuesto por REMO F, Entelman, “Teoría de Conflictos”. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002, p. 43-66.

Respecto al carácter informal de los efectos que puede conllevar este instrumento, organizaciones internacionales como la CNUDMI en la adopción de la Convención sobre Mediación Comercial abierta en Singapur el 7 de agosto de 2019 destacan el papel del mediador, quien además de poseer un carácter informal y negocial deberá comportarse según lo requieren las circunstancias negociales de las partes y posteriormente según la estructura procesal predefinida en cada ordenamiento jurídico; en donde se aplique este instrumento acorde a su regulación y competencia.

En lo referente, la mediación trae consigo un alto valor de voluntariedad y reciprocidad, el cual implica para las partes llegar a una negociación, libre y espontánea con la posibilidad en algunos

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria. (2020). “La Estrategia Probatoria: La Prueba En La Mediación-Proceso Autocompositivo-Y En Juicio-Proceso Heterocompositivo”. Anuario XVIII centro de investigaciones jurídicas y sociales, p.263-276.

eventos de no existir un mínimo de confianza y fuerza vinculante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

De ahí que, el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI<sup>5</sup> proponga dentro de sus instrumentos de *soft law* para la formulación, creación y aplicación de este tipo de acuerdos las siguientes recomendaciones:

- i. que se encuentre la firma del mediador en el acuerdo de mediación
- ii. que el acuerdo conste en un documento separado firmado por el mediador y que indique que la mediación efectivamente tuvo lugar;
- iii. que se expida un certificado emitido por una institución bajo cuyo auspicio tuvo lugar la mediación;
- iv. finalmente, que, en ausencia de cualquiera de los tres requisitos anteriores, cualquier medio de prueba aceptable para las autoridades competentes<sup>6</sup>.

Recomendaciones que hacen parte de la ley modelo sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales<sup>7</sup>, en donde además se sugiere un enfoque uniforme en cuanto a la definición, procedimiento y conducta de la mediación, así como sobre el nombramiento y funciones de mediadores, la confidencialidad y la relación de este instrumento con otros procedimientos judiciales o arbitrales, con el propósito de garantizar un entorno comercial más seguro y predecible.<sup>8</sup>

Es así como gracias a estos instrumentos de *soft law* y frente a las relaciones mercantiles transfronterizas en la actualidad se cataloga a la mediación como: “(i) una vía óptima para resolver conflictos transfronterizos, (ii) canalizar los conflictos derivados de las relaciones comerciales y (iii) otorgar un método que pueda desenvolverse a través de las diferentes formas tecnológicas de información y telecomunicación a distancia (on-line)”<sup>9</sup>.

Sobre la aplicación de la mediación mercantil desde un contexto internacional en países como Estados Unidos, se despliega como un procedimiento que responde a las exigencias del mercado en el derecho mercantil y privado en sectores como el manufacturero y financiero a través del uso de las TIC. Así como en el sector concursal, en donde este instrumento se manifiesta en las diferentes etapas del proceso de reorganización para conseguir que las partes interesadas en el momento previo y/o que se produzca la crisis se unan por medio de un acuerdo para facilitar la transición de

<sup>5</sup> Cfr. El se ocupa de analizar y proponer herramientas de *soft law* para la solución de controversias mediante el estudio de los métodos alternativos de solución de conflictos.

<sup>6</sup> Cfr. estas recomendaciones desde una versión actual de las siguientes sesiones de trabajo del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI : A/CN.9/1025 - Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018), A/CN.9/1026 - Proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI, A/CN.9/1027 - Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación, A/CN.9/1031 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos, A/CN.9/1031/Add.1 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos, A/CN.9/1031/Add.2 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de observaciones de los Gobiernos – Singapur

<sup>7</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, (2018), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación

<sup>8</sup> CHARRIS ESCOBAR, Adalgisa Elena, Et Al. “Los principios de mediación y conciliación en américa latina y el caribe: análisis comparado a partir de la ley modelo de La CNUDMI sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”. 2021.p.12-23.

<sup>9</sup> MARTÍN DIEZ, F; “Mediación en derecho privado en Revista General de Derecho Procesal” (2014) Núm. 33 p. 2

la crisis a la insolvencia, en los términos del *Chapter 11, Title 11, del United States Code Bankruptcy*.<sup>10</sup>

En países como Reino Unido, Austria y Alemania,<sup>11</sup> la mediación mercantil se ha caracterizado por ser un método eficaz para resolver conflictos empresariales derivados de incumplimientos contractuales, de obligaciones pendientes de pago y en general de todos aquellos conflictos comerciales internos que aparecen como producto del desequilibrio del giro ordinario de los negocios de la empresa y el empresario en tiempo de crisis.

Por cuanto antecede, aunque la mediación concursal parte de la mediación mercantil, su diferencia radica en que en la primera el objetivo principal que busca el mediador no solo recae en negociar las deudas, sino además en reestructurar la empresa a través de sus funciones y conocimientos, ya que durante el curso del procedimiento y con base en su experticia deberá crear un plan de reestructuración que permita la negociación y comunicación de las necesidades del deudor y sus acreedores previo a su situación de crisis e insolvencia.

Con referencia al propósito de la mediación concursal, debe señalarse que sus aspectos procesales y sustanciales cambian acorde a las necesidades de los comerciantes en los regímenes de insolvencia, siquiera cuando permea su carácter flexible que permite la continuidad de las negociaciones y del giro ordinario de la empresa, siempre y cuando esta continúe siendo viable y su actividad permita la reestructuración como una gestión anticipada a los riesgos de la insolvencia en un escenario probable de insolvencia y precrisis.

Lo anterior, es un escenario consecuencia de los factores de la precrisis tales como: el decrecimiento de ingresos sin una disminución proporcional en los gastos, el aumento de obligaciones, mala gestión de los recursos por falta de planificación financiera o decisiones empresariales ineficaces y cambios negativos en el mercado, como pérdida de clientes importantes, competencia creciente y/o crisis económicas.

En este orden de ideas, los factores negativos que conlleva en algunos casos la mediación concursal pueden ser subsanado a través de componentes como la reestructuración de las deudas, la planificación financiera, la reducción de costos, la maximización de los bienes y el aumento de ingresos.

Traduciéndose estas habilidades en la eficacia, imparcialidad y competencia del mediador en aras de proporcionar economía procesal por su bajo costo, flexibilidad en el procedimiento y celeridad en los cortos plazos para encontrar una solución que en consideración con otros métodos como el arbitraje o incluso un procedimiento judicial requieren mayores formalidades procedimentales y judiciales, así como el estado de insolvencia inminente.

## **2. ¿La Mediación concursal como un procedimiento Preconcursal?**

---

<sup>10</sup> BERKOFF, Leslie et al, "The Use of Mediation in Large Chapter 11 Cases: Useful, Voluntary and Mandatory (Part I)". *American Bankruptcy Institute Journal*, 2023, vol. 42, no 8, p. 20-52.

<sup>11</sup> Cfr. GIACALONE, Marco; GIACALONE, Paola. "The development of e-mediation in Europe and in the rest of the world: comparative approach and the reasons for a double speed". *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, vol. 2, p. 343-379, señalan que la mediación concursal surge en estos países desde la década de los 60 y 70 como un método de descongestión judicial en donde por ejemplo en Austria, han optado por una alta densidad normativa sobre la mediación en protección al consumidor promoviendo el Estado la mediación, la seguridad jurídica y la necesidad de trazar una línea entre la mediación y los servicios jurídicos profesionales, mientras que en países como Holanda prefieren muy pocas intervenciones legislativas, para no sofocar la creatividad y la flexibilidad necesarias para una disciplina que aún está en desarrollo y que entonces demuestra la tensión entre la voluntariedad de la mediación y el abuso de la libertad por parte de algunos actores del mercado a través de una regulación seleccionada.

En sede de regulación del concurso de acreedores donde se delimita la insolvencia inminente y la insolvencia actual y previo a este escenario por lo ya expuesto, se infiere sobre la mediación concursal que resulta oportuno en esta reflexión a continuación: identificar y describir a este instrumento desde la necesidad de la eficiencia y simplificación de los procedimientos de insolvencia, para su proposición como un procedimiento concursal que permitan la protección efectiva de los derechos y principios del posible deudor y sus acreedores.

El diseño legal de la preconcursalidad en los últimos años se ha venido presentando gracias al fenómeno de la gestión anticipada de la crisis, el cual tiene como fin responder con celeridad y eficiencia al estado de precrisis de los comerciantes a través de diferentes instrumentos extrajudiciales como la mediación concursal, que además de proteger a los acreedores proporcionan una solución para afrontar las dificultades económicas-financieras de una manera más expedita y especializada<sup>12</sup>.

De ahí que, la propuesta de este instrumento como preconcursal surja desde su esencia como una forma preventiva de reorganizar al deudor y evitar a toda costa la insolvencia inminente en términos expeditos con sus acreedores y diversas formas de viabilidad y financiación. Teniendo en cuenta que dichas propuestas tendrán como fin establecer medidas consensuadas entre el deudor (empresa) y sus acreedores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes y restablecer el equilibrio económico y financiero de la actividad productiva como un proceso de esta naturaleza.

Por consiguiente, la viabilidad de la empresa debe resultar determinante a través de los acuerdos de reestructuración, los procedimientos de refinanciación y la homologación de las deudas. Implicando ello que este tipo de procedimientos contengan un carácter correctivo, toda vez que de la determinación de la insolvencia probable su fin principal será el de corregir las dificultades del giro ordinario de los negocios de la empresa como actividad productiva, así como asegurar a los acreedores el cumplimiento de las obligaciones dinerarias por medio de la creación de una fórmula de pago anticipada y renegociada<sup>13</sup>.

Labor que, desde luego, le corresponderá al mediador como un experto independiente que garantizará el cumplimiento de los intereses del crédito de los involucrados en el pre-concurso, sin considerar elementos formales y procedimentales para su validación en cuanto a su naturaleza y fuerza interna Reorganizacional. Siquiera cuando la introducción de este instrumento en un régimen de insolvencia: puede limitar o ampliar aspectos procesales determinantes de la *lex fori Concursus* como puede ser la intervención en casos excepcionales de una autoridad judicial que valide supervise y monitore la función del mediador desde la reestructuración de la empresa.

Frente a las funciones de reorganización del mediador, la experiencia europea con la Directiva (UE) 2019/1023 ha establecido los marcos de reestructuración preventiva de la crisis, que tienen como propósito establecer un conjunto de normas y procedimientos diseñados para permitir que las empresas en dificultades financieras se reestructuren de manera temprana y eficiente. Conservando su viabilidad financiera desde herramientas como los planes de reestructuración, la mediación y negociación, la supervisión judicial administrativa, la incursión de herramientas financieras para la conversión de las deudas en capital, la reprogramación de pagos, reducción de intereses y la participación de acreedores.

---

<sup>12</sup> ROJO FERNÁNDEZ, Ángel. "Intervención en el Congreso Internacional sobre Insolvencia, realizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia." Bogotá, Colombia. Mayo de (2007).

<sup>13</sup> FUENTES-MANCIPE, Mónica María (2021). Editorial. Inciso, 23(2) p. 1-4.

Siendo esencial a este punto resaltar la importancia del concepto de viabilidad, ya que “la falta de esta no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados”.<sup>14</sup>

En suma, la posibilidad de negociación directa de las deudas permite beneficios como la extensión de plazos, la reducción de tasas de interés, o la condonación parcial de la deuda desde los planes de reestructuración como un conjunto de medidas y estrategias diseñadas para reorganizar la situación financiera y operativa del deudor en crisis desde la mediación concursal en un escenario preconcursal.

No obstante, en relación con la elaboración de acuerdos extrajudiciales debe señalarse que la mediación concursal conlleva a que la renegociación en algunos casos sea aislada en un escenario precrisis,<sup>15</sup> pues no todos los acreedores tendrán que involucrarse y esta situación conlleva a que el mediador obtenga un papel crucial en el éxito de este instrumento, pues dentro del plan y de los acuerdos extrajudiciales no todos los créditos y clases concursales son llamados a renegociar.

En efecto, la elaboración del plan de reestructuración descansa sobre dos ejercicios previos: la adecuada delimitación del pasivo afectado por el plan y la correcta formación de las clases de créditos. De esta forma, la delimitación del pasivo “afectado” y “no afectado” por el plan debe realizarse al mismo tiempo que la “estratificación” del pasivo en clases por su orden de prelación (la formación de clases); todo ello teniendo presente que, como se verá, el pasivo “no afectado” también constituye una clase de acreedores (aunque caracterizada por no participar y no votar en la adopción del plan).<sup>16</sup>

Implicando lo anterior que la naturaleza de los planes de reestructuración dentro de la renegociación directa entre el acreedor y deudor en la mediación concursal otorguen un papel trascendental al mediador, quien deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- **Claridad entre los conceptos de categorías y clases de créditos**, pues aunque estos términos suelen utilizarse en los ordenamientos jurídicos indistintamente, su división y clasificación representan efectos diferentes; toda vez que las categorías de créditos se refieren a la clasificación de las obligaciones del deudor según su naturaleza; mientras que las categorías se presentan como una subdivisión dentro de cada categoría que agrupa a los créditos con características similares para propósitos específicos, como votaciones en un plan de reestructuración y/o para estar sujetas o no a una mediación concursal.
- **Suspensión de ejecuciones forzosas**, en los casos en que el deudor requiera de este beneficio con el propósito de generar estabilidad financiera para renegociar la deuda de manera libre y sin la presión de ejecuciones inminentes.

---

<sup>14</sup> CAMPUZANO, Ana, Belén, “La insolvencia inminente en la legislación concursal española”, Revista e-mercatoria. 23, vol 1, (mar. 2024), p. 161–186

<sup>15</sup> MARTÍ, Adrián Thery, “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016” Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2017, no 27, p. 513-548.

<sup>16</sup> MORENO BUENDIA, Francisco, Jesús. “El alcance de los planes de reestructuración: los créditos afectados. En La Reestructuración como solución de las empresas viables”, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 295-329.

- **Intervención judicial**, para aprobar y hacer cumplir los planes de reestructuración, especialmente en casos donde el uso de los métodos alternativos para la solución de conflictos como la mediación requieren de formalidades adicionales.
- **Tener en consideración la mayoría de los acreedores**, ya que como el carácter de la renegociación es residual todo los acuerdos y decisiones para el saneamiento de la crisis debe ser vinculante para todos los acreedores en cuanto a su aprobación y a la mayoría cualificada que se requiere para ello; ya sea mediante renegociaciones colectivas o a través de un consenso generalizado<sup>17</sup>.

Dentro de estos aspectos sustanciales, la asimetría de poder entre un crédito categorizado y uno privilegiado requiere que durante el tiempo en que se realice la mediación concursal prevalezca el principio de la *omnium para conditio creditorum* frente a todos los acreedores, aun cuando en la realidad algunos acreedores sean más fuertes que otros y ello dificulte la negociación y el alcance de un acuerdo equitativo.

Por lo expuesto, la mediación concursal tiene una aplicación residual entre los acreedores, ya que algunos de ellos pueden tener intereses diferentes y propiciar este escenario para ejercer una posición dominante, aun cuando el carácter de este instrumento es preventivo y actúa como una gestión anticipada de la crisis.

En consecuencia, el mediador no solo debe poseer conocimientos judiciales sino además económicos y financiero, así como contar con un equipo técnico que posea experiencia y conocimientos sobre: la estructura de la deuda y la creación del plan de reestructuración. Ya que esta labor puede ser compleja cuando la empresa cuenta con múltiples acreedores y diferentes tipos de deuda que incluso pueden conllevar a conflictos trasfronterizos y a la negociación con acreedores en otras jurisdicciones.

Finalmente, para que la mediación concursal tenga éxito como un procedimiento preconcursal desde la opinión de la doctrina; es necesario que responda a los siguientes tipos de eficiencia concursal:

**Tabla 2:** La eficiencia concursal ex ante e intermedia de la insolvencia en la mediación concursal

Tipo de Eficiencia	Contexto de la eficiencia	El papel de la mediación Concursal
Ex ante	La creación de instrumentos preventivos a la crisis evita que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores y proporciona eficiencia en la distribución de activo en asuntos relevantes la calificación y categorización de los créditos acorde al principio de la <i>omnium par conditio creditorum</i> .	En este tipo de eficiencia, la promoción de acuerdos Preconcursoales a través de este instrumento, no solo permite la reestructuración de las deudas sino celeridad en cuanto a parámetros claros sobre la prioridad de pagos a los diferentes acreedores. Asegurando esta estrategia una distribución justa y equitativa sin la

<sup>17</sup> Cfr. Las sugerencias frente al papel del mediador concursal provienen de una interpretación propia de lo propuesto por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, José Carlos. El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica. Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), 2023, vol. 11, p. 83-140.

		necesidad de cesar las actividades del giro ordinario de los negocios del deudor.
<b>Intermedia</b>	La realización de acuerdos extrajudiciales busca una eficiencia intermedia en donde la maximización del valor de las empresas es un aspecto determinante para superar la crisis económica patrimonial y no patrimonial previo de la declaración de insolvencia.	La maximización de los bienes del deudor en un escenario preconcursal implica la realización de un acuerdo preconcursal y de un plan de reestructuración que asegure la precisión y transparencia para la valoración de activos a través de mecanismos eficientes que no solo permitan: la venta de activos, la renegociación y reestructuración sino además la máxima recuperación de la empresa.

**Fuente:** Interpretación propia a partir de LÓPEZ-GUTIÉRREZ, Carlos; et. al “¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia”. *Innovar*, 2011, vol. 21, no 41, p. 125-144, BECCHETTI, Leonardo; SIERRA, Jaime. “Bankruptcy risk and productive efficiency in manufacturing firms. *Journal of banking & finance*”, 2003, vol. 27, no 11, p. 2099-2120.

### 3. La aplicación de la Mediación como mecanismo extrajudicial para superar la crisis de las empresas en Italia y Colombia

Posterior a la conceptualización de la mediación concursal y su propuesta como un instrumento preconcursal, se procederá analizar brevemente la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico italiano desde las novedades y soluciones preventivas propuestas por el *Codicie della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* y su vanguardia en el seguimiento de la Directiva Comunitaria 2019/1023 y en el caso colombiano el análisis de los Decretos 550 y 772 de 2020, los cuales preveían el régimen de rescate empresarial derogado recientemente y con efectos de aplicación futuros como parte de un proyecto de ley recientemente aprobado para su vigencia de carácter permanente.<sup>18</sup>

Para el cumplimiento del propósito antes expuesto en ambos ordenamientos jurídicos frente a la aplicación de la mediación concursal se revisarán los siguientes aspectos: condiciones para acceder a la mediación concursal, validación judicial (en caso de ser requerida), el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación.

La elección del ordenamiento jurídico italiano y colombiano, recae en el que la experiencia de la introducción de la mediación concursal como una herramienta preconcursal en respuesta a la gestión anticipada de la precrisis y preinsolvencia en ambos regímenes revela: 1. La creación y regulación de la mediación concursal desde un marco legal preconcursal en respuesta a la preinsolvencia; 2. La naturaleza de la mediación concursal como un instrumento de negociación

<sup>18</sup> República de Colombia, Proyecto de Ley, “Por medio del cual se establece la legislación permanente de los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 en materia de insolvencia empresarial y se dictan otras disposiciones.

libre y sujeto a la discrecionalidad de los intereses como una gestión anticipada de la crisis y 3. La introducción de este instrumento y la extinción de su aplicación por efectos procesales y materiales que disminuyen la celeridad, eficiencia, confidencialidad, neutralidad y negociabilidad de este instrumento.

### 3.1 La aplicación de la Mediación Concursal en el Ordenamiento Jurídico Italiano

Previo analizar la existencia de la mediación concursal en el *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, debe señalarse que en este cuerpo normativo la gestión anticipada de la crisis surge como una alternativa para la prevención de la liquidación judicial como insolvencia irreversible a través del salvamento de las empresas. En este contexto, los conceptos de precrisis, crisis e insolvencia son trascendentales, ya que estructuran el marco concursal, así como los procedimientos preconcursales, concursales y para concursales.

Ahora bien, en aras de verificar la aplicación de la mediación concursal en este ordenamiento, los conceptos de crisis e insolvencia a la luz del CCI y de precrisis acorde a la doctrina son los siguientes:

**Tabla 3:** Definiciones de precrisis, crisis e insolvencia en el régimen de insolvencia italiano

PRECRISIS	CRISIS	INSOLVENCIA
Aunque no está contenida esta definición dentro del CCI, la doctrina la ha definido desde el procedimiento de la composición negociada de la crisis como una condición de desequilibrio patrimonial económico-financiero, que ve la necesidad de adecuar, acomodar la actividad empresarial a una ruta que le permita dar discontinuidad al pasado, recuperando la empresa de la inestabilidad en la que se encuentra. <sup>19</sup>	El CCI la define como el estado del deudor que hace probable la insolvencia y que se manifiesta con la insuficiencia de flujos de caja esperados para hacer frente a las obligaciones pendientes de pago en los sucesivos doce meses siguientes al momento en que se presenta un desequilibrio económico-financiero y/o patrimonial. <sup>20</sup>	Así mismo, el CCI define la insolvencia como el Estado del deudor que se manifiesta con el incumplimiento u otros hechos externos, los cuales demuestran que el deudor no está en grado de satisfacer regularmente sus obligaciones <sup>21</sup> .

**Fuente:** Interpretación propia desde AMBROSINI, Stefano, «La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 12 y los literales (b) y (c)

<sup>19</sup> AMBROSINI, Stefano, «La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 12

<sup>20</sup> Cfr. *El Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8. En su el art. 2 literal C) consagra expresamente: «crisi»: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi.

<sup>21</sup> Cfr. *El Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8. En su el art. 2 literal b) define a la insolvencia como: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

del art. 2 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8.

Las anteriores definiciones, implican que, en este ordenamiento, el estado de precrisis para la incursión en la mediación concursal se establezca en 12 meses desde la previsibilidad de la insolvenza, determinada a través de la verificación del estado financiero y patrimonial de la empresa. Esta precrisis puede ser causada por dificultades patrimoniales, como un desequilibrio económico-financiero, y/o por dificultades no patrimoniales, como consecuencia de una gestión, administración y funcionamiento inadecuados de la empresa.

Con relación a la determinación de la crisis como un estado antecedente y propio de la insolvenza previsible y la precrisis, el desequilibrio económico-financiero que se percibe al interno de la empresa puede ser reestablecido a través del mecanismo extrajudicial denominando composición negociada de la crisis (*Composizione negoziata della crisi*),<sup>22</sup> el cual más allá de verificar el estado financiero y patrimonial de un deudor con dificultades; tiene como objetivo evitar su liquidación desde un enfoque interno, preventivo, confidencial, alternativo y preconcursal.<sup>23</sup>

En este sentido, la aplicación de la mediación concursal en este procedimiento radica en la posibilidad que comparten ambos instrumentos de reestructurar y renegociar las dificultades financieras del deudor en un escenario preconcursal a través de la realización de acuerdos de reestructuración que posteriormente pueden homologarse con el fin de reaccionar ante la posible insolvenza de los empresarios desde una vía extrajudicial.<sup>24</sup>

Es por ello, que frente a la determinación de la naturaleza de este procedimiento las condiciones para acceder a la composición negociada de la crisis, su validación judicial (en caso de ser requerida), el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación en este ordenamiento son las siguientes:

**Tabla 4:** Características del procedimiento de la composición negociada de la crisis

<p><b>Condiciones de acceso</b></p>	<p>Desde la naturaleza preventiva de este instrumento, el <i>Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza</i> no contempla los presupuestos objetivos de la insolvenza para su acceso, ya que su incursión se deriva de la iniciativa del deudor, sus acreedores y los directamente interesados.</p> <p>Razón por la cual este instrumento es apto para todos los comerciantes (persona jurídica incluso los grupos de empresa) con excepción de los deudores persona natural denominados en el <i>Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza</i> como consumidores y profesionales independientes.</p> <p>Por lo expuesto y de acuerdo con el carácter extrajudicial de este instrumento, el art. 12 del CCI señala como condiciones para su acceso una</p>
-------------------------------------	--

<sup>22</sup> Cfr. Este instrumento concursal se encuentra en el Título II - *Composizione negoziata della crisi*, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi, Capo I - *composizione negoziata della crisi*, Articolo 25 - *conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese* del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, decreto legislativo del 12 gennaio 2019.

<sup>23</sup> NIGRO, Alessandro, VATTERMOLI, Daniele, "Diritto della crisi delle imprese, le procedure concursuali", Il Mulino strumenti, quinta edizione, Bologna, 2021, Parte I p. 1-30

<sup>24</sup> MUCCIARELLI, F, et al. Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il dl 24 agosto 2021 n. 118. *sistema penale*, 2021, p. 1-6

	<p>serie de criterios subjetivos que solo pueden ser verificables por el deudor al interno de su actividad productiva, desde la presentación de su información contable y financiera como un presupuesto objetivo en el que se demuestre su estado de crisis y por ende el desequilibrio económico-financiero y/o patrimonial que hace probable la crisis o la insolvencia<sup>25</sup>.</p>
<b>Validación Judicial</b>	<p>Ahora bien, desde la competencia de la Cámara de Comercio que le es otorgada a este instrumento por su naturaleza extrajudicial, este solo requiere validación judicial en casos excepcionales tales como: el otorgamiento de medidas de protección y precaución para proteger su patrimonio, ya que en su fase procedimental y desde el inicio de las negociaciones los acreedores no podrán iniciar o continuar con acciones ejecutivas y cautelares sobre el patrimonio o sobre los bienes y derechos con que constituya la empresa y/o solicitar derechos de prelación en cuanto a sus créditos.</p> <p>Es decir que con el ánimo de garantizar la continuidad social del deudor y promover su viabilidad económica y reestructuración, durante las negociaciones, se requiere de la autorización del tribunal del domicilio de la empresa para: realizar contratos de préstamos asistidos por el beneficio de deducción previa y/o para transmitir la sociedad o una o más sucursales de ella, en virtud de que son actos en los que un tribunal debe evaluar que dichos actos sean funcionales y permita la continuidad del negocio y la mejor satisfacción de los acreedores.</p> <p>Autorizaciones y medidas que en todo caso no cohiben el carácter alternativo y libre del instrumento y protegen los intereses del deudor desde un escenario legal para evitar perjudicar las negociaciones con los acreedores<sup>26</sup>.</p>
<b>Experto de la composición negociada</b>	<p>Acorde a la naturaleza de este instrumento el art. 12 del Decreto Legislativo 14/2019 imprime en el espero de la composición negociada el carácter de un perito cuyo propósito será el facilitar las negociaciones entre el deudor, los acreedores y cualquier otra parte interesada con el fin de identificar una solución para superar la crisis.</p> <p>Es decir que este experto independiente debe ser un tercero, que no asiste al empresario ni reemplaza a las partes en el ejercicio de la autonomía privada, sino que tiene la tarea de facilitar las negociaciones y estimular los acuerdos desde la comunicación y la comprensión de los problemas e intereses de los directamente involucrados<sup>27</sup>.</p> <p>De ahí que este actúe desde un escenario guiado y protegido, en el que el límite a sus funciones provenga de la obligación de neutralidad y transparencia, de sus competencias en cuando a que sus funciones no son</p>

<sup>25</sup> ANGEL GUARNIZO, Luz Karime, "La composición negociada de la crisis de las empresas en Italia. La ley mercantil, 2023, no 103, p. 1-21.

<sup>26</sup> BACCAGLINI, Laura, "Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali". Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2022, vol. 2022, p. 1091-1115

<sup>27</sup> ESPINAR, María Belén Merino, "Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad". Revista de Derecho Civil, 2015, vol. 2, no 1, p. 175-192.

	<p>jurisdiccionales sino única y exclusivamente conciliatorias desde una orientación técnica y económica en la que la confidencialidad se manifieste en la protección de la información, el resguardo de datos desde su actuación en cumplimiento del CCI.</p> <p>En cuanto a la conformidad legal del experto independiente, este, deberá cumplir con las leyes y regulaciones aplicables, así como con la supervisión y validación del tribunal competente, el que puede rechazar propuestas que no se ajusten al marco legal dentro del límite temporal en el que este sea designado con responsabilidad y ética profesional.</p>
<p><b>Incurción de las nuevas tecnologías</b></p>	<p>La solicitud para acceder a la composición negociada de la crisis y nombrar a un Experto independiente, se debe presentar ante el Secretario General de la Cámara de Comercio del territorio donde se encuentra el domicilio social de la empresa, a través de una plataforma telemática nacional.<sup>28</sup></p> <p>La solicitud debe ir acompañada de toda la documentación requerida por la ley (art. 17, apartado 3, Decreto Legislativo 14/2019), que también se especifica en el formulario online de presentación en la plataforma, por lo que, para enviar la solicitud, el empresario debe contar con un dispositivo de firma digital.</p> <p>Esta plataforma, sin duda alguna es un avance relevante para el derecho concursal, ya que este portal web proporciona toda la información necesaria sobre el acuerdo negociado, incluyendo cómo activar el proceso y los documentos que deben presentarse, así como una prueba práctica en línea para verificar la viabilidad razonable de la recuperación y una lista de verificación detallada con las indicaciones operativas para elaborar un plan de recuperación<sup>29</sup>.</p> <p>Integración de las nuevas tecnologías que sin duda alguna en el ámbito de insolvencia transforma la manera en la que se gestionan y resuelven las crisis empresariales desde la eficiencia, la celeridad, la transparencia y efectividad de los procedimientos concursales.</p>

**Fuente:** Interpretación propia y traducción del Titolo II - *Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi, Capo I Composizione negoziata della crisi. Articoli 12 al 24, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8.*

Con base en los aspectos antes mencionados, la aplicación de la mediación concursal en la composición negociada de la crisis tiene como fin concretar la búsqueda de un punto de encuentro entre los acreedores y el deudor en un escenario en donde el deudor cuenta con viabilidad económica y cuyo éxito en los 12 meses siguientes previos a la situación de insolvencia inminente, presupone que cada una de las partes involucradas desde la negociación y reorganización renuncie

<sup>28</sup> Cfr. La plataforma nacional de apoyo a las empresas en dificultades puede consultarse en el siguiente portal web: <https://composizionenegoziata.camcom.it/ocriWeb/#/home>

<sup>29</sup> RIVA, Patrizia, et al. "Presupposto oggettivo e piattaforma nazionale. En La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento", dl 118/2021 conv. in l. 147/2021, Zanichelli Editore Spa, 2022. p. 1-18.

a determinadas prerrogativas y bienes para satisfacer las obligaciones pendientes con el fin de preservar la empresa como unidad productiva, fuente de explotación económica y empleo.

### 3.2 La aplicación de la Mediación Concursal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Respecto a la aplicación de la mediación concursal en Colombia, debe señalarse en primer lugar que el régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006 no hace referencia a la situación de precrisis, crisis e insolvencia del empresario, sino única y exclusivamente al estado de insolvencia e insolvencia inminente.<sup>30</sup>

No obstante, en el año 2020 y con el fin de disminuir las consecuencias presentes y futuras de la pandemia ocasionadas por el Covid-19 surge dentro de la arquitectura concursal colombiana el Régimen de rescate empresarial,<sup>31</sup> el cual buscaba atender las dificultades económicas y financieras de los empresarios en un escenario previo al de los procedimientos clásicos de Reorganización y liquidación judicial contemplados en el Régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006.

En la actualidad, este régimen no se encuentra en vigencia en cumplimiento de la decisión SC-390 de 2023 de la Corte Constitucional, quien declaró la inexecutable del inciso 2 del artículo 96 de la Ley 2277 de 2022 mediante el cual se prorrogaba y extendía la vigencia de los Decretos 560 y 772 de 2020 denominados régimen de rescate empresarial hasta el 31 de diciembre de 2023 por factores sustanciales como la falta de la unidad de materia de la ley tributaria en donde se extendía la vigencia de este régimen.<sup>32</sup>

Seguidamente y frente a la necesidad de un régimen de rescate empresarial como un escenario preconcursal necesario para los comerciantes a fin de evitar la liquidación judicial en tiempos de crisis, el 18 de junio de 2024 la plenaria de la Cámara de Representantes de este ordenamiento jurídico aprobó sin modificaciones el Proyecto de Ley 365 de 2024, (PL 106 de 2023S) el cual tiene como objeto incorporar como legislación permanente el Decreto 560 y 772 de 2020 que prevén

---

<sup>30</sup> *Cfr.* El ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 1116 de 2016, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones, considera como supuestos para acceder a un procedimiento de insolvencia según el artículo 9 el estado de insolvencia actual (cesación de Pagos) como aquel en el que deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones y el estado de insolvencia inminente ( Incapacidad de pago inminente) como la situación en la que el Deudor acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

<sup>31</sup> *Cfr.* El régimen de Recuperación empresarial en Colombia tiene como finalidad Proporcionar una Mayor capacidad y cobertura de la insolvencia de los Deudores en emergencia Económica, social y ecológica, así como ofrecer Confidencialidad, transparencia, Imparcialidad e independencia, a través de los siguientes mecanismos pre concursales contemplados en el Decreto 560 y 772 de 2020 y la Ley 2277 DE 2022, decretos que a la fecha fueron derogados por la Sentencia C-390 de 2023 de la Corte Constitucional.

<sup>32</sup> *Cfr.* Para efectos constitucionales el principio de unidad materia según El principio de unidad de materia se encuentra contemplado en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política de Colombia y acorde a las decisiones C-440 de 2020, C-464 de 2020 y C-464 de 2020, la Corte Constitucional ha establecido que dicho principio busca evitar que en el trámite legislativo se introduzcan normas que no tienen relación con lo regulado en la ley. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-493 de 2015, señaló que el propósito general del mencionado principio es el de racionalizar y tecnificar el proceso de deliberación y creación legislativa, que para este caso en concreto se manifiesta por la falta de conexidad de la creación de un régimen de rescate empresarial dentro de una reforma tributaria a pesar de que dicho régimen concebía a los deudores en insolvencia probable beneficios tributarios parte de esta reforma.

como procedimientos Preconcursoales: la negociación de Emergencia de los acuerdos de reorganización<sup>33</sup> y la recuperación empresarial.

En la actualidad únicamente se encuentran vigentes como procedimientos concursales para los comerciantes en crisis, los procedimientos de reorganización empresarial, liquidación judicial y en casos extraordinarios la realización de acuerdos extrajudiciales por las razones antes expuestas.

Ahora bien, frente a la aplicación de la mediación concursal en este ordenamiento se infiere que esta se aplicó a partir de la creación del procedimiento de recuperación empresarial contenido en el polémico régimen de rescate empresarial como un alivio financiero en tiempos de crisis de los comerciantes durante la época de la pandemia ocasionada por el covid-19 y posteriormente y hasta el año 2023 como un alivio financiero para los comerciantes en estado de precrisis e insolvencia probable, aun cuando el régimen de insolvencia colombiano no prevé estos estados.

Como se puede observar, el procedimiento de recuperación empresarial consistía en la realización de un acuerdo extrajudicial, en el que los deudores y acreedores, acompañados de un experto podían renegociar sus acreencias en un término de tres (3) meses con el fin de proporcionar viabilidad financiera al deudor y que este subsanara su situación de crisis previo al estado de insolvencia inminente de forma extrajudicial.

Siendo las condiciones para acceder a este procedimiento, los presupuestos de acceso, validación judicial, el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación las siguientes:

**Tabla 5:** Características del procedimiento de recuperación empresarial

<p><b>Presupuestos de acceso</b></p>	<p>Desde su naturaleza preventiva y preconcursal este instrumento contempla los presupuestos de insolvencia tradicionales, ya que el régimen concursal colombiano dentro de su arquitectura concursal no prevé el estado de crisis e insolvencia probable que antes se ilustró en el ordenamiento jurídico italiano.</p> <p>Razón por la cual, los presupuestos para acceder a este mecanismo continúan siendo objetivos (cesación de pagos y capacidad de pagos inminentes) y con la salvedad de que el acceso a este procedimiento excluye de su aplicación a las personas naturales, entidades financieras y aseguradoras, entidades de la economía solidaria, entidades del sector salud, entidades públicas, entidades con régimen especial, personas naturales.<sup>34</sup></p> <p>Es de resaltar que la continuidad de los presupuestos de insolvencia objetivos para el acceso a este procedimiento desnaturaliza su carácter extrajudicial del procedimiento, ya que el propósito de este tipo de instrumentos Preconcursoales es brindar soluciones al interno de la empresa</p>
--------------------------------------	---

<sup>33</sup> Cfr. Según el régimen de rescate empresarial contenido en el Decreto 560 y 772 de 2020 este procedimiento consiste en la posibilidad que tienen los empresarios de negociar sus obligaciones con todos o una parte de sus acreedores por un término de tres (3) meses, para lograr un acuerdo dentro del procedimiento de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades como órgano judicial competente.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José, "Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia". Universidad Externado, 2021.p. 121-123.

	como producto de la autonomía de la voluntad de las partes mas no por imposición de una autoridad judicial.
<b>Validación Judicial</b>	<p>A pesar de su naturaleza extrajudicial este procedimiento requiere de un escenario de protección desde la competencia de las Cámaras de Comercio quien era el competente para hacer las veces de experto neutral y de la Superintendencia de sociedades como autoridad judicial para resolver las diferencias entre el deudor y sus acreedores, ordenar la suspensión de procesos ejecutivos, medidas cautelares, determinar las reglas para establecer votos, así como para confirmar el acuerdo recuperatorio con miras hacerlo oponible a los acreedores ausentes y disidentes.</p> <p>En este sentido, la competencia de la superintendencia de sociedades como autoridad judicial es necesaria en asuntos puntuales como: la suspensión de procesos de: ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantías de todos los acreedores del deudor dentro del término del proceso.</p> <p>Mas no en toda la etapa de negociación del mediador con los acreedores del deudor siquiera cuando incluso si existiese una cláusula compromisoria se podría acudir al arbitraje<sup>35</sup>.</p>
<b>Mediador del Procedimiento de recuperación empresarial</b>	<p>En cuanto a la designación de un mediador concursal debe señalarse que este sigue los supuestos generales de facilitar la negociaciones entre el deudor y sus acreedores como un tercero neutral que a diferencia de la figura de la mediación concursal no tiene en cuenta la flexibilidad de las reglas de la realización de este tipo de acuerdos, ya que el deudor en el marco normativo tiene unas previsiones específicas y precisas para acudir a la validación judicial que implica en todo momento la presencia judicial en un procedimiento extrajudicial<sup>36</sup>.</p> <p>Por lo demás, este se caracteriza por realizar un análisis de la situación financiera del deudor en la que realiza una evaluación de viabilidad y diagnóstico integral para la elaboración de un plan de recuperación el cual una vez realizado deberá coordinar y monitorear desde la confidencialidad y transparencia el progreso y las decisiones tomadas.</p> <p>A este respecto en este caso el mediador tendría funciones no solo económicas sino también jurídicas durante todas las fases de negociación del deudor con sus acreedores<sup>37</sup> ya que su propósito es el de proporcionar y crear un plan liquidez, viabilidad financiera que maximice los activos fijos y no necesarios en operación del deudor para priorizar el pago sin autorización de pequeñas acreencias laborales y proveedores.</p>
<b>Incursión de las nuevas tecnologías</b>	Este procedimiento no cuenta con instrumentos, aplicaciones o plataformas telemáticas para el acceso que faciliten la celeridad y eficiencia de las funciones del mediador concursal en cuanto a la información del deudor, el acuerdo negociado, los documentos que deban presentarse, la viabilidad

<sup>35</sup> Cfr. la posibilidad de acudir al arbitraje en este caso en específico se enmarcaría en la voluntad de las partes involucradas y en general en la eficiencia ex ante del escenario preconcursal por medios privados más expeditos y especializados acorde a RIVERO, Huáscar Ezcurra. "Privaticemos la insolvencia". Ius et Veritas, 2002, no 24, p. 198-210.

<sup>36</sup> Óp. cit. 35, RODRIGUEZ ESPITIA ídem.

<sup>37</sup> ORTIZ, Alicia Agüero, "El mediador concursal como administrador extraconcursal. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", 2014, no 20, p. 273-289.

	económico- financiera y la verificación, seguimiento y vigilancia del plan de recuperación del deudor.
--	--

**Fuente:** Interpretación propia del articulado del Decreto 560 de 2020 de la República de Colombia por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica y del Decreto 772 de 2020 de la República de Colombia por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial.

La recuperación empresarial se distingue de la reorganización y la liquidación, ya que busca alcanzar un acuerdo para pagar las deudas y reestructurar la empresa en un escenario previo a la insolvencia, preservando su viabilidad económica y financiera. Este proceso puede desarrollarse tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

A pesar de sus beneficios, la baja afluencia de empresas en este procedimiento durante su vigencia esto es (2020-2023), según datos de la Superintendencia de Sociedades<sup>38</sup>, evidencia la necesidad de promover y facilitar su acceso desde la recuperación empresarial como una alternativa viable para que los comerciantes superen las crisis financieras y continúen operando desde la preservación de las empresas y la promoción de un entorno económico más resiliente.

La escasa participación en el proceso de recuperación empresarial antes mencionada se debe a la ausencia de un enfoque preconcursal, extrajudicial y centrado en la mediación concursal dentro del régimen de insolvencia colombiano, motivo por el que muchos empresarios optan por la liquidación judicial y/o la reorganización judicial desde la insolvencia inminente, desconociendo las ventajas que ofrece la recuperación empresarial para preservar la viabilidad financiera de sus negocios.

Por lo anterior, es necesario que en este régimen en este tipo de procedimientos no solo contemple del derecho sustancial del procedimiento; sino también el material e interdisciplinar desde la figura del mediador, quien no solo proporcionara medidas alternativas jurídicas sino además conocimientos específicos en insolvencia, economía y derecho desde la eficacia, imparcialidad y competencia para negociar y comunicar las necesidades de las partes desde la precrisis como una gestión anticipada a la crisis e insolvencia a través del uso de las nuevas tecnologías.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de la mediación concursal en este régimen, se espera que el régimen de rescate empresarial en Colombia a futuro proporcione eficiencia en la regulación de la preinsolvencia y precrisis en cuanto a la preservación de la viabilidad económico-financiera, ya que de este modo, las empresas en precrisis podrán acceder a su recuperación a través de soluciones de financiación internas que no conlleven al desapoderamiento del deudor a diferencia

<sup>38</sup> Cfr. La información, datos y estadísticas sobre la afluencia del proceso de recuperación empresarial puede verificarse en el Atlas de insolvencia con vigencia 2023 como última vigencia en la que dejó de estar disponible este procedimiento. Acorde a lo anterior el portal web es el siguiente:

<https://www.supersociedades.gov.co/documents/58444/4376286/Atlas-Insolvencia-2023-corte-diciembre.pdf>

de un escenario concursal en donde el desapoderamiento del deudor implica la cesación de su viabilidad financiera.<sup>39</sup>

En definitiva, este enfoque no solo protegerá la prenda común de los acreedores, sino también permitirá a los mediadores y las autoridades judiciales involucradas vigilar y tomar medidas sobre la productividad del crédito; asegurando la preservación de la empresa y el cumplimiento de los deberes del deudor y de sus administradores.<sup>40</sup>

## CONCLUSIONES

La mediación concursal, como herramienta relativamente nueva en el ámbito de la insolvencia, ha mostrado un gran potencial para la resolución de conflictos de manera consensuada y extrajudicial. Sin embargo, su implementación reciente y la naturaleza procedimental y jurídica particular que la caracterizan, ponen de manifiesto la necesidad de fortalecer su marco regulatorio.

La escasez de normas específicas sobre mediación concursal en algunos ordenamientos jurídicos podría derivar en un uso inadecuado de este mecanismo, alejándolo de su carácter complementario al sistema judicial tradicional. Por ello, resulta fundamental desarrollar un marco regulatorio más robusto que permita una aplicación clara, precisa y uniforme de la mediación concursal.

A su vez, es necesario promover la formación y capacitación adecuada de mediadores, jueces y demás actores involucrados en este proceso, ya que es clave para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas y su éxito.

En cuanto a la aplicación actual de la mediación concursal, se exalta que esta no solo debe fundarse en la protección de los acreedores y deudores como sujetos vulnerables; sino desde la protección de la empresa y su viabilidad financiera económica en la satisfacción de necesidades patrimoniales y no patrimoniales en un escenario preventivo a la crisis que permita promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración desde la empresa como una función social fuente de la economía, trabajo y desarrollo.

Por otra parte, la viabilidad económico-financiera se erige como piedra angular de la mediación concursal, actuando como catalizador para la recuperación empresarial incluso en escenarios de desequilibrio que podrían derivar en una precrisis, preinsolvencia o insolvencia inminente. Esta viabilidad, a través de la mediación concursal, permite a la empresa mantenerse en el mercado mediante mecanismos como la cesión total o parcial de su actividad, de forma ágil, rentable, flexible y confidencial. De este modo, se abre un abanico de posibilidades para sortear las dificultades financieras y reencaminar el negocio hacia un futuro próspero.

En esencia, la viabilidad económico-financiera no solo facilita la recuperación de la empresa, sino que también preserva su valor y protege el empleo, aspectos de vital importancia para el tejido empresarial y la sociedad en su conjunto.

Seguidamente la planificación de la recuperación de la empresa con poderes de información y comprobación es una competencia necesaria del mediador concursal, sobre la cual se debe prestar relevante atención, ya que cualquier decisión o acto de este podrá influir en la gestión de la

---

<sup>39</sup> ROJO, Ángel, "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017: p. 99-111.

<sup>40</sup> CARIDI, Vincenzp, et al. "Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi", giurisprudenza commerciale, 2023, vol. 50, no 2, p. 301-348.

empresa, aun cuando en casos específicos se requiera de la intervención de la autoridad judicial para dotar a este mecanismo de fuerza vinculante y para ciertos actos como la suspensión del cobro coactivo de las obligaciones, procesos ejecutivos y la declaración de medidas cautelares.

En lo que respecta a la fuerza vinculante de la mediación concursal, se advierte que aunque su validación judicial desnaturaliza su denominación en algunos casos, esta es necesaria para facilitar las negociaciones con los acreedores y en específico para la suspensión de medidas de ejecución individuales, ya que ello permite de forma transparente, equitativa y justa obtener financiación con el beneficio de la prededucción para los acreedores en un eventual procedimiento de insolvencia posterior.

Finalmente y desde la arquitectura concursal de la mediación concursal y su aplicación en los actuales regímenes de insolvencia, resulta importante señalar que en la actualidad los legisladores y ordenamientos jurídicos deben concentrar sus esfuerzos en otorgar a los comerciantes la posibilidad de reorganizar y reestructurar su actividad productiva desde un escenario preconcursal en donde negociar y renegociar con proveedores y clientes supone una carrera de supervivencia<sup>41</sup> para asegurar la viabilidad de la empresa desde la gestión anticipada de la crisis como un rescate empresarial.

#### **Referencias bibliográficas:**

AMBROSINI, Stefano, “La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021.p.12

ANGEL GUARNIZO, Luz Karime, “La composición negociada de la crisis de las empresas en Italia. La ley mercantil, 2023, no 103, p. 1-21.

BACCAGLINI, Laura, “Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali”. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2022, vol. 2022, p. 1091-1115.

BECCHETTI, Leonardo; SIERRA, Jaime. “Bankruptcy risk and productive efficiency in manufacturing firms”. *Journal of banking & finance*, 2003, vol. 27, no 11, p. 2099-2120

BERKOFF, Leslie et al, “The Use of Mediation in Large Chapter 11 Cases: Useful, Voluntary and Mandatory (Part I)”. *American Bankruptcy Institute Journal*, 2023, vol. 42, no 8, p. 20-52.

CAMPUZANO, Ana Belén, 2024. “La insolvencia inminente en la legislación concursal española”, *Revista e-mercatoria*. 23, Vol,1 (mar. 2024) p. 161–186.

CARIDI, Vincenzp, et al. “Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi”, *giurisprudenza commerciale*, 2023, vol. 50, no 2, p. 301-348.

CHARRIS ESCOBAR, Adalgisa Elena, Et Al. “Los principios de mediación y conciliación en américa latina y el caribe: análisis comparado a partir de la ley modelo de La CNUDMI sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”. 2021.p.12-23.

---

<sup>41</sup> FERRO, Carlos Alberto, “Inflación e hiperinflación, factores económicos que potencian la vulnerabilidad de la empresa”, 2023, p. 1-11.

DI PIETRO, Maria. (2020). "La Estrategia Probatoria: La Prueba En La Mediación-Proceso Autocompositivo-Y En Juicio-Proceso Heterocompositivo". Anuario XVIII centro de investigaciones jurídicas y sociales, p.263-276.

ESPINAR, María Belén Merino, "Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad". Revista de Derecho Civil, 2015, vol. 2, no 1, p. 175-192.

FERRO, Carlos Alberto, "Inflación e hiperinflación, factores económicos que potencian la vulnerabilidad de la empresa", 2023, p.1-1.

FUENTES-MANCIPE, Mònica Maria (2021). Editorial. Inciso, 23(2) p. 1-4.

GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Contributi orig. di Guido Alpa. Giuffrè, 1976. p. 513 y ss.

GIACALONE, Marco; GIACALONE, Paola. "The development of e-mediation in Europe and in the rest of the world: comparative approach and the reasons for a double speed". Diritto del Commercio Internazionale, 2022, vol. 2, p. 343-379.

LÓPEZ, GUTIÉRREZ, Carlos; et. al ¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia. Innovar, 2011, vol. 21, no 41, p. 125-144,

MARTÍ, Adrián Thery "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016" Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2017, no 27, p. 513-548.

MARTÍN DIEZ, F; "Mediación en derecho privado en Revista General de Derecho Procesal" (2014) Núm. 33 p. 2

MORENO BUENDIA, Francisco, Jesús. "El alcance de los planes de reestructuración: los créditos afectados. En La Reestructuración como solución de las empresas viables", Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 295-329.

MUCCIARELLI, F, et al. Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il dl 24 agosto 2021 n. 118. sistema penale 2021, p. 1-6

NIGRO, Alessandro, VATTERMOLI, Daniele, "Diritto della crisi delle imprese, le procedure concursuali", Il Mulino strumenti, quinta edizione, Bologna, 2021, Parte I p. 1-30

ORTIZ, Alicia Agüero, "El mediador concursal como administrador extraconcursal. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", 2014, no 20, p. 273-289.

REMO F, Entelman, "Teoría de Conflictos". Serie coordinada por Raúl Calvo Soler. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002, p. 43-66.

RICHARD, Efraín Hugo. "Perspectiva del derecho de la insolvencia" 2010, p. 19-28;

RIVA, Patrizia, et al. "Presupposto oggettivo e piattaforma nazionale. En La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento", dl 118/2021 conv. in l. 147/2021, Zanichelli Editore Spa, 2022. p. 1-18.

RIVERO, Huáscar Ezcurra. "Privaticemos la insolvencia". Ius et Veritas, 2002, no 24, p. 198-210.

RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José, "Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia". Universidad Externado, 2021.p. 121-123.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel. "Intervención en el Congreso Internacional sobre Insolvencia, realizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia." Bogotá, Colombia. Mayo de (2007).

ROJO, Ángel, "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017: p. 99-111.

ROJO, Ángel. Las ejecuciones en el concurso de acreedores: VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. aranzadi/civitas, 2016, Richard, E. H. Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. 2017. p. 1-31.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, José Carlos. El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica. Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), 2023, vol. 11, p. 83-140.

### ***Referencias normativas e instrumentos de soft law***

Congreso de la República de Colombia, (2006). Ley 1116, Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Congreso de la República de Colombia, (2020). Decreto 1560, Diario Oficial abril 15 de 2020. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Congreso de la República de Colombia, (2020). Decreto 772, Diario Oficial junio 3 de 2020. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>aziendali, 2021, p. 12

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, Grupo de Trabajo II sesiones sobre mediación mercantil: A/CN.9/1025 - Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). A/CN.9/1026 - Proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI, A/CN.9/1027 - Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación. A/CN.9/1031 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos. A/CN.9/1031/Add.1 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos. A/CN.9/1031/Add.2 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de observaciones de los Gobiernos – Singapur.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, (2018), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación

Italia. (2019). Codice della Crisi e dell'insolvenza 12 gennaio 2019. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2022). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dal D.L. 29 dicembre 2022, n. 198. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato modificazioni dal D.L. 24 febbraio 2023, n. 13. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato modificazioni, dalla L. 21 aprile 2023, n. 41. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dal D.L. 13 giugno 2023, n. 69. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dalla L. 10 agosto 2023, n. 103. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

### ***Tablas***

**Tabla 1:** Efectos de los Métodos alternativos de resolución de conflictos autocompositivos y heterocompositivos.

**Tabla 2:** La eficiencia concursal ex ante e intermedia de la insolvenca en la mediación concursal.

**Tabla 3:** Definiciones de precrisis, crisis e insolvenca en el régimen de insolvenca italiano.

**Tabla 4:** Características del procedimiento de la composición negociada de la crisis.

**Tabla 5:** Características del procedimiento de recuperación empresarial.

**EL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD DE LA PROPUESTA CONCORDATARIA FRENTE A LA TUTELA DE  
LOS ACREEDORES VULNERABLES.**

**Brenda Agustina D'UBALDO**

**Resumen:** En el marco de los concursos preventivos y las quiebras, la aplicación de los preceptos previstos en la ley 25.522 sin una debida consideración de las circunstancias particulares de los acreedores involucrados podría ocasionar una limitación irrazonable de los derechos, lo que implica necesariamente una mirada crítica del uso abusivo de las herramientas concursales. Es por ello que la interpretación constitucional y el control de razonabilidad resultan indispensables para decidir y armonizar el contenido de los derechos y la razonabilidad de las normas que puedan lesionarlos, así como también al contenido de la propuesta sujeta a la negociación colectiva.

Este trabajo pretende ofrecer una visión constitucional del régimen patrimonial de las crisis empresarias y de la insolvencia a la luz de la Constitución Nacional y del conjunto de tratados internacionales de derechos humanos.

**Palabras Claves:** Insolvencia – Constitución Nacional – Derechos Humanos – Vulnerabilidad – Razonabilidad.

**Abstract:** In the framework of preventive insolvency proceedings and bankruptcies, the application of the precepts provided for in Law 25,522 without due consideration of the particular circumstances of the creditors involved could cause an unreasonable limitation of rights, which necessarily implies a critical look at the abusive use of bankruptcy tools. This is why constitutional interpretation and control of reasonableness are essential to decide and harmonize the content of the rights and the reasonableness of the norms that may harm them, as well as the content of the proposal subject to collective bargaining.

This work aims to offer a constitutional vision of the property regime of business crises and insolvency in light of the National Constitution and the set of international human rights treaties.

**Key words:** Insolvency – National Constitution – Human Rights – Vulnerability – Reasonableness.

**1. La inviolable dignidad de la persona humana como fundamento de una nueva era del derecho.**

El derecho concursal es la rama del derecho que se ocupa de la insatisfacción de los acreedores y la insuficiencia patrimonial, lo que implica inevitablemente sacrificios no deseados por parte de los distintos sujetos involucrados en el proceso y el objetivo no debe centrarse en prevenir el daño o los sacrificios que enfrentarán los sujetos involucrados, sino en alcanzar la difícil meta de lograr una distribución y coordinación justa y óptima de estos sacrificios. Se trata de evitar la propagación de consecuencias adicionales y costosas, buscando un equilibrio adecuado en el sacrificio común que todo proceso de este tipo necesariamente conlleva<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CAMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra – Comentario de la Ley 19.551*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 111/112.

Es así como, a raíz de las específicas y complejas relaciones económicas que es llamada a regular, esta particular rama del derecho se encuentra en constante evolución y cambio, debiendo adaptarse a las nuevas realidades y desafíos que hoy exigen atender situaciones que trascienden los conceptos, principios y enfoques clásicos de la materia.

En este sentido, esta aceleración y recepción de las dinámicas sociales por parte del derecho concursal ha sido observada por numerosos doctrinarios, entre ellos, Ariel G. Dasso, quien ha señalado que las variaciones sufridas por el derecho concursal actual empezaron a manifestarse a fines del siglo XX, como producto de acontecimientos económicos (entre los que se destacan particularmente la globalización), los cuales se aceleran en el siglo presente y que han producido un “tsunami concursal” a nivel global<sup>2</sup>.

Si bien algunos pilares básicos que forman la estructura del derecho concursal resultan estancos, siendo -en esencia- los mismos principios fundantes de la materia, ellos deben necesariamente transformarse y armonizarse para responder a las necesidades de la sociedad.

Lo expuesto forma parte de la tutela judicial que comprende los procesos concursales al impedir la agresión individual del patrimonio del deudor, permitiendo una negociación colectiva de las deudas a fin de evitar la quiebra del mismo o liquidando colectivamente el activo a fin de la satisfacción de los pasivos. Ello necesariamente debe hacerse bajo un marco que tutele la dignidad e igualdad de los sujetos involucrados.

Progresivamente se ha instalado, en el estudio del derecho y en el marco de las decisiones judiciales, el debate de la igualdad y dignidad de la persona humana. Su incorporación como centro de las ideas en discusión data del surgimiento de la transformación que hoy conocemos como el neoconstitucionalismo, sin embargo, la búsqueda de su efectivo reconocimiento se encuentra en constante evolución.

Podemos afirmar que las consideraciones que se enmarcan en torno a los derechos humanos han alcanzado una importancia fundamental en el estudio del derecho. Buena parte del análisis doctrinario se desarrolla con base en el estudio de la influencia de los derechos humanos con las distintas disciplinas, y resulta que, en los últimos dos siglos, y en especial desde el año 1945, nos encontramos en lo que doctrinariamente se ha conceptualizado “la era de los derechos”.

El viejo concepto de Estado de Derecho asumió contenidos concretos, entre los que figuran el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la promoción de los derechos humanos como exigencias básicas y universales de justicia que tienen que ser necesariamente incorporadas a los textos y prácticas jurídicas para ser consideradas legítimas en cuanto tales. Sostiene el destacado jurista germano Rudolph Smed que la constitución ya no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres y solo partiendo de este supuesto puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada como un orden de vida bueno y justo para el pueblo<sup>3</sup>.

La evolución, que ha tenido el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la promoción de los derechos humanos, lleva a plantear el avance desde un concepto de igualdad formal, entendida como no discriminación.

A fin de enunciar el real significado del término *igualdad*, debe partirse desde el hecho evidente de la desigualdad y de la necesidad de operar sobre ella: su cometido (o, al menos, una de las

---

<sup>2</sup> DASSO, Ariel Gustavo, “El Derecho Concursal hoy”, LL cita online: L.L, 2009-B-921.

<sup>3</sup> ALFONSO, Santiago, *Una nueva era del derecho 1945 - 2017*. Murillo, Bolivia: Universidad Católica Boliviana, p. 6.

dimensiones principales) es que en la sociedad se trate realmente igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esto no solo puede afirmarse desde la base de aceptar que existen criterios admisibles para distinguir entre una persona y otra que habilitan su tratamiento justificadamente distinto. Y esto, a su vez, presupone la existencia de criterios que resultan, por el contrario, inadmisibles o violatorios de la igualdad<sup>4</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la garantía constitucional de la igualdad comporta la consecuencia de que “todas las personas sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones”<sup>5</sup>.

La garantía de igualdad ante la ley importa un “trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias [...] lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución a personas o grupos de ellas”<sup>6</sup>.

En definitiva, de encontrarse en juego derechos en condiciones de desigualdad real, lo que debe adoptarse son medidas positivas que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan la real tutela efectiva de los derechos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aun, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”<sup>7</sup>.

Esta evolución en la noción del derecho a la igualdad resulta transversal a todos los ordenamientos jurídicos y a todas las disciplinas del derecho, y debe necesariamente encontrarse interrelacionada con el concepto de dignidad. Es aquí donde, en el marco del derecho concursal, ante la insolvencia del deudor, adquiere una particular importancia en virtud de que los intereses involucrados y los derechos en juegos son múltiples.

La dignidad humana no es, por tanto, un concepto jurídico vago e indeterminado, sino que está incorporada a los textos constitucionales, convencionales y legales y se acude a ese concepto con frecuencia en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, como criterio de fundamento de la protección de los Derechos Humanos y como criterio interpretativo para fijar su alcance. Es fundamento y fuente de Derechos y obligaciones y de él se deriva la trascendental distinción jurídica entre personas y cosas presente en todo ordenamiento jurídico. Está llamado a ser el ancla y el faro de toda nuestra civilización<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> DIDIER, Marta María y CIARCIARDO Juan., “El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos”. Revista El Derecho, nro. 12.356, año 2009, Ed. 234, Buenos Aires.

<sup>5</sup> CSJN, 10/05/1968, “Muñiz Barreto de Alzaga, Juana M. y Otros c/ Destefanis Antonio s/ Reajuste arrendamiento”, Fallos 270:374

<sup>6</sup> CSJN, 26/03/2019, “García, María I. c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342:411

<sup>7</sup> Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC -17/2002, del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 46.

<sup>8</sup> SANTIAGO, Alfonso. (2017). La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional [en línea]. Prudentia Iuris, 83. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/igual-inviolable-dignidad-persona-humana.pdf> [Fecha de consulta:25/06/2024].

Lo expuesto no escapa a los procesos que regulan y pregonan la reestructuración de las deudas o la liquidación del patrimonio. Es así que, reconocer los desafíos que se presentan al sistema de justicia al momento en que colisionan los derechos de los sujetos vulnerables con las normas formalistas de la ley 24.522 no exime a los magistrados de la confrontación del sistema normativo a fin de llegar a una solución que amalgame los derechos en juego, debiendo adaptar los procedimientos a fin de dar cabida a los requerimientos que se desprenden de la necesidad de resolver conflictos estructurales.

En el presente trabajo se desarrollará el análisis de la propuesta concordataria a la luz de los preceptos constitucionales y la tutela efectiva de los derechos humanos. Para ello, se utilizará el sistema de razonabilidad y se examinarán diversos casos jurisprudenciales en el marco de los procesos concursales. A través de estos análisis, se podrá observar cómo colisionan los derechos de los acreedores, especialmente los de los acreedores vulnerables. Mediante una perspectiva constitucional de la insolvencia y el análisis de razonabilidad, se buscará propiciar una integración armoniosa de los principios y valores jurídicos establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, en consonancia con el bloque de constitucionalidad consagrado en los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

## **2. La colisión de derechos en los procesos de insolvencia. Concurrencia de acreedores en condiciones de vulnerabilidad.**

En primer lugar y, con el fin de enunciar los derechos que colisionan en los procedimientos que regulan la insolvencia, debe repararse en la función que tiene la finalidad de los derechos en el proceso de interpretación constitucional y el rol que juega dicha interpretación en los procesos concursales. Es que, teniendo como fin la tutela de los derechos humanos y la igualdad, la búsqueda de la mejor manera de armonización y convivencia entre dos o más derechos reconocidos constitucionalmente y que, en definitiva, hacen a la dignidad del sujeto, exigirá realizar un análisis sistémico y racional del contenido esencial del mismo. Máxime cuando se encuentran en juego derechos de sujetos vulnerables.

El eje de los procesos colectivos de insolvencia es claramente un intento de convergencia y armonización entre todos los intereses tutelados para construir, aplicar y definir ante cada situación. Lógicamente en esa tarea jurisdiccional no podría desatenderse la implicancia del “interés general”, el cual también conforma ese universo de criterios a amalgamar en la medida que el proceso concursal no está instituido en exclusivo beneficio del deudor<sup>9</sup>.

El derecho concursal al instituir un proceso en el que convergen intereses frente a la insolvencia del deudor, debe estar conformado por los lineamientos sociales y jurídicos respecto a la igualdad y del patrimonio como garantía común de los acreedores, como así también, por la interrelación de éste con la efectiva tutela de los derechos humanos, debiendo tutelar a aquellas personas cuya indefensión provocaría que la limitación en el cobro de sus créditos genere la revictimización y limite el acceso a la vida digna.

De ello se sigue que, el mencionado proceso debe necesariamente armonizarse a través de la conceptualización concreta de los hechos siendo los jueces los responsables de la elaboración de soluciones justas y armonizadoras del sistema jurídico en general. Por tanto, a fin de realizar tal labor se requiere especial prudencia por parte de los jueces, tanto para flexibilizar la ley al caso

---

<sup>9</sup> CSJN, *fallos*: 327:1002, 328:3132 y 340:1663.

como para adoptar posiciones de más rigidez cuando sea necesario. Ello, porque en la disciplina concursal suelen presentarse situaciones de hecho no abarcadas en la expresión necesariamente genérica de la norma jurídica. Y entonces cobran vital importancia la finalidad de la ley y -especialmente- las consecuencias que pueden derivarse de una determinada solución al caso<sup>10</sup>, lo que se ha hecho de forma más eficiente gracias a la aplicación de los principios constitucionales y tratados de Derechos Humanos.

A fin de compatibilizar la noción de supremacía constitucional prevista en el artículo 31 C.N., -especialmente los tratados internacionales (cfr. Artículo 75 inc. 22 C.N.) - con las normas de derecho interno corresponde señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación receptó la constitucionalización del derecho privado.

Ello surge de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, donde expresamente se hizo referencia a *“la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de los derechos humanos con el derecho privado”* y a que *“se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”*.

El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, reza que en los casos que el código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte y que se tendrán en cuenta la finalidad de la norma.

Por su parte, el artículo 2 CCCN dispone que la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento. De esta forma, se dispone la forma en que debe interpretarse y armonizar la ley.

De esta forma, del estudio de los artículos 1 y 2 CCCN se extrae que los mismos formulan dos referencias concretas: sostienen que los casos civiles y comerciales deben ser resueltos conforme con aquellos tratados de Derechos Humanos en que la República sea parte y afirman que la ley civil y comercial debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

A su vez, los artículos mencionados se complementan con el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que *“el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

Al respecto, Highton señaló que la indeterminación del derecho es introducida en el ordenamiento jurídico por la constitucionalización del derecho privado a través del reconocimiento expreso de principios y valores jurídicos, considerando que "También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. En los conceptos indeterminados se advierte la presencia de estándares jurídicos, esto es, conceptos que requieren en cada caso la concreción de su contenido por parte del sujeto llamado a interpretar la disposición

<sup>10</sup> ALEGRÍA, Héctor, "Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal", publ. en Suplemento de Concursos y Quiebras -La Ley-del 7/9/04.

<sup>11</sup> ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, Santa Fe, Pág. 57.

jurídica que los contiene, con lo cual quien debe aplicarla adquiere un mayor porcentaje de independencia. Con ellos se consigue dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias"<sup>12</sup>

La Corte Suprema ha sostenido que los jueces, en cuanto servidores de la Justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas del conflicto. Una interpretación que avale lo contrario podría implicar que la aplicación de la ley se convierta en una tarea incompatible con la naturaleza del derecho y con la función específica de los magistrados, labor en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias pues constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión adoptada<sup>13</sup>.

Ello implica necesariamente que, el sistema de administración de justicia debe actuar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos humanos y, en especial, tener una especial consideración de las condiciones de vulnerabilidad de la persona.

A los fines de garantizar adecuadamente el acceso a la justicia debe considerarse el tipo de conflicto, los sujetos involucrados y si ellos corresponden a grupos o sectores vulnerados o con dificultades para alcanzar la efectividad de sus derechos. Se deben reconocer las asimetrías que pudieran existir entre las partes del proceso, sus diferencias estructurales en un momento determinado o los factores de desigualdad real a fin de dar adecuado cumplimiento con el derecho a la igualdad ante la ley prevista constitucionalmente<sup>14</sup>.

Tal predicamento implica asumir el radical impacto que ello provoca sobre los criterios y enfoques que deben presidir el "diseño" de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar<sup>15</sup>.

La insolvencia representa una situación de escasez de recursos en la que una persona no puede cumplir con sus obligaciones. Esta falta de capacidad para hacer frente a las deudas pendientes refleja un desequilibrio entre los ingresos y los compromisos económicos adquiridos. La insolvencia no solo afecta la estabilidad financiera del deudor, sino que también los acreedores enfrentan una postergación en el cobro de sus créditos y, una potencial disminución significativa de los mismos.

En esa misma línea de pensamiento, se ha postulado que los intereses comprometidos en la insolvencia dejan de ser bipolares (deudor- acreedor) sino que pasan a ser multipolares, siendo de primordial importancia los intereses de los trabajadores, de los clientes, de los proveedores, el mercado y de la economía en general. La mayor protección de uno u otro de los intereses que se involucran en la insolvencia tiene que ver con la ideología y el sistema diputado por una determinada ley concursal<sup>16</sup>.

En esta situación, los derechos de los acreedores colisionan, ya que todos intentan el cobro de sus créditos de una única masa activa. Este conflicto de intereses y derechos puede generar

---

<sup>12</sup> HIGHTON, Elena., "Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número extraordinario, 2015, ps.31-32.

<sup>13</sup> CSJN, fallos: 302:1611; 304:1919; 315:992; 323:3139 ; 326:3593 ; 328:4818 y 331:1262 , entre otros.

<sup>14</sup> BOQUIN, Gabriela Fernanda y BERGOGLIO, Virna, "Acceso a la justicia en Igualdad", en Boquin, Gabriela y Fernández Andreani (dir.), *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2023.P. 25.

<sup>15</sup> TRUFFAT, conferencia intitulada "Sobre los concursos 'a medida', a la luz de la actual realidad normativa", en VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México, 17- 19/05/2012 citada por Richard, Efraín en "50 años no es nada: desafío en búsqueda de método sobre abuso en propuestas en concurso de sociedades", RDCO 292, 239, cita online LL AR/DOC/3456/2018).

<sup>16</sup> GRAZIABILE, Darío., *Nuevo Sistema Concursal*, Ediciones D&D, Buenos Aires, 2023, p.23

dificultades adicionales, exacerbando las dificultades financieras tanto para los acreedores como para el deudor insolvente y en muchos casos la violación de derechos fundamentales por la aplicación irrazonable de los institutos concursales a raíz de que sus consecuencias resultan desproporcionadas en relación al daño que generan al acreedor por encontrarse en alguna situación de vulnerabilidad o por el uso fraudulento y en abuso del derecho de los mismos, ocasionando una redistribución desigual de las pérdidas entre los involucrados.

Lo expuesto sin lugar a duda afecta el derecho de propiedad de los acreedores tutelado específicamente en el art. 17 de la Constitución Nacional, ello se encuentra relacionado con el derecho a la vida digna de la persona humana.

La Corte Suprema destacó que el derecho de propiedad comprende la protección del crédito en el caso “Sociedad Comercial del Plata”. Esa formulación es consistente con la clásica jurisprudencia de ese tribunal enunciada en el precedente “Bourdieu”. Sin embargo, muchos de los créditos postergados por la insolvencia no solo están protegidos por el derecho de propiedad sino por otros derechos de raigambre constitucional. La causa del crédito muestra qué derecho constitucional está afectado y la naturaleza del derecho no cambia ante la insolvencia del deudor<sup>17</sup>.

Es así como, dentro de aquellos acreedores quienes se encuentran tutelados por otros derechos constitucionales se encuentran los acreedores vulnerables, en tanto la limitación al derecho de propiedad que acarrea la imposición de un acuerdo podría afectarlos de manera tal que verían afectados los derechos a una vida digna. Es que, ante una situación de vulnerabilidad, el reconocimiento del efectivo derecho de propiedad hace también a la dignidad de la persona.

El concepto de vulnerabilidad es un concepto dinámico, que acompaña los cambios sociales y que, necesariamente debe surgir de un examen contextualizado de las circunstancias.

Conforme lo disponen la versión actualizada de Las 100 Reglas de Brasilia – aprobadas en el marco de la asamblea plenaria de la XIX edición de la cumbre Judicial Iberoamericana, realizada del 18 al 20/04/2018<sup>18</sup>, se considera que “Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la persona vulnerable es aquella más propensa a ser dañada por determinado acto, o tiene menores posibilidades de recuperarse ante un perjuicio causado o respecto de la cual este tiene una mayor magnitud por los efectos que le ocasiona, pero el resultado será el mismo: el deber de generar diferenciaciones para garantizar no solo el acceso a la justicia sino la tutela judicial efectiva de los derechos del sujeto<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> VAZQUEZ, María Guadalupe., “Una Perspectiva constitucional de la insolvencia” (en línea), Disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-06.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-2/Revista-juridica-ano18-N2-06.pdf), fecha de consulta: 25/06/2024.

<sup>18</sup> DELGADO Martí, “Guía Comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, *Herramientas Eurosociales*, nro. 23, 2019, pág. 22.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos 342:411.

La vulnerabilidad representa un estado de la persona que fragiliza y debilita, ya sea una situación permanente o provisoria, que acarrea una menor posibilidad de recuperación frente a una amenaza, lo que expone la ausencia de una igualdad sustancial, requiriendo un tratamiento diferenciado por el estado de mayor vulnerabilidad de un sujeto, considerado que es un concepto variado relativo y dinámico<sup>20</sup>.

De acuerdo con Omar Darío Cardona, en la evolución de la definición del término, se ha llegado a considerar a la vulnerabilidad como la capacidad limitada de "adaptarse" o ajustarse a determinadas circunstancias. Por otro lado, generalmente se acepta que el concepto de amenaza se refiere a un peligro potencial a un factor de riesgo externo que afecta a un sistema a un sujeto expuesto. Es decir, la vulnerabilidad no puede existir sin la presencia de una amenaza. Además, la vulnerabilidad se comprende, en términos generales, como un factor de: riesgo interno que se expresa matemáticamente como la probabilidad de que un sujeto o sistema expuesto sea afectado por el fenómeno que caracteriza la amenaza. De esta manera, el riesgo se refiere al potencial de pérdidas que un sujeto o sistema expuesto puede experimentar como resultado de la "convolución" entre la amenaza y la vulnerabilidad. Por lo tanto, el riesgo puede ser expresado matemáticamente como la probabilidad de superar un nivel de consecuencias económicas, sociales o ambientales en un lugar específico y durante un período determinado<sup>21</sup>.

Recientemente Daniel Vítolo ha considerado que uno de los debates más interesantes en materia de igualdad ante la ley es el referido modo y oportunidad en que dicha igualdad debe – eventualmente – ceder formalmente para que el concepto mismo de igualdad no quede desdibujado y desnaturalizado por la existencia de diferencias que impidan la equiparación relacional asimilada al núcleo conceptual de la propia igualdad. Y ha señalado que “dentro de las excepciones que habilitarían la flexibilidad del criterio igualitario suele mencionarse el caso de los sujetos vulnerables”<sup>22</sup>.

Coincidiendo con esta postura, en el ámbito del derecho comercial y, específicamente en el marco de la insolvencia, el concepto de vulnerabilidad ha estado presente y ha generado un amplio debate, en tanto las consideraciones personales y las relaciones que se den entre los sujetos involucrados no pueden – ni deben – permanecer al margen de las consideraciones de los magistrados al resolver en el caso concreto. Advirtiéndose situaciones de vulnerabilidad es el Estado quien debe disponer los remedios jurídicos y políticos efectivos para mejorar y garantizar el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos humanos y erradicar la discriminación, siendo la tutela del vulnerable un principio general del derecho.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> CSJN, Fallos 342:411

<sup>21</sup> CARDONA, Omar D. “La necesidad de repensar los conceptos de vulnerabilidad y riesgo desde una perspectiva holística: una revisión y crítica necesaria para una gestión eficaz del riesgo”. En línea. Disponible en: <https://www.desenredando.org/public/articulos/2001/repvuln/RepensarVulnerabilidadyRiesgo-1.0.0.pdf>, fecha de consulta: 28/06/2024.

<sup>22</sup> VITOLLO, Daniel, “La Pars condicio creditorum” Privilegios y vulnerabilidad en los procesos de insolvencia, en Boquin, Gabriela y Fernández Andreani (dir.), *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2023.P. 117.

<sup>23</sup> Corte IDH, 31/08/2021, “Furlan y familiares vs. Argentina”.

De este modo y relacionado con lo descrito en cuanto al proceso concursal como un sistema en el que convergen distintos intereses, compatibilizar la conservación de la empresa como unidad productiva con la concurrencia de acreedores a los que se les impone un acuerdo –hayan prestado conformidad al mismo o no– en condiciones de vulnerabilidad resulta un verdadero desafío para los operadores de justicia, en tanto la aplicación de la ley sin considerar las condiciones particulares en las que se encuentra el sujeto o las consecuencias que trae aparejada su aplicación se convertiría en una utilización irracional del derecho y la función específica de los magistrados.

Tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Constitución Nacional comprenden distintos grupos de vulnerables, corresponde mencionar –entre otros– “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”<sup>24</sup>, dotando a los mencionados sujetos de una presunción legal *iuris et de iure* sobre aquella calidad.

En este sentido, corresponde referenciar casos determinados en los procesos concursales en relación a la especial condición de vulnerabilidad del sujeto y la normativa aplicable.

#### **A) Adultos Mayores**

La ley 27.360 (B.O. 31/05/2017) aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA del 15/6/2015.

Entre otras cuestiones allí se contempla que el “objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor” (art. 1), que son principios generales aplicables a la Convención -entre otros- la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, el bienestar y cuidado, la seguridad física, económica y social, el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas mayor y la protección judicial efectiva (art. 3).

También establece que los Estados parte “adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos” (art. 4 inc. c) y que adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días (art. 6).

Por su parte, existen instrumentos internacionales que tienen por objeto la protección de los derechos de los adultos mayores (Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe).

---

<sup>24</sup> Véase Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, disponibles en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Asimismo, en “Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”<sup>25</sup>, el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (cfr. Regla 2.6).

Ahora bien, en el caso “Feliciano González”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, teniendo en consideración la edad de la peticionante – 78 años – y que su pretensión versaba sobre una indemnización por daños producidos en accidente de tránsito que le había producido un 40 % de incapacidad, se resolvió disponer un adelantamiento de las cuotas concursales basado en que ya la aplicación de los términos del acuerdo atentaría contra su derecho a la vida, al someterla un acuerdo que se terminará de cumplir dentro de 17 años, ello de conformidad con las normas constitucionales y supraconstitucionales que obligan al respecto de la salud y el derecho a la propiedad.

De manera concordante, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 10/05/2018, en los autos “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y Otro s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por Tules, Yolanda H”, resolvió que correspondía atender a las circunstancias particulares del caso –adulta mayor, víctima de accidente de tránsito y con escasos recursos– las que no podían ser soslayadas, reconociéndole el beneficio temporal previsto en el art. 16 LCQ.

## **B) Menores de edad**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, es el tratado internacional de derechos humanos más ampliamente avalado, ya que ha sido ratificado por 196 países, en nuestro país se encuentra ratificado por la ley 26.061 y se encuentra integrado por otros instrumentos que prevén la protección de los niños niñas y adolescentes (art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. VII y XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre; la Declaración de Ginebra de 1928 sobre los Derechos del Niño, El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales art. 10 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Asimismo, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad<sup>26</sup>, establece que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (cfr. Regla 2.1).

Siguiendo tales lineamientos, la Sala D en los autos “Obra Social Bancaria Argentina s/ Concurso preventivo s/ incidente de verificación de pronto pago” con fecha 01/10/2013 resolvió que el crédito insinuado por un menor discapacitado a raíz de una mala praxis médica merecía una protección prioritaria al haber el legislador introducido a nuestro derecho positivo la Convención sobre los

---

<sup>25</sup> Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, adoptada en el ámbito interno del Ministerio Público Fiscal mediante Resolución PGN 58/09 y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, mediante suscripción de la Acordada de la CSJN 5/2009.

<sup>26</sup> Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, adoptada en el ámbito interno del Ministerio Público Fiscal mediante Resolución PGN 58/09 y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, mediante suscripción de la Acordada de la CSJN 5/2009.

Derechos del Niño, otorgando operatividad al principio interpretativo del “interés superior del niño”, concluyendo que correspondía otorgar pago preferente al mismo.

### C) Personas con discapacidad

Con relación a las personas con discapacidad, debe tenerse presente la especial protección que merece la cual surge de la ley 22431 y de la ley 26378 sancionada el 21/5/2008 que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

El art.1 establece que su propósito es: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El art. 6 reconoce en especial respecto de las mujeres con discapacidad que: “1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

Finalmente, el art. 13 dice en cuanto al acceso a la justicia que: “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

La Corte Interamericana ha considerado que “en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejercicio de los mismos”<sup>27</sup>.

En el marco de los autos “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”<sup>28</sup> se declaró verificado un crédito a favor de un menor de edad con causa en una indemnización derivada de daños provocados por una mala praxis acaecida durante su nacimiento en la institución hoy fallida. El magistrado de grado, a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial nro. 20 declaró la

<sup>27</sup> Corte IDH, 31/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina”.

<sup>28</sup> CSJN, 06/11/2018, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia (AFFyB) s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro”, La Ley, cita online: AR/JUR/56326/2018.

inconstitucionalidad del régimen de privilegios (arts. 239, 241, 242 y 243 inc. 2 de la Ley de Concursos y Quiebras) y verificó el crédito con privilegio especial prioritario, ordenando su pago inmediato. Elevadas que fueron las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la Sala A de dicha cámara revocó la sentencia.

Contra dicha resolución, la Fiscalía General Ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y la Defensoría Pública de Menores e Incapaces presentaron recurso extraordinario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió a favor de la constitucionalidad del régimen de privilegios, reconociendo la existencia de tratados internacionales que cuentan con Jerarquía Constitucional que tutelan la especial protección que merecen los menores de edad y las personas discapacitadas, de ellos no se deriva el reconocimiento de un privilegio como el reconocido por el magistrado de grado. Asimismo, consideró improcedente lo decidido en primera instancia con relación a ordenar el pronto pago del crédito del menor, en razón a que el mismo no se encuentra contemplado dentro de los arts. 16 y 183 LCQ.

Ahora bien, en el marco de los autos “Institutos Médicos Antártida S.A.”<sup>29</sup>, el magistrado de grado declaró verificado el crédito de un menor de edad con origen en una sentencia firme e impaga de daños y perjuicios por una mala praxis al momento de su nacimiento que le provocó el 100% de incapacidad, declarando la inconstitucionalidad del régimen de privilegios.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó la sentencia de grado, en cuanto entendió que el régimen de privilegios establecidos en la ley 24.522 resulta compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y las restantes normas de orden constitucional. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Sala, teniendo en consideración la operatividad de los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales frente a la normativa concursal, especialmente los derechos del niño y de las personas con discapacidad a fin de que puedan gozar de una vida digna, declarando la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales (artículos 239, párr. 1º, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2º, de la ley 24.522).

#### **D) Mujeres**

Argentina cuenta con normativa de orden internacional y nacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, específicamente, los tratados ya enumerados que tutelan los derechos de las mujeres, tales como la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Con la ratificación de estos, Argentina asumió obligaciones internacionales, como la obligación de los magistrados y magistradas de juzgar con perspectiva de género y a capacitarse en la misma. La CEDAW dispone específicamente que los Estados asumen el compromiso internacional de adoptar políticas públicas que tiendan a eliminar la discriminación contra la mujer, garantizando, por medio de los tribunales, su protección efectiva, así también el compromiso de modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, en todas esferas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle

---

<sup>29</sup> CSJN, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito promovido por Ricardo A. Fava y Liliana R. Harreguy de Fava”, La Ley, cita online: AR/JUR/1632/2019.

el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (art. 2 y 3).

De igual manera, debido al reconocimiento que hace la CEDAW de la desigualdad entre hombres y mujeres, el art. 4.1 dispone que los Estados pueden tomar medidas especiales de carácter temporal que aceleren el logro de la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación. La Recomendación General nro. 19 de la CEDAW dispone que los Estados Partes deben velar por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad.

Menciona, además, que debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo. Por su parte, mediante la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los Estados Parte convinieron que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (art. 4) y “a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, concretamente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...) f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (art. 7).

La Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley 26.485), en especial, el art. 16 establece que los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, a la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado (pto. a); el derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva (pto. b); a ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente (pto. c); a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte (pto. d); a recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley (pto. e); a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones (pto. f); a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa (pto. g); a recibir un trato humanizado, evitando la revictimización (pto. h); a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos (pto. j).

Además, mediante la sanción de la ley 27.449 (BO 10/01/2019, en adelante “Ley Micaela”), se dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías (art. 1), resultando una falta grave el negarse a capacitarse en dicha temática, pasible de sanciones disciplinarias (art. 8).

Toda la normativa reseñada importa una verdadera política de Estado, lo que no puede ser desconocido por el poder judicial.

En los autos “Fundación Educar s/ concurso preventivo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, de fecha 15/12/2021 se trató un crédito reconocido en sede Civil con causa en hechos de violencia sexual respecto de una menor de edad contra un instituto educativo concursado que, pretendió aplicarle al crédito de la menor los efectos del acuerdo homologado para los acreedores quirografarios. La propuesta del acuerdo homologado consistió en el pago del 100 % de todos los créditos privilegiados y quirografarios en cuotas durante 5 años con un interés mensual del 2,03 %. Asimismo, se manifestó que la propuesta homologada se haría extensiva a todos los acreedores admisibles reconocidos mediante incidente de revisión para los créditos quirografarios eventuales o para los que soliciten verificación tardía.

Los padres de la menor se presentaron a iniciar la verificación del crédito pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales y solicitando que el crédito fuera reconocido como privilegio autónomo citando el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación” (R.A.F y L.R.H de F) del 26/03/2019.

En oportunidad de resolver, el juez de grado rechazó el planteo de inconstitucionalidad deducido con respecto a los arts. 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2 de la ley 24.522 y el consecuente pedido de que se otorgara al crédito de la menor el carácter de “privilegio autónomo”. En virtud de ello, el magistrado declaró verificado el crédito con carácter quirografario, limitando los intereses hasta el momento de la presentación del concurso por considerar que el crédito se encontraba sometido al acuerdo homologado en autos.

Para resolver, el magistrado se remitió a los fundamentos del fallo Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y Otros” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 06/11/2018 y destacó –de sus fundamentos– que el régimen contemplado en la ley 24.522, donde la asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto, no confiere privilegio alguno al crédito de la menor, resultando que la preferencia que se le otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo a las circunstancias subjetivas que en cada caso particular se puedan plantear.

La resolución fue recurrida por los progenitores de la menor quienes sostuvieron que la sentencia de grado no consideró que el crédito reconocido tuvo causa del abuso sexual que sufrió la niña, por lo que resulta de aplicación al caso los convenios internacionales que protegían a las mujeres víctimas de violencia de género. Adujeron que el art. 7 inc. g de la Convención de Belem Do Pará estipula que las víctimas de violencia de género tienen derecho a acceder a una indemnización justa y los Estados tienen el deber de garantizarla. Concluyeron que assimilar el crédito de la menor con un crédito comercial resulta contrario a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial propició la revocación de la sentencia de primera instancia por considerar que la sentencia recurrida era arbitraria por carecer de perspectiva de género, prescindir de una mirada integral, constitucional y convencional y colisionar con normas de orden público interno.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones revocó la sentencia recurrida y ordenó la reparación integral de la acreencia de la menor K. M. y declaró la inoponibilidad del acuerdo homologado respecto del crédito de la menor, siendo inaplicables los arts. 55 y 56 de la LCQ.

Adicionalmente, se ordenó el pago de los intereses posconcursoales dejándose sin efecto lo previsto en el art. 19 LCQ y se le dio la opción de cobro del crédito en moneda de curso legal o moneda extranjera.

Resultó acertado el análisis de los hechos y cuestiones previas efectuado por la Sala. Ello así, aplicando el doble estándar de protección internacional, consideró la situación de doble vulnerabilidad de la menor de edad sometida a violencia sexual, por su condición de niña y mujer, realizando un análisis que equilibra la desigualdad de la menor frente al resto de los acreedores concurrentes.

De esta forma, el fallo identificó (i) el sujeto vulnerable; (ii) la doble condición de vulnerabilidad (niña y mujer); (iii) la falta de consideración de los extremos mencionados en la resolución de primera instancia.

Además, los magistrados efectuaron una adecuada interpretación e integración normativa y consideraron que “el abordaje de cualquier conflicto jurídico no puede prescindir del análisis y eventual incidencia que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno del caso. O dicho de otro modo, la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los intereses en juego”.

De esta forma, aplicando perspectiva de género, analizaron las normas aplicables, apartándose del régimen de concursos y quiebras, armonizando normativa local e internacional a fin de crear una solución que contemple la especial situación de la menor. Advirtiendo que, de aplicar mecánicamente la ley concursal, se vulneraría integralmente la integridad del crédito.

Así, los magistrados sostuvieron que “Si se aceptara que el crédito de K.M. se redujera por efecto de normado en los arts. 19 y 55 LCQ quedaría totalmente desdibujada la especial, mayor, prioritaria y efectiva tutela diferida a las niñas víctimas de violencia de género que consagran los instrumentos internacionales y las leyes internas ya referido. Además de provocarse la revictimización de K.M., todo a expensas de un criterio interpretativo que no satisface ni conforma aquellos mandatos que deben primar en el análisis jurídico cuando involucra tópicos tan sensibles como la de la especie”.

Continuando con el análisis podemos agregar lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 3ª Nominación de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, en los autos L., A. L. s/ Pequeño concurso preventivo”, con fecha 24/02/2022.

Los hechos del caso suscitaron en el marco del concurso preventivo de una persona humana donde la excónyuge del concursado se presentó a verificar un crédito en dólares, cuyo origen fue el incumplimiento del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal, homologado en oportunidad del proceso judicial de divorcio.

En la resolución verifcatoria prevista en el art. 36 de la Ley de Concursos y Quiebras, la magistrada de grado declaró admisible el crédito insinuado con carácter quirografario.

Sin embargo, ponderó que el crédito correspondiente a la excónyuge del concursado del incumplimiento de la liquidación de la sociedad conyugal que motivó el concurso preventivo *“impone, incluso en materia concursal, la necesidad de juzgar con perspectiva de género los casos que son traídos a juzgamiento tratando de evitar situaciones que vislumbren como desiguales o*

*discriminatorias especialmente para las mujeres cuando pueden quedar al margen de los negocios en las empresas familiares”.*

Resaltó que “el camino hacia la igualdad real contiene múltiples barreras que deben ser visibilizadas en tanto esta desigual relación de poder, promueve la generación de conductas violentas, tales como la restricción al acceso y control de los recursos económicos, perjudicando a las mujeres principalmente ante una ruptura de pareja”.

Atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad y desigualdad en la que quedó inmersa la acreedora como consecuencia de la restricción al acceso y control de los recursos económicos, resolvió que, a los efectos del cómputo del pasivo y para la conformación de las mayorías necesarias para la aprobación del acuerdo de conformidad con el artículo 19 LCQ, aplicar al crédito en dólares de la excónyuge una conversión a moneda de curso legal con arreglo al tipo de cambio del mercado electrónico de pagos (MEP), de manera tal de garantizarle a la acreedora un poder de negociación justo y razonable.

Consideramos que el fallo en cuestión tuvo en cuenta como factor de análisis el contexto del caso y valoró los hechos descriptos con la perspectiva de género adecuada, atento a que se analizó la desigualdad estructural en la que se sometió a la mujer acreedora en atención a la ruptura del vínculo conyugal.

Por tanto, la decisión de la magistrada implicó considerar la especial situación de la acreedora, advirtiéndola como una persona vulnerable por su condición de género y como las mujeres – consecuencia de los estereotipos y sesgos asignados al género– quedan relegadas y al margen de los negocios de las empresas familiares.

De esta forma, el fallo identificó (i) el sujeto vulnerable; (ii) el contexto de desigualdad; (iii) los estereotipos sobre el rol de la mujer en su esfera económica.

En primer lugar, la referida sentencia dejó asentada una importante consideración al establecer que incluso en materia concursal se impone juzgar con perspectiva de género, “tratando de evitar situaciones que se vislumbren como desiguales o discriminatorias”. Continúa refiriendo que “lejos de una extralimitación por parte del Tribunal”, se impone como una obligación constitucional y convencional a fin de garantizar el acceso a la justicia y remediar, en cada caso concreto, situaciones de asimetría de poder.

De esta forma, aplicando la perspectiva de género como una categoría de análisis y de conformidad con lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar, reinterpreto la normativa aplicable y determinó que sus efectos, en apariencia neutral, resultaban diferentes cuando era de aplicación a la acreedora mujer, compensando la situación de vulnerabilidad por ser víctima de violencia económica.

## **E) Comunidades indígenas**

En primer término, cabe señalar el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley nro. 24.071, en abril de 1992, sobre los Pueblos Indígenas o Tribales en Países Independientes. En términos generales, el Convenio establece que “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de

igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (art. 2)” y que “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones del Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos (art. 3)”.

El convenio también alude a la exigencia de que los Pueblos Indígenas sean consultados en relación con los temas que los involucre (art. 6); considera los procedimientos legales y administrativos que puedan promoverse requiriéndose la asistencia de intérpretes, entre otras consideraciones.

Por su parte la propia Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, se refiere a los pueblos indígenas, en el inciso 17 del art. 75 donde se consagra el reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de Argentina, se garantiza el derecho a la identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, se reconoce la personería jurídica de las comunidades y la posesión y propiedad comunitaria indígena, como de las que tradicionalmente ocupan y de todas aquellas que resulten aptas necesarias para el desarrollo humano, también se establece que ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Se asegura la participación y la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que la afectan<sup>30</sup>.

En el marco de la causa “Banco Oddone S.A. s/ quiebra s/ incidente de venta por el BCRA de fracción de campo de la provincia de Salta”, expte. nro. 26962/2006/7, la Sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió con fecha 31/05/2016 dar intervención a las comunidades indígenas vinculadas con ciertos inmuebles a rematar y la suspensión del procedimiento de venta a las resultas de la determinación de las tierras de propiedad indígena, en el marco de una liquidación de una entidad bancaria.

Para decidir, los magistrados consideraron que “la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y la personería jurídica de sus comunidades, como así también la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y la obligación de regular otras aptas para el desarrollo humano (art. 75 inc. 17)”;

que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone específicamente que deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas y que, la ley 26.160, había declarado la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país.

## **F) Tutela de los acreedores laborales**

Especial atención merece la tutela de los acreedores laborales.

---

<sup>30</sup> HELIA ALTABE, Martha. Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas, en Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables, Ed. Contexto, año 2021, pág. 188.

En el marco del derecho del trabajo, se vislumbran principios específicos que regulan la relación de trabajo, esto es: el principio protectorio –de rango constitucional (art. 14 bis CN)–, el principio pro operario, el de la norma más favorable, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, el principio pro homine y el de progresividad.

Estos principios, además, se encuentran receptados en normas específicas de la ley de fondo, como, por ejemplo, los arts. 7, 9, 11, 12, 14, 23, 145, de la LCT, y en normas de carácter internacional tales como el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 2 del Protocolo de San Salvador, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la relación de trabajo reviste una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos puesto que la prestación del trabajador constituye una actividad inseparable e indivisible de su persona y, por lo tanto, de su dignidad como tal<sup>31</sup> y que, los trabajadores cuentan con una tutela especial, señalando que las cuestiones deben ser examinadas “a fin de procurarles la real satisfacción de los créditos adeudados que revisten carácter alimentario. Ello por cuanto no debe tomarse desde la misma perspectiva a un trabajador como a un acreedor financiero o a un acreedor comercial, aunque los dos integren la misma masa pasiva, dado el origen de cada crédito –en el primer caso, derivado del producto íntegro de su trabajo– y la disparidad de recursos con que cuentan unos y otros para seguir el proceso concursal hasta esta instancia. Por eso, resultaba imprescindible efectuar un análisis diferenciado, evaluando los respectivos intereses en juego, máxime cuando se trata de proteger la percepción de créditos laborales”<sup>32</sup>.

En el marco de los procesos concursales, la ley 26.485 produjo el cambio más profundo que sufrió la ley 24.522 desde su sanción, introduciendo nuevos principios concursales como ser la salvaguarda de la fuente de trabajo, la subsistencia de la empresa por la supervivencia de empleos que involucra y la preferencia de cobro de los créditos alimentarios.

Por su parte, el Convenio 173 OIT ratificado por ley 24.285 subraya la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y observa que, en dicho caso, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda (art. 5). El artículo 6 del referido convenio establece que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales por salarios correspondientes a un período determinado, por un plazo que la recomendación No. 180 (sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador) establece en su art. 3, en 12 meses.

De igual manera, el Convenio N° 95 OIT sobre la protección del salario en su art. 1 dispone que salario significa la remuneración o ganancia sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar, que el mismo se deberá pagar a intervalos regulares (art. 12.1.); y de forma concordante, dispone que “Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario” (art.6).

---

<sup>31</sup>CSJN, Fallos: 327: 3677; 327:3753 y 332:2043.

<sup>32</sup> CSJN, Fallos: 336:908.

Dicha normativa resulta plenamente operativa conforme lo reconoce la doctrina del Máximo Tribunal sentada en “Pinturerías y Revestimientos Aplicados S.A. s/ quiebra” Fallos 337:315, en donde se resolvió que la ratificación de un convenio genera para los Estados la obligación de hacer efectivas sus disposiciones y que las claras directivas contenidas en la norma respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador no son de carácter meramente programático, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad.

En consonancia con los mencionados lineamientos, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 12/11/2020, en el marco de los autos “3 Arroyos s/ Concurso Preventivo s/ incidente de pronto pago por Baigorria, Mauro” resolvió que se debe reconocer como gastos del concurso a los salarios devengados con posterioridad a la presentación concursal. Para así decidir consideró las directivas contenidas en el Convenio OIT 173 y concluyó que, en atención a que la insolvencia del empleador es un requisito objetivo tanto en el concurso preventivo como en la quiebra, no existe razón para negar la tutela protectoria consagrada para procedimientos concursales, ni generar distintos no especificados por la ley.

Como se puede apreciar la colisión de derechos en los procesos concursales ante la concurrencia de acreedores en condiciones de vulnerabilidad se debe interpretar de manera sistémica, como venimos afirmando, y considerando la vigencia del marco constitucional y convencional para alcanzar la razonabilidad y proporcionalidad exigida en nuestro ordenamiento jurídico.

### **3. El análisis de razonabilidad de la propuesta concordataria.**

Adentrándonos en la finalidad del presente trabajo, surgen nuevos interrogantes: ¿Cómo evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los acreedores vulnerables en el marco del concurso preventivo cuando la aplicación de la normativa de orden público establece la distribución de las pérdidas entre los acreedores como medio para superar la crisis del deudor? ¿Los derechos fundamentales vulnerados imponen limitaciones a la hora de aplicar las normas de la ley concursal a fin de renegociar colectivamente las deudas?

La homologación es la confirmación que da el órgano jurisdiccional a ciertos actos o convenciones para imprimirles carácter oficial. El concordato, que antes de la homologación no es más que un proyecto, se hace definitivo y obligatorio mediante ese acto y tal intervención de la justicia es necesaria como una garantía de la seriedad del acto y de los derechos de la minoría disidente y demás acreedores que no tomaron participación en el arreglo (cit. por Heredia, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, t. 2, ed. Abaco, julio 2000, Bs. As. p. 201). De este modo, en todos los casos y aun en ausencia de cuestionamiento, el juez se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva ínsito el ejercicio abusivo de un derecho o el fraude a la ley, situaciones estas frente a las cuales deberá denegar la homologación (art. 52 inc. 4° LCQ). Esta potestad jurisdiccional implica una actividad tutelar preventiva tendiente a disipar todo ejercicio antifuncional que configure abuso (el cual puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva

que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece e impone a sus acreedores) o la elusión a una norma imperativa del ordenamiento legal (fraude)”<sup>33</sup>.

El art. 52, inc. 4, L.C.Q. establece que “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. No se trata de una posibilidad que tiene el juez. La L.C.Q. no solo es clara, sino que es enfática. En ningún caso el juez podrá homologar un acuerdo abusivo o en fraude a la ley. La forma en que está redactada indica que no existen excepciones al régimen. No importa si el acuerdo es beneficioso para los acreedores o para el interés público; es indiferente si es más ventajoso incluso que una futura distribución en un proceso falencial o si el acuerdo fue homologado por un porcentaje de los acreedores superior al requerido legalmente<sup>34</sup>.

De lo precedentemente reseñado, se advierte una diferencia sustancial de lo que establecía la ley 4.156 en cuanto imponía en su artículo 25 que para el caso en que no hubiese oposición al concordato, o si se rechazaba, el juez a cargo del proceso debía homologarlo, y bastaba así la voluntad de los acreedores que no se oponían al acuerdo para confirmar el concordato. Dicha solución se vio modificada por la ley 11.719 al disponer en su artículo 40 que aun cuando los acreedores no hubiesen deducido oposición, el juez podía denegar la aprobación fundándose en las causales previstas en el art.38 (semejante a nuestro actual art. 50). Por su parte, la ley 19.551 disponía en su artículo 61 que la junta de acreedores podía realizar una valoración de la propuesta del acuerdo preventivo, existiendo así un doble control del concordato por parte del juez para su homologación.

Si bien puede advertirse que la ley 24.522 quitó al magistrado ciertas facultades en relación con la conducta del deudor, se advierte que, al establecerse enfáticamente la prohibición de homologación de una propuesta abusiva o en fraude a la ley, un deber de doble control se impone, esto es: el deber jurisdiccional de que la propuesta concordataria que se formule sea razonable y no fraudulenta.

Es que el acto abusivo es aquel que contraviene los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocer el derecho en cuestión, o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, Por lo que el análisis de la abusividad debería contener dos puntos fundamentales: la razonabilidad y el carácter restrictivo.

De lo expuesto, surge que se obliga al juez a realizar un juicio de ponderación para lograr establecer si la propuesta concordataria podría representar un ejercicio de un derecho contrario al espíritu y finalidad del instituto para el cual ha sido creado, como así también si el ejercicio del derecho excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sentado lo anterior y en torno a la racionalidad, corresponde señalar que, cuando entran en conflicto o en colisión derechos de sujetos vulnerables con los del deudor, se impone el revisar el contenido esencial de los mismos para averiguar si la propuesta sacrifica indebidamente uno de ellos en aras del otro.

Los derechos humanos surgen de la propia naturaleza y dignidad de la persona por lo que su fundamento y contenido se busca en la naturaleza del ser humano. De ello podemos inferir que la dignidad humana se convierte en el eje sobre el que se asientan las características propias y esenciales en oportunidad de garantizar el respeto de aquellos. Debido a esto, la mayor parte de los textos constitucionales en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento jurídico se parte de la

---

<sup>33</sup> CSJN, Fallos, 330:834.

<sup>34</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos. “Facultades del juez concursal”, 1° edición, Córdoba, Advocatus, 2004. Pág. 80/81.

premisa consagrada de que “Los derechos inviolables que son inherentes a la persona lo son en razón a su dignidad”, pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano u otra función social, es decir, los derechos humanos o derechos fundamentales son garantía de la dignidad humana. Su contenido debe ser delimitado considerando los preceptos constitucionales y convencionales mediante una interpretación sistemática armonizándolos con un sentido unificador de norma, finalidad de su protección y la realidad del caso analizado en un contexto social y temporal específico. Será el Juez quien realizará esta delimitación, pues dicha tarea es un elemento central de la interpretación y tutela judicial de los derechos fundamentales<sup>35</sup>.

Respecto a la interpretación constitucional, López Mesa<sup>36</sup> señala que los principios que presiden la interpretación constitucional son: a) Razonabilidad – refiriéndose a ello como el sentido común que prescribe la Constitución y que se traduce en la regla de la proporcionalidad entre medios y fines constitucionales, está expresado en la idea política dominante que impregna a la Constitución y en sus metas finales, que son la vigencia de la libertad y dignidad del hombre, b) Proporcionalidad – explica que ante el conflicto “entre derechos de similar categoría, no es posible aplicar una jerarquización de ellos, sino que debe coordinarse el ejercicio de estos, dando prioridad a alguno o recortándose ambos para permitir su ejercicio si fuera posible. Debe realizarse un ejercicio operativo de ponderación de valores en juego”.

Por su parte, explica Juan Cianciardo<sup>37</sup> que ambos principios se utilizan de forma indistinta y sus diferencias surgen más por su origen (el primero es anglosajón y el segundo se origina en el derecho europeo continental) que, por una cuestión conceptual, coincidiendo sus elementos sustancialmente. Plantea que, desde la perspectiva constitucional, la razonabilidad pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio sea adecuado al fin, y resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y respeto el contenido esencial de los derechos involucrados. El autor especifica que la máxima de razonabilidad o proporcionalidad establece que toda regulación de los derechos fundamentales debe ser razonable y para ello la norma debe respetar lo que él denomina tres subprincipios: la adecuación para el logro del fin que se busca; el subprincipio de necesidad que consiste en escoger el que es menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados y, finalmente, se refiere al tercer subprincipio, determinar si es razonable *stricto sensu* el cual consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanza.

De esta manera, podemos decir que una adecuada hermenéutica constitucional parte de la unidad de la Constitución con las normas de orden público dictadas, en otras palabras, unidad de derecho y, con dicha hermenéutica, necesariamente se debe llegar a una solución que maximice la potencialidad de todas las normas que consagran los derechos, teniendo especial consideración de las condiciones de vulnerabilidad que pueden subyacer de las vicisitudes del caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de

<sup>35</sup> MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, C. E. C., 1997

<sup>36</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La torre y el abismo. Las dos caras de la interpretación constitucional”, *Revista Argentina de Derecho Público* - Número 2 - 2018 - IJ-DXXXIV-432

<sup>37</sup> CIANCIARDO, Juan, “El Conflictivismo en los derechos fundamentales”, Eunsa, Pamplona, 2000, págs.287/288 – “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, *EL DERECHO*, 185-898. 2003, Id SAIJ: DACF030013.

compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”<sup>38</sup>.

En virtud de lo anterior, la plena vigencia y operatividad de la tutela del vulnerable acarrea la obligación de los magistrados de determinar cuál derecho en concreto es el realmente existente en el caso partiendo de una armonización del sistema normativo. De ello se sigue que la limitación de los derechos que surgiría a razón de la homologación de la propuesta concordataria necesariamente debe tener una relación razonable con el fin perseguido y que dicha limitación no provoque una vulneración a la dignidad humana.

En este punto cabe señalar el rol enunciado de la dignidad como herramienta para ampliar o restringir derechos. Al respecto consideramos que la dignidad tiene –en la materia que nos ocupa– un rol limitante de la autonomía de la voluntad cuando nos encontramos frente a la tutela de sujetos vulnerables.

La concepción de que la dignidad puede ser útil es un limitador de la autonomía en los casos en los que convergen intereses y afectan el contenido esencial de un derecho humano. La Declaración de Derechos Humanos del Hombre invoca la dignidad como la limitación de la libertad individual cuando afirma que “si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad” (preámbulo).

Asimismo, ello se encuentra subordinado a un análisis de las circunstancias concretas del caso y a las exigencias de los derechos invocados, sin que parezca posible resolver el litigio simplemente por la posición más elevada de uno de los bienes invocados o por ser este presuntamente absoluto. Esto no bastará para resolver a favor del bien considerado más importante o básico, sino que, a lo sumo, puede servir para dar *prima facie* una cierta preferencia o hasta una presunción a favor del derecho que lo tutela. Así, se podrán tomar en cuenta las diferentes índoles de las lesiones que se podrían causar adoptando una u otra decisión, especialmente en lo relativo a las medidas cautelares que corresponda adoptar<sup>39</sup>.

En este sentido, será clave para armonizar los derechos entre sí apelar al artículo 28 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El principio interpretativo de razonabilidad, de todos modos, emana de una norma operativa, por lo que resulta ineludible de aplicar por todos los órganos de poder en el Estado de Derecho, entendido este como Estado de razón. En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir, contrario a lo carente de sustento –o que deriva solo de la voluntad de quien produce el acto,

---

<sup>38</sup> Corte IDH, OC 16/99, 1/10/1999, “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, disponible en: <http://cdh.defensoria.org.ar/normativa/opinion-consultiva-oc-16-99-el-derecho-a-la-informacion-sobre-la-asistencia-consular/>.

<sup>39</sup> TOLLER, Fernando, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, dir. Julio Cesar Rivera (h), Ed. Abeledo Perrot, pág. 121.

aunque esa voluntad sea colectiva—, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente<sup>40</sup>.

Entra en juego aquí la función de interpretar el contenido elemental o central del derecho para así obtener, en definitiva, la finalidad y las consecuencias que trae aparejada su aplicación al caso concreto armonizándola con los fundamentos que tuvo el legislador a la hora de legislar, este caso la ley concursal. Por tanto, interpretar desde el contenido esencial es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrado.

Ahora bien, en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad de aquel, la que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “es del caso resaltar que el referido proceso, se asienta en principios de orden público que intentan proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en qué incurra el deudor, y a tal fin ordena el ejercicio de las pretensiones promovidas contra el mismo y su satisfacción, mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores de carácter colectivo y universal que atañe a la totalidad del patrimonio del deudor prenda común de todos los acreedores y garantía de satisfacción de sus créditos, lo que deberán insinuarse en condiciones igualitarias de reconocimiento ante el juez de la causa, y su pago ha de concretarse respetando la situación especial o particular según las disposiciones legales preestablecidas como lo que encuentra sustento en la norma básica del ordenamiento jurídico que protege el derecho de propiedad y de igualdad del conjunto de los involucrados”<sup>41</sup>.

Conforme se mencionó precedentemente en el marco del derecho concursal, en tanto proceso que convergen distintos intereses y donde el principio de autonomía de la voluntad cede el paso al sistema de mayorías, y en cuanto la conformidad efectuada por algunos acreedores afectará derechos de terceros (artículo 56 LCQ y artículo 1021 CCCN), corresponde que dicho precepto tenga como consecuencia un control exhaustivo por parte de la magistratura sobre la abusividad de la propuesta, teniendo en consideración las circunstancias disvaliosas que podrían acarrear a aquellos acreedores disidentes o ausentes.

En ese sentido, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha resuelto que: “la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley”<sup>42</sup>. Lo expuesto —y, en opinión personal— implicaría realizar también, frente a la tutela de acreedores vulnerables, un control de razonabilidad de la propuesta a fin de analizar si la aplicación de la propuesta concordaría implicaría una irrazonable limitación al derecho de propiedad y, en consecuencia, una limitación a la dignidad de la persona.

---

<sup>40</sup> GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I, Pág. 428.

<sup>41</sup> CSJN, Fallo 327:1002, “Florio y Compañía I.C.S.A.”. La Corte Suprema compartió los fundamentos expuestos por la Procuración General de la Nación.

<sup>42</sup> CSJN, Fallos: 330:834.

A tal fin, el Máximo Tribunal efectuó el análisis de razonabilidad en cuanto ponderó la limitación de los derechos constitucionales, especificando que debe tenerse en consideración las circunstancias del caso. En este sentido resolvió “No hay tampoco arbitrariedad en la sentencia apelada por haber ponderado elementos de juicio tales como el límite moralmente permitido, la presunta inadmisibilidad de la aceptación de los créditos contra el concursado para su descuento bancario o como objeto de garantías, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general. En tal sentido, se observa que sólo una comprensión disociada y fragmentaria de esos distintos elementos de juicio —tal como la que se hace en el recurso extraordinario— es la que permite a la apelante postular sus críticas, las cuales, por consiguiente, no sirven para descalificar un fallo que, por el contrario, realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial en la tarea de definir la existencia o no de un caso de abuso de derecho. Y es que, siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas”<sup>43</sup>.

Sentado ello, frente al conflicto de derechos, necesariamente se tiene que tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso y de los sujetos involucrados a fin de que el proceso no constituya un obstáculo del ejercicio de los derechos protegidos. Una de las herramientas para desentrañar la solución en el caso concreto debe ser el control de razonabilidad.

Obviamente, el referido sistema de razonabilidad se ha utilizado para dirimir relaciones existentes del conflicto de dos normas. Ahora bien, ¿qué ocurre si, en el marco de un proceso concursal, donde se presentan controversias y conflictos de derechos, entre ellos, de derechos que tutelan a la persona vulnerable, donde se podría afirmar que el conflicto no se da solo aparentemente entre los derechos —siendo esto abstracto y concreto— sino que, dicho conflicto se da entre los intereses individuales de los acreedores que, por verse inmersos en un proceso concursal prestan conformidad al acuerdo sin que sus derechos se encuentren correctamente tutelados o aquellos que sin haber prestado conformidad al acuerdo, deben sujetarse a lo que ha decidido la mayoría?

El análisis que se propone consistiría en convertir la propuesta concordataria que se pretende aplicar al sujeto vulnerable en una norma hipotética y ponerla a prueba del test de razonabilidad, contemplando como ejes fundamentales: la existencia y legitimidad del fin, la adecuación de lo ofrecido con la efectiva realización del pago, el efectivo cumplimiento en la necesidad de satisfacción real del crédito y proporcionalidad de los medios.

De esta forma, se propone transpolar las ideas sentadas en el principio de razonabilidad, entendido como la búsqueda de la legitimidad del fin; la relación adecuada entre el medio y el fin y la inexistencia de una alteración del derecho tal que genere una desigualdad estructural manifiesta.

### **3.1. Test de existencia, contenido de la finalidad y de relación adecuada entre el medio y el fin.**

---

<sup>43</sup> CSJN, Fallos: 330:834, considerando 9°.

¿El fin perseguido por el deudor es un fin legítimo de conformidad con las disposiciones de la ley 24.522 y las normas previstas en la Constitución Nacional?

Al realizar el referido juicio, no puede prescindirse de las situaciones jurídicas abusivas que podrían suscitar en el marco de las relaciones económicas y sociales que se dan en el marco de los procesos concursales que pueden encontrarse guiados por estrategias contrarias a la buena fe, las buenas costumbres o los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos o, en atención a la particular situación en la que se encuentra el sujeto al cual correspondería la aplicación – en el caso una propuesta concordataria – ej, un adulto mayor, un menor, una persona discapacitada, entre otros y que esto genere que las consecuencias de dicha aplicación vulnere la dignidad del sujeto. En las costumbres negociales que se utilizan actualmente, puede ocurrir que no se observe un uso disfuncional en cada uno de los derechos, pero ello aparece con claridad cuando se valora el contexto situacional que es creado para desnaturalizar o impedir el ejercicio de un derecho.

Significa que debe haber un control adecuado de la situación de cesación de pagos y que la real finalidad del concurso preventivo sea la de superar una crisis y no la de la utilización de las herramientas concursales para cumplir fines amparados por la norma –fines ilegítimos– (a saber: eludir el pago de condenas judiciales firmes, desligarse de obligaciones familiares, entre otras). Ante la utilización de preceptos que frustren o entren en conflicto con los propósitos de la norma y derechos fundamentales, el juez debe –en cualquier instancia del proceso– omitir su aplicación.

En el marco de esta primera pregunta, nos encontramos en el deber de nuevamente analizar la finalidad legítima que autoriza la limitación de los derechos de los acreedores que debe estar presente en cada acuerdo preventivo.

Cabe recordar que el estado de cesación de pagos es el presupuesto objetivo de los procesos concursales, definido doctrinariamente como “el grado de impotencia patrimonial que se exterioriza mediante determinados hechos reveladores que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ella y la causa que lo genere”<sup>44</sup>.

Si bien, dicho estado se tiene por acreditado a los fines del pedido de concursamiento con la confesión del propio deudor (art. 79 de la ley 24.522), dicho reconocimiento puede (y debe) ser revisado por el juez concursal, en tanto se podría estar permitiendo que un deudor que no esté en estado de cesación de pagos se presente en concurso con el solo fin de eludir el pago de las obligaciones contraídas, y de esa forma, someter injustificadamente a sus acreedores al procedimiento colectivo e impedir el ejercicio de acciones individuales.

En definitiva, en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el magistrado debe apreciar, en primer lugar, si la utilización de las herramientas concursales fue empleada a fin de lograr un objetivo que no responde a la reestructuración de sus pasivos.

Por ello, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento

---

<sup>44</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos., *Ley de Concursos y Quiebras*, 2011, 3ª ed. Abeledo Perrot, T° 1, pág. 41

jurídico y a los preceptos fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el ordenamiento normativo<sup>45</sup>.

### **3.2. Inexistencia de una alteración del derecho tal que genere una desigualdad estructural manifiesta.**

Si el que obra para obtener un fin –la reorganización del pasivo– lo instrumenta a través de una propuesta que resulta ineficaz para lograr una armonización acorde con los preceptos y fundamentos de la ley (distribución desigual de las pérdidas), la propuesta ofrecida no es razonable.

Esto se puede dar porque resulta evidentemente desproporcionada la propuesta con su capacidad de pago o porque la ineptitud de lo ofrecido es muy clara o manifiesta para satisfacer mínimamente el crédito a fin de que no genere una limitación irrazonable al derecho de propiedad, ej. el porcentaje de quita o el valor real del crédito a percibir.

En este punto es dable tener especial consideración en las quitas, esperas, intereses acordados y demás propuestas previstas en el acuerdo preventivo –aun cuando estas sean aprobadas por las mayorías necesarias previstas en el art. 45 LCQ–, es que, como se dijo anteriormente, cuando la pérdida es excesiva e irrazonable sólo para el acreedor – el propósito del concordato se incumple, resultando el abuso del derecho (artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación) un límite armonizador ante la nueva redacción del artículo 43 LCQ que eliminó los porcentajes máximos en la quita. En este sentido, aplicar una propuesta abusiva a los acreedores infringe el límite moralmente permitido por nuestro sistema legal, afectándose el derecho de propiedad de los acreedores concursales, lo que trae, además, mayores consecuencias si a quien se pretende imponer su aplicación, resulta un sujeto vulnerable.

En este orden de ideas, al tratarse de la tutela de acreedores vulnerables no se puede prescindir del análisis de las siguientes preguntas: ¿El derecho restringido está protegido por el derecho a la propiedad o por otros derechos constitucionales? ¿Cuál sería el valor real de la propuesta concordataria ofrecida por el deudor? ¿Es posible que la capacidad de pago del deudor sea superior a lo ofrecido? ¿Existe una relación proporcional entre lo ofrecido a otro grupo de acreedores no vulnerables? ¿Existe una adecuada relación entre los costos en la limitación del derecho y el fin perseguido que se tiende a proteger?

A modo ejemplificativo, corresponde traer a colación lo resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos “Celu Services s/ Concurso preventivo” con fecha 04/04/2023.

En los referidos actuados, los magistrados realizaron un análisis de la propuesta concordataria homologada para los acreedores laborales con privilegio especial y general o privilegio general con aquella homologada para los acreedores quirografarios.

En tal sentido, compararon los ofrecimientos y advirtieron que “la quita y el interés dirigido a los quirografos resulta mejor o más beneficioso en relación a los acreedores laborales, situación que no puede ser tolerada jurisdiccionalmente en función a la preferente tutela que ostentan los créditos de los trabajadores en contextos de insolvencia”.

Agregaron que “Tal confornte permite visualizar que la propuesta ofrecida a los privilegiados laborales contraría el orden público, desde que en este proceso universal queda objetivamente en

---

<sup>45</sup> CSJN, Fallos 319:1840

mejor posición la protección de los acreedores quirografarios que la de los acreedores privilegiados laborales. Ciertamente, no puede considerarse razonable la propuesta cuando es ostensible y objetivo el desequilibrio de tratamiento entre acreedores, constriñendo a los laborales a realizar un mayor sacrificio al admitir una quita mayor y un interés menor al ofrecido a los acreedores quirografarios” y que, la hipótesis que nulifica la propuesta por ser contraria al interés general queda configurada a juicio de los firmantes en tanto el sacrificio exigido a los acreedores privilegiados labores es superior al necesario para alcanzar la finalidad que se tutela. Todo lo que queda demostrado de forma inequívoca al haberse consignado en la misma propuesta un ofrecimiento superador para los quirógrafos, sin que medie explicación alguna que justifique tal diferenciación, en detrimento de los trabajadores o ex trabajadores. Lo hasta aquí expuesto determinará que la propuesta a los acreedores privilegiados laborales se juzgue inoponible a su respecto por ser contraria al interés general (art. 386 y 387, CCyCN)”.

De lo expuesto se advierte que, siendo los acreedores laborales sujetos de preferente tutela constitucional y, encontrándose sus créditos de carácter alimentario limitados de una forma irrazonable, la Sala ponderó que dicha limitación irracional no podía ser oponible.

Se aprecia, de esta forma, cómo la razonabilidad traspasa el sentido individual para enervar el sentido común que prescribe las normas constitucionales exigiendo a los jueces no solo la interpretación y aplicación de la ley, sino que les es exigido un plus, cual es la resolución del conflicto social planteado en los casos que se presentan<sup>46</sup>.

Sentado lo anterior y, a los efectos de analizar las consecuencias jurídicas que acarrearía la aplicación de la teoría de la razonabilidad a la propuesta concordataria frente a la tutela de los acreedores vulnerables, se considera prudente señalar que, en tanto el presente análisis resulta de aplicación ante la concurrencia de acreedores cuya tutela se encuentra reforzada por acarrear un esfuerzo desigual, la irrazonabilidad de la propuesta concordataria implica necesariamente la inoponibilidad del acto al sujeto que se pretende tutelar.

Es que la inoponibilidad resulta un supuesto de ineficacia que implica la privación de los efectos normales del acto jurídico válido y eficaz de sus efectos propios con relación a ciertos terceros a los cuales la ley dirige su protección, pudiendo –estos terceros– hacer como si el acto jurídico inoponible no existiese para ellos. En consecuencia, a fin de la preservación de créditos que requieran especial tutela frente a una propuesta que limitaría irrazonablemente sus derechos resulta de aplicación el instituto de inoponibilidad, dejando incólume la propuesta de acuerdo para el resto de las categorías no afectadas<sup>47</sup>.

#### 4. Conclusión:

El presente trabajo tuvo como fin evidenciar cómo los principios liminares del derecho concursal han evolucionado y cedido paso frente a la evolución de los derechos humanos fundamentales, elaborando una breve teoría cuyo propósito fue un disparador para remarcar la necesaria constitucionalización de la insolvencia, acarreado como conclusión final que la primacía de la igual

<sup>46</sup> GONZALEZ, Joaquín, *Corrupción y Justicia democrática*, Clamores, Madrid, 2000, p. 233.

<sup>47</sup> Véase así criterio sentado en autos “Fundación Educar s/conc. preventivo” Expte. COM N° 23177/2016, consid. 5.c. CNCom, Sala F: autos “Celu Service s/concurso preventivo”, CNCom, Sala F de fecha 04/04/2023; igual temperamento, CNCom. Sala C, 28/9/2009, “V.M.J. s/concurso preventivo”, cita: La Ley AR/JUR/41217/2009,

e inviolable dignidad de la persona humana y las consecuencias jurídicas fundamentales que de ella derivan no pueden ser dejadas de lado invocando el parecer mayoritario, ya que, cuando se encuentran involucrados derechos de personas vulnerables, debe tenerse especial consideración de que la vulnerabilidad entraña relaciones de dependencia que se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, que disminuya el déficit de autonomía que la vulnerabilidad conlleva, ya sea ejerciendo los derechos en nombre o a favor del vulnerable, cuando sea posible, asistiéndolo en el ejercicio de los mismos, o bien compensando de diversas formas la mencionada dificultad<sup>48</sup>.

En conclusión, tanto la Constitución Nacional como los instrumentos internacionales desempeñan un papel crucial en la resolución de conflictos que surgen en situaciones de insolvencia en aras a una solución del caso particular con la razonabilidad exigida en su interpretación y tutela efectiva de los sujetos vulnerables.

---

<sup>48</sup> ORTEGA VELAZQUEZ, Elisa, Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y las obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos”, 2017, p.15 y 16.

**MEJOR PREVENIR, QUE CURAR -EN OCASIÓN DE UN ANÁLISIS GLOBAL SOBRE MECANISMOS DE “ALERTA TEMPRANA” ANTE LA CRISIS EMPRESARIAL Y SU CORRELATO EN LA FLEXIBILIZACIÓN AL ACCESO CONCURSAL.**

**Manuel PELLEGRINI**

**Resumen:** Immanuel Kant señalaba que ninguna teoría predictiva del curso futuro de la historia, elaborada a partir del curso de los eventos históricos hasta la fecha, tiene validez por la simple razón de que no se puede elaborar conocimiento absolutamente cierto con base en la experiencia.

Siguiendo tal postulado, me encausé en el arduo pero emocionante trabajo de buscar mecanismos en la detección/reorganización temprana de la “crisis” empresarial a los fines de lograr el “elixir” (*léase, eficiencia*) del derecho concursal. Desde ya advierto al lector, sigo en la constante búsqueda.

**Palabras claves:** Insolvencia - Alerta temprana de la crisis empresarial - Flexibilización al acceso concursal - Principios en pos de prevención de crisis empresarial.

**Abstract:** Immanuel Kant pointed out that no predictive theory of the future course of history, developed from the course of historical events to date, is valid for the simple reason that absolutely certain knowledge cannot be developed based on experience.

Following such a postulate, I embarked on the arduous but exciting work of searching for mechanisms in the early detection/reorganization of the business “crisis” in order to achieve the “elixir” (read, efficiency) of bankruptcy law. I warn the reader from now on, I am still in constant search.

**Key words:** Bankruptcy - Early warning of business crisis - Flexibility in bankruptcy access - Principles to improve prevention in business crises.

## INTRODUCCIÓN

En la disertación inaugural de “Las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial” llevadas a cabo en el “Campus Pilar de la Universidad Austral” de la provincia de Buenos Aires, el Dr. Ariel A. Dasso nos ilustró sobre la finalidad de la Economía y el Derecho Comercial. En relación a la primera, esbozó que la misma es la eficiencia; siendo la del Derecho Comercial, otorgar seguridad jurídica al objetivo de la economía. Adhiero a lo mismo, entendiendo tales metas no contrapuestas sino siendo “dos caras de la misma moneda”. Una lleva a la otra. Sin seguridad jurídica no hay una economía eficiente, y sin eficiencia no hay seguridad jurídica.

Las conclusiones que emergen del análisis financiero de la insolvencia son claras; en la medida que los sistemas formales de insolvencia actúen en forma eficiente y rápida para resolver los problemas de la empresa y preservar el valor de sus activos, mayor será la confianza de los acreedores y, por lo tanto, el volumen y mejor costo del crédito.<sup>1</sup>

## LA “ONDA EXPANSIVA” DE LA CRISIS EMPRESARIAL

---

<sup>1</sup> VILLEGAS, M., “Una visión financiera del derecho de la insolvencia. La reestructuración de la deuda privada”, RLL, “Acuerdo preventivo extrajudicial”, 2004, pág.19.

El derecho de la insolvencia afecta a las partes y los intereses en todos los niveles de la sociedad, en casi todos los contextos y en una variedad de formas -algunas de ellas sutiles e indirectas-. En las sociedades económicamente avanzadas, en donde se da la explotación intensiva del crédito y de las inversiones de capital en formas cada vez más sofisticadas, la importancia de la insolvencia se ve correlativamente magnificada.

Cuando una empresa no puede cumplir sus obligaciones a medida que las mismas se van tornando exigibles, o no puede obtener dinero suficiente proveniente de la venta de activos para hacer frente a todas sus obligaciones, las asunciones relativas a su actividad, conducción societaria (*governance*) y propiedad cambian. Cuando una empresa en dificultades o insolvente no puede cumplir los acuerdos comerciales, la confianza del mercado cae. Tal situación debe ser resuelta a través de un procedimiento colectivo que asegure una solución pronta y el mayor recupero para los acreedores. Este procedimiento debe ser lo suficientemente flexible para proporcionar una variedad de opciones, incluidas la reorganización para las empresas viables y la liquidación para las no viables.<sup>2</sup>

Debe eliminarse (de una vez por todas) la imagen del concurso como cuestión que atañe únicamente a deudor y acreedores, puesto que el grave problema de la falencia de la empresa se proyecta también en la esfera económica de otros sujetos, afectando a los pequeños ahorristas titulares de acciones, a los dependientes que viven del trabajo de que ella brinda, al público que consume sus productos, y en fin, a las economías regionales y nacionales, que pueden verse privadas de una de sus más importantes fuentes de producción.<sup>3</sup>

Desde una perspectiva societaria, la obra de Reinier Kraakman "Anatomía del Derecho Societario", quien ha reunido a algunos de los más destacados exponentes internacionales del Derecho de Sociedades para presentar un análisis conjunto de los sistemas legales contemporáneos, es un notorio ejemplo del quebrantamiento al tradicional aislamiento de la doctrina jurídica norteamericana -muy ligado, por cierto, a su talante individualista-. En la perspectiva vislumbrada por tales autores, se desprende que todos los regímenes societarios avanzados propenden a un mismo objetivo, consistente en la satisfacción de los intereses generales de la comunidad. Estos se fomentan por medio del bienestar de accionistas, empleados, proveedores y clientes, sin sacrificio injustificado para ninguno de ellos y, en la medida de lo posible, con beneficios tangibles para terceros, incluyendo a las comunidades locales. Se trata de lo que los economistas han dado en llamar la búsqueda de la eficiencia social.<sup>4</sup> Por lo tanto, la empresa tiene un valor social.<sup>5</sup>

En el mundo contemporáneo no se puede distinguir lo económico de lo social, una vez que estos dos intereses se entrelazan y se tornan compatibles en la empresa, núcleo central de la producción

---

<sup>2</sup> Banco Mundial principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, "Rol de los sistemas de ejecución (principio 1)", 2001/04/01, N° Informe 48165.

<sup>3</sup> BARACAT, E. J., *Derecho procesal concursal*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2004, pág. 18. En igual sentido, ROUILLON A. A. N., *Reformas al régimen de los concursos*, pág.350, "Por fin (y tal vez sea esto lo más importante y característico), hay muchos terceros afectados por el fenómeno de la insolvencia. Esta tiene reflejos inmediatos en la economía general a tenor de la llamada "ley del encadenamiento del crédito". Asimismo, la vinculación de actividades en una misma cadena productiva determina la propagación de la insolvencia entre quienes desarrollan empresas con esa interdependencia funcional, aunque no constituyan agrupamientos en sentido jurídico".

<sup>4</sup> REYES VILLAMIZAR, F., "Derecho societario en Estados Unidos", Ed. Legis, Colombia, 3ed., ps. 11-12.

<sup>5</sup> RICHARD, E. H., "Sobre la Empresa", Ensayos de Derecho Empresario, Fespresa, 2006, vol. 1, p. 57.

y creación de riqueza, se debe procurar un beneficio tanto para el empresario, empleados y la propia sociedad.<sup>6</sup>

En sintonía con lo estipulado anteriormente, se ha entendido que aceptada la primacía de los accionistas tal como ha sido considerada a raíz de la doctrina tradicional, es dable apreciar que en los últimos tiempos se ha producido un cambio en la idea de que los intereses de la compañía se encuentran definidos necesaria, exclusiva y exhaustivamente a favor de los referidos. Dicho cambio se manifiesta en la consideración de los demás intereses que convergen en la corporación, como ser los de los empleados, los consumidores y los acreedores.<sup>7</sup>

Por todo lo expresado *ut supra*, emerge el concepto por el cual la problemática de la insolvencia de las empresas atine a “todos” los agentes económicos del mercado, es más, hasta ciertos acreedores involuntarios<sup>8</sup> de la misma que se encuentran inmersos dentro de la “onda expansiva” de la respectiva crisis empresarial.

### **¡EVITEMOS QUE ESTALLE! LAS ALTERNATIVAS POSIBLES, UNA VISIÓN GLOBAL ORGANISMOS INTERNACIONALES**

Los Principios y Directivas de los Organismos Internacionales sobre el tópico de cómo lograr la eficiencia en la insolvencia parecen tener un mismo fin, la flexibilización del acceso y detección temprana de la crisis empresarial.

El Banco Mundial determina que una legislación para ser comercial y económicamente efectiva debe establecer procedimientos de reorganización que permitan el fácil y rápido acceso al proceso. En este mismo sendero, esboza que los acuerdos y reestructuraciones empresariales deben apoyarse en un entorno propicio que aliente a los participantes a comprometerse en acuerdos consensuados diseñados para restablecer la viabilidad financiera de la empresa. Un entorno propicio incluye la legislación y los procedimientos que exijan la exposición o aseguren el acceso a información financiera oportuna, confiable y precisa sobre la empresa en dificultades; entre otras cuestiones<sup>9</sup>.

Caminando por similar sendero, la CNUDMI ha planteado que los Estados deberían establecer un régimen de insolvencia simplificado y, a esos efectos, instaurar procedimientos de insolvencia rápidos, sencillos, flexibles y de bajo costo (en adelante “procedimientos de insolvencia simplificados”); poner a disposición de las microempresas y pequeñas empresas (MYPE) procedimientos de insolvencia simplificados a los que estas puedan acceder con facilidad; fomentar un nuevo comienzo de las MYPE deudoras, habilitando la liquidación oportuna de las MYPE que no

---

<sup>6</sup> WALD A., “La empresa en el siglo XXI” en “Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Ed. LL, 2011, pág. 1878.

<sup>7</sup> DOBSON, J. I., *Interés societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 354. Cfr. A Grantham, The doctrinal basis of the Rights of Company shareholders, “The Cambridge Law Journal”, vol. 57, part 3, p. 567.

<sup>8</sup> BOQUIN, G. F. y FERNANDEZ ANDREANI, P. A., *Vulnerabilidad en el proceso comercial*, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre-Santiago-Asunción, 2023, pág. 174. Para mayor abundamiento sobre el presente tópico: RASPALL, M. *Acreedores involuntarios en Derecho Concursal de la empresa*, t.2, pág. 356 y ss. STEMPELS, “Los llamados acreedores involuntarios. Los acreedores “postergantes””, presentado en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. DASSO, “El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal”, presentado en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. MICELLI, “Las Nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios”, LLLit, 2011-30. Ob. Cit., REYES VILLAMIZAR, F., Cfr. A Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, en Yale Law Journal, 1991, vol.100.

<sup>9</sup> Ob. cit., Banco Mundial, líneas y principios 17 y 25.

sean viables y la reorganización de las que sí lo sean mediante procedimientos de insolvencia simplificados; garantizar la protección de las personas afectadas por los procedimientos de insolvencia simplificados, incluidos los acreedores, los empleados y otras partes interesadas a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia simplificado; resolver inquietudes relacionadas con el estigma que puede acarrear la insolvencia, y en los casos en que sea viable la reorganización, preservar el empleo y las inversiones.<sup>10</sup>

En el mismo orden de ideas, la Unión Europea tiene por objetivo que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar con su actividad y se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración. A tal fin establece lo que se ha denominado como “Herramientas de Alerta Temprana”; el artículo 3 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de velar por que el deudor tenga acceso a herramientas de alerta temprana que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente. El texto no incluye el concepto de herramienta de alerta temprana, pero sí que incluye a modo de ejemplo: mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos; servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; 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, entre otros.<sup>11</sup> La misma enumeración es meramente enunciativa.

### ***Derecho comparado***

Diversas jurisdicciones basan sus esfuerzos en implementar mecanismos de alerta temprana de la crisis empresarial debido al impacto que estas herramientas pueden tener en la probabilidad de revertir o mitigar los efectos de la crisis; al unísono amplían el presupuesto objetivo concursal para hacer posible el acceso temprano a procesos reorganizativos.

### ***Flexibilización del acceso a la solución preventiva***

En cuanto a la flexibilización del presupuesto objetivo, quizás uno de los países más avanzados es España. La legislación de insolvencia española<sup>12</sup> introduce un nuevo modelo de pre-concurso en el que los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente. El propio Preámbulo de la Ley 16/2022 los considera un instrumento pre-concursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla. Tal instituto tiene legislado para la apertura del procedimiento el estado de insolvencia probable -probabilidad de insolvencia- que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del pre-concurso.

No obstante, la opción legislativa se ha conformado con incorporar el estado de insolvencia probable -probabilidad de insolvencia- que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del pre-concurso; el mismo podría haberse configurado como una

---

<sup>10</sup> Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Quinta parte: Régimen de la insolvencia para microempresas y pequeñas empresas, Directiva 271.

<sup>11</sup> 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, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), DOUE-L-2019-81090.

<sup>12</sup> Texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo -profundamente reformado por la Ley 16/2022 del 5 de septiembre para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)-, BOE-A-2022-14580.

alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual. En el devenir legislativo para aproximarse a la consecución de este objetivo, la reestructuración (temprana) venía ya considerándose idónea. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se proclama la necesidad de facilitar información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras.<sup>13</sup>

La nación francesa incorporó la ley 585 del 26 de julio de 2005 vigente desde el 1° de enero de 2006 conocida como “ley de Salvaguarda de las Empresas en Dificultades”. La legislación francesa incorporada al Código de Comercio en el Libro VI de las “Dificultades de las empresas” comienza con el Título I referido a “la prevención y el arreglo amistoso de las dificultades de las empresas”, el que en su capítulo I trata de estas dificultades, del “mandato *ad-hoc*” y del procedimiento de conciliación. Los deudores tienen la posibilidad de ingresar a estos dos procedimientos “*out of court*”, en caso de anticipar dificultades económicas, legales y financieras; no estando aun en un “*cash flow insolvent*”<sup>14</sup>

En el título II “De la Salvaguarda” que instituye este procedimiento abierto a instancia de un deudor en el Título I, que “sin estar en insolvencia”, justifiquen dificultades que no están en condiciones de superar. Este procedimiento dará lugar a un plan aprobado por resolución judicial tras un periodo de observación. Este procedimiento de “*sauvegarde*” está referido a deudores en “dificultades que no puedan superar y que puedan llevar al estado de insolvencia”, sin cargar al deudor con la prueba de esta situación por reforma de la Ordenanza 1345 del 18 de diciembre de 2008.<sup>15</sup>

Es interesante tener en cuenta que, en los Estados Unidos, cuando el trámite se inicia a solicitud del deudor (“*voluntary petition*”), no existe obligación legal de acreditar una situación de insolvencia o iliquidez. Esta característica evita la discusión sobre los denominados presupuestos objetivos del concurso. Basta la voluntad del sujeto para que la Corte pueda asumir su conocimiento.<sup>16</sup>

En la misma directriz se encuentran países como Italia que han adoptado el concepto de “crisis” en el concordato preventivo, han introducido un presupuesto amplio con tintes matizados diversamente interpretable; se trata del estado de crisis. En efecto, al margen de otros desarrollos, ha parecido necesario tener a disposición un requisito objetivo, fluido para permitir el acceso oportuno a instrumentos preventivos.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> CAMPUZANO, A. B., “Las reestructuraciones en la ley concursal española tras la incorporación de la directiva 2019/1023: su impacto sobre los administradores societarios”, *Deonomi*, año VI, n° 18, ps. 1-15.

<sup>14</sup> GOLSHANI, S. – HOJABR, A., “*Insolvency Law, Policy and Procedure*”, [https://www.lexology.com/firms/white-and-case-llp/saam\\_golshani](https://www.lexology.com/firms/white-and-case-llp/saam_golshani), 2023, pág. 3. Para mayor información sobre la trasposición de la Directiva 19/1023 UE en la legislación francesa, ver el referido documento.

<sup>15</sup> BARO, A. G., *El INREC en el devenir pretérito y actual del derecho concursal comparado*, Ed. Inca, Mendoza, 2015, ps. 344-352

<sup>16</sup> Ob. Cit., REYES VILLAMIZAR, F., ps. 305-306.

<sup>17</sup> PACCHI, S., “*Empresa y crisis: eficiencia de los mecanismos de resolución de la crisis desde la experiencia del derecho italiano*”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 2, ps. 371-393, 2017.

Distando de lo expresado *ut supra*, existen países como Argentina que tienen un deber con respecto a la flexibilización del presupuesto objetivo<sup>18</sup>; las legislaciones y directivas de los países más desarrollados en el aspecto de la insolvencia tienden a un amplio ámbito de ingreso al procedimiento preventivo, lo que acarrea la necesidad de “expandir” el espectro del presupuesto objetivo. La problemática es actual pero no nueva.

Con la antigua ley concursal autores como Tonón ya marcaban este déficit<sup>19</sup>; en las jornadas vinculadas al tratamiento del proyecto de ley -24.522 (a continuación, LCQ) vigente actualmente- de concursos y quiebras que contaba con sanción del Honorable Senado, autores de fundada trayectoria como Rouillon<sup>20</sup> y Maffia<sup>21</sup> se enrolaban en idéntica crítica; al igual que Kleidermacher<sup>22</sup>, Pereyra<sup>23</sup>, Marcotullio<sup>24</sup>, entre otros en las IV Jornadas Iberoamericanas sobre la insolvencia y así, innumerables autores.

Con cierta honestidad intelectual, es oportuno esbozar que doctrinarios como Rivera, Roitman y Vítolo quienes participaron en la creación de la actual legislación concursal, algunos como el primero de ellos con mayor incidencia, esbozan que a pesar de “haber” sido criticado por parte de la doctrina el mantenimiento del requisito objetivo en el texto de la ley 24.522, la ley ha preferido reservar, para estos casos, la solución realmente preventiva en sentido estricto, cual es el acuerdo preventivo extrajudicial previsto por los artículos 69 a 76 del cuerpo legal. Finalmente, como el acuerdo preventivo extrajudicial homologado judicialmente cuenta con plena eficacia, aun en caso de quiebra posterior del deudor, es a través de este elemento, más flexible todavía que el acuerdo preventivo judicial, que la preservación y prevención de la crisis de la empresa encuentra su posibilidad cierta de saneamiento<sup>25</sup>.

Al entender de Raspall<sup>26</sup>, la reforma introducida por la ley 25.589 al instituto del APE; fue con la intención de salvaguardar grandes empresas endeudadas en dólares, que empezaron a tener, casi únicamente, ingresos en pesos -a raíz de la gran crisis económica sufrida por el país en los años 2001/2-; la cual, les permitió reestructurar sus pasivos. Posteriormente, sin poder desprenderse de su origen, ha sido usado escasamente por empresas de gran o mediano tamaño.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en Argentina las MiPyMES representan el 99,4% del total de empresas del país y emplean al 64% de los asalariados registrados. (Hay sólo unas 1.200

---

<sup>18</sup> En Argentina se adopta la teoría amplia del “estado de cesación de pagos”. El italiano Bonelli es considerado el padre de esta teoría: “la cesación de pagos no es un hecho (el incumplimiento) -como la expresión literal sugeriría- sino un estado de todo el patrimonio (el estado de insolvencia)”. Este estado se concibe cuando el mismo es impotente para afrontar, de manera regular (con medios regulares de pago), las obligaciones inmediatamente exigibles. La salvedad final del párr. 1° del artículo 1° de la LCQ refiere a casos en los cuales puede existir concurso sin estado de cesación de pagos del patrimonio del sujeto concursado. Se menciona expresamente el concurso en caso de agrupamiento y al acuerdo preventivo extrajudicial. No son ellos, sin embargo, los únicos casos excepcionales de concurso sin insolvencia. A los mencionados, se puede agregar la quiebra declarada con apoyo en sentencia concursal extranjera (artículo 4°, LCQ), y la quiebra por extensión (artículos 160 y 161, LCQ). Para más información, consultar ob. cit., ROUILLON, A. A. N., *Régimen de concursos y quiebras*.

<sup>19</sup> TONON, A., *Derecho Concursal*, Ed. Depalma, 1992, Buenos Aires, Tomo I, pág. 20.

<sup>20</sup> ROUILLON, A. A. N., *Antecedentes parlamentarios*, Ed. La Ley, “Información complementaria”, 1995, n°7, pág. 431.

<sup>21</sup> Ob. cit. MAFFIA, O. J., pág. 432.

<sup>22</sup> KLEIDERMACHER, A., “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal. IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, 2006, Rosario, Tomo II, pág., 180

<sup>23</sup> Ob. cit. PEREYRA, A. S., pág. 276.

<sup>24</sup> Ob. cit. MARCOTULLIO, M. E., pág. 228.

<sup>25</sup> RIVERA, J. C. – ROITMAN, H. – VITOLO, D. R., *Ley de concursos y quiebras*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 4ta. Ed., 2009, Buenos Aires, Tomo I, pág.126.

<sup>26</sup> RASPALL, M. A., “Derecho Preconcursal de la Empresa”, LL, 2024, Buenos Aires, ps. 1-7, TR LALEY AR/DOC/1371/2024

compañías con más de 500 empleados, de las cuales sólo 101 cuentan con más de 5.000 trabajadores)<sup>27</sup>. En correlación con lo mencionado, las micro, pequeñas y medianas empresas son reacias a optar por este instituto.

Cierta doctrina, con buen tino, se ha preguntado -preocupado- por el tiempo verbal del artículo 69 de la LCQ “El deudor que se **encontrare...**”: su conjugación se encuentra en tiempo presente. No obstante, a raíz de una interpretación socio-económica, fáctica, hermenéutica -como el maestro Junyent Bas siempre pregona<sup>28</sup>- del instituto en cuestión, debe entenderse que abarca la situación de insolvencia y su inminencia. La ley 19.551, reformada por la 22.917, en su artículo 125-1 expresaba, en lo que aquí interesa, la frase “...**tendientes a superar**”<sup>29</sup>; no dejando dudas que abarcaba la insolvencia actual e inminente. La falta de claridad normativa trae aparejada inseguridad jurídica; la cual desencadena consecuencias negativas a la economía.

¿El mayor problema? Lo *ut supra* estipulado, no es el mayor de los males; durante la tramitación de un acuerdo preventivo extrajudicial; el deudor no tiene blindaje alguno. Se debe entender por blindaje lo que el artículo 72 LCQ, luego de la reforma de la ley 25.589, asigna a la presentación del acuerdo extra-judicial procurando su homologación; el efecto automático de suspensión respecto de todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, lamentablemente con las exclusiones del artículo 21 LCQ. Ese chaleco anti-balas (léase, resguardo del patrimonio) será cuestión del ingenio del deudor; una opción será optar por crear un fideicomiso de garantía, entre otras herramientas jurídicas que le puede otorgar el derecho común. Ahora bien, el derecho de crisis llega tarde; como siempre.

Le pido disculpas al lector por el pesimismo. No obstante, me arrepiento de lo mencionado en el párrafo que nos antecede; ¿el mayor problema? Lo que podría ocurrir en caso de no presentarlo a homologar o presentado, no obteniendo la misma. Esta situación acarrea una inseguridad enorme tanto para los acreedores como para el deudor a causa de la segura descalificación de los acuerdos celebrados en caso de decretarse una futura quiebra. La ineficacia de dichos actos es muy probable. Con el artículo 125-1 (*supra* citado) cuando el arreglo de los acreedores estaba desprovisto de la aprobación del juez, el principio era el de su oponibilidad frente a una posible quiebra posterior. Para su descalificación había que actuar cautelosamente en base a un análisis de hechos y circunstancias.

Es cierto, cuando se creó la ley 19.551 y la ley 24.522; no existía. Es más, cuando se dio la reforma de ley 25.589, tenía apenas 4/5 años; no obstante, se me generan ciertas dudas que en la actualidad, Argentina tenga un instituto demasiado superior al consagrado en 1982. Entiendo que dista de ser oportuno necesitar una interpretación hermenéutica (para no mencionar forzada) o, asimismo, retroceder en la oponibilidad de esos acuerdos privados extra-judiciales que no llegan a

---

<sup>27</sup> “Impacto económico y social de las MiPyMES en Argentina, Abril 2024”, Comisión de economía regionales, social, micro, pequeña y mediana Empresa, ps. 1-17. Para mayor información: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/las-pymes-argentinas-generaron-140000-puestos-de-trabajo-en-el-primer-trimestre>

<sup>28</sup> JUNYENT BAS, F., “Jornadas Preparatorias del XII Congreso Argentino Derecho Concursal y X Iberoamericano de la Insolvencia”, 12 de Junio de 2024, UCA/UNR/EDG.

<sup>29</sup> Ley 19.551, ref. 22.917; artículo 125 – 1: “Los acuerdos preconcursales celebrados con todos o parte de los acreedores, tendientes a superar dificultades económicas o financieras del deudor de carácter general o su cesación de pagos, son ineficaces respecto de la masa solamente cuando, de los estudios realizados al momento de celebrarlos o de otros elementos objetivos conocidos por los acreedores, fuere indubitable que mediante ellos a las medidas previstas como presupuestos para su concreción, resultare imposible conseguir la superación de las dificultades o del estado de cesación de pagos.- Aun no dándose los supuestos previstos en el párrafo anterior las prendas, hipotecas o cualquier otra preferencia constituida en virtud de estos acuerdos son inoponibles, en la quiebra posterior, en la medida del interés de los acreedores de causa o título anterior a su constitución o registración, en caso de ser esta última necesaria”.

homologación; en caso de que se determine que existió fraude en alguno de esos actos, se debe caer en la ineficacia, pero retirarle toda protección ulterior; máxime al no brindarle ciertas medidas de protección en su patrimonio como consecuencia del comienzo de las negociaciones; lo considero un retroceso en el presente instituto concursal. A *contrario sensu*, es evidente que la ampliación subjetiva que trajo consigo la reforma de la ley 25.589, es un gran avance. Algunos dirán, una de cal; otra de arena. Yo lo denomino un instituto cangrejo.

En conclusión, es una verdad de Perogrullo que este instituto concursal no tiene gran aceptación en los operadores del derecho concursal argentino, ciertos autores lo han llamado “concursos preventivos abreviados” ya que de extra-judicial, no tienen casi nada.

### ***Mecanismos de alerta temprana de la crisis empresarial***

Los españoles han incorporado algunos mecanismos de alerta temprana que permiten al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia. Constituye ejemplo de lo referido, la herramienta de autodiagnóstico de salud empresarial que permite a los empresarios una evaluación de su negocio, su liquidez, análisis financiero y, así, prevenir posibles dificultades que puedan surgir. Tras la realización del cuestionario, se ofrece un escenario con un informe de estado que comprende una serie de recomendaciones.<sup>30</sup>

En Colombia, la Superintendencia de Sociedades tiene un modelo automático de alerta temprana que permite establecer la situación financiera, contable y administrativa de sociedades y sectores que presenten alerta de riesgo de insolvencia, de acuerdo con los criterios y condiciones señalados por la política de supervisión, a fin de propiciar en el empresario el diseño de correctivos; facilitar el ingreso a soluciones que brinda el régimen de insolvencia, o la adopción de cualquier otra medida en el ámbito de las competencias de la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior, a fin de salvaguardar el valor de las empresas y la confianza en los grupos de interés.

Para el cumplimiento del objetivo del Grupo, las sociedades o sectores de la economía son seleccionados, en atención a la presencia de señales de materialización del riesgo antes mencionado, los cuales son observados en la información financiera remitida por las sociedades a la Superintendencia a final de cada ejercicio o a través de fuentes de información abiertas como medios de comunicación. El Grupo elabora diagnósticos de la situación financiera de las sociedades asignadas, practica tomas de información y formula recomendaciones y alternativas de seguimiento.<sup>31</sup>

Es dable mencionar que académicos de funda importancia, nos ilustran que la normativa societaria argentina ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. La constatación de la pérdida del capital social constituye causal de disolución; impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, al constatarse en el balance esa situación, o antes. Generando la responsabilidad de los administradores -y, quizá de socios- continuar el giro y no poder luego afrontar el pasivo.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Para mayor información, se puede visitar la página web: <https://plataformapyme.es/es-es/herramientas-digitales/Paginas/autodiagnostico-salud-empresarial.aspx>.

<sup>31</sup> Para mayor abundamiento, es posible visualizar información en CW Grupo de Análisis y Seguimiento Financiero, <https://www.supersociedades.gov.co/>.

<sup>32</sup> RICHARD, E. H., “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial”, ACADERC, ps. 10-14; Para más información sobre este tópico, consultar: OLIVERA MATO, J. M., “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales”, Ed. Ad Hoc, 2010, Buenos Aires, pág. 31.; FUSHIMI, J. F. – RICHARD, E. H., “El balance anual de las sociedades. Constataciones y efectos”; RICHARD, E. H., “La función de garantía

Como nos enseña la Dra. Valencia García, el sistema danés *-early warning Denmark-* cuenta con un sistema de monitorización que utiliza herramientas de *“machine learning”* y *“big data”* que tratan de identificar señales de *distress* que puedan ser detectadas en las cuentas anuales de las sociedades mercantiles.<sup>33</sup> Por cierto, con gran éxito.

No todo lo que brilla es oro; claro está que la incorporación de nuevas tecnologías en pos de mecanismos de alerta temprana de la crisis es una cuestión de avanzada y fructífera. No obstante, es una herramienta; y, como tal, dependiendo de su utilización, tiene como consecuencia un desenlace positivo o todo lo contrario. A raíz del *“boom”* de las criptomonedas en el siglo XXI se está comprobando lo mismo; los usuarios tienen grandes ventajas en materia de libertad, privacidad, tiempos y costos en las transacciones locales y transfronterizas. Sin embargo, el anonimato de las titularidades y el secreto de las claves pueden impedir el funcionamiento de las reglas del derecho patrimonial que protegen a los acreedores, cónyuges y herederos, frente a los incumplimientos, insolvencia u ocultamientos del deudor, implicando la ineficacia de las operaciones donde se enajenan bienes *“tangibles”* y se reciben como contraprestación criptomonedas.<sup>34</sup> Con la misma tésis, podemos pensar que ciertas tecnologías al examinar los datos provenientes de una empresa pueden brindarnos de forma correcta y detalladamente el panorama de su estado patrimonial. No obstante, en economías emergentes donde quizás las empresas tienen gran parte de sus activos en un mercado paralelo o informal; la misma tecnología puede darnos un resultado erróneo o incompleto del verdadero patrimonio de la empresa. No todo está perdido; se invita al lector que analice el colofón del presente trabajo, en donde se establecieron las circunstancias que se deben llevar a cabo para una correcta aplicación de las herramientas y demás mecanismos esbozados a lo largo del mismo, en los diferentes países.

### ***¿La empresa, el lobo de la empresa? Hacia un derecho de alerta...***

Los integrantes de las empresas facultados para tomar decisiones son reacios a adoptar tempestivamente soluciones preventivas frente a señales de alarma. Sus causas son diversas. En algún supuesto responde a un ánimo de ocultamiento en razón del estigma que genera el estado de concursado/fallido; las consecuencias negativas que lo mismo acarrea en su imagen pública repercutiendo de inmediato en su giro comercial, la difícil obtención de crédito post-concursal, entre otras cuestiones. Mas existe un gran porcentaje de reticencia a aceptar el estado financiero-económico deficitario de la empresa atendiendo razones de diversa índole que van desde *“ego empresarial”* hasta falta de idoneidad.

La economía conductual pone de manifiesto que las personas se encuentran sujetas a una serie de limitaciones y sesgos en los que a veces toman decisiones basadas en emociones, intuiciones o experiencias pasadas, y no basándose en un análisis objetivo de los costes y consecuencias positivas de sus decisiones.<sup>35</sup>

Siendo dable considerar que en esas situaciones es donde se realizan las peores gestiones empresariales. Son ejemplos de las mismas, la toma de créditos usurarios, inversiones de *“alto*

---

*del capital social frente a la agenda concursal -estudio comparativo-* en libro homenaje al profesor Emilio Beltrán, IBDC, 2014, Colombia, pág. 279

<sup>33</sup> Para ver el documento completo, ingresar a: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/reestructuraciones-e-insolvencias/art/directiva-1023-2019-los-mecanismos-de-alerta-temprana>.

<sup>34</sup> Para un abordaje más profundo del tema en cuestión, analizar: FAVIER DUBOIS, E. M., *“Criptomonedas, patrimonio y derechos de los acreedores”*, publicado en <https://favierduboissspagnolo.com>, 2021.

<sup>35</sup> KAHNEMAN, D., *“Thinking: Fast and Slow (Straus and Giroux Farrar, 2011)”*.

riesgo”, ventas irrisorias o a precio vil, entre otros accionares que perjudican a los acreedores y a cualquier tercero con interés legítimo.

Tal preocupación dista de ser solamente propia, han sido varios los autores que se han expedido sobre tal situación como es el caso de Gebhardt al cual no le es indiferente la resistencia del empresario a desnudar su crisis cercana causada por diferentes motivos tales como la ruptura de la igualdad, la desaparición de activos, y a los mayores y más onerosos endeudamientos.<sup>36</sup>

En términos de Von Ihering, el bien jurídico protegido por el interés social no será entonces el interés de los accionistas solamente.<sup>37</sup> En su gran mayoría, la doctrina y la jurisprudencia internacional coinciden en tal tesitura; han entendido que el interés de los trabajadores, acreedores y el interés general de la comunidad deben ser también “debidamente atendidos” por los administradores en situaciones de insolvencia de la sociedad.<sup>38</sup>

En conclusión, en el andamiaje de una sociedad *in bonis* los accionistas son los acreedores residuales de la gestión de los administradores. Los mismos deberán velar por la maximización del interés de los referidos -siempre teniendo en cuenta que se debe diferenciar el interés de los socios-personas con el interés social-. No obstante, cuando la compañía se encuentra *in malis* o cercana a una situación de insolvencia, estos acreedores residuales se modifican; tomando su lugar los acreedores sociales.

Siguiendo con el tinte “filosófico” del presente apartado que se aleja un poco del derecho -quizás no demasiado- entiendo oportuno mencionar las palabras de Hobbes, el cual se refiere que “el derecho de naturaleza, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera. En cambio, la ley de naturaleza –*lex naturalis*- es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada.”.<sup>39</sup>

Considerando lo *ut supra* establecido, entiendo que no es conveniente soportar el detrimento de la empresa como consecuencia del erróneo accionar de algunos de sus integrantes; más aun cuando el principio en auge del derecho concursal es la conservación de la misma, comprendiendo que su crisis afecta a diversos agentes económicos, tal como se exployó en el punto II del presente. Brego por la *lex naturalis*.

#### ***Decantación en un derecho de alerta***

Todo lo referido anteriormente no hace más que convencernos sobre los beneficios que trae aparejado un derecho de alerta, lo cual tiene la finalidad de culminar con la paradoja en la que se encuentran los trabajadores, pequeños accionistas y los acreedores, que privados de todo poder de intervención, son, sin embargo, las principales víctimas de los errores de gestión. El estipulado mecanismo se aconseja realizar sin publicidad de terceros y que se

<sup>36</sup> Ob. cit., GEBHARDT, M., pág. 115.

<sup>37</sup> BOITEUX, “*A função social da empresa e o novo Código Civil*”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financiero, n° 125, pág.50, donde hace referencia a Owen Young, director ejecutivo de la General Electric Company, quien en 1929 señalara: “Hay tres grupos de personas con un interés en la institución. Un grupo de 50.000 que ha puesto su capital en la compañía, esto es, los accionistas. Otro, un grupo de alrededor 100.000 personas que están colocando su fuerza de trabajo y sus vidas en el negocio de la compañía. El tercer grupo es el de los consumidores y el público en general”, citado por: Ob. cit., DOBSON, J. I., pág. 202.

<sup>38</sup> EASTERBROOK, F. H., “*Is Corporate Bankruptcy Efficient?*”, 27 Journal of Financial Economics 411, 416, 1990. En igual sentido, CNCom, Sala A, 11/5/04, revista de las Sociedades y concursos, n° 29, pág. 244, entre otros.

<sup>39</sup> Hobbes T., *Leviatan*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, Cap. XIV, pág. 139.

dispongan las respectivas responsabilidades; en caso de que se descubra un ejercicio abusivo de tal instrumento.

Tal como nos enseña Heredia, la ley francesa 148 del 1/3/84 estableció un procedimiento, de carácter no jurisdiccional, en el que asume un papel fundamental la autonomía privada de las partes, que se desarrolla en tres distintos institutos de naturaleza preventiva. Tales institutos son: *L'information prévisionnelle*; *l'alerte*, y *el reglement amiable*.

El primer instituto establece, ante todo, un sistema por el cual ciertas empresas, con carácter obligatorio, y otras de modo facultativo, han de asegurar mediante distintos elementos un cierto conocimiento de la situación económica financiera por la que atraviesan, con el objeto de que ello sirva para detectar tempranamente las dificultades que prefiguran una posible insolvencia futura. Lo que en definitiva se persigue con el presente instituto es una multiplicación de las fuentes de información y de sus destinatarios, en cuanto referida tal información a la situación económica de la empresa, lo que se estima posibilitará la adopción de las medidas necesarias para afrontar con antelación las dificultades que pudieran existir. Lo mismo se establece -según algunos autores- para exigir responsabilidades de los órganos de administración de sociedades o entidades, incentivando la adopción voluntaria y con prontitud de las medidas necesarias para afrontar una eventual crisis y evitar su agrandamiento.

El procedimiento de alerta ("*l'alerte*"), supone la existencia de dificultades de índole económica, la cual en general resultará de los hechos reveladores de la *information prévisionnelle*. Se distinguen dos tipos de alertas: la interna y la externa, según que el sujeto en quien recae la carga de "alertar" sobre la existencia de un deterioro económico pertenezca o no a la estructura del ente u organismo comprometido. La interna está confiada al *commissaire auxcomptes*, al comité de empresa y a los socios. A su vez, la externa a *des groupements de prévention agréés*, y por el otro, se admite al *du president du tribunal de commerce*.

La tercera solución que se ofrece conforme la reglamentación referida, en base a la precesación de pagos, juega cuando han fracasado las anteriores dos "etapas"/ "procedimientos". El mismo se basa en un acuerdo amigable del deudor con sus principales acreedores, que según Ripert y Roblot, es un procedimiento esencialmente contractual, facultativo, desprovisto de formalismos y confidencial. Tanto es así que los acreedores que no participan, no quedan afectados a él. Este instituto entiende que es suficiente para una correcta reorganización la concurrencia de los principales acreedores. Como nota característica se puede concebir que lo mismo pueda atentar contra la *par condicio creditorum*, estas líneas me pertenecen.

#### ***Legitimación plural para apertura de solución preventiva***

En sintonía con lo estipulado, el derecho de alerta tiene una "prima hermana" que es la legitimación plural para solicitar una solución preventiva. No obstante, al entender de este autor su utilización tiene mayores riesgos. Una puesta en marcha incorrecta del instituto, podría provocar la desconfianza de los agentes económicos debido a su inexorable publicidad; donde, quizás, un sujeto que no se encontraba en insolvencia, cae en la misma a consecuencia de la falta de credibilidad que se provocó en el mercado. Es cierto que se podrían establecer sanciones *ex post* a aquellas conductas que desvirtúen el instituto para mitigar su accionar. Sin embargo, es un instituto en donde a veces el remedio es peor que la enfermedad.

Un caso paradigmático relativo al presente tópico es Estado Unidos. El Capítulo 11 del Estatuto (*Bankruptcy Code*)<sup>40</sup> se refiere a la posibilidad de reorganizar y recuperar la empresa, conforme a un plan sometido a consideración del juez y aprobado por éste antes que sea puesto en práctica por los interesados. La iniciación de un proceso de “reorganización en bancarrota” puede ser solicitada de modo voluntario por el deudor o requerida por sus acreedores-trámite involuntario o forzado-.

## PRINCIPIOS PARA LA DETECCIÓN Y REORGANIZACIÓN TEMPRANA FRENTE A LA CRISIS EMPRESARIAL

En orden a los principios y directivas de los Organismos Internacionales sumado la experiencia que nos brinda el derecho comparado, se derivan dos conclusiones. La primera, la flexibilización en el acceso y la detección tempestiva de la crisis es el ideal a seguir para lograr la eficiencia concursal. La segunda, lamentablemente, no existen soluciones mágicas.

### *Principios*

#### 1- Flexibilización en el acceso a mecanismos de reorganización

Lo mismo conlleva a establecer un concepto amplio/difuso del presupuesto objetivo para la apertura concursal, llámese “dificultades económicas de carácter general”, “insolvencia”, “crisis empresarial”, “pre-insolvencia”, “insolvencia eminente”, “insolvencia probable”, entre otros. Claros ejemplos han sido esbozados en el presente trabajo, tanto por los diversos doctrinarios como las legislaciones estudiadas que propugnan tal directriz.

#### 2- Detección temprana de la crisis empresarial ante señales de “alarma”

Como ha expresado Adolfo Rouillón, creemos que se ha abandonado la ilusión de poder alcanzar una ley que rescite a los muertos o bien que permita que las empresas insolventes sean, por obra y gracia de un juez, puestas en funcionamiento y en condiciones de competir<sup>41</sup>. Habida cuenta de lo expresado, es necesario una detección prematura de la crisis o posibilidad de ella.

#### 3- Implementación del denominado “derecho de alerta”

Es humano, demasiado humano –diría Nietzsche-, que el empresario confíe en superar sus problemas y viva como una derrota la convocatoria de sus acreedores para pedirle ayuda. Además, se sabe que durante ese tiempo que espera que al caballo le crezcan alas, comete todas las imprudencias conocidas para agravar su situación. Difícil que el empresario pida el remedio para sus problemas en tiempo oportuno; sería dable considerar, por lo tanto, quitar la exclusividad en la petición del concurso preventivo al deudor. Eso es lo que se llama “derecho de alerta” que apunta a poner fin a la situación paradójica que se hallan, en caso de dificultad, los asalariado, los pequeños accionistas y los acreedores, que privados de todo poder de intervención son, sin embargo, las principales víctimas de los errores de gestión.<sup>42</sup> Se sugiere su implementación en el ámbito interno

---

<sup>40</sup> Todo el sistema concursal está compilado en una especie de estatuto orgánico Bankruptcy Code incorporado en el Título 11 del compendio de la legislación federal, conocido como Código de los Estados Unidos (USC). El referido título se encuentra dividido en ocho capítulos, cuya denominación consecutiva está formulada a partir de números impares. Según lo informa Lorente, este sistema “supone que una nueva reforma legislativa que decidiera intercalar, incorporando *ex novo*, un tópico anteriormente inexistente, lo haría en uno de los capítulos pares, sin necesidad de modificar la numeración del articulado subsiguiente”.

<sup>41</sup> Ob. cit., ROUILLON, A. A. N., pág. 429.

<sup>42</sup> MAFFIA, O. J., *Derecho concursal*, Ed. Depalma, 1993, Buenos Aires, ps. 158-159

de la empresa para evitar una posible desconfianza en el mercado; cuando, tal vez, no existe tal insolvencia o probabilidad de la misma.

En consecuencia, este sistema cambia el paradigma y propone que la liquidación y el desmembramiento del patrimonio del deudor sea tan sólo la última opción, privilegiando, en cambio, soluciones preventivas que procuren satisfacer de otra manera los intereses de todos los afectados por la cesación de pagos o por el eventual cese de las operaciones, teniendo en cuenta no sólo a los acreedores sino también a los trabajadores, a los terceros y al propio titular de la empresa.

#### 4- Aplicación de I.A. en las empresas en pos de la detección temprana de la crisis

Como nos enseña Lorente<sup>43</sup>, tanto la Inteligencia Artificial<sup>44</sup> -en adelante IA- como el *Machine Learning*<sup>45</sup> han avanzado significativamente en varios campos, pero definitivamente su concreta aplicación a los procedimientos concursales ofrece perspectivas prometedoras. Los algoritmos impulsados por IA pueden analizar de manera eficiente grandes cantidades de datos económicos, financieros, contables y jurídicos, lo que permite a los profesionales de la insolvencia evaluar la salud financiera de las empresas con mayor precisión. Al aprovechar las técnicas de aprendizaje automático, la IA puede detectar patrones e identificar señales de alerta temprana de insolvencia, lo que permite a las partes interesadas tomar medidas proactivas. Además, la IA puede automatizar tareas rutinarias como la revisión de documentos, la extracción de datos y el análisis de contratos, lo que reduce las cargas administrativas, abarata costos y mejora la eficiencia general de los procesos concursales.

La tecnología *Blockchain*<sup>46</sup>, a menudo asociada con las criptomonedas, presenta un libro mayor distribuido e inmutable que puede revolucionar la transparencia, la trazabilidad y la eficiencia de los

---

<sup>43</sup> LORENTE, J. A., “Aplicación de Inteligencia Artificial, Blockchain y Smart Contracts cadena de bloques en procedimientos concursales: el futuro es hoy”, en Las XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. Principios y presupuestos del derecho concursal del siglo XXI, Buenos Aires, 2023, ps. 391-394.

<sup>44</sup> “El primer uso de estos términos combinados suele atribuirse a los científicos computacionales John McCarthy y Myron Minsky (McCarthy, J. - Minsky, ML. - Rochester, N. and Shannon, CE., “A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”, 1955, en el que proponían un estudio de 2 meses y 10 personas sobre la inteligencia artificial, organizado alrededor de la conjetura que todo aspecto del aprendizaje o cualquier otra característica de la inteligencia –humana- puede, en principio, ser tan precisamente descrita que puede hacerse una máquina que la simule. Pasado más de medio siglo de aquella primera aproximación, la convención es hoy que el término Inteligencia Artificial es utilizada en un sentido funcional, significando que un sistema artificial funciona tan bien como, o incluso mejor, que un humano.”, LORENTE, J. A., “La utilización de Inteligencia Artificial (IA) y machine learning por y en los órganos de administración de sociedades. ¿Hacia el reconocimiento de IA como directores de sociedades?”, RDCO, Ed. AbeledoPerrot (Thomson Reuters), Noviembre – Diciembre 2019, n° 299, ps. 1623 a 1639.

<sup>45</sup> “Podríamos traducir como “aprendizaje automático” pero esa terminología no describe en plenitud el concepto de “machine learning”. Se trata de una disciplina científica dentro del ámbito de la IA que crea sistemas que aprenden automáticamente. Aprender en este contexto quiere decir identificar patrones complejos en millones de datos. La máquina que realmente aprende es un algoritmo que revisa los datos y es capaz de predecir comportamientos futuros. Automáticamente, también en este contexto, implica que estos sistemas se mejoran de forma autónoma con el tiempo, sin intervención humana.”, ob.cit., LORENTE, J. A., “La utilización...”.

<sup>46</sup> “Blockchain (cadena de bloques): es una especie dentro del género más amplio denominado Distributed Ledger Technology (DLT), consistente en una base de datos operativa cuyos datos, precisamente, son registrados o almacenados en computadoras singulares a través de un mecanismo basado en algoritmos consensuados y preacordados en la red participante. En esta base, los datos con almacenados en cadena (uno a continuación del otro) sea bajo la forma de estructuras fijas denominadas blocks o bajo la forma de funciones algorítmicas llamadas hashes. Cada bloque incluye características únicas e irrepetibles, por ejemplo, un número de referencia único, el momento (día y hora) en que fue creado y su enlace (link) con el bloque inmediato previo. Su contenido pueden ser activos digitales como instrucciones que reflejan las transacciones habidas y las partes intervinientes en ellas. La posibilidad de trazar hacia atrás la revisión de bloques en la cadena hace factible identificar una a una las transacciones hasta llegar hasta la primera transacción registrada, lo que

procedimientos concursales. *Blockchain* permite la creación de un sistema descentralizado donde todas las partes interesadas pueden acceder a información en tiempo real, lo que reduce la asimetría de la información entre las distintas partes involucradas en los procesos concursales.

#### 5- Responsabilidad comunitaria de la empresa

Se debe generar un comportamiento socialmente responsable de la empresa, orientado a una maximización de beneficios para los accionistas sociales, como titulares residuales de la actividad social, encaminada a la consecución del objeto social determinado en el contrato de sociedad. Sin embargo, la creación de valor por parte de los directores no debe ir en detrimento de los demás interesados en la corporación, quienes de alguna manera deberán ser considerados.<sup>47</sup>

#### 6- Responsabilidad de los directores y administradores

Tal como lo explican los principios del Banco Mundial<sup>48</sup>, como regla general, los directores y administradores societarios tienen deberes hacia los socios o accionistas, pero no hacia los acreedores. La relación entre la empresa y sus acreedores se rige por el acuerdo contractual. Concordantemente, cuando una empresa es solvente, los directores y administradores societarios no necesitan considerar si la actividad de la misma tendrá efectos sobre los acreedores. Sin embargo, cuando la empresa se vuelve insolvente, los acreedores (a diferencia de los socios o accionistas) se convierten en los verdaderos titulares de participación financiera en la empresa.<sup>49</sup>

A raíz de un análisis de más de 25 jurisdicciones de América del Norte, América Latina, Europa, África, Asia y Oceanía<sup>50</sup>, se ha puesto de manifiesto que existen, al menos, 6 modelos regulatorios para el diseño de los deberes de los administradores en la zona de insolvencia. Estos modelos incluyen: (i) el deber de solicitar el concurso; (ii) el deber de promover la recapitalización o liquidación de la compañía; (iii) el deber de tutelar los intereses de los acreedores, incluyendo el deber de minimizar las pérdidas que pudieran experimentar en un hipotético escenario concursal; (iv) el deber de no contraer nuevas deudas; (v) el deber de no contraer nuevas deudas que no puedan ser pagadas; y (vi) el deber de maximizar el interés de la compañía.

---

*le permite a las partes verificar y autenticar los activos digitales y las transacciones hasta el último bloque. Esto hace que el blockchain sea excepcionalmente preciso y seguro*, Chesley, Richard -Malithi, Fernando, "Criptomoneda y su impacto en insolvencia y reestructuraciones", INSOL Special Report, pág. 5. ", citado por: Ob. cit., LORENTE, J. A., "La utilización...".

<sup>47</sup> En este sentido, en el derecho inglés, el Hampel Report de 1998 ha establecido: "A Company must develop relationships relevant to its success. These will depend on the nature of the company's business; but they will include those will employees, customers, suppliers, credit providers, local communities and governments. It is management's responsibility to develop policies which address these matters; in doing so they must have regard to the overriding objective of preserving and enhancing the shareholders' investment over time" cit. por DOBSON, J. I., *Interés societario*, Astrea, Buenos Aires, 2010, 1ed., pág. 375. A su vez, en Estados Unidos se ha dado un debate sobre la responsabilidad comunitaria de las compañías. Así, por ejemplo, los casos de daños ecológicos causados por la actividad de la sociedad o el pago de ciertos impuestos a su cargo se tratan en las leyes federales como obligaciones que los asociados podrían asumir solidariamente, cit. por ob. cit., REYES VILLAMIZAR, F., ps. 163-164. Para un análisis más detallado en materia ambiental, resulta relevante la ley CERCLA (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act), Capítulo II.

<sup>48</sup> Ob. cit., Banco Mundial, Principio 7, "Responsabilidad de los directores y administradores sociales".

<sup>49</sup> Guía Legislativa de la CNUDMI, "El Régimen de la Insolvencia Cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia". A los fines de un mayor abundamiento en el tópico: En esta misma corriente, el derecho inglés de la insolvencia ha elaborado una regla positiva para determinar la existencia de responsabilidad civil en el juzgamiento del accionar empresario, en la que la culpa grave ("*wrongful trading*") consiste en: "continuar con la actividad empresarial cuando no existan perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento", DOBSON, J. M., "Los errores de gestión y responsabilidad civil de administradores de sociedades comerciales", pág. 127. – Además, analizar la jurisprudencia: "Fuller v. Scarborough, 239 Ala 681, 196 So 875 (1940), citado por: Ob. cit., DOBSON, J. I.

<sup>50</sup> GUERRA MARTINEZ, A., "Towards an optimal model of directors", duties in the zone of insolvency: an economic and comparative approach, 21 (2) Journal of Corporate Law Studies 365, 2021.

Tal como nos enseña Guerra Martínez, la conclusión arribada en tal investigación arroja que cuando una compañía se encuentra en la zona de insolvencia (inmerso en la misma o cercana a ella) los administradores pueden verse incentivados a realizar, en beneficio de los accionistas/socios, una serie de conductas oportunistas que perjudiquen a los acreedores. Con independencia de que estas conductas se materialicen o no, los acreedores sofisticados tienen incentivos a descontar este riesgo desde un punto de vista *ex ante* provocando un posible incremento del coste del crédito. Por este motivo, y por la destrucción *ex post* que estas conductas oportunistas pueden ocasionar si finalmente tuvieran lugar, la mayoría de las jurisdicciones prevén una serie de mecanismos para reducir este riesgo de oportunismo en la zona de insolvencia.

El autor referido aconseja para aquellas sociedades con accionistas de control que son el tipo de empresas mayoritarias en casi todos los países del mundo, donde existe un fuerte alineamiento de intereses entre los accionistas/socios y los administradores, adoptar un modelo regulatorio de deberes de los administradores que resulte más intervencionista, como pudiera ser el deber de solicitar el concurso.

Por el contrario, el tratadista llega a la conclusión que, en las sociedades cotizadas con estructuras de capital disperso, regla en Estados Unidos o Reino Unido, donde los administradores normalmente son personas distintas a los accionistas, aconseja adoptar un modelo de deberes más flexibles.

Adhiero a tal tesis. No obstante, en el modelo regulatorio de las sociedades con accionistas de control, se debe sumar a lo mismo una excepción similar a la que encontramos en la legislación española o francesa, la cual permite “suspender/diferir” este deber en caso de comunicación al juzgado competente de la existencia de reestructuraciones preventivas -acuerdos privados extrajudiciales- con sus acreedores o intención de iniciarlas de inmediato en pos de alcanzar una reestructuración.

#### 7- Transparencia en la información de la empresa

El “cuadro fotográfico” que las normas contables y financieras revelan de una empresa es un instrumento fundamental del interés social. La jurisprudencia argentina<sup>51</sup> tiene entendido a los mismos como un pilar fundamental en la estructura societaria, al brindar información a los accionistas actuales y futuros, para que puedan ejercer sus derechos en las asambleas, y a los acreedores, para que la fijación de utilidades en el momento indicado no disminuya la garantía de sus cobros, interés que se extiende a la valuación de los bienes y clara fijación de los rubros.

El mundo contable está en un momento de grandes cambios y transformaciones, se hacen tareas repetitivas que necesitan un cambio disruptivo, con el objetivo de preservar cada vez más la información contable y financiera de las organizaciones para que los inversores y usuarios en general, puedan tomar las mejores decisiones económicas. La inteligencia artificial podría reducir fraude, mejorar la confianza y hasta maximizar el valor de la empresa.

Según un estudio del Encuentro Nacional de Investigación Universitario de área Contable sobre *Blockchain* en la contabilidad y auditoría, en su análisis FODA de los *criptoactivos*, se esbozan las siguientes ventajas: no existen fronteras geográficas, las operaciones se pueden realizar desde cualquier país en tiempo real, es neutral y transparente, ningún individuo u organización puede controlar o manipular el protocolo *cripto*, dado que el mismo es criptográficamente seguro, rapidez

---

<sup>51</sup>CNCom., Sala A, 22/9/95, “Astarsa S.A.”; id., Sala E, 26/4/96, “Banco Medefin S.A.”, citados por Nissen en “Los fraudes cometidos a través de los estados contables”, ED, 198-1074.

en la ejecución de la operatoria, entre otras ventajas.<sup>52</sup> Las pruebas estadísticas mostraron que la respuesta a la pregunta de la investigación "¿Mejora la IA la velocidad, calidad y fiabilidad de una auditoría, en comparación con el sistema tradicional?" es sí. En general, la evidencia estadística sugiere que la calidad de la auditoría aumenta con una mayor aplicación de IA.<sup>53</sup> Por lo tanto, de gran utilidad pueden ser las nuevas tecnologías aplicadas al presente tópico establecidas en la directiva número 4 (cuatro) del presente.

#### 8- Métodos ¿alternativos? de resolución de conflictos

Se insiste en calificar a la negociación, la mediación, la conciliación, entre otros; como "Sistemas o Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos"; con el empleo del adjetivo "alternativo", se significa que el proceso judicial es el principal método para la resolución de conflictos entre las personas y que los primeros son vistos como alternativa, o incluso como una "justicia de segunda clase". El último tiempo ha tomado fuerza la idea de considerar a los Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial (MAPJ), como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Más aún, como la respuesta más apropiada para la resolución de muchos conflictos sociales e interpersonales.<sup>54</sup>

A raíz de lo mismo, se aconseja tener como norte los lineamientos establecidos por el *London Approach*<sup>55</sup> y los principios de *INSOL*<sup>56</sup> como una declaración de buenas prácticas a tener en cuenta en la negociación de acuerdos extrajudiciales.

#### 9- Reducción de costes en los procesos concursales

La implementación de MAPJ contribuiría a aminorar los costes del proceso. Además, plantearse la viabilidad de reducciones de cargas y aportes por todo empleo que mantenga<sup>57</sup>; y demás beneficios fiscales.

#### 10- Erradicación del estigma de "fallido/concursado"

Debe dejarse de lado esa mirada tan negativa por la cual se pretende asignar roles fijos a los participantes del proceso concursal, etiquetándolos bajo una fuerte carga emotiva con atribución axiológica. No debería considerarse al deudor concursado o al fallido como un "agresor" malvado y a los acreedores y la sociedad como sus "víctimas" inocentes -como suele ocurrir-. Deudor y acreedores deben entenderse y considerarse como meros sujetos que desempeñan un rol dentro de un escenario complejo de crisis, que afecta a una actividad productiva o de intercambio de bienes de servicios -empresa- o a un patrimonio -conjunto de bienes- empresarial o familiar, y entender que dicha afectación es común -y en mayor o menor medida, según cada caso y la posición relativa en la que cada uno se encuentre, sufrirán las consecuencias de esta realidad-; y que son todos los afectados- y no solo el deudor- quienes deben intentar resolver la situación, haciéndolo de la mejor

---

<sup>52</sup> LETTIERI, E., M., "El uso de la inteligencia artificial en la contabilidad y la auditoría", Thomson Reuters, [checkpoin.laleyonline.com.ar](http://checkpoin.laleyonline.com.ar), ps. 1-5. CITATION Cra20 \l 11274 (Cra. Eva Mota Sánchez, 2020).

<sup>53</sup> Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE), "Investigación en la aplicación de técnicas de Inteligencia Artificial (IA) en la industria de la auditoría" Madrid, junio, 2020, ps. 43-45.

<sup>54</sup> Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), "Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia", 2016, n°20, pág. 4.

<sup>55</sup> GARRIDO, M., "Out-of-Court Debt Restructuring", Banco Mundial, 2011, número 82 y nota 58.

<sup>56</sup> INSOL "Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts" (disponible en [www.insol.org](http://www.insol.org)).

<sup>57</sup> SOMOZA LÓPEZ, G. A., "El derecho concursal como eficaz instrumento para contribuir al desarrollo empresarial con mecanismos de bajo costo para resolver situaciones de insolvencia" en ob. cit., Buenos Aires, 2023, pág. 164.

manera posible y de un modo razonable -en común- dentro de la participación y las posibilidades que les otorgue el régimen legal vigente.<sup>58</sup>

### COLOFÓN

Es dable aclarar, la incorporación de normas aisladas o institutos “copiados” de otras legislaciones no hacen más que traer desconcierto a los diferentes operadores jurídicos por la incoherencia que generalmente conllevan con el resto del ordenamiento. La incorporación de normativa en las diferentes legislaciones concursales se debe llevar a cabo en consonancia con una reforma sustancial de la legislación falencial; al unísono de un estudio detallado de la coherencia de los diferentes institutos con el ordenamiento jurídico en general. También se deberá realizar un estudio de la aptitud para su incorporación en razón de la idiosincrasia, economía, política y demás aspectos de cada país.

La presente obra no ha pretendido mencionar todas las posibilidades de mejoras<sup>59</sup> en una ley concursal. Aunque tales falencias generan una desconfianza hacia el sistema concursal; contribuyendo a la reticencia de los involucrados de optar tempestivamente por la solución preventiva. Debido a lo *ut supra* referido, las líneas que nos preceden fueron con la finalidad de reflexionar sobre ciertos principios, directrices y bases sobre mecanismos de alerta temprana; además de los diferentes institutos satélites a estas herramientas; los cuales inevitablemente deben establecerse en idéntica línea directriz; a las cuales deben aspirar las diferentes legislaciones para lograr una mayor eficiencia concursal.

---

<sup>58</sup> VITOLLO, D. R., “Un código de bancarrotas nuevo, con flexibilización concursal de la mano de un cambio cultural en el enfoque de cómo deben prevenirse y resolverse los fenómenos de crisis empresarias e insolvencia. tecnología e (IA) en los procesos”, *ob. cit.*, ps. 221-226.

<sup>59</sup> He dejado afuera del presente trabajo a diferentes tópicos como una sindicatura interdisciplinaria-incluso ad-hoc (contador, abogado y un especialista en el rubro en cuestión), el plan de recuperación (plan de saneamiento, plan de empresa, etc.) que autores de funda importancia como Maffía han pregonado, mayor sofisticación judicial, aumento de soluciones preventivas que se amolden más con las diferentes estructuras de la empresas (MiPyMes, Multinacionales, etc.), entre otras cuestiones concursales.

**¿QUE HACEMOS NEGRO GÓMEZ PARA ASEGURAR LA TRAZABILIDAD DE LOS TÍTULOS?****(EN HOMENAJE AL PROF. DR. OSVALDO GÓMEZ LEO)****Efraín Hugo RICHARD**

Hace diez años ya lo homenajeamos por su trayectoria humana y académica<sup>1</sup>, ahora se nos fue!

En ese afectuoso recuerdo vertido hace 17 años, lo hicimos sobre un tema que nos unió en nuestras manifestaciones.

Y ahora, frente a los desatinos que se viven en un mundo globalizado, en el cual esta inserto nuestro país, desearía contar con aquel diálogo y sus contribuciones para afrontar algunas incongruencias.

I - Hoy lo hago en forma muy particular, recordándolo cariñosamente como el “Negro Gómez”, porque él así se expresó en el encuentro –en los 90- con mi amigo y consuegro, el Profesor Dr. Fidel Carlos Rodríguez, oriundo también de Necochea y al reconocerlo, ante el interrogante de aquél le espetó con una amplia y cordialísima sonrisa: “Te acordas cuando jugábamos al fútbol en Necochea, yo soy el *Negro Gómez*”. El abrazo y los recuerdos siguieron de inmediato... Y hoy perduran.

II - Esa especial referencia sirve para enmarcar las preocupaciones que me gustaría poder analizar con el Negro Gómez. Es que mi consuegro y amigo fue asesinado en un intento de entradera bancaria de un “banco de inversión” muy famoso de Córdoba<sup>2</sup>, que merece enmarcar en la preocupación que presento.

Hoy quiero preocuparme por la “trazabilidad” de los negocios, o sea de la claridad en la imputación de actos, particularmente en las investigaciones judiciales.

En la investigación del hecho del asesinato, como querellante con un reputado académico se nos informó que la cámara estaba descompuesta y no había grabado el hecho criminoso, y no se sabía si el tiro había provenido del asaltante que empujó al cliente para entrar tirando o del pobre policía que intentó reprimir.

Sospechamos y ante la evidencia que habían entrado dos técnicos, y no sólo uno, en forma inmediata al hecho a revisar el sistema de cámara de grabación, logramos una irrefutable prueba técnica que determinó que la cinta había sido borrada.

---

<sup>1</sup> RICHARD, Efraín Hugo “EN TORNO AL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO” publicado en “Estudios de Derecho Comercial Moderno, en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, pág. 899.

<sup>2</sup> En su homenaje se editó *SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA*, libro colectivo en Homenaje a Fidel Carlos Rodríguez, Ed. Advocatus, Córdoba 2022, en cuyo prólogo recordé, entre muchas cosas que el 22 de noviembre de 2001, bajo el título EL CAMBIO POR EL DERECHO, se rindió homenaje a al Profesor Adjunto de la Cátedra a mi cargo Dn. Fidel Carlos RODRÍGUEZ, en la apertura de las Primeras Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la Republica, donde señalaba que ocho días antes coincidíamos el Presidente del Colegio de Abogados de Córdoba, Dr. Enzo Stivala, el Director del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba, Prof. Horacio Roitman y yo, en las apreciaciones sobre la figura del Prof. Rodríguez y de las circunstancias del momento, en unas Jornadas de Derecho Societario y Concursal organizadas por la Sala de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Córdoba. Fue una figura destacada del foro y de la Cátedra.

Se ratificó así una sospecha. Esa sucursal especializada ofrecía privadamente seguridades de secreto bancario, cuentas en el exterior que atraía a inversores que pudieran tener o querer formalizar inversiones no declaradas ante los órganos impositivos. Mi consuegro acababa de ganar un importante juicio a la AFIP y al recibir esos honorarios se le sugirió el depósito en esa entidad por el prestigio que tenía por parte de los inversores. El borrado de la cinta habría intentado preservar la identidad de clientes. Esas circunstancias operativas no permitieron dilucidar la autoría, sin perjuicio de señalar que, en la segunda instancia de un juicio de daños, apareció sorpresivamente una compañía de seguros no declarada que satisfizo aspectos económicos, pero la pérdida afectiva fue tremenda.

¡Cuestiones de trazabilidad!

III - Con Osvaldo Gómez Leo y Pedro Giraldi estuvimos muy ligados a la gestación de un proyecto sobre el cheque para devolverle su confianza al cheque, que circulaba postdatado o en blanco, sin registrar endosos o con endosos en blanco, frente a intentos de limitación, y en todos los casos impidiendo reconstruir los negocios de transmisión del título-cheque, frustrándose la esencia de ese título de pago.

La trazabilidad estaba comprometida, usureros e intermediarios inescrupulosos medraba de la inestable situación financiera de fines de los 80 y repetida en los 90 después del deslumbramiento de la convertibilidad. La restitución del endoso fue lo que fundamentalmente había alentado el proyecto Giraldi-Gómez Leo-Richard.

Pocos años después el Banco Central bajo la presidencia del Dr. Roque Fernández nos convocó con Giraldi a generar un proyecto que recibiera el “cheque de pago diferido”.

Hoy los técnicos en informática se asombrarían, pero en ese momento dentro del B.C.R.A. se formalizaron simulaciones de actuación para determinar la factibilidad del sistema, particularmente de su exhibición electrónica para permitir la registración inmediata del mismo a distancia. Se trataba de facilitar el libre comercio y el otorgamiento de crédito bajo perspectivas de la seguridad jurídica del título. Así un representante de un comprador de la Capital Federal podía intentar formalizar una compra de madera en Jujuy; conformado el crédito y la modalidad de pago, mientras el comprador elegía la madera, el vendedor llevaría los cheques a su Banco en Jujuy y éste con comunicación electrónica con el Banco girado aseguraría que el cheque corresponde a una cuenta abierta, que la firma es la del representante autorizado a suscribirlo, y que el título no presenta ningún defecto formal u objeción substancial para ser emitido y registrado, por lo que queda sólo sujeto a la posibilidad de no existir fondos a su presentación. Se generaba así un registro que implica la auditoría del título.

En el anteproyecto el título quedaba dentro del Banco para evitar falsificaciones permitiendo libre negociabilidad –también posible con anterioridad a la presentación al registro-. Ello también llevaría a realizar nuevos negocios financieros.

Pero esa ideología que aseguraba trazabilidad y control de legalidad fue desvirtuada en el Congreso, pues se impuso el traslado físico del cheque desde el Banco donde hubiera sido presentado al del cuentacorrentista. El sistema no ha sido alterado por el “echeque”, sin perjuicio de la facilitación operativa que genera.

Advertimos una ventaja para las compañías de transporte, muy conocidas de esa época, y que el cheque de pago diferido al no ser pagable a una fecha de la registración se convirtió a pago en un

título de crédito que se rescataba antes de su presentación bancaria para evitar ciertos avatares impositivos, eliminando la trazabilidad de los negocios que se cumplieron con esa particular circulación. En el viejo homenaje a Gómez Leo relato esas circunstancias.

IV – Reitero la conveniencia de registro a la luz de las normas de la ley que suelen no ser tenidas en cuenta para mantener la posibilidad de evitar la trazabilidad de los vínculos económicos, y sobre lo que –al finalizar en el punto XI- libraré mi imaginación.

En aquel aspecto, la reforma al régimen de cheques por ley nº 24.452 determinó el libramiento de los cheques de pago diferido a fecha cierta y no a días vista de la registración, como refería el anteproyecto, transformando la registración de obligatoria en opcional<sup>3</sup>. La conveniencia de la registración es obvia: a. subsanación de requisitos formales, b. habilitación anticipada del cobro, c. pago del cheque de pago diferido a todo evento, d. imposibilidad de formular denuncia posterior para frustrarlo, e. jurisdicción opcional para la ejecución<sup>4</sup>. Además de mejorar la situación frente al pedido de verificación de créditos ante el Síndico de un concurso o quiebra de alguno de los obligados, donde debe probarse el negocio causal o sea la trazabilidad del requerimiento y la imputación de la obligación al concursado o fallido.<sup>5</sup>

V- Aquí arriba a la actualidad: nuestra República afronta un déficit fiscal por disminución de la recaudación, pero no sólo por la recesión, sino por la tendencia a operar en negro, mediante el uso de efectivo y el fomento de las criptomonedas.

Recuerdo el trabajo con Marcelo Camerini, presentado como ponencia en las recientes Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, organizadas por la Universidad Austral, y presididas por nuestro inolvidable Gómez Leo que tanto hizo por su posgrado especializado. Ese ensayo lo intitulamos “La moneda digital, como mecanismo de saneamiento macroeconómico”<sup>6</sup>, apuntando: “En la actualidad comienza un nuevo desafío (el mundo digital), el que nace por el gran avance tecnológico, y el nacimiento de la moneda virtual o digital es un término para el dinero que existe sólo en forma digital. No hay papel físico, pero se puede transferir y cambiar por otras formas de moneda papel. Muchas monedas tradicionales existen como monedas digitales, como la libra esterlina, el dólar estadounidense, el yen japonés, la rupia india y el dólar canadiense. Por supuesto, estas monedas

<sup>3</sup> Cfme. ZUNINO, Jorge y RICHARD, Efraín Hugo: REGIMEN DE CHEQUES (ley 24.452 modificada por ley 24.760) Edición Astrea, Buenos Aires 1997, particularmente págs. 145 y ss., en la 3ª edición, actualizada y ampliada corre a partir de la pág. 189, Buenos Aires 2002. En el Proyecto que forjamos junto a Pedro Giraldi a pedido oficial del Banco Central de la República Argentina, para lo cual trabajamos con técnicos del mismo y de las diversas Asociaciones de Bancos, perfeñamos un sistema de registración –también de pago- por vía electrónica lo que permitía la consulta y registración en segundos. Por tal razón se modificó la otra legislación disponiendo que los cheques quedarían archivados no en la banca girada sino en la que se presentara el cheque a registración o a cobro. Todo ello quedó desvirtuado en el trámite parlamentario ante la presión de las transportadoras de documentos, manteniéndose así los tiempos de traslado para la registración –como para el cobro- de cheques de pago diferido –y comunes-.

<sup>4</sup> RICHARD “EN TORNO AL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO” publicado en “Estudios de Derecho Comercial Moderno, en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, citado en nota 1.

<sup>5</sup> No ingreso en mi opinión sobre el llamado impuesto al cheque que ha generado tantas intervenciones ilícitas (el famoso caso CBI en Córdoba) o sobre los costos de registración.

<sup>6</sup> Puede consultarse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba como EL DERECHO COMERCIAL DEL SIGLO XXI (XXII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial. Universidad Austral), 2/3 de noviembre de 2023, uniendo cinco ponencias compartidas con Gabriela Fernanda BOQUIN – Alicia PEREYRA – Marcelo CAMERINI y José Pablo SALA MERCADO. No comprometo a ninguna de ellos en las ideas que arrojé en este homenaje.

no son exclusivamente digitales, pero en la actualidad, una gran parte de la economía existe en línea.... Es la *lex mercatoria* que se impone y con múltiples beneficios. No se trata de invalidar el billete, se trata de una decisión de no imprimir más por el costo que tiene y para que el movimiento de fondos públicos se establezca entre lo recaudado y los pagos a afrontar. Se incrementaría la recaudación del IVA y permitiría una disminución que lo haga racional, particularmente para los más necesitados. Eliminaría las operaciones en negro, el blanqueo de efectivo, los pagos por corrupción o sobreprecios licitatorios. La era digital permite hacerlo y controlar su manejo.”

VI - Cuestiono especialmente al dinero físico por su alta vinculación a operaciones minúsculas o mayúsculas en negro, con violación impositiva, a los altos costos de impresión. Los diarios nos informan de dos facetas, una que la Casa de Moneda fue la compañía con el peor resultado financiero en las cuentas acumuladas al año pasado, después de registrar un déficit de \$422.879,8 millones,<sup>7</sup> y por otra parte dan cuenta pública de los altos costos de encargar en el exterior la impresión de billetes que deben ser pagados en moneda del país de origen y sus altos costos de traslado.

VII – Pero también apuntamos nuestra crítica a las criptomonedas. Describíamos con Camerini: “Las criptomonedas, como su nombre indica, es una forma de moneda digital respaldada por criptografía. Sólo existe en Internet y no está controlada ni emitida por ningún banco central. Existen varias criptomonedas muy conocidas como Bitcoin, Ether y Dogecoin. Todas estas criptomonedas son de propiedad o creación privada y aún no están reguladas en la mayoría de los países. Se crean utilizando la avanzada tecnología blockchain. La emisión, distribución y otras políticas monetarias están codificadas en una red informática descentralizada que todos los participantes pueden verificar fácilmente. Las transacciones son casi imposibles de revertir y se almacenan en la base de datos para siempre. - Y exponemos nuestras dudas sobre la legalidad o licitud de las criptomonedas, como señalamos sin control alguno, hemos visto las quiebras de intermediarios o presentadores. No las propiciamos pues generan un circuito incontrolable para operaciones de corrupción, terrorismo, narcolavado. - Por las dudas marcamos las principales diferencias entre las monedas digitales y las criptomonedas, aunque ambas sólo existen de forma digital, son:

1.- La moneda digital suele ser emitida por una entidad centralizada, como un banco central.

1.1.- Las criptomonedas, en cambio, no tienen un emisor centralizado y dependen de la participación de la comunidad para sobrevivir.

2.- Las monedas digitales viven en una base de datos centralizada de Internet, mientras que las criptomonedas se desarrollan sobre una cadena de bloques (blockchain).

3.- El precio de las criptomonedas es muy volátil, lo que convierte a este sector en una forma de inversión especulativa, por así decirlo. Sin embargo, las monedas digitales sirven principalmente como medio de pago.

---

<sup>7</sup> La firma, que es responsable de la emisión y acuñación de billetes y monedas nacionales, mostró una importante desmejora en sus cuentas que responde a una significativa suba de sus gastos, principalmente por la importación de insumos para producir billetes. Además, siempre de acuerdo al informe presentado por la Oficina de Presupuesto, la Casa de Moneda reportó un stock de deuda por \$181.112 millones.

4.- Las monedas digitales suelen estar restringidas a los usuarios por una jurisdicción concreta, como un país. Las criptomonedas están disponibles en todo el mundo<sup>8</sup>.

5.- Los usuarios tienen que proporcionar información personal para utilizar las monedas digitales. Sin embargo, pueden realizar transacciones con criptomonedas de forma anónima o con otros nombres. En otras palabras, los registros de transacciones son visibles para otras personas, pero no la información de la vida real.

6.- Mientras que los usuarios de monedas digitales pueden solicitar devoluciones o cancelación de un pago, las transacciones con criptomonedas son en su mayoría irreversibles.

7.- La mayoría de los gobiernos establecen normativas muy claras para el uso de las monedas digitales, pero hay que destacar que los reguladores aún están en proceso de crear leyes que rijan el uso y control de las criptomonedas<sup>9</sup>.”

VIII - Inspirado en la trazabilidad de los endosos que acuciaba al Negro Gómez, apunto que mientras vamos destrabando las relaciones con paraísos fiscales o países con secreto bancario para posibilitar investigaciones judiciales de ilícitos, se va generando un sistema que aleja de una decisión humana mantener el secreto y falta de trazabilidad de las operaciones: las criptomonedas y el sistema técnico de sustento el blockchain. No cuestiono, sino que admiro la técnica cibernética, pero fustigo su uso para ocultar la identidad de los operadores financieros y los multimillonarios negocios –o sus verdaderos montos- que se mantienen en las sombras. Y cuando hablo de sombras no puedo dejar de pensar que hoy escrutamos entre ellas al llegar o salir de nuestro domicilio, angustiados..., pero somos encandilados por las promesas de grandes réditos financieros...

Se han dictado recientemente regulaciones sobre los intermediarios en estas operaciones. Se advierte como las dispersas granjas se consolidan en grandes establecimientos con generación propia de electricidad, incluso unidos en contratos asociativos -hay una muy importante en Rio Cuarto-, y no tengo dudas que la técnica electrónica y su soporte en hardware permitiría mantener la rapidez de las operaciones pero al mismo tiempo individualizar a los titulares de cuenta para evitar las operaciones ilegales, los enriquecimientos ilícitos, las coimas, el financiamiento del terrorismo o el lavado de dinero del narcotráfico y la delincuencia. ¿Por qué nos alejamos de la transparencia?

IX - En las recientes Jornadas que presidiste Osvaldo, quedó bien claro la tendencia doctrinaria a la libertad en la generación de emprendimientos y sus formas, pero en ningún caso se alentó la clandestinidad y menos la irresponsabilidad.

Sorprendentemente en un momento de cambios legislativos, donde se reclama transparencia para aumentar la masa dineraria sometida a cargas fiscales, evitando la evasión, en ánimo a

---

<sup>8</sup> Existe un numeroso grupo de países que no prohíben las transacciones en criptomonedas, aunque no las fomentan bajo la advertencia de que se trata de un mercado muy volátil y de alto riesgo. Entre otros, podemos citar a Argentina, Chile, Brasil, México, España, Suecia, Grecia, Estados Unidos y Reino Unido. En la vereda opuesta, China recientemente los ha declarado ilegales y muchos de sus mineros se trasladaron a su vecino Kazajistán, en tanto que el Banco Central de Rusia ha propuesto prohibir la minería de criptomonedas por razones medioambientales (alto consumo de energía eléctrica sería una de las razones). Por la misma razón, un grupo de congresistas de EE.UU. ha formado un comité para estudiar el impacto medioambiental de la minería.

<sup>9</sup> Con excepción de la República de El Salvador (que declaró en noviembre 2021 moneda de curso legal a la criptomoneda Bitcoin, únicamente).

simplificar la liquidación y propender a disminuir las mismas, se producen informes de los promotores de las criptomonedas del aumento de las operaciones en Latinoamérica y particularmente en nuestro país. Un peligrosísimo avance del capitalismo financiero depredador, que atenta contra las soberanías y a las facultades constitucionales, pues genera una moneda paralela que ya he descripto. Se mantienen sumas siderales, mucho mayores que presupuestos de países, en inactividad, en un limbo que podría desaparecer en un instante si se apagara la cadena cibernética que acredita su existencia de cada una de esas criptomonedas. Me causa escozor ético ese ocultamiento. La fragilidad del limbo compromisorio no va en mengua del daño que genera al sustraerse de generar emprendimientos y del sistema de contribución social organizado por la soberanía de cada Nación a través del sistema impositivo.

X - No puedo pensar que no haya grandes intereses y negocios en quienes gestionan las nuevas monedas cuando veo las costosísimas publicidades en Fórmula 1, en los grandes partidos internacionales transmitidos por las cadenas televisivas y las campañas de grabación de los iris, tentando a los jóvenes a recibir dádivas ingresándolos al sistema (ya algunos países han prohibido esas campañas como lo ha hecho la semana pasada Portugal). A la par la proliferación de cursos o campañas de divulgación de organizaciones no gubernamentales en su favor, contrastando con los intentos gubernamentales de imponer más obligaciones profesionales a abogados, contadores y escribanos para denunciar operaciones sospechosas ante la AFI.

Con Camerini uníamos la transparencia de las operaciones con dinero digital y las técnicas electrónicas, en esta idea de la trazabilidad: “Es interesante ver la experiencia de Singapur, en el terreno de las monedas digitales soberanas, este país construyó el pasado año un prototipo de infraestructura y un conjunto de interfaces asociados, capaces de entrelazar redes de blockchain de diferentes industrias para, así, habilitar oportunidades de negocio hasta entonces inexistentes<sup>10</sup>.”

XI - Si hoy, como hace más de 30 años, pudiéramos analizar con el Dr. Gómez Leo la problemática del cheque, su trazabilidad y las nuevas tecnológicas, quizá podríamos, casi con total certeza, asegurar que, la misma tecnología empleada en la creación y circulación de criptomonedas, podría ser astutamente empleada por el BCRA y los operadores del sistema financiero para generar el Cheque de Pago Diferido Registrado Digitalmente. Esto sería algo así como: a) Un banco girado que entrega a su cuenta-correntista una libreta de cheques de pago diferido previamente HASHEADA<sup>11</sup> confiriéndole así carácter de inalterable, de fácil circulación y trazabilidad; b) Un cuenta-correntista (los comerciantes ya incorporaron el e-cheque, por lo tanto sería solamente un paso mas), que pueda librar dichos cheques mediante el uso de su firma digital<sup>12</sup>, pudiendo inclusive el BCRA erigirse

---

<sup>10</sup> Ver: Autoridad Monetaria de Singapur (2020): “Project Ubin Phase 5: Enabling Broad Ecosystem Opportunities”, julio. Accesible a través del siguiente enlace web: <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/ProjectUbin/Project-Ubin-Phase-5-Enabling-Broad-EcosystemOpportunities.pdf>

<sup>11</sup> La técnica del “hasheado” de archivos consiste -muy básicamente- en la creación de una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca un determinado documento electrónico de tal manera que el menor cambio realizado sobre el mismo – aunque sea en un bit- sea rápidamente detectado y visualizado (...) esto es justamente lo que permite asegurar la integridad de los datos cuando se utiliza la función hash de la misma forma en que se utiliza en el procedimiento de firma digital, cumpliendo la misma función de garantizar integridad; Gaston BIELLI y Carlos J. ORDÓÑEZ, Contratos Electrónicos, teoría general y cuestiones procesales, Tomo I, LA LEY, pág. 22 y siguientes.

<sup>12</sup> Sobre la incorporación de la firma digital y electrónica, puede verse un interesante trabajo de José Ignacio PASTORE, “Los principios cambiarios: revisión histórica y su consideración actual motivada por las TIC’s”, *diario La Ley del martes*

como autoridad de certificación de firma digital para el mercado financiero; c) El Banco Central que actúe -conforme sus facultades naturales- como entidad de resguardo de la información verificando rápidamente la autenticidad del cheque ante cualquier sospecha o duda. Esto podría generarse mediante un acceso rápido disponible para cualquier endosante mediante un sitio web especialmente creado a tales fines; y d) Los endosantes o avalistas que también deberían utilizar firma digital. Esto daría absoluta transparencia y trazabilidad a la circulación del cheque.

Finalmente, para alentar su uso, los bancos (principales beneficiarios del sistema) podrían bonificar completamente las tasas que actualmente cobran a sus clientes para registrar estos valores. Para ello el tesorero de cada entidad emisora (de cada sucursal bancaria) debería también contar con una firma digital por medio de la cual, ante cada libramiento de cheques por parte del cuenta-correntista, podría fácilmente certificarlo, subiendo esta información a la misma página web del banco girado o del BCRA.

Estas ideas, que recogí de anteriores charlas y ensayos sobre la moderna tecnología, me fueron inspiradas particularmente por la Resolución del Juez Fabián Lorenzini, en el concurso de Vicentin S.A. dictada en Reconquista, Pcia. de Santa Fe, el 12 de mayo de 2020 donde me inició en la técnica del “hasheo” respetando tres principios fundamentales con cita de Ezequiel Cabulli, “Las nuevas tecnologías en el proyecto de Código” LL 2013-A, Pág. 896. Esos principios el Juez los sintetiza en “tres pilares fundamentales: LEGIBILIDAD, AUTORÍA e INALTERABILIDAD”. La lectura de esa Resolución es esclarecedora, y subraya la transparencia identificatoria.

XII - No puedo aceptar las tendencias a ocultar la trazabilidad de los negocios cuando hemos aceptado hace años la transformación de las sociedades anónimas en sociedades por acciones, eliminando las acciones al portador para asegurar la transparencia de los negocios, los intereses en juego y la trazabilidad de las operaciones, para asegurar la convivencia y la paz, incluso en torno a la sociedad conyugal y derechos sucesorios.

También me motivan estas reflexiones el mantener el diálogo imaginario y la prudencia de un jurista de la talla de Osvaldo Gómez Leo, además del vínculo de respeto personal e intelectual que nos unió.

Ya estás en la inmortalidad Negro Gómez, y no pretendo perturbar tu tranquilidad, sino –en un desliz de un compañero de ruta de 91 años- recordar tus preocupaciones sobre la trazabilidad de las operaciones, permitiendo llegar a identificar al imputable. Lo hago en momentos que esa proyección de la trazabilidad puede tener importancia decisiva en la consolidación de un capitalismo empresarial y productivo para el desarrollo de nuestro país en el concierto mundial, en momentos en que por mi edad puedo estar pensando que cerca estoy de ti.

Con todo respeto a tu trayectoria personal y académica, gracias, Negro Gómez.

**REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO - OCTUBRE 2024**  
**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS FUENTES DEL DERECHO EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN PERSONIFICADAS. EL "CONTRADERECHO" EN LOS CONCURSOS DE SOCIEDADES**  
**Efraín Hugo RICHARD**

**Sumario:** Esbozando 1. El Objetivo Específico. 2. El Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Colisión Normativa en Torno a Responsabilidad en las Relaciones de Organización Personificadas. 4. El Art. 150 Código Civil y Comercial. Las Normas Imperativas. 5. El Debate. 6. Extinción de la Persona Jurídica. 7. La Responsabilidad de Socios en las Relaciones de Organización. El Efecto Novatorio del Concurso. 8. Capitalización. 9. Las Malas Costumbres. 10. El Efecto Novatorio de Homologación a los Socios Solidarios. 11. La Mancomunación. 12. Responsabilidad de Socios Sección IV LGS. 13. Extensión de la Quiebra a Socios Obligados Mancomunadamente. 14. Extensión de Responsabilidad. 15. El CCC en su Título Preliminar y el Fraude a la Ley. 16. Meditando.

**ESBOZANDO.**

*ESTOY EN RETIRADA. HASTA SIEMPRE. LES DOY MI CORAZON.*

Inicio con estas palabras recientes de Pepe Mujica, que debería señalar al final, pero podría olvidarme...

*NO HAY PLATA...* pero eso no es sólo por la comodidad de los gobiernos de aparentar confort buscando la reelección, sino por una marginalidad creada desde el capitalismo financiero global y el incumplimiento sistemático a un sistema impositivo exagerado.

**1. EL OBJETIVO ESPECÍFICO** es sobre: *La Legalidad y las Fuentes Normativas en las crisis societarias imponen una vinculación sistémica del ordenamiento jurídico argentino.*

Como no recordar un camino y lo que significa hoy. En 1981, la conservación de la empresa; en 1984, las relaciones de organización y la unidad del derecho privado, los Congresos de Academias, la deuda externa y el capitalismo financiero mirando a Alberdi, la nulidad absoluta y la responsabilidad en las relaciones de organización, la futilidad del capital social y la sociedad por acciones simplificada; en 1992, la personalidad jurídica particularmente su oponibilidad y extinción, la infrapatrimonialización y sus riesgos, en el último Encuentro los diálogos con Tobías sobre el art. 144 LGS sobre oponibilidad y la responsabilidad de funcionarios públicos; y desde siempre cuestionamos las prácticas ilegales en los concursos de sociedades, acabamos de reintroducir el tema de la trazabilidad de las inversiones en el homenaje a Gómez Leo.

Y a la par vemos que no se entiende ni enfrenta un capitalismo financiero globalizante, salvaje y destructivo, y correlativamente se desatiende al capitalismo empresarial, con inversiones bancarias y de valores trazables. Ya en los albores de este siglo lo señalamos en ACCIONES POR DAÑOS POR LA PESIFICACIÓN DE LOS DEPÓSITOS, que puede verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), apuntando a un fallo de la Corte en el caso Bustos "¿Qué inconveniente existe por la actividad de la banca *off shore* en el

país, realizada por entidades locales a través de la electrónica en lo que se da en llamar *indirect doing business*? Ninguno si la ley lo permite.

Los fallos de la Corte parecerían haber zanjado la disputa de cómo debían devolverse los depósitos a plazo fijo en moneda extranjera pesificados. Aquí abrimos un interrogante: ¿se podrán promover acciones de responsabilidad? Podría pensarse que si la investigación del Procurador General -o en un juicio particular, lo que es más difícil- determina que existió el complot que presintió Zaffaroni, el Estado mismo o particulares podrían -acreditando daño- promover acciones de responsabilidad contra quiénes hubieran realizado esas dolosas actuaciones, ello sin perjuicio de calificar como actividad ilícita la sociedades a través de las cuales se hubiere realizado la maniobra, con las sanciones previstas en el art. 19 LGS. Sería interesante hacer conocer al Sr. Procurador General la preocupación por conocer el estado de esa causa. No hubo respuestas.

Por eso hoy los diarios oscurecen la visión relatando las estafas con criptomonedas, de tipo piramidal, que concluirán con quiebras, con responsabilidades inalcanzables.

En la doctrina comercialista se empieza a advertir que el Código Civil y Comercial y las reformas introducidas por la Ley 26994 a la Ley de Sociedades han generado un nuevo paradigma en el Derecho Societario. Entendida la noción de paradigma como ese proceso gnoseológico superador de las concepciones vigentes. Por eso también el Derecho Concursal debe encaminarse hacia nuevos paradigmas que permitan afrontar la crisis de un patrimonio, con visión sistémica y analizando dos columnas vertebrales del nuevo paradigma: el Derecho Concursal y el Derecho Societario no pueden caminar por sendas diferentes, sino que deben ser caminos convergentes en la superación de la crisis y dotar de continuidad a la empresa.

Señala Gabriela Boquín, *“como consecuencia del imperio del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, es imposible considerar la existencia de microsistemas aislados y no realizar un diálogo de fuentes y una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico a la hora de resolver un conflicto en el cual existe un daño que debe ser reparado”*.<sup>1</sup>

Es innegociable el compromiso ético en la búsqueda del ideal de Justicia que nutre cada tema del derecho mercantil: la buena fe, la solución rápida de los conflictos, a verdad sabida y buena fe guardada.

De ahí la importancia de este Encuentro sobre *El Principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho*. La visión que expondré sobre Libertad bajo responsabilidad, me lleva a mirar la restrictiva posición de la jurisprudencia para tratar la infrapatrimonialización de las sociedades, que podría llegar a ser tratada como actividad ilícita, lo hemos insinuado con Lascano y Cesano en Madrid, y es advertible en el caso “Ocampo vs. Ocampo”, en cuanto el Superior Tribunal dio vuelta dos veces el rechazo de una acción de responsabilidad, sin indicar el art. 99 LGS, limitándose a la interpretación del Art. 275 LCQ, pudiendo haberse invocado el principio *iura novit curia*, particularmente por la infrapatrimonialización.

Pretendo incitar a repensar.

La inquietud que existía no pudo soslayarse, desde 1995, con la nueva ley concursal 24522, que generó prácticas de propuestas homologadas con quitas y esperas predatorias. Hicimos juicio crítico internacional en *“Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”*, editado en Córdoba 2010 por esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

---

<sup>1</sup> BOQUIN Gabriela: Responsabilidad de Socios y Administradores. Ed. Dy d. Año 2024 pág.93

Libertad bajo responsabilidad es nuestro lema desde hace 25 años. Y en el caso tiene especial importancia, pues frente a la libertad para generar sociedad, personas jurídicas, parecía atenuada la responsabilidad, que destacamos refiriéndonos al “Contraderecho”<sup>2</sup> y ahora en el prólogo al libro de Boquin<sup>3</sup>. El Presidente uruguayo Luis Lacalle Pou en su recientísimo discurso en la ONU adoptó el mismo lema para el Derecho Internacional Público.

El lema tiene especial trascendencia ante la libertad que adopta nuestra legislación para que las sociedades tengan personalidad conforme los arts. 141 y ss. del Código Civil y Comercial, y la particular estructuración y libertad que puede tener la sociedad, unipersonal o pluripersonal conforme la Ley General de Sociedades en su reforma del año 2015, particularmente en su Sección IV arts. 21 a 27, incluso respecto a la unipersonalidad pese a que no se siguió el anteproyecto del año 2012 de ubérrima libertad, pero luego la ley del emprendedor del año 2017 introdujo la Sociedad por Acciones Simplificada, con novedades en la estructuración de la sociedad pero claro anclaje en las normas imperativas de la LGS por expresa remisión de sus arts. 55 y 56. La ley del emprendedor y la SAS -pese a que ya habíamos hecho referencia a un tipo similar sin capital social en el Proyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia del año 1992-, generó un debate prolífico, agudo y profundo. Adherimos al nuevo tipo social, muy plástico, pese a que entendemos que la libertad generada en la sección IV LGS supera a aquella. Recordamos la expresión de la LSC de 1972 de *reconocerle la calidad de sujeto de derecho* porque es la disposición normativa determinada que la convierte en un centro de imputación diferenciado autogestante, a la par de organizar un sistema para atender las crisis patrimoniales.

Pero nuestra preocupación sigue recalando en la responsabilidad, particularmente frente a la crisis económica, financiera o patrimonial de las sociedades que suele ser abordada sin especificación en concurso de sociedades con exclusiva aplicación de LCQ sin referencias a la LGS, que motivó que nos refiriéramos a las costumbres contra *legem* en el concurso de sociedades.

Y este Encuentro es feliz para volver sobre la cuestión.

## 2. EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Es que afrontamos el principio de legalidad, que es un principio jurídico fundamental del estado de derecho, conforme al cual todo ejercicio de poder debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, no a la voluntad o arbitrio de personas particulares o mandatarios.

La Corte tiene dicho que, conforme surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, toda nuestra organización política y civil reposa en la ley; los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca (Fallos: 178:355; 191:245; 229:368; 311:2553; 327:388; 330:3801 -disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni-). Explicó que el precepto citado exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es exigible para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas (Fallos:

<sup>2</sup> RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos “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.

<sup>3</sup> BOQUIN, Gabriela Fernanda *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRAPATRIMONIALIZACION E INSOLVENCIA*” Ed. D y D, Argentina 2024, con nuestro prólogo, su tesis doctoral en la Universidad Nacional de Córdoba del año 2023 revolucionando la doctrina adormecida.

341:1017 -voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti; 344:3209). El principio de legalidad impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley (Fallos: 330:4234; 331:699; 331:1312; 331:1679; 331:2784; 334:1143; 334:1754; 338:793) y exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal (Fallos: 331:858; 340:549 voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz; 342:2344; 344:3156). Como se observará, el principio en análisis resulta aplicable a distintas áreas del derecho e indudable a acotar la libertad de actuación en torno a la creación y funcionamiento de las personas jurídicas, y un enfoque especial sobre la responsabilidad.<sup>4</sup>

Es que en las relaciones de organización personificadas aparecen imputables de responsabilidad otras personas con otras fuentes: responsabilidad que resulta del tipo societario, responsabilidad de sus administradores orgánicos y responsabilidad de los socios de control, particularmente cuando los órganos societarios deciden someterse a un procedimiento concursal donde la legalidad surge de normas diversas y aparentemente discordantes.

A su vez, las fuentes del derecho, terminología que designa todo lo que contribuye o ha contribuido a crear el conjunto de reglas jurídicas aplicables hoy por las personas, dentro de las cuales las principales fueron la religión y las costumbres.

Las fuentes del derecho son formales, reales e históricas; de las primeras tenemos la legislación, costumbre, doctrina y jurisprudencia, de ellas nacen las normas jurídicas.

En general en la Argentina, se entiende que son fuentes formales del derecho, la ley y los contratos; y que la jurisprudencia, la equidad, los usos y costumbres, los principios generales del Derecho y la doctrina, son instrumentos interpretativos de las mismas. Específicamente el CCC en su título preliminar desbroza la cuestión genérica sobre la que se debatirá en este Encuentro.

### **3. COLISIÓN NORMATIVA EN TORNO A RESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN PERSONIFICADAS.**

Concretamente enfrentamos ante la crisis de sociedades sobre problemas de responsabilidad, desinteligencia en la integración normativa, sobre sujetos, efectos novatorios de una homologación y de congruencia de normas CCC, LCQ y LGS.

En primer término, postulamos que la libertad no puede exonerar la responsabilidad por daño generado, y esto es particular en el caso de infrapatrimonialización, donde la costumbre en los concursos omite referirse a normas imperativas, elementos fundantes de la existencia de la persona. A su vez cuando nos adentramos en la cuestión, advertimos un régimen de impermeabilidad absoluta, pero cuando el patrimonio es insuficiente aparecen regímenes diferentes si la sociedad es con responsabilidad ilimitada, que impone referirse a la mancomunación, y cuando es limitada para determinar en qué casos se asume responsabilidad por parte de socios, además de los administradores.

Lo sosteníamos hace muchos años, antes del Código Civil y Comercial y LGS<sup>5</sup>. El Código introdujo una norma señera, congruente con nuestro pensamiento.

---

<sup>4</sup> [jurisprudencia@csjn.gov.ar](mailto:jurisprudencia@csjn.gov.ar)

<sup>5</sup> En "EL DERECHO PRIVADO EN EL SIGLO XXI, agenda presente y futura en Homenaje a la Prof. Noemí L. Nicolau" Tomo I - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022. Tomo I. ISBN 978-987-03-4460, pág. 541-442. Pueden verse otros ensayos en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

#### 4. EL ART. 150 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LAS NORMAS IMPERATIVAS.

Nuestras preocupaciones en torno a la autonomía de la voluntad encuentran ahora respuesta normativa: el art. 150 CCC referido a personas jurídicas, el art. 963 CCC a los contratos y art. 1709 CCC a la responsabilidad civil. La primera apunta a la primacía de las normas imperativas y las otras dos a las normas indisponibles, para limitar o acotar esa autonomía. No parece que esa distinta nominación genere una interpretación dispar.

Iniciáticamente diríamos que no nos internamos en si las normas imperativas son de orden público. El efecto sobre la autonomía de la voluntad no variaría, y es zanjado por el art. 12 CCC, determinando que si se persiguiera por el amparo de una ley otro prohibido por otra norma se considera otorgado en fraude a la ley y se aplicará la ley que se intenta eludir. Limite preciso a la autonomía.

En paralelo desde hace más de un par de décadas nos viene preocupando el enfoque de la crisis de las sociedades generado en los procesos concursales, donde se transfiere el riesgo de los socios a los acreedores mediante quitas y esperas desmesuradas, impuestas por mayorías ocasionales, particularmente después de la reforma de la universalidad contenida en el art. 21 LCQ en el año 2006.<sup>6</sup> El art. 1 LGS caracteriza una relación societaria, fijando que las pérdidas las asumen los socios, y esa relación no podría modificarse (la *absolute priority rule* del derecho de la insolvencia anglosajón, que se corresponde a no alterar el orden de los privilegios o prioridades). El apartamiento a las normas societarias imperativas constituye fraude a la ley.<sup>7</sup>

Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten escoger, según su conveniencia, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a efectos de las opciones consagradas. La imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La supletoria brinda la posibilidad que las partes fijen los efectos, u obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no expresan su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

Reza el art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”. O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, “o en su defecto” -de ellas- por normas generales imperativas del CCC.

---

<sup>6</sup> RICHARD, Efraín Hugo “SALIENDO DE LA CRISIS (UNA MIRADA A LA PRECONCURSALIDAD PRIVADA PARA LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: NADA NUEVO, SOLO IDEAS O ACTITUDES NUEVAS)” en tomo I pág. del libro EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POSTPANDEMIA CORONAVIRUS 19 – REFLEXIONES CRÍTICAS DESDE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA.

<sup>7</sup> Dictamen Fiscal General, Dra. Gabriela Boquín en VIAL 3 S.A. s/Concurso Preventivo. Setiembre 2012.

Primero debe determinarse la existencia de sociedad. En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse la tesis planteada por José Girón Tena, seguida por Cándido Paz-Ares, que afirman *“la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”*.<sup>8</sup> En palabras de Cándido Paz-Ares, *“se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”*.<sup>9</sup> La causa es el advenimiento de la persona jurídica, como indicamos.

*“La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que han cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”*<sup>10</sup>. La tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce *“la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”*.<sup>11</sup> La escisión es un viejo ejemplo no advertido.

Es oportuna la cita de Tullio Ascarelli, de 1952 en sus *“Studi”*: *“En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario, por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”*<sup>12</sup>.

Por ello el concepto asociativo amplio de tipo contractual organizativo no personificante lo localizamos en el CCC arts. 1442 y ss., concentrando en la LGS la sociedad en sentido estricto, al decir de Girón Tena, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores, afrontando una finalidad propia, liberada de una tipicidad de segundo grado conforme se repensó en la reforma a los arts. 1, 21 y ss. 100 y concordantes LGS, conforme la ideación de Manóvil, Roitman y nosotros en el Anteproyecto CCC/LGS del año 2012.

Lo que hemos escudriñado sirve para preguntarnos sobre normas imperativas para desentrañar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades limitando la autonomía de la voluntad.

## 5. EL DEBATE.

---

8 GIRÓN TENA, José. *“Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”*. En: Revista de Derecho Privado. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

9 PAZ-ARES, José. *“Ánimo de lucro y concepto de sociedad”*. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Ed. Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

10 RASPALL, Miguel. *“Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”*. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). Nº 9. Córdoba: 2015, p. 55-86.

11 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo *“Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único”*, Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

12 FARGOSI, Horacio. *“Derecho comercial del siglo XXI”*. En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127.

Aspecto de debate lo constituye la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC vinculando las normas imperativas generales a las especiales. El Diccionario de la Real Academia señala como definición de “en su defecto”: “*A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito*”. Ejemplifico, a que refiere el art. 99 LGS “*Responsabilidad. 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*”. ¿Cuándo se genera responsabilidad de los socios? Sirve ante la opacidad de la construcción de aquella norma, otra general similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC que dispone “*Liquidación y responsabilidades*” especificando “*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*”. O sea, los socios que hacen mayoría.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “*Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código*”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

El art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es, sin lugar a duda, una norma imperativa general. Así integrando el art. 99 LGS la responsabilidad recaerá sobre los socios de control, o sea los que puedan tomar una decisión.

Avancemos en las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad en las sociedades, con la oponibilidad de lo estatuido entre las partes en caso de sociedades irregulares, que se aseguró en el 2015. Ahora el contrato es siempre oponible entre las partes y también frente a terceros que lo conocieran. Sólo una diferencia formal con las sociedades inscriptas, su personalidad está reconocida *erga omnes*, en las de la Sección IV queda sujeta a prueba, fácil de lograr en cuanto actúen legalmente, pues la brindarían la CUIT, la cuenta bancaria. ¿Qué puede quedar incluida además de la sociedad de los tipos previstos no inscripta? Una sociedad de hecho, una civil que siempre pudo tener objeto civil y comercial -la prohibición de tener objeto civil era para las sociedades comerciales y fue derogada en el año 1972-. Por qué no hablar de una sociedad simple, cuyo objeto no necesariamente es la actividad empresarial, pues están comprendidas las de mera administración de cartera, previstas para toda sociedad en el art. 31. LGS.

Ese sistema de la que llamamos sociedad simple sólo requiere en art. 23 individualización de socios y su “participación” si quieren registrar bienes. Coherente con el 142 CCC que determina que la personalidad se genera desde su constitución.

Lo importante es un patrimonio apto para la gestión. Pensamos en la gestación de préstamos participativos regulados en el art. 1531 CCC, en negocios en participación, crowdfunding, compraventas programadas con pago actual y entrega diferida, acciones privilegiadas rescatables, obligaciones convertibles, pool finance.

Desmitificamos como imperativa la noción del capital social. ¿Pero qué normas imperativas existen? En recientes coloquios todos, con diferentes criterios sobre otros temas, coincidieron en aquellas que tutelan a terceros. Agregaríamos a las que defienden la viabilidad de la actividad empresarial. Así en la SAS, incorporadas dos años después que la sociedad simple, en los arts. 55 a 56 de la ley de emprendedores, señala que las previsiones sobre disolución y liquidación de LGS les

serán aplicables.<sup>13</sup> Las causales de disolución, particularmente las de los apartados 4 y 5 del art. 94 LGS constituyen supuestos de crisis instalada. Graves, que superan una mera cesación de pagos. Resguardan derechos de terceros y de allí la responsabilidad de administradores y socios que genere daños por acción u omisión, protegiendo la función de garantía del patrimonio.

La pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la infrapatrimonialización. Las causales de disolución -art. 94.4 y 5-, no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS que hemos referido. Pero si la crisis es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, es marcado imperativamente por esas opciones del art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria administradores y socios, no por la responsabilidad del tipo, sino de aquellos socios que consintieron la situación.

Baste recordar que en el Proyecto del Ministerio de Justicia de 1992 con las participaciones protagónicas de Horacio Fargosi y Sergio Le Pera, inconciliables, introducimos con Araya la “Sociedad por acciones simplificada” como un nuevo tipo muy maleable y donde estaba prohibida la mención del capital social en orden a asegurar la existencia de patrimonio suficiente para la viabilidad de la actividad social sin dañar, determinando anualmente la viabilidad y la posibilidad o no de distribuir utilidades.

Converge el art. 100 LGS admitiendo la conservación de la actividad empresarial aún frente a la liquidación, pero mantiene esa responsabilidad, exigiendo una manifestación unilateral sobre la viabilidad de la actividad. Al no imponer plazos se configura un sistema de auto decisión de administradores responsables.

Lo referido a causales de disolución y la liquidación, como la falta de patrimonio necesario, son normas imperativas, irrenunciables e inderogables, ligadas al art. 1 LGS que tipifica la relación y dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover causales reintegrando el capital social en el caso. Esto es coherente con el criterio de la Comisión presidida por Jaap Winter: el riesgo en la crisis patrimonial de Persona Humana es de sus acreedores, en el caso de la sociedad es de sus socios.

Si las normas no son imperativas, genera una disponibilidad, o sea la posibilidad de pactar de diferente forma. ¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, ¿podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida patrimonial -sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? ¿O que se concursara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación?

---

<sup>13</sup> Artículo 55.- Disolución y liquidación. La SAS se disolverá, por voluntad de los socios adoptada en reunión de socios, o, en su caso, por decisión del socio único o por las causales previstas en la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984. Artículo 56.- Liquidación. La liquidación se realizará conforme a las normas de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984. Actuará como liquidador, el administrador o el representante legal o la persona que designe la reunión de socios o el socio único.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>14</sup> se introduce al Derecho Societario. Conservar la sociedad viable -que esta es la única empresa tutelable-, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla o instalada, es el postulado conforme las conclusiones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2014<sup>15</sup>, acordando “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia. Estos son los objetivos del Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman.

## 6. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.

A diferencia de los contratos de cambio, la sociedad -que no es un contrato- exige para su extinción un proceso instituido por la ley como de orden público, que se inicia con la constatación o generación de una causal de disolución y prosigue con la liquidación, implica realizar el activo para afrontar al pasivo, distribuyendo el remanente -de existir- entre los socios, poniendo fin al sujeto de derecho societario, haciendo así efectivo el derecho de la cuota de liquidación.

No existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución. Esa constatación sólo crea una modificación de la organización societaria, en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. La sociedad puede seguir actuando, con un agravamiento de responsabilidad (art. 99, LGS).

La causal disolutoria de pérdida del capital es la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, y es similar a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial, financiero o económico, contenida en el ap. 4 del art. 94 LGS.

## 7. LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. EL EFECTO NOVATORIO DEL CONCURSO.

Ante la transferencia del riesgo a los acreedores, por quitas concursales y la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad prevista en el art. 99 LGS homologando un acuerdo de mayorías, resulta conveniente constatar los limitados efectos de la “novación” concursal -art. 55 LCQ-, pues se intenta sostener<sup>16</sup> como efecto de esa homologación se extingue las acciones contra administradores societarios que pudieran ejercer los acreedores concurrentes.

Centrando atención en el efecto novatorio sostenido respecto a las acciones de responsabilidad, que hemos contestado oportunamente<sup>17</sup>, ahora sólo apuntaremos en limitado espacio: ¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos, a veces ese es el momento a partir del cual el daño se hace evidente.

---

<sup>14</sup> ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

<sup>15</sup> [United Nations Commission on International Trade Law](#), Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de abril.

<sup>16</sup> TRUFFAT, E. Daniel “IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS”, en *Doctrina Societaria y Concursal* Ed. Errepar, n° 281, año XXIV, t. XXII abril 2011.

<sup>17</sup> Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

El objetivo concursal es absolver la crisis de la sociedad<sup>18</sup>, sin liberar a terceros patrimonios, y de allí el limitado efecto de la novación concursal, perfectamente descrito por Edgar Baracat. En identidad Heredia<sup>19</sup> remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la cristalización de su pasivo en un monto definitivo”. No de otros patrimonios.

No puede extenderse ese efecto de la novación legal de las obligaciones crediticias producidas por el acuerdo homologado (art. 55 LCQ), a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de administradores pues son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes. Es inadmisibles hablar de efectos que la obligación de reparar se extinga como consecuencia de la novación concursal, o de la eliminación tácita de la antijuridicidad, pues si hay daño imputable a sujetos no concursados no parece extinguido el derecho a reclamar por el perjudicado, en acción extraconcursal prevista por el art. 99 LGS. El efecto de la novación concursal del art. 55 de la LCQ se extiende única y exclusivamente a las obligaciones de la sociedad en crisis (veremos luego el tema de los socios solidarios) y no extingue las acciones de responsabilidad que se pudieran entablar contra los administradores de la misma, o contra los socios por conducta abusiva en acción extraconcursal.

No existe duda del carácter imperativo de las normas de derecho societario para evitar daños a terceros, asegurando la función de garantía del patrimonio. Y es obvio que el recurso concursal ha sido utilizado con abuso de derecho y fraude a la ley societaria<sup>20</sup>, sancionado por la legislación actual y mejor caracterizada aún en el art. 12 del Título Preliminar CCC.<sup>21</sup> Particularmente si hay daño por el acuerdo, no por la presentación en concurso.

## 8. CAPITALIZACIÓN.

La capitalización de deudas es una visión distinta para afrontar las crisis de sociedades sin daño matemático. El tema aparece como un remake en nuestra historia. Se viene incentivando “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos preconcursales). Precisamente destaca, la expresa previsión en nuestra LCQ -art. 43- de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posiblemente integrante de los acuerdos preconcursales. Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa da alguna especialidad a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, con ocasión de esta reforma también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 “La capitalización de

<sup>18</sup> Nto. “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL”, en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.

<sup>19</sup> HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ed. Ábaco, Bs. Aires 2000, t. 2 págs.238 y ss. especialmente a págs. 250/5.

<sup>20</sup> Nto. Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en La Ley, 4 marzo 2013, LL 2013-B.

<sup>21</sup> Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

créditos mediante aumento del capital social”<sup>22</sup> y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación, art. 100, y no al art. 150 CCC introducido en el 2015 ratificando nuestra anterior interpretación.

La LGS dispone de normas para evitar daños a terceros: los arts. 96, 99, 100 y 197.2. En el concurso de sociedades deben evitarse prácticas que constituyan abuso del derecho en perjuicio de los acreedores, que en principio impiden la homologación del acuerdo. El apartamiento de normas societarias de carácter imperativo constituye fraude a la ley. Debe evitarse la desnaturalización de los derechos de los acreedores. El Juez conforme le impone el art. 52.4 LCQ debe evitar los efectos de este ejercicio abusivo de conformidad a la potestad que le confieren los arts. 10 y 12 del CCC y la aplicación de las normas de la ley de sociedades.<sup>23</sup>

La eventual insuficiencia general de recursos o cesación de pagos es zona gris, pues la infrapatrimonialización constituye una línea roja, “red flags” que alertan aún en la “one dollar corporation”, cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo lo que significa que se ha perdido la garantía, rompiendo una barrera al señalarse contablemente la pérdida del capital social<sup>24</sup>.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad y el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor” (art. 100 LGS).

Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis<sup>25</sup> ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “*El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad.<sup>26</sup>

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo con los originales socios -que son los que tratan de impedir esa integración con quitas contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe -art. 9 CCC-, Truffat señaló<sup>27</sup> “*Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, en tanto y en cuanto se pretenda la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva a los accionistas de la concursada una empresa revitalizada y que todo el daño recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos*”.

---

<sup>22</sup> En ese momento se generó un murmullo en el Auditorium, y una voz desde un conjunto de juristas españolas, señaló aquí está, generando un inmediato breve diálogo con la distinguida autora con mis felicitaciones, señalándole que seguiría usando de su material, diálogo que profundizamos luego.

<sup>23</sup> CNCom.Sala F.24/4/2012 en: “Talleres Reunidos ItaloArgentino S.A. s/ Concurso Preventivo”.

<sup>24</sup> Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC), pág. 1.

<sup>25</sup> Nto. “Enseñanza del Derecho Societario de crisis” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n°364 marzo 2018, p. 165.

<sup>26</sup> GALLEGO CÓRCOLES, ob. cit. pág. 381.

<sup>27</sup> TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México.

En tal orden Karten Schmidt exponía *“En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario -no del Derecho Concursal-. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano<sup>28</sup> expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto, no resultan del procedimiento de insolvencia”*. La doctrina italiana reitera que la reforma omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina<sup>29</sup>. El Congreso de La Cumbre del año 2000 dejó una huella.

### 9. LAS MALAS COSTUMBRES.

En largo diálogo hemos intentado trazar un marco de las escasas normas imperativas que limitan la autonomía en la construcción del estatuto de sociedades, y en esa ruptura que advierto en caso de crisis, recordamos trabajos en común con Juan Carlos Veiga, señalando esa imperatividad antes de la existencia del art. 150 CCC, catalogando como EL CONTRADERECHO y las costumbres contra *legem* que se suscitan en los concursos de sociedades, al que ya hemos hecho referencia porque es una alerta ante una doctrina contemplativa.

Sobre prácticas en concurso de sociedades alejadas de principios éticos, copio parte de mi comentario a la *“LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA”* AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente). La lectura de una *ley comentada* no parece ofrecer estímulos para una reseña, como cuando uno descubre el contenido de otro tipo de obra jurídica. Pero una ojeada a la imperdible presentación del Director y al índice, como plan de obra, me tentó a una recensión –sin duda mezquina- de esta obra, que me recuerda de inmediato las de Cámara, Quintana y Heredia, sin menoscabo de otras. Esa presentación es una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado, ajurídico y amoral del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE. Lo cito textual *“...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffía hablaron del réquiem de estas acciones para beneplácito de los pillos. No menos grave fue el mantener intocada la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a picaros aggiornados que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos carta blanca para delinquir ... nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el cramdistas...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-*

<sup>28</sup> SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pág. 751 y ss.

<sup>29</sup> NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

*fallido pillo, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad off shore o de un amigo de turno, cuando no del testaferra de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa comunidad jurídica frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recorro a Cámara: El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...”.Y agrego el cierre que hice de ese comentario “Es conocida mi posición en la conjunción de la legislación societaria y concursal para asumir la crisis de las sociedades, particularmente en una obra que cita un coautor, y mi esperanza en el tratamiento de estos temas “tabús” para los concursualistas había sido incentivada por el prólogo de Martorell. Sin duda quiénes deben -o buscan- tramitar un juicio concursal, los jueces que no tengan un claro criterio sobre las continuas estrategias que esbozan las sociedades concursadas para transferir el problema a los acreedores, y los representantes de acreedores con dudas de cómo abordar sus verificaciones o las peticiones de quiebra, encontrarán en este profundo libro un auxiliar fundamental para ayudarlos a tomar la correspondiente decisión.” Córdoba, julio de 2012.*

En Córdoba, en octubre 2022 al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa se desarrolló, como anunciamos en Rosario en 2019 bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad” con la consigna temática de generar nuevas visiones sobre las normas vigentes. Un cambio de ideas y paradigmas que permitan ajustar las organizaciones actuales atento los requerimientos de desarrollo del país, ingresando en el análisis y exposición del LGS, por la ignorancia de esta pieza normativa y el perjuicio a acreedores. Sobre esos temas la vehemente Fiscal General Dra. Gabriela Boquin<sup>30</sup> ingresó en su tesis doctoral con meticulosidad y precisión, mostrando la diferencia en la antijuridicidad que genera la solidaridad prevista en el CCC y la LGS, y la particularidad de la prevista en ese art. 99 LGS, particularmente sobre la cuantía del daño y el carácter de concurrente.

## 10. EL EFECTO NOVATORIO DE HOMOLOGACIÓN A LOS SOCIOS SOLIDARIOS.

En el reciente Congreso de la Insolvencia de Buenos Aires Carlota Palazzo y Sebastián Bortwick<sup>31</sup>, afinan otro aspecto de la cuestión de responsabilidad ante las crisis societarias, referido en el art. 56 LCQ, en cuanto a que los socios solidarios son beneficiados con la novación concursal, pues el concurso implica la quiebra posible de ellos, lo que no ocurre en las sociedades con responsabilidad limitada u otro tipo de responsabilidad, que implica el análisis y las disposiciones imperativas que hemos dejado expuestas.

Motivados por un fallo explican “*que en USA no hay discusión alguna sobre la subsistencia, en procesos reorganizativos, de la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad en contra de administradores y/o socios por daños o incumplimientos funcionales. Esto es, un mismo crédito puede demandarse contra la sociedad deudora en su proceso de Chapter 11 y en juicios independientes y ajenos a ese proceso concursal, en contra de los socios/administradores de esa sociedad que se consideren responsables del pago de idéntico crédito. De conformidad con la Section 524 (e) de la Ley de Bancarrotas Norteamericana, de ninguna manera el discharge obtenido por la*

<sup>30</sup> BOQUIN, Gabriela Fernanda *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRAPATRIMONIALIZACION E INSOLVENCIA*” Ed. D y D, Argentina 2024, con nuestro prólogo.

<sup>31</sup> XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE INSOLVENCIA, en la Comisión II: Procesos concursales, socios, stakeholders y otros terceros Tema: Responsabilidad de los socios y accionistas. Responsabilidad de los administradores y otros terceros Título: *¿Exoneración automática de responsabilidad de administradores y socios en el Concurso Preventivo?*, Carlota Palazzo y Sebastián Borthwick

*sociedad deudora a través de su Chapter 11 implicará la exoneración automática de responsabilidad de un tercero (entre ellos, socios y administradores de la deudora) que no se hubiere concursado; es decir, el discharge sólo puede beneficiar a la persona – humana o jurídica – que hubiere puesto “en juego” todo su patrimonio a través del Chapter 11”.*

Apuntan en cambio sobre el derecho argentino que *“Se trata de reconocer dos premisas básicas: La primera, que: “Socios y administradores deberían ser responsables por su mal comportamiento y por tanto pasibles de acciones judiciales que determinen su responsabilidad independientemente del estado de solvencia o insolvencia de la sociedad y, en caso de insolvencia, de que la sociedad se encuentre tramitando un proceso reorganizativo o liquidativo”<sup>32</sup>. La segunda, que: “El discharge solo debería beneficiar a los deudores que pusieron todo su patrimonio sobre la mesa para negociar el acuerdo preventivo con sus acreedores”.*

Afirman deconstruyendo primero el sistema de responsabilidad *“... que nuestro sistema general de responsabilidad prevé un deber de reparar ante la violación del deber de no dañar o incumplimiento de una obligación -conforme artículo 1716 CCyC-”.*

Extractamos de *“CRISIS DE SOCIEDADES Y ATIPICIDAD (con un nuevo enfoque de la problemática de quién afronta la crisis para darle solución eficiente)”<sup>33</sup>: Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”<sup>34</sup> poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución. Por eso he transitado en este Instituto asumiendo el riesgo del disenso, hincando en la realidad y tratando de pensar en un sistema jurídico integrado. Conforme a ello se gesta la desnaturalización del proceso concursal. Ya opinaba Anich en ese Congreso del año 2000 sobre la ley de concursos actual en Argentina *“Las fallas son notables e importantes. Basta solo señalar que continúan existiendo una serie de comportamientos a los que podemos denominar como espurios, y que entre otros son: ... insolventarse antes de iniciar el proceso concursal. Generación de hipotecas o prendas sobre bienes libres de gravámenes. Creación ficticia de acreedores. Compra de créditos para impedir la verificación de algunos acreedores. Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores”*.<sup>35</sup>*

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una

---

32 Aurelio Gurrea-Martínez – Adolfo Rouillon, *“Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional”*, Bosch, 2022, página 183.

33 RICHARD, Efraín Hugo *“CRISIS DE SOCIEDADES Y ATIPICIDAD (con un nuevo enfoque de la problemática de quién afronta la crisis para darle solución eficiente)”* Publicado en *DERECHO CONCURSAL IBEROAMERICANO. REALIDAD Y PERSPECTIVAS. Obra conmemorativa al XV aniversario del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL*, Ed. IIDC, Colombia 2019, pág. 381.

34 GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV *“Crisis de Sociedades y la legislación societaria”*, en Volumen Especial N°10: *“Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>*

35 ANICH, Juan A. *“Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas. Una mera conjetura intelectual”* en *DE LA INSOLVENCIA. II CONGRESO IBEROAMERICANO* cit. Tomo I pág. 13, específicamente pág. 14.

importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

En la confluencia de responsabilidades, particularmente entre administradores y socios, señalamos que el deber de reparar que en caso de que varias personas hubieran participado en la producción del daño se concretará a partir de la aplicación de las reglas de las obligaciones solidarias o concurrentes<sup>36</sup>, según la causa del daño sea única o respondiera a causas distintas -conforme artículo 1751 CCC-. Y cuando se tratara de codeudores solidarios, la cuota correspondiente a aquel que deviniera insolvente debe ser cubierta por todos los obligados -de acuerdo con el artículo 842 CCC-. Ley General de Sociedades a) La regla es que los socios con responsabilidad limitada se encuentran exentos de responder con su patrimonio por deudas sociales. La excepción, es la imposición de responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios. A su vez, los casos en que la ley regula la posibilidad de atribuir responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios se subdividen en las siguientes categorías: b) responsabilidad ilimitada y solidaria por todo el pasivo social que puede imputarse ya: (i) en forma originaria, como por ejemplo en el derecho vigente, los socios de las sociedades colectivas o los socios comanditados, así como los socios de sociedades de objeto ilícito (art. 18 LGS); o (ii) en forma derivada, como ocurre con los socios de sociedades de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LGS)<sup>37</sup>. Se omite toda referencia al art. 99 LGS para pasar luego a la Ley de Concursos y Quiebras ... el artículo 55 LCQ que dispone que el efecto novatorio del acuerdo preventivo homologado no extingue las obligaciones ni del fiador ni de los codeudores solidarios.

La decisión del legislador de beneficiar a los socios solidarios (derivados) con los efectos del acuerdo preventivo homologado se constituye entonces en un obstáculo para la implementación de un régimen de responsabilidad eficiente. Es, en verdad, un sistema que no solo genera los incentivos incorrectos, sino que naturaliza la impunidad y, por ende, debería ser modificado.

## 11. LA MANCOMUNACIÓN.

En esos efectos de la infrapatrimonialización y los concursos, intentemos una referencia a los efectos de la responsabilidad por MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES.<sup>38</sup>

Refiriéndose a la [Sección IV del Título I de la ley general de sociedades \(LGS\)](#), cuya reforma fue integral, Rafael Manóvil<sup>39</sup> abunda exhaustivamente sobre los proyectos, apuntando a la necesaria desaparición de la sociedad civil. El problema fundamental que debió resolverse en todos los proyectos de unificación es el de que, al desaparecer todo criterio delimitador de la materia comercial respecto de la civil, las formas societarias debían también prescindir de esa diferenciación.

---

<sup>36</sup> BOQUIN, Gabriela Fernanda *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRAPATRIMONIALIZACIÓN E INSOLVENCIA* ya citado, pág. 249.

<sup>37</sup> Algunos supuestos bien pueden encuadrar en ambos puntos, como ocurre con la responsabilidad por participaciones recíprocas (art. 32 LGS) o la impuesta al socio aparente y socio oculto (arts. 34 y 35 de la LGS).

<sup>38</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO "APOSTILLAS SOBRE LA MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES", en *Doctrinaria Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 355 junio 2017, Buenos Aires, pág. 535.

<sup>39</sup> Manóvil, Rafael: "La sociedad devenida unipersonal" - Revista Código Civil y Comercial - LL - N° 4 - octubre/2015 - págs. 37/60.

En todos los proyectos se reconoció que ello no podía suceder a costa de una alteración, académicamente resistida, de las modalidades actuales de la sociedad civil.

En el 2012, cuando trabajamos con Rafael Manóvil y Horacio Roitman, nos pareció superfluo mantener una disposición puramente docente de que a las sociedades de la Sección IV se les aplica la parte general de la ley societaria. También se eliminó la remisión supletoria a la sociedad colectiva, sin implicancia concreta alguna.

La regla de la responsabilidad mancomunada y por partes iguales, de conformidad con los tres Proyectos, rige salvo las excepciones establecidas en el [artículo 24](#), a las que no nos referiremos por no conflictivas. Ponemos énfasis en que esa responsabilidad es mancomunada: “simplemente mancomunadas y por partes iguales”.

## 12. RESPONSABILIDAD DE SOCIOS SECCION IV LGS.

Tema criticado en la reforma a la LGS es la previsión de responsabilidad subsidiaria, mancomunada y no solidaria que se plasma en el artículo 24 de la LGS para todas las sociedades incluidas en la Sección IV, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la sociedad civil<sup>40</sup>, punto que se había impuesto por la Comisión Reformadora.

Ello fue coherente con la reforma del artículo 27 de la LGS sobre la posibilidad de sociedad entre cónyuges, **con permisividad amplia**.

Los efectos de las obligaciones mancomunadas han sufrido modificaciones en el CCC., debilitándola en relación con terceros en sus reclamos a los así obligados. Norma el artículo 628 del CCC.: *“La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros”*. Y el artículo 826 establece que *“los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen, por lo dispuesto en la Sección 6 de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible”*.

Sin duda, las obligaciones de dar sumas de dinero son divisibles, en deudas proporcionales ([art. 808, CCC](#) y [art. 24, LGS](#)) **“y los deudores no responden por la insolvencia de los demás”**, lo que debilita la posición del acreedor de obligaciones simplemente mancomunadas.

¿Deberá demandar un acreedor social a cada uno de los socios, en los casos de estas simples sociedades, por su parte viril y perderá acción si alguno es insolvente? La respuesta afirmativa parecería la correcta frente a la claridad de la norma.

Pero la mancomunación trata de una supuesta limitación de responsabilidad frente a los acreedores, pues esa división de la deuda los obliga ilimitadamente por su parte viril.

Además, como veremos, en caso de insolvencia -falta o desconocimiento de bienes del patrimonio de la sociedad-, puede nacer responsabilidad solidaria de administradores y socios que han favorecido el incumplimiento de normas imperativas, incluso en aquellas sociedades con limitación de responsabilidad del socio, pues ello no desluce la mancomunación prevista para los

---

<sup>40</sup> Reggiardo, Roberto S.: “Sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la LGS. El confuso régimen de responsabilidad de sus socios” en AAVV y Antoni Piossek, Carlos R. y Carlino, Bernardo P.: “El derecho comercial a 200 años de la declaración de la independencia” - Ed. Universidad Nacional de Tucumán - mayo/2016 - pág. 205

socios de las sociedades reguladas por los [artículos 21 a 26 de la LGS](#), con efecto limitado a su regular funcionamiento.

Esa obligación mancomunada de los socios es manteniendo el sistema de la “porción viril”, pero es fundamental reconocer la misma como subsidiaria, lo que marca sus alcances dentro de la “responsabilidad societaria”. La subsidiariedad, conforme a lo previsto en el [artículo 143 del CCC](#) se afirma en la solución expresa del [artículo 56 de la LGS](#) sobre el valor de la sentencia, su oponibilidad, no solo a la sociedad demandada sino a los socios, sin perjuicio del derecho de excusión. Primero deben aplicarse los bienes del patrimonio social a la satisfacción de los pasivos sociales y recién después podrá reclamarse la “responsabilidad societaria”. Esa y todas las normas generales de la ley son aplicables a las sociedades simples.

Resulta lógico que la responsabilidad eventual de los socios sea siempre subsidiaria, o sea, cuando el patrimonio social no satisface las obligaciones sociales, como prenda común de los acreedores. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado. Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere -en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso *Daverede*- como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. Pero entendemos que el recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma, pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma.<sup>41</sup>

Conforme al mismo criterio hemos sostenido que el art. 144 CCC sobre inoponibilidad es aplicable a personas jurídicas tanto privadas como públicas, lanzando la posibilidad que el Estado la use para reclamar por daños al alto funcionario que ha violado algún Derecho, tema que llevamos al libro dirigido por Juan Carlos Veiga en *Homenaje a Julio Altamira*.

El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, pues los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.

En el debate se confunde personalidad con limitación de responsabilidad, tema afín a cierto derecho comparado, pero ajeno a nuestro sistema, donde la limitación de responsabilidad no es un efecto de la personalidad jurídica sino propia de la tipología del ente personificado. Justamente, la Comisión de Reformas al receptar esa posición y las explicaciones sobre la recepción de la declaración unilateral de voluntad constitutiva de una nueva persona jurídica, centrando la cuestión como anticipamos, formuló las siguientes Consideraciones: “2). *Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple”. Es la protección de la sociedad-persona jurídica (no contrato) de los acreedores individuales de los socios, en beneficio de los*

---

<sup>41</sup> RICHARD, Efraín Hugo SOBRE INOPONIBILIDAD en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por *Microjuris*, 2010.)

***acreedores sociales (incluso los trabajadores) y de aquellos acreedores involuntarios que conservarían algún derecho en expectativa al respecto de la sociedad.***

Por eso cabe sostener que la responsabilidad de los socios de sociedades comprendidas en la Sección IV [LGS](#) es, en principio, mancomunada, subsidiaria e ilimitada en la porción viril a su cargo. Sólo luego de la excusión del patrimonio de dichas sociedades (conf. [art. 56, LGS](#)), los socios deberán responder con todo su patrimonio (conf. [art. 242 CCC](#)) como deudores mancomunados de una obligación divisible.

### **13. EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA A SOCIOS OBLIGADOS MANCOMUNADAMENTE.**

¿Para qué hablar de responsabilidad, extensión de quiebra como sanción, resarcimiento de daños, reparación del incumplimiento de las personas jurídicas si el tercero puede satisfacer su derecho reclamando a la persona jurídica?

En hipótesis falencial, consideramos que no procede la extensión automática de la quiebra de la sociedad de la [Sección IV de la LGS](#) a sus socios en los términos del [artículo 160 de la LCQ](#), dado que la quiebra de la sociedad no hace presumir ni exterioriza la **incapacidad patrimonial** de sus socios, sin perjuicio de ser pasibles de quiebra en los términos del [artículo 77 del inciso 2\)](#) de la LQC, luego de acreditado alguno de los hechos reveladores de estado de cesación de pagos previsto en el [artículo 79 de la LCQ](#), y de conformidad con lo previsto en el [artículo 80 de la LCQ](#)<sup>(4)</sup>. No obstante, es tema en discusión, aunque la dilación de los jueces en receptar las peticiones de quiebra cubre los intereses de esos socios que podrán satisfacer su cuota evitando el riesgo. El cuarto párrafo del 56 LCQ avala nuestra opinable posición: el título refiere a socios solidarios y el texto a la ilimitación de la responsabilidad. En la duda debe atenderse a no generar más daño en una extensión automática de quiebra, sin perjuicio de la posibilidad de peticionarla, como hemos referido.

Coherentemente con ello sostenemos que el efecto novatorio de un acuerdo homologado no los beneficia ni libera de esa responsabilidad ante concretos reclamos.

### **14. EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

Quizá esto implica volver al principio. En las relaciones de organización personificadas, la responsabilidad de los socios tiene tres fuentes: a. la que corresponde al tipo social elegido, siempre subsidiaria a la falta de patrimonio, b. la vinculada a la viabilidad de la sociedad, particularmente por infrapatrimonialización que afecta particularmente a socios con responsabilidad limitada, y c. por la actividad del socio que genere daño, conforme los principios de la teoría general de la responsabilidad civil.

El requerimiento de responsabilidad a socios y administradores acaecerá –fuera de las previsiones del tipo social o del daño causado –y su reparación por la teoría general de la responsabilidad- cuando el patrimonio de la sociedad sea insuficiente para satisfacer sus pasivos. Y en ese momento se deberá determinar el grado del requerimiento -y la fuente- por la que puede reclamarse a socios y administradores. También hemos fustigado la acción de extensión de la quiebra del [artículo 161 de la LC](#) por ineficiente, frente a acciones de responsabilidad común e

incluso las de los artículos [54 ter de la LGS](#) y [144 del CCC](#), llamadas de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que son continuamente aplicadas por la jurisprudencia en estos casos.<sup>42</sup>

**Pero los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros. Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores. Y en este punto queremos recalcar.**

Las referencias que hacemos a la “**responsabilidad societaria**” nos obligan a exteriorizar nuestra posición diferenciando a la “**responsabilidad general**”, o sea que nace de la “**teoría general de la responsabilidad**”, en principio de base subjetiva, donde debe existir daño -insolvencia, a decir de Lorenzetti-, una conducta antijurídica -en casos determinados por la propia ley societaria ([arts. 18, 19, 54 ter, 94.5, 96, 99](#) y otros, LGS; [144, 167](#) y otros, CCC)-, una acción u omisión imputable al legitimado pasivo de responsabilidad y un nexo causal generador del daño.

Venimos sosteniendo que la quita en concurso de sociedades es por lo menos abusiva, sino en fraude a la ley si se ha acreditado la pérdida del capital social.<sup>43</sup>

Sin duda convergeremos en la aceptación de que las crisis de sociedades no están reguladas solo por el derecho concursal, sino que debe formalizarse en cada legislación la integración interpretativa referida. A su vez, que el proceso concursal no puede constituirse en un fraude a la ley societaria. Algunos entienden que ello se evita con un “esfuerzo compartido”.

Impone señalarse que el “esfuerzo compartido” implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita -y ulterior acuerdo-, unido a esperas que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar la sociedad. Así lo ha sostenido Daniel Truffat<sup>44</sup>. Bernardo Carlino también formula su opinión en similar sentido<sup>45</sup>.

Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social y la quita de los acreedores también, pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para la misma y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

Es un gran avance entre los que no objetan las propuestas de quitas en concursos de sociedades, y los que las rechazamos. Un puente de encuentro. La irrupción de nuestras ideas se puede advertir en la propuesta en el caso Vicentin, su rechazo en primera instancia y su aceptación en segunda, con un final aún abierto ante una pseudo capitalización, sobre lo que trataremos de seguido.

La idea es que más vale prevenir que curar, actuando preventivamente, dentro de lo posible en el marco de la negociación privada y ante la intolerancia o imposibilidad en sede judicial. Y por sobre todo con buena fe ([art. 9, CCC](#)). El Código remarca esta visión, al determinar el orden de aplicación

---

<sup>42</sup> Puede verse jurisprudencia en Richard, Efraín H.: “La pérdida del capital social, el daño a los acreedores y la responsabilidad de administradores y socios a la luz del Código Civil y Comercial y la ley general de sociedades” en “Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación” - Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas” - abril/2016 - pág. 565 (parte 2: “Análisis crítico de jurisprudencia”)

<sup>43</sup> Richard, Efraín H.: “Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley” - LL - T. 2014-D - 6/6/2014 - págs. 1/6.

<sup>44</sup> Truffat, Daniel E.: “El derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial” - Revista de las Sociedades y Concursos - Ed. Fidas - abril/2016 - año 16 - 2015 - pág. 85, que, al invitar a nuestra respuesta, la generó en la misma Revista (pág. 99) en “Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)”.

<sup>45</sup> Carlino, Bernardo P.: “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida” - Crisis y derecho - IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - T. I - pág. 121.

de normas a las personas jurídicas privadas, en su [artículo 150 del CCC](#), que da prioridad a las imperativas de la ley de sociedades y recién en su apartado c) se refiere a las “*normas supletorias de las leyes especiales*” -que sin duda no pueden alterar a aquellas imperativas-.

Si es una obligación por norma imperativa de administradores y socios ante la pérdida del capital social capitalizar o liquidar. Recurrir al concurso preventivo -que no es una obligación legal- para incumplir aquella prevención de ley especial, imponiendo la patrimonialización por quita a los acreedores, estamos frente a un fraude a la ley ([art. 12, CCC](#)).

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios; el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor, lo que podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

El tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, si no se ha producido la pérdida real del capital social, pues habría abuso de derecho, pues solo sería necesaria una espera<sup>46</sup>. Si hay abuso, el juez debería aplicar la norma del [artículo 10 del Título Preliminar](#): “...*el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. En el caso de una sociedad, continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social. Si hay fraude, la norma será la del [artículo 12 del Título Preliminar del CCC](#); se refiere al “orden público” y al “fraude a la ley”: “...*el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

La disposición del artículo [52.4 de la LCQ](#) le impondrá al juez la indubitable resolución sobre si existe abuso de derecho o fraude a la ley, y ello no puede limitarse al análisis de la ley concursal, sino de todo el sistema jurídico y, particularmente, conforme al [artículo 150 del CCC](#) a la ley societaria específica. Por eso el Síndico en el informe general del art. 39 LCQ, no debe limitarse a indicar si el capital original ha sido suscripto, sino si existe una infrapatrimonialización y los socios han eludido las opciones imperativas del art. 96 LGS.

Si la judicatura se encuentra en un concurso en un dilema entre homologar una propuesta aceptada con quitas, en indudable fraude a la ley societaria, siempre tendrá la posibilidad de abrir a una segunda oportunidad en interpretación amplia del [artículo 48 de la LC](#) o imponer a través de la llamada “tercera vía”<sup>47</sup> la solución del [artículo 96 de la LGS](#).

Véase como anticipo de estas teorías las resoluciones dictadas en el caso “Díaz Querini” y “KLP Emprendimientos SA”, en donde los Tribunales negaron la verificación como quirografarios de indubitados préstamos de los socios a la sociedad, reprochándoles no haber capitalizado a la misma y reconociéndolos como subordinados -como si hubiera sido un aporte de capital- y negándoles el derecho de aceptar la propuesta. En “KLP Emprendimientos Sociedad Anónima p/megaconcurso” - 3er. Juzg. de Procesos Concursales Primera Circunscripción Judicial Poder Judicial Mendoza - 22/4/2016, el juez Pablo González Masanes apuntó: “...ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS...”

<sup>46</sup> Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.

<sup>47</sup> Richard, Efraín H. en Nissen, Ricardo A.: “La llamada tercera vía en concurso de sociedades: ¿salvavidas o cobertura de abuso de derecho?” - Ed. Legis - Revista de las Sociedades y Concursos - 2014 - año 15 - pág. 3-.

*...Las constancias de autos demuestran - y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer - que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcripto anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC. y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infracapitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infracapitalización o - como sostiene esta visión - infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infracapitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal - VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCC; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-acreedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común... que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria solo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas - particularmente los de control -. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcuralidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal - VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152) ...".*

Apunta a esos efectos el fallo recaído en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" - CNCOM - SALA C - 31/05/2012 , de donde extractamos: "Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue -y aun cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica - como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, estos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo

*debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, solo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-...".* Firman E. R. Machín, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva.

## 16. MEDITANDO.

**Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros. Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores.**

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis -la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión.<sup>48</sup>

No hay duda de que la pérdida del capital social, cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación, aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay "recomposición" o reintegración del capital social o su aumento, desaparece todo problema, aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? Sin duda, los socios con la opción imperativa prevista en el artículo 96 de la LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores "capitalizando el pasivo" ([arts. 96 y 197, LGS](#)), también previsto en el [artículo 43, párrafo 2, LC](#): "capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...".

Exprofeso, no ingresamos a un tema que hemos tratado y genera polémicas, que responde a la aplicación de las previsiones de los [artículos 1710 y ss. del CCC](#), enrolándose en la política educacional que deberíamos practicar junto a los asesores económico-contables de prevenir que socios y administradores asuman responsabilidad.<sup>49</sup>

*Formulamos algunas **meditaciones finales**, porque se compromete más análisis. Uno de dogmática pedagógica de revisar cómo se enseña el derecho de sociedades y el derecho concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el derecho de la responsabilidad, conviniendo que no debería imponerse responsabilidad como sanción, sino dentro de la teoría general de la responsabilidad, con base subjetiva de culpa o dolo, por acción u omisión causante de daño, con relación de causalidad,*

<sup>48</sup> Miola, Massimo: "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital" - Rivista delle Società - 2005 - 50-1199 - fasc. 6 - pág. 1310.

<sup>49</sup> Rodríguez Rivas, Rodolfo F. en Antoni Piossek, Carlos R. y Carlino, Bernardo P. (Dirs.): "Función preventiva de la responsabilidad frente al estado de insolvencia de la sociedad comercial, según los lineamientos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" en AAVV: "El derecho comercial a 200 años de la declaración de la independencia" - Ed. Universidad Nacional de Tucumán - mayo/2016 - pág. 393.

*derivado de una conducta antijurídica, o por incumplimiento de obligaciones fijadas por la ley –art. 99 LGS-*

**Todo un nuevo panorama para integrar normas y afrontar conductas, y sobre todo para alentar la seguridad de las inversiones en nuestro país, cumpliendo la labor de consejeros técnicos, junto a los profesionales de ciencias económicas, para que socios y administradores no asuman responsabilidad.**

**Indudablemente quedan muchísimas cuestiones entrelíneas, algunas de las cuales hemos esbozado, pero el tema central ha sido enfrentado, cuando no desbordado.**

La enseñanza del derecho mercantil es frustrante, particularmente en las materias introductorias a la disciplina, ignorándose la realidad, tanto por su contenido como por la modalidad con que se imparte en la mayoría de los casos. Vemos ahora las estafas piramidales, donde los estafadores no podrán ser localizados por la falta de trazabilidad y serán imputados unos imprudentes ciudadanos comunes.

La justicia lenta, tanto en ejecuciones individuales como en concursos y quiebras, frustran la seguridad jurídica y las inversiones que pretendemos, y los contratos autónomos amparan a los contratantes con posición dominante y asfixian a la pequeña y mediana empresa. El proceso es demasiado rígido, lento y burocrático -se genera la montaña de papeles y los costos improductivos tanto para el Estado como para los particulares-, por lo cual se produce una separación y ruptura entre lo que sucede en la vida práctica y real y lo que ofrece el orden jurídico. Con el resultado contradictorio de que la aplicación del Derecho en la esfera mercantil se abandona, en buena parte, a la buena voluntad y a la honradez de los sujetos, porque el comerciante prefiere, en general, anular un negocio antes que iniciar un proceso de cumplimiento. Dejados de lado los usos y costumbres de los comerciantes y la justicia inmediata, han desaparecido.

El método de cambio usado en la construcción del sistema jurídico tradicional y en las ecuaciones economicistas, que es muy útil, nos distrae en la atención globalizadora del comportamiento humano con una "economía de mercado" mientras los "operadores" del mercado satisfacen sus proyecciones ocupando una franja superior, ordenadora y aseguradora de sus intereses, incluso fuera del mercado. "La competencia y la competitividad no agitan a las empresas y los mercados en la medida que se dice y sobre todo como se dice. Las redes mundiales, transnacionales, están demasiado entrelazadas, enredadas, vinculadas entre sí para que ello suceda. Se trata más bien de pretextos para disimular un interés común a toda la economía privada, interés que radica precisamente en estas ventajas privilegios, exigencias, permisibilidades a las cuales ella dice estar sometida debido a rivalidades temibles, amenazantes. Se trata de un conjunto de alianzas dentro de un mismo programa, una voluntad común, magistralmente administrada" <sup>50</sup>.

Las nuevas relaciones se construyen a través de una "unidad compleja de interés", donde se suman una serie de relaciones que no existen la una sin la otra<sup>51</sup>.

¿Y el futuro del derecho mercantil para colaborar al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema? En primer lugar, una adecuada

<sup>50</sup> FORRESTER, Viviane *El horror económico*, Ed. Fondo de Cultura Económico, Buenos Aires 1997, correspondiendo la 1a. edición en francés al año 1996, pág. 136.

<sup>51</sup> LIPARI, Nicolo citado por GHERSI, Carlos A. en *Contratos civiles y comerciales* tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, pág. 35.

regulación de las relaciones de organización, promoviendo los negocios. Esto no puede ser disponible ni para las sociedades extranjeras<sup>52</sup>.

La tendencia en la construcción de un nuevo derecho mercantil debería basarse en volver a lo que justificó su nacimiento. La cuestión debería sostenerse a lo que ha dado en llamarse la "Economía del Derecho", dictando menos leyes, pero más efectivas, por lo menos en el campo de las relaciones de organización, bajo el principio de "libertad bajo responsabilidad" ante el uso abusivo de las técnicas de imputación (personificadas o patrimonializadas).

Deberíamos pensar en generar un derecho concursal que anticipe las crisis, incentivando la presentación temporánea o la adopción de las medidas previstas en la legislación societaria a sus administradores, facilitando la promoción de acciones de responsabilidad contra los mismos. Debe sostenerse la responsabilidad de administradores societarios y grupo de control, cuando continúan el giro y toman crédito sin planificar su reembolso, incluso con la mera presentación en concurso frente a los acreedores posteriores a aquellas circunstancias.

Por el economicismo y ruptura ética la globalización ha creado un sistema de inseguridad y de sectorización social, y no se advierten proyectos legislativos que palien la cuestión y la enfrenten estructuralmente, aunque técnicamente aparezcan como "productos" o técnicas de avanzada. Proyectos o leyes como el de factura de crédito se frustraron por la actitud de los contratantes dominantes, y las leyes de lealtad comercial, antimonopolio, defensa del consumidor no parecen desalentar las conductas desorbitadas, a las que no afectan las acciones individuales.

El tema toma otras características en caso de acuerdo predatorio homologado- No quiera sostenerse que la responsabilidades generadas se han extinguido por la homologación por haberse eliminado la antijuridicidad; este tema ha sido bien tratado, compartiendo una tesis esbozada pues no parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios, por ejemplo de la derivada del art. 99 LGS concordando genéricamente con Boretto<sup>53</sup>. Es que es un tema apasionante la responsabilidad por el daño sufrido por quitas en concurso de sociedades -que trasladamos a cualquier pérdida que debiendo asumir los socios se intente trasladar a los acreedores-, específicamente en orden a que los que accionan son acreedores que no votaron favorablemente la propuesta. Dos aspectos se contraponen: el acreedor podría sostener que votó la propuesta para salvar el emprendimiento, siendo un proveedor, pero que el perjuicio a la sociedad lo generó el administrador o el socio controlante, por ejemplo, con un *leverage buy out*. En el medio las circunstancias del caso, la buena fe comercial, la actitud de la misma sociedad con relación a los causantes del daño, aunque no accionen contra ellos, las manifestaciones del acreedor vinculadas al voto, particularmente antes de dar su aceptación. Sin duda un espacio abierto a la Justicia.

Por otra parte, el fallo de la Suprema Corte de Justicia en el caso "Provincia de Chubut c/ Yacimientos Carboníferos Patagónicos<sup>54</sup>". Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un "*leverage buy out*" en su exclusivo beneficio. "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden

---

<sup>52</sup> Pues constituye el orden público interno, lo que ahora es desconocido en los negocios en participación o personificando relaciones negociables en común.

<sup>53</sup> BORETTO, Mauricio "Responsabilidad por presentación tardía en concurso" en obra colectiva citada tomo III p. 2087.

<sup>54</sup> Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia de Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°. Tal argumentación aleja la posibilidad de que una antijuridicidad se vuelva lícita sin la existencia de una expresa norma absoluta. Y se conforma al principio de legalidad y diálogo de fuentes al que hemos sido convocados.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho. Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño<sup>55</sup>, o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

Actualmente nos encontramos en el estado de la sorpresa, de cierta decadencia... Ya no se buscan tantos pretextos ni excusas: se da por consolidado el sistema. Basado en el dogma de la ganancia, que está más allá de las leyes y las desregula a voluntad... Es sólo el comienzo. Hay que estar muy atentos a esta clase de comienzos: al principio no parecen criminales, ni siquiera peligrosos. Se desarrollan con el acuerdo de personas encantadoras, de buenos modales y sentimientos que no matarían a una mosca<sup>56</sup> y por otra parte ... consideran lamentables, pero ¡ay!, inevitables, ciertas situaciones, y no saben aún que es en ese momento, en ese preciso momento, cuando se escribe la Historia, esa que no advirtieron cuando se estaba tramando, cuando sucedían las primicias de esos sucesos que más adelante considerarán "inenarrables"<sup>57</sup>. La pérdida de la seguridad urbana es parte de esa historia, así también el uso de emisión monetaria para satisfacer necesidades reales y políticas de saqueo.

En punto a volver al viejo corazón del derecho comercial, se trata de volver a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio "adjetivo", tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las COSTUMBRES y en el hábito o tendencia<sup>58</sup>. Claro que alejándonos de las actuales costumbres contra *legem* en los concursos de sociedades, donde casos como el

---

<sup>55</sup> CASEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Edición Actualizada. Ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 1992, tomo II pág. 395 y ss.

<sup>56</sup> Es el momento de recordar el discurso que pronunció Paul Valéry en la Academia Francesa acerca de la virtud: "Virtud, señores, la palabra virtud ha muerto, o por lo menos está a punto de extinguirse. A los espíritus de hoy no se muestra como la expresión de una realidad imaginable de nuestro presente.... Yo mismo he de confesarlo no la he escuchado jamás y, es más, sólo la he oído mencionar en las conversaciones de la sociedad como algo curioso o con ironía. Podría significar esto que frecuento una sociedad mala sin no añadiese que tampoco recuerdo haberla encontrado en los libros más leídos y apreciados de nuestros días; finalmente, me temo no exista periódico alguno que la imprima o se atreva a imprimirla con otro sentido que no sea el del ridículo. Se ha llegado a tal extremo, que las palabras "virtud" y "virtuoso" sólo pueden encontrarse en el catecismo, en la farsa, en la Academia y en la opereta".

<sup>57</sup> Hemos seguido textualmente a FORRESTER, Viviane "El horror económico", edición Fondo de Cultura Económica 1997, correspondiendo a la 1ª. Edición en francés al año 1996, pág. 154.

<sup>58</sup> Cfme. FERRATER MORA, José "Diccionario de Filosofía", tomo II p. 1057. Los usos o prácticas fijados en la Convención de Viena de Mercaderías ley 22.765 y también en el Uniform Commercial Code, en cuanto los usos sean razonables., e igualmente la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, que acepta la aplicación de los usos y costumbres con la finalidad de realizar las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

concurso de Vicentin S.A. es una muestra variada de esa línea, pese a los particulares esfuerzos de un juez de provincia, de nuestro interior profundo.

El término ética deriva del griego, y un viejo diccionario enciclopédico la vincula a los "*hábitos y costumbres para la práctica del bien*", y es a lo que debemos volver..., particularmente de nuestras instituciones. He tratado de no salpicar al introducirme en el barro...

Córdoba, 24 de octubre de 2024.

**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 incontrastable 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 incontrastable 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 expedido<sup>378</sup> 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

---

<sup>378</sup> 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 Rosario<sup>379</sup>: *“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 Heredia<sup>380</sup>, 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.

---

<sup>379</sup> 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.

<sup>380</sup> 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 LCQ<sup>381</sup>, 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 práctica<sup>382</sup>

Algunas opiniones doctrinarias sostienen que bastaría la ratificación por parte del órgano de gobierno de la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los administradores”.<sup>383</sup> 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 autorizaría<sup>384</sup> 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.

---

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

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

<sup>383</sup> 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

<sup>384</sup> 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 adquiriera 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 grupo<sup>385</sup>.

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*".

---

<sup>385</sup> 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 acuerdo<sup>386</sup>.

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 deudores<sup>387</sup>.

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

<sup>386</sup> 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.

<sup>387</sup> 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-obligados<sup>388</sup>.

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)<sup>389</sup>.”

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.

---

<sup>388</sup> 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 decisivo 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<sup>º</sup> CC La Plata, in re: CONDE, Juan José s/ Concurso Preventivo pequeño, Sentencia del 4/4/24).

<sup>389</sup> 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 Gebhardt<sup>390</sup> 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. Raspall<sup>391</sup> 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”*. Rivera<sup>392</sup> 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*

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

<sup>391</sup> RASPALL, Miguel A.: “Derecho Preconcursal 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.

<sup>392</sup> 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 belga<sup>393</sup>**, 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 determinado<sup>394</sup> 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

---

<sup>393</sup> 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”.

<sup>394</sup> 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 empresarial 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 Boquín<sup>395</sup>, 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 anual<sup>396</sup>. 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

---

<sup>395</sup> 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.

<sup>396</sup> RICHARD, Efraín Hugo “El plan de empresa. Ética 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 concursadas<sup>397</sup>. 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*<sup>398</sup>.

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.

---

<sup>397</sup> 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.

<sup>398</sup> 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 empresa<sup>399</sup> 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 quita<sup>400</sup>, 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

<sup>399</sup> 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.

<sup>400</sup> 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 menester<sup>401</sup>.

**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). Gebhardt<sup>402</sup> 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 Vaiser<sup>403</sup> 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 ponencia<sup>404</sup> 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:

---

<sup>401</sup> 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”.

<sup>402</sup> 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”.

<sup>403</sup> 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”.

<sup>404</sup> 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 acreedores<sup>405</sup>.

## 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 mediante 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

---

<sup>405</sup> 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"<sup>406</sup>. 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."<sup>407</sup> 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.

---

<sup>406</sup> 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.

<sup>407</sup> 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”<sup>408</sup>, 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.

---

<sup>408</sup> 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 societario<sup>409</sup> 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 administración<sup>410</sup> 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.

---

<sup>409</sup> 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.

<sup>410</sup> 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”<sup>411</sup> 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 doctrina<sup>412</sup> 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 responsabilidad<sup>413</sup>

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.

---

<sup>411</sup> 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”

<sup>412</sup> 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.

<sup>413</sup> 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 [...]”<sup>414</sup>.

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

---

<sup>414</sup> 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 acreedores<sup>415</sup>.

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”<sup>416</sup>.

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 antifuncional<sup>417</sup>.

---

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

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

<sup>417</sup> 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 circunstancial<sup>418</sup> 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

---

<sup>418</sup> 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 comparado<sup>419</sup> y aun en los Tribunales<sup>420</sup> 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 defenderse<sup>421</sup>.*

Y sobre la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa se pronunció<sup>422</sup>: *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*

---

<sup>419</sup> 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

<sup>420</sup> 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.

<sup>421</sup> 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

<sup>422</sup> 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 personificada<sup>423</sup> 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.<sup>424</sup>

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 prelacións normativas previstas en los artículos 150 y 1709 del mismo ordenamiento que también así lo demandan.

---

<sup>423</sup> 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.

<sup>424</sup> 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.<sup>425</sup>

- 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 activos<sup>426</sup>

- 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)*<sup>427</sup>

- 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.<sup>428</sup>

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

---

<sup>425</sup> [https://www.consejo.org.ar/storage/attachments/RECOPIACION\\_DE\\_FALLOS\\_162.pdf-PNQJrLrVpl.pdf](https://www.consejo.org.ar/storage/attachments/RECOPIACION_DE_FALLOS_162.pdf-PNQJrLrVpl.pdf)

<sup>426</sup> <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>

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

<sup>428</sup> <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 presencial<sup>429</sup> 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.”*<sup>430</sup>

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:

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

<sup>430</sup> (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.<sup>431</sup>

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.<sup>432</sup>

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.*”<sup>433</sup>

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*

---

<sup>431</sup>Florencia 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>

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

<sup>433</sup> 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)”<sup>434</sup>*

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 petitionada, 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.<sup>435</sup>

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”<sup>436</sup>.

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

---

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

<sup>436</sup> 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 6 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 público<sup>437</sup>.

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

---

<sup>437</sup> 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 innecesidad 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.<sup>438</sup>

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.<sup>439</sup>

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

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

<sup>439</sup> 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)”.<sup>440</sup> 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,

---

<sup>440</sup> 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.<sup>441</sup>

#### 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”.

---

<sup>441</sup> 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.<sup>442</sup>

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

---

<sup>442</sup> 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 2021<sup>443</sup>

**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

---

<sup>443</sup> 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 que<sup>444</sup> 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 complementado<sup>445</sup>: *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: determinó<sup>446</sup> 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

---

<sup>444</sup> 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>).

<sup>445</sup> CSJN: Fallos: (230:304).

<sup>446</sup> 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 otro<sup>447</sup>. 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 Boquín<sup>448</sup> (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

---

<sup>447</sup> 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.

<sup>448</sup> BOQUÍN, Gabriela Fernanda: “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19”, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA Deconomi, 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 estado<sup>449</sup>, 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.

---

<sup>449</sup> 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.

**SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV****Bruno CHIARAMELLO****I- INTRODUCCIÓN**

En primer lugar, podemos comenzar haciendo referencia sobre el avance legal en cuanto al régimen societario y este tipo de sociedades, anteriormente conocidas por doctrina como sociedades “de hecho”; “irregulares”, etc.

1° Momento. La Ley de Sociedades Comerciales - Ley N° 19550 del año 1972 donde la autonomía de la voluntad no es muy bien vista, por lo que podemos hablar de una autonomía de la voluntad reducida;

2° Momento. Con la reforma del año '84. Aún se mantiene la rigidez en cuanto a este tipo de sociedades, recordemos que el Art. 17 fulminaba con la nulidad a aquella sociedad que no se constituya conf. tipos autorizados y que la omisión de requisitos esenciales no tipificantes hacía anulable el contrato. Además, que el régimen de responsabilidad era mucho más gravoso;

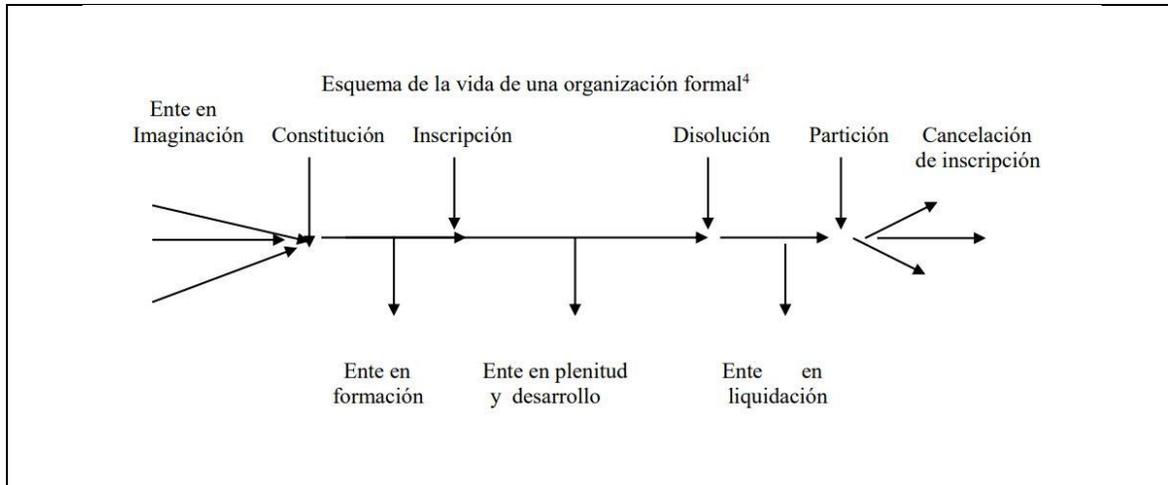
3° Momento. Con la modificación LSC (Ley de Sociedades Comerciales) del año 2015 por ley N° 26.994 se produce la ampliación de la autonomía de la voluntad, y es aquí donde se ve su reflejo, en la denominada “Sección IV” (preexistente a la reforma);

4° Momento. El intento de reforma del año 2019 perdió estado parlamentario. Tiene este carácter de flexibilidad y está ante la autonomía de la voluntad social. En su Art. 21 incluso admite la posibilidad que ante la omisión de las exigencias legales en cuanto a los tipos societarios se rijan de manera supletoria por las sociedades colectivas; menciona a las sociedades de hecho, las constituidas durante la vigencia del CC, es así que reconoce a la sociedad civil.

**II- SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV**

<b>DISTINCIÓN</b>	
<b>Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos y aquellas sociedades en formación o en proceso de registración según LGS</b>	<b>Sociedades de hecho o irregulares antes de la reforma a la Ley de Sociedades Comerciales</b>
<i>“SOCIEDADES INCLUIDAS. ARTICULO 21. – La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II [...]</i>	<i>Ex. Art. 21. Sociedades incluidas. Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que</i>

<p><i>“Capítulo II de las Sociedades en Particular - (S.A.;S.R.L.;S.C.S.; S.C.A.; S.C.e.I)”</i></p> <p><i>“... que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.”</i></p> <p>O bien que</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- omitieron requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes;</li> <li>- comprenden elementos incompatibles con el tipo legal;</li> <li>- y aquellas que no se inscribieron de forma regular</li> </ul> <p>Aquellas que faltan inscribirlas, en el plazo de 20 días (más 30 adicionales Art. 6 Ley N° 19.550 cuando resulte excedido para el normal cumplimiento de los procedimientos) so pena de pasar a ser regidas por la “Sección IV” del capítulo I. Sin que esto obste a la subsanación a posteriori y de forma tardía Art. 25. Transitan el periodo comprendido entre su instrumentación y su inscripción registral, puede realizar actos per se, ya que conforme al CCYC la sociedad no existe desde la inscripción (ya que tiene carácter DECLARATIVA), sino desde su acto constitutivo celebrado Art. 142 CCYC, donde se produce el efecto de separación patrimonial - su “personalidad jurídica diferenciada”.</p> <p><b>ARTICULO 142.- Comienzo de la existencia.</b> <i>La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.”</i></p> <p>Pudiendo la sociedad ser centro de imputación de los actos que se realicen - dentro de los límites previstos - posibilidad de corrimiento del velo jurídico Art. 54.</p>	<p><i>no se constituyen regularmente, quedan sujetos a las disposiciones de esta sección.”</i></p> <p>SOCIEDADES IRREGULARES (sentido genérico):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- DE HECHO: No se instrumentaron o el instrumento resulta insuficiente para determinar el tipo societario. Tienen una “existencia precaria” (ya no se habla más en este sentido) o “de hecho” una suerte de unión de facto entre 2 o más personas para explotar de manera común una actividad económica con personalidad jurídica desde el acto constitutivo no obsta, luego su regularización. Son socios en virtud del cual su objeto comercial, su emprendimiento su dinámica comercial no está plasmada en algún instrumento orgánico en algún documento del cual se permiten inferir todos sus derechos, pero también todas sus obligaciones. Es decir, tiene los elementos básicos de una sociedad la intención de desarrollar una actividad en común, la formación de un fondo social con aportes de los socios, la decisión de participar en beneficios/pérdidas, pero no se constituye con los recaudos formales e instrumentales exigidos por la ley.</li> <li>- IRREGULARES: Sociedades típicas constituidas por escrito sin inscribir o que adolecen de un vicio de forma. (SENTIDO STRICTO). La sociedad irregular en cambio es comercial por su forma según los criterios establecidos por la ley en los artículos que ella misma plantea, ya que se caracteriza por ser una sociedad organizada de acuerdo a uno de los tipos previstos por la ley, pero con apego a las exigencias formales (Arts. 4 -11) no obstante ha omitido la inscripción en el registro público de comercio.</li> </ul>
--	--



Ex. Art. 17	Regulación actual
<p><b>ARTICULO 17.</b> — <i>Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial.</i></p>	<p><b>Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales.</b>  <b>ARTÍCULO 17.</b> — <i>Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.</i></p>

Entonces concluimos que conf. a los Arts. 17 y 21 de la LGS: Se elimina la nulidad por atipicidad, ósea que ahora no tiene sanción legal, al igual que sucede con la anulabilidad por requisitos no tipificantes.

Es decir, aquellas sociedades que:

- no se inscribieron de forma regular
- omitieron requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes;
- comprender elementos incompatibles con el tipo legal (ej. S.A. donde de disponga que su órgano de gobierno es una gerencia o una S.R.L. sea un directorio).

Y que, en caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida:

- No produce los efectos regulares inherentes de acuerdo a su tipo;
- Queda regulada por la "Sección IV".

Antes de la reforma la omisión de los requisitos esenciales tipificantes producía la nulidad del contrato y la omisión de requisitos esenciales no tipificantes lo hacía anulable, pero susceptible de ser confirmado.

Esto es una prueba que la aspiración del legislador es estar a favor de la prosecución de la actividad societaria y de la empresa. Así podemos relacionar lo dicho con el Art. 100 in fine, que, si bien refiere en cuanto a las causales de disolución, es un indicio más a la idea de la conservación y prosecución societaria, ósea el principio de conservación de la empresa, que se expresa y manifiesta en todo el cuerpo normativo.

*“Art. 100 [...] Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.”*

Nissen considera incluidas a las sociedades de hecho dentro de las normas de la Sección IV, aunque con la salvedad que no todas las normas allí previstas son aplicables a las sociedades de hecho.

En cuanto a la personalidad. Estas gozan de plena personalidad jurídica y son sujetos de derecho contando con un patrimonio independiente y una concreta actividad societaria.

Nissen refiere que el reconocimiento de la personalidad jurídica a estas entidades depende de su existencia como sociedad. En el caso de tratarse de personas jurídicas que no están inscriptas hay que encontrar elementos que nos permitan identificarlas como sociedad, tales como:

- una organización mínima;
- estructura de la cual se pueda inferir la existencia de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, pudiendo imputarse
- permitiendo la deliberación en órganos dispuestos a tal fin

El Art. 26 ratifica la personalidad jurídica diferenciada.

*“Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. ARTICULO 26. — Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables.”*

Así los dispone el que hace referencia a cómo deben entenderse las relaciones entre los acreedores sociales y particulares.

Y hacemos referencia al Art. 142 CCYCN ya mencionado ut supra.

*“Sociedades incluidas. ARTICULO 21. — La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.”*



Con la finalidad de establecer las sociedades comprendidas por esta regulación, se mencionan las siguientes:

a) Sociedades atípicas: las que no reúnen los requisitos tipificantes, incluye de por sí a las sociedades civiles.

b) Sociedades que omitan requisitos esenciales: tanto las que omitan requisitos tipificantes como no tipificantes esenciales.

c) Sociedades informales: las que incumplan con las formalidades exigidas por la ley, contempla los vicios de instrumentación, de publicación o inscripción.

### ***Régimen Legal General***

- Oponibilidad del contrato: el contrato social rige plenamente entre los socios, porque puede ser invocado entre ellos y respecto de la sociedad. En lo que respecta a la invocabilidad contra terceros, vale recordar que la justificación de la tipicidad pasa desde siempre por la tutela de ese interés, ya que, por la sola referencia del tipo, los terceros contratantes con la sociedad conocen anticipadamente las características esenciales del ente. En estas sociedades, el contrato social sólo es oponible a terceros si se prueba el conocimiento efectivo por parte de ellos al momento de la contratación o del nacimiento de la relación obligacional. Atento a la naturaleza de la sociedad, a esa prueba se le debe conferir la misma amplitud y libertad que para acreditar la existencia de la sociedad. Los terceros, por su parte, pueden invocar el contrato social frente a la sociedad, a los socios y frente a los administradores. La flexibilidad que presenta la norma nos indica que los efectos del contrato tienen plena vigencia entre los propios socios.

- Administración y gobierno: queda claro que ningún socio puede obligar a los demás ni tampoco administrar en nombre de ellos sin nombramiento específico o autorización y, menos aún, a despecho de eventuales disposiciones contractuales sobre la persona del representante, como daba lugar el régimen derogado. Del mismo modo, cualquiera de los socios representa a la sociedad frente a terceros exhibiendo el contrato que lo habilita. Se puede prescindir de la exhibición si se puede probar fehacientemente que los terceros conocían la disposición contractual al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. Las relaciones entre socios y respecto de terceros se rigen por las disposiciones de este Capítulo, por las reglas particulares de la Sociedad Colectiva y las normas sobre personas jurídicas del CCCN.

*“Régimen aplicable. ARTICULO 22. — El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores [...]”*

El principio general de oponibilidad del contrato social que hoy gobierna el régimen de las relaciones internas en esta clase de sociedades supone así mismo respetar las decisiones de los socios adoptadas orgánicamente cuya obligatoriedad es consecuencia de esta regla. Refiere a que los socios podrán reclamar a la sociedad el cumplimiento de sus derechos y exigirse entre ellos y sus administradores el cumplimiento de las obligaciones que impone la relación societaria como, por ejemplo, el poder reclamar la adecuación de su conducta al interés social, la exclusión del socio, etc.

La oponibilidad frente a terceros puede depender del grado de conocimiento que los terceros tengan siendo la prueba de esto a cargo de la sociedad o de los socios (más allá de los defectos que el contrato pueda presentar, de la atipicidad del modelo escogido, o la ausencia de la inscripción del contrato en el registro público).

En el anterior régimen cualquiera de los socios:

- Podían obligar a la sociedad lo autorice o no el contrato;
- No podían invocar defensas nacidas del contrato social;
- Los socios y los que contrataron en nombre de la sociedad quedaban obligados solidariamente por las operaciones sociales;
- Cualquier socio podía solicitar sin invocación de causa y en cualquier momento las disoluciones de la sociedad con el solo requisito de notificar esta voluntad a los demás socios, quedando la sociedad disuelta de pleno derecho con tal notificación;
- Podían recurrir al procedimiento engorroso de regularizar aquella sociedad irregular.

La norma deroga un importante aspecto del régimen sancionatorio relativo a la irregularidad societaria dispuesto por el texto original de la 19550 y morigerado por la reforma que se introdujo en el 1983 modificando gran parte de los supuestos de nulidades societarias en especial a aquellas que son relativas a la ausencia de elementos y requisitos tipificantes y no tipificantes de modo de construir un nuevo sistema societario en el cual

1- la tipicidad deja de ser un supuesto en nulidad societaria

2- la ausencia de elementos o requisitos no tipificantes deja de constituir una causal de anulación de la sociedad

3- la falta de inscripción del contrato en el registro público deja de constituir un supuesto sancionatorio de la irregularidad societaria para configurar un mero supuesto de no regularidad no tiene otra consecuencia que privar de plena oponibilidad frente a los terceros de las cláusulas contenidas en el contrato social o en el estatuto no inscrito derivando los eventuales efectos a lo dispuesto en la sección cuarta del capítulo 1.

*Representación: administración y gobierno. ARTICULO 23. — Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica. En consonancia con el art 22 referido ut supra.*

- Bienes registrables: se revierte el criterio que impedía a los entes irregulares y de hecho ser titulares de bienes registrables. La simple sociedad puede ser titular de bienes registrables a tenor de los recaudos que establece el artículo. En ese orden, el reconocimiento de la existencia de la sociedad con expresión de las facultades de su representante y la proporción de la participación de los socios es todo lo que la ley exige, de modo que puede ser cumplido aún por las sociedades sin contrato escrito.

*“...Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.”*

- Prueba de la existencia de la sociedad:

*“... Prueba. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.”*

El art 23 en su párrafo final adopta idéntica solución a la prevista en el art derogado aceptando como prueba de que las sociedades incluidas en la sección IV pueden ser acreditadas por cualquier medio de prueba. Parece indicar que no existiría restricción respecto de los medios de prueba necesarios para acreditar la existencia de las sociedades no constituidas regularmente. Y guarda concordancia con el Art. 1019 CCYC.

- Responsabilidad de los socios: el principio general es la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales. Es decir que, excutidos los bienes sociales, el pasivo remanente será soportado por los socios según su porción viril, por partes independientes, consideradas de este modo deudas distintas unas de las otras. Se admite, no obstante, que la responsabilidad pueda resultar solidaria entre los socios o entre ellos y la sociedad o mancomunada con una proporción distinta entre socios. Ello así, por vía de excepción cuando convenga expresamente respecto de una relación contractual o un conjunto de ellas. La solidaridad puede surgir directamente si es la regla común del tipo que los socios pretendieron adoptar.

*“Responsabilidad de los socios. ARTICULO 24. — Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.”*

### III- SUBSANACIÓN

Las sociedades no constituidas conforme a un tipo previsto, que omiten requisitos esenciales o que incumplen formalidades, pueden subsanar dicha situación conforme con el artículo 25 de la LGS.

A esos fines, el artículo 184 de la resolución general IGJ 7/2015 establece los diversos requisitos a cumplir, partiendo de la base en que al subsanar se "adopta" un tipo social.

Subsanación: El instituto tiene que ver con la subsanación de los vicios sustanciales o formales que determinaron la inclusión de la sociedad en este régimen para poder permitir su continuidad hacia la adecuación de la estructura societaria a alguno de los tipos del Capítulo II. Este artículo emplea una fórmula válida solo para cuando la sociedad cuente con un contrato escrito, con elección de un tipo. En cuanto a la legitimación, la sociedad o los socios individualmente puede solicitar la subsanación por los canales orgánicos, reunión de socios o asamblea, en cualquier momento durante el periodo de duración de la sociedad. La decisión se adopta por unanimidad. Es requisito ineludible agotar la vía interna. En defecto de este acuerdo unánime, la subsanación puede ser ordenada judicialmente a través de un proceso sumarísimo. En todo caso, el juez puede suplir la falta de acuerdo sin imponer, por ejemplo, en la elección del tipo, mayor responsabilidad a los socios que no la consientan. De todos modos, la ley le confiere al socio que no la consienta el derecho de receso.

Cuando no medie estipulación del plazo, cualquiera de los socios, en cualquier momento puede solicitar a los demás la regularización o la disolución de la entidad por medio fehaciente. En el caso de la disolución se producirá ipso iure a los noventa días de la última notificación, salvo que los socios restantes decidan y puedan continuar con la sociedad, abonando al socio saliente el valor de

su participación en dinero o bienes. La decisión debe ser adoptada antes de que se cumpla el plazo de 90 días, no obstante, es admisible la reconducción posterior.

Liquidación: la liquidación de la sociedad se llevará a cabo según las disposiciones del estatuto, si es que existiera, y por las reglas de la LGS, con lo cual, es admisible, si así se lo ha previsto, que pueda liquidarse por simple rendición de cuentas de los administradores.

En cuanto a las relaciones entre los acreedores sociales y particulares de los socios: se establece la separación patrimonial de los bienes afectados a la sociedad. El cambio sustancial con respecto a la situación anterior es la incorporación de esta división a los bienes registrables, solidificando la estructura de la simple sociedad como base de emprendimientos estables.

*“Subsanación. ARTICULO 25. — En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los DIEZ (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. Disolución. Liquidación. Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los NOVENTA (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.”*

Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios.

*Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. ARTICULO 26. — Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables.”*

#### **IV- SOCIEDADES EN FORMACIÓN**

Los arts. 183 y 184 de la LGS contemplan la situación legal en la que se encuentran las sociedades anónimas en proceso de constitución por acto único, es decir, mientras duran los trámites necesarios para su inscripción registral. Estas normas, si bien están destinadas para las SA, a falta de regulación para las otras sociedades, se hace extensible estas prescripciones para los demás tipos societarios.

Sociedad en formación: es imprescindible ingresar en el periodo fundacional, mediante el otorgamiento del acto constitutivo y que no se interrumpa el iter constitutivo regularmente. De lo contrario estaremos en presencia de una sociedad regida por la Sección IV. Las sociedades en formación tienen personalidad jurídica y el contrato social es plenamente oponible entre los socios, por lo que nada obsta para el funcionamiento de su órgano durante el iter constitutivo ni al uso de la firma social por sus representantes estatutarios.

Reconocer que la sociedad puede iniciar su actividad aun cuando no esté registrada corrobora que los bienes en especie en propiedad lo son a título irrevocable. Pues siendo la capacidad uno de los atributos o efectos de la personalidad o del sujeto de derecho NO puede limitarse mediante normas de tipo reglamentario.

- La sociedad no inscrita no puede invocar respecto de los socios los derechos nacidos del contrato social. No pueden exigirse las obligaciones asumidas por los socios sino se han iniciado los trámites de regularización (dentro de los 15 días de otorgado el acto).

- La relación entre el socio y la sociedad se regula conforme a lo dispuesto en el contrato social (art 36)

- A falta de previsión contractual se exige desde la inscripción.

- El aporte debe entenderse en sentido amplio abarcando también las prestaciones accesorias. En cuanto a los efectos de la sociedad en formación, el régimen de administración sólo corresponde a los representantes estatutarios o mandatarios especiales designados.

*“Actos cumplidos durante el período fundacional. Responsabilidades. ARTICULO 183. — Los directores solo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscrita. Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieren consentido.”*

*“Asunción de las obligaciones por la sociedad. Efectos. ARTICULO 184. — Inscrito el contrato constitutivo, los actos necesarios para la constitución y los realizados en virtud de expresa facultad conferida en el acto constitutivo, se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad. Los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de estos actos. El directorio podrá resolver, dentro de los tres (3) meses de realizada la inscripción, la asunción por la sociedad las obligaciones resultantes de los demás actos cumplidos antes de la inscripción, dando cuenta a la asamblea ordinaria. Si ésta desaprobare lo actuado, los directores serán responsables de los daños y perjuicios aplicándose el artículo 274. La asunción de estas obligaciones por la sociedad, no libera de responsabilidad a quienes las contrajeron, ni a los directores y fundadores que los consintieron.”*

*Beneficios de promotores y fundadores. ARTICULO 185. — Los promotores y los fundadores no pueden recibir ningún beneficio que menoscabe el capital social. Todo pacto en contrario es nulo. Su retribución podrá consistir en la participación hasta el diez por ciento (10 %) de las ganancias, por el término máximo de diez ejercicios en los que se distribuyan.”*

Responsabilidad de los fundadores, suscriptores y directores: hoy la responsabilidad que asumen los fundadores y los administradores durante la etapa de formación es mucho mayor que la de los integrantes de las sociedades que han omitido, por propia voluntad, los trámites de constitución (simplemente mancomunada y por partes iguales). En las sociedades en formación los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, fundadores y la sociedad en formación son responsables solidaria e ilimitadamente por estos actos mientras dure el iter

constitutivo y la sociedad se encuentre regularmente inscripta. Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción, responderán solidaria e ilimitadamente las personas que lo hubieran realizado y los directores y fundadores que lo hubiesen consentido. Inscrito el acto constitutivo, los actos regularmente realizados tienen efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de dicho acto, es decir, se los tiene como que la sociedad los cumplió originalmente, y los promotores, fundadores y directores quedan liberados de esa responsabilidad frente a terceros por los actos mencionados. Si se tratara de actos del giro normal de la empresa, pero estos no fueron autorizados por el acto constitutivo, el directorio tiene un plazo de 3 meses para decidir que la sociedad se hace cargo de las obligaciones resultantes de esos actos, siempre dando cuenta a la asamblea, pero si esta desaprobaba lo actuado, los directores y los socios que lo hubieran consentido serán responsables solidaria e ilimitadamente por los daños causados. La asunción de estas obligaciones no libera de responsabilidad a quienes la contrajeron ni a los directores y fundadores que la consintieron.

## V- CONCLUSIÓN

Me gustó mucho realizar este trabajo sobre las Sociedades de la Sección IV ya que me permitió tomar conocimiento de este tipo de sociedades, conocer mejor las características y sus peculiaridades en cuanto al manejo, cómo es la responsabilidad, la relación entre los socios, la posibilidad de subsanación, etc.

Acerca de cómo la doctrina las concebía. Y en cuanto al importante avance legislativo, acerca de cómo se les ha ido dando lugar y como se ha ido flexibilizando el sistema normativo, como prima la idea de estar a favor de la prosecución de la actividad societaria y de la empresa, pero sobre todo el estar ante la autonomía de la voluntad como refiere Favier Dubois *“el nuevo texto de la ley de sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal, o sea el de aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad “típica” (SRL, S.A., etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las “sociedades de hecho” (arts. 21 a 26 ley 19.550). A diferencia de lo que ocurría con la ley 19.550, en el nuevo texto el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros”*.

Que es importante tener en cuenta estos aspectos antes de decidir constituir una sociedad, y saber de qué manera va a ser regida. Entiendo que las sociedades de la Sección IV son una alternativa para aquellas empresas que no cumplen con los requisitos legales para constituirse como una sociedad regular. Sobre la importancia de tomar decisiones informadas y responsables a la hora de emprender un negocio.

## VI- BIBLIOGRAFÍA

- Sociedades irregulares y sociedades de hecho [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa900039-farina-sociedades\\_irregulares\\_sociedades\\_hecho.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasa900039-farina-sociedades_irregulares_sociedades_hecho.htm)
- Ley General de Sociedades Comentada - Marcelo L. Perciavalle

- SOCIEDADES SECCIÓN IV (ex irregulares y de Hecho) por M. Perciavalle  
<https://www.cpcesfe2.org.ar/wp-content/uploads/2020/12/4949-Sociedades-de-la-secci%C3%B3n-IV.pdf>

- Favier Dubois sobre Sociedades Sección IV;

- Las sociedades de la Sección IV Capítulo I de la Ley General de Sociedades, la responsabilidad societaria y concursal respecto a la extensión de la quiebra -  
<https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1728/Las%20sociedades%20de%20la%20Secci%C3%B3n%20IV%20Cap%C3%ADtulo%20I%20de%20la%20Ley%20General%20de%20Sociedades.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- TIPOLOGÍA SOCIETARIA Prof. Mgter. CPN. Gerardo Canales  
[https://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2016/09/CECONTA\\_T2016\\_CANALES\\_TIPOLOGIA\\_SOCIETARIA.pdf](https://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2016/09/CECONTA_T2016_CANALES_TIPOLOGIA_SOCIETARIA.pdf)

- Ley 19550 Comentada por Ricardo Augusto Nissen

- Ley General de Sociedades N° 19.550;

- Ley N° 26.994.