

## **HAY QUE PREVENIR LA ATENCIÓN DE LA INSOLVENCIA (sobre la petición de quiebra por acreedor)<sup>1</sup>**

Efraín Hugo RICHARD<sup>2</sup>

**Publicado en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Córdoba, 15 de septiembre de 2011, año XXXIV, n° 1824, Doctrina pág. 385 y ss..**

### JUSTIFICACIÓN.

Este libro colectivo es en homenaje al Profesor Dr. Francisco Junyent Vélez, integrante de la Escuela Comercialista de Córdoba y uno de los doce originales Miembros del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Uno de los doce que se sentaban en torno a esa mesa de debate en la década del 60.

Y este homenaje la dedica el último vivo de aquellos doce vocacionados.

Hemos rendido nuestro reconocimiento a Junyent Vélez al inicio de este número de “Ensayos de Derecho Empresario”, y elegimos este tema por cuanto se corresponde a conversaciones con el homenajeado, con leyes diferentes pero con un mismo enfoque jurídico: la tempestividad para asumir la crisis, aspecto que comentamos en muchos casos, fomentando ricos diálogos, polémicas con importantes aportes argumentales y conclusiones que nos han acompañado durante años.

La cuestión está ligada a la confiabilidad del sistema jurídico y judicial para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la mayor eficiencia en solucionar los conflictos, base fundamental para inversiones, especialmente las foráneas, o para evitar la indebida transferencia de fondos locales al extranjero (“indirect doing business”).

*“En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar activismo judicial y garantismo procesal”<sup>3</sup>. En realidad el tema es más grave en materia comercial, donde el incumplidor aparece amparado por un hipergarantismo, con criterios ultraprocesalistas y una suerte de venda para ver la integralidad del problema.*

### I – POSTULADOS.

Concordábamos, desde la cátedra y la profesión, que ante la insolvencia los remedios debían llegar rápido, tempestivamente, sin demora, instando la conducta prudente de los administradores en las sociedades, principales protagonistas de los juicios concursales.

De conductas prudentes, en vigencia de la ley 11719 y los primeros años de la ley 19551, lentamente se ha advertido que bajo el criterio –acentuado con la ley 21.522- de que no hay ninguna exigencia ni sanción en la ley de concursos por la presentación tardía, de los informes generales de los

<sup>1</sup> Ensayo preparado para el n° 7 de Ensayos de Derecho Empresario, publicación del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en número en homenaje del PROFESOR TITULAR POR CONCURSO DE ESTA FACULTAD DR. FRANCISCO JUNYENT VELEZ, que se presentara en las recientes V Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República (18-19 de agosto de 2011) organizadas por dichas y otras instituciones, y que por un error involuntario del editor se omitiera en ese Libro.

<sup>2</sup> Agradeceremos opiniones a [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar), señalando que las afirmaciones que realizamos sin referencias encuentran sustento en los trabajos incorporados a la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge W. *Sobre el activismo judicial* en libro AAVV “Activismo y garantismo procesal”, Córdoba 2009, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 11

síndicos resulta objetivamente probado que el estado de insolvencia data de muchos años atrás de la apertura de un concurso preventivo.

Y correlativamente aparece una cierta resistencia de la jurisdicción de aceptar siquiera el trámite de una petición de quiebra por acreedor<sup>4</sup>. Sin duda la quiebra es una desgracia propia del riesgo empresario, pero no debemos escudarnos en esa constatación económica para encubrir abusos o incumplimientos al soslayarse las normas jurídicas que el sistema jurídico brinda para prevenir o acotar los daños que de ello puedan devenir. Y el punto central es la actitud oportuna, diligente, leal y de buena fe de los administradores societarios ante situaciones de crisis.

El argumento de restringir los pedidos de quiebra –contra una sociedad-, es la original existencia de un juicio anterior y que elegida una vía ejecutiva debe agotarse antes de peticionar la quiebra (ELECTA UNA VIA NON DATUR RECURSUS AD ALTERAM).

La cuestión se enrola, a nuestro entender, en una suerte de protección al incumplidor, bajo el supuesto que la petición de quiebra comporta un abuso de derecho tendiente al cobro individual. Así hemos visto saturarse los tribunales de juicios inconducentes que entorpecen el sistema. La ejecución individual cuando se lleva adelante la sentencia y esta por rematarse un bien, es suspendido por una presentación en concurso preventivo con petición de dejar sin efecto la orden de subasta en beneficio de los demás acreedores y de la conservación de la empresa. La justicia tardía no es Justicia. Obviamente no se sanciona el equivalente del deudor, que luego de entorpecer una ejecución individual, recién cuando se está por rematar un bien recurre al concurso solicitando la suspensión de la subasta, como acabamos de apuntar..

La apertura de la quiebra ante la insolvencia del deudor –calificado por ser una sociedad- se ajusta al reclamo doctrinario –y también del derecho comparado- de actuar rápidamente ante el estado de cesación de pagos, para evitar la contaminación del mercado.

Es muy importante esa afirmación, pues por el contrario la práctica es que se presentan en concurso sociedades que soslayan las normas imperativas de la ley de sociedades para evitar la insolvencia –prevenida con las normas sobre pérdida del capital social-, y realmente afectan al mercado con competencia desleal al operar a sabiendas<sup>5</sup> que no podrá cumplir sus obligaciones<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> NO HAY QUE FOMENTAR EL INCUMPLIMIENTO (sobre la petición de quiebra por acreedor), en Doctrina Societaria y Concursal, n° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Ed. Errepar Año XXIV, tomo XXIII, pág. 309.

<sup>5</sup> El maestro Osvaldo J. MAFFIA en su ensayo. **SOBRE UN ACCESO AL PROCEDIMIENTO CONCURSA L (El Derecho, 17 de diciembre de 2010), apunta** “Una hipótesis familiar habrá de auxiliarnos: pensemos en el caso tan frecuente del acreedor decepcionado por un incumplimiento. Para hacerlo más vívido imaginemos que tiene en sus manos un cheque recibido de su deudor, que el banco rechazó por falta de fondos. Una de las cosas que podría intentar, vehiculizando al par su derecho y sus furias, finca en pedir que se lo declare en quiebra, evento que se estima mucho más severo para con el incumplidor que un inocente juicio por cobro. Ese acreedor, entonces, pide al juez, adjuntando el cheque *rebotado*, que declare la quiebra del deudor, a quien le asiste el derecho de ejercitar su defensa. Si convence al magistrado la demanda de quiebra será rechazada. Si sus las razones no fueran sólidas, el Juez pronunciará la quiebra. Como se ve, clarito y sencillo (*Como se verá*, un campo de Agramante). Sin querer, queriendo, hemos aludido a *uno de los modos* en que puede accederse a la quiebra. En el caso ejemplificado, se trata de la *quiebra pedida por acreedor*, que empieza como demanda de quiebra, con lo cual queda dicho –o al menos insinuado- que existen otras vías para lograrlo. ...El caso ejemplar de la quiebra promovida por acreedor nos va a mostrar la particularidad de que el trámite empieza por cierta vía procesal (tipo *dispositivo*, subtipo *contencioso*), trámite que desemboca en una sentencia en cuya virtud el juez, si hace lugar a la demanda del acreedor, decretará la quiebra y esa misma sentencia dará origen a un proceso, a saber, el “proceso falencial” o “proceso de quiebra” (o “proceso falimentario” de la voz italiana “*fallimento*”, por la influencia relevante de aquella legislación y sobre todo un siglo de producción doctrinaria de máximo nivel desde el inmenso y aún vigente Bonelli, año 1905). Ese proceso es de *tipo inquisitivo*. Remarcamos algo que debe estar en claro desde el comienzo: dijimos que en la quiebra pedida por acreedor encontraremos un momento *contencioso*, llamado “instrucción prefalencial” o “precurso” o “juicio de antequiebra”, en el cual el acreedor demandante y el deudor demandado litigan, pero si el juez admite la demanda y pronuncia la quiebra el trámite sucesivo no es ya contencioso, sino *inquisitivo*, pues no lo coordinan los personajes originarios –demandante y demandado- sino el juez y el síndico. - Quedó dicho cómo se llama el proceso que empieza con la sentencia que pronuncia la quiebra (en rigor, la *constituye*. Por eso suele agregársele la correcta calificación “sentencia *constitutiva* de la quiebra”), mientras que el proceso que cursa desde la demanda del acreedor hasta la sentencia que constituye la quiebra ya dijimos que pertenece al tipo procesal *dispositivo*, subtipo contencioso. Recordemos los rasgos elementales de esos dos tipos de procesos, en el aspecto que nos interesa en este momento de la exposición. - El proceso inquisitivo, en términos gruesos, lo conduce el magistrado. Suele ejemplificarse con la instrucción criminal, esto es, comience el proceso por la vía que fuere, las “palancas de cambio” –Carnacini- las mueve el juez, quien va disponiendo medidas y convocando sujetos según lo fuere requiriendo el trámite. En simple pero franca contraposición, los procesos dispositivos defieren la iniciativa, la aportación de prueba y los pasos fundamentales del juicio a la instancia privada del actor o del demandado. Son aproximaciones groseras, pero no cabe una elucidación más detenida en este momento. Sólo agregamos la aclaración de que el *tipo* procesal *dispositivo* se subdivide en *contencioso* –cuyo nombre hace innecesario aclararlo- y

Bajo ese criterio, la ley concursal uruguaya premia al acreedor que solicita la apertura de un procedimiento colectivo. Y en el derecho argentino, además de poder acreditar que no está en cesación de pagos rechazando la petición de quiebra<sup>6</sup>, la sociedad deudora puede pedir la conversión de quiebra –que desapodera a sus administradores- en concurso preventivo manteniendo el control del giro comercial<sup>7</sup>. Los viejos artículos de doctrina sobre el abuso del recurso han perdido validez ante las nuevas normas y nuevo panorama.

## II – LAS PREVISIONES SOCIETARIAS..

Es probable que este escenario, de una sociedad insolvente, autorice la promoción de acciones de responsabilidad o de inoponibilidad, frente a lo cual debe recordarse la apreciación en algún voto de Ministros de nuestra Corte en el sentido que están condicionadas a la insolvencia de la sociedad. En efecto el daño recién se concretaría cuando la obligada directa no esté en condiciones de afrontar la obligación.

---

*voluntario*, algo así como proceso sin *litis* que en años anteriores fue sostenido por no muchos autores (no muchos, pero importantes, al nivel de Carnelutti, De Martini, Fazzalari). - El trámite anterior a la sentencia de quiebra pertenece al *tipo* dispositivo –prevalencia de las *partes* privadas por sobre el *oficio-*, *subtipo* contencioso. Es decir, una parte que demanda –sin lo cual no existiría el proceso- y una parte que se opone al progreso de esa demanda, ambos invocando razones y ofreciendo pruebas. Repetimos que nos movemos en la hipótesis, más adecuada para asomarnos a las particularidades del proceso concursal, del pedido de quiebra por acreedor, donde se muestran con claridad las respectivas características. Ese momento del proceso falencial es llamado “*juicio de antequiebra*” o “*instrucción prefalencial*”, y exhibe una clara contienda entre el acreedor demandante y el deudor demandado. Ambos invisten el carácter procesal de *partes*, con sus derechos, cargas y responsabilidades propias de esa calidad. Ambos han de sostener los argumentos que den pábulo a sus pretensiones. Contienda, entonces *anterior a la sentencia de quiebra*. - quede bien en claro que se trata de *dos* momentos del proceso concursal, que hasta fueron considerados como procesos de suyo, a saber, el anterior y el siguiente a la sentencia que constituye la quiebra. El pasaje previo a esa sentencia –ya lo dijimos y enfatizamos- es de índole contenciosa, y tiene distintas denominaciones: “juicio de antequiebra”, “instrucción prefalencial”, “prequiebra”, “anteconcurso”, entre otras denominaciones homónimas. Su rasgo característico finca, lo señalamos una vez más, en la *contienda* entre el acreedor demandante y el candidato a quebrar. Por el contrario, el aspecto definitorio del proceso falencial consiste en su carácter *inquisitivo* y de ello diremos en todo el libro. Por ahora –y a cuenta de mayor cantidad- señalamos que en su decurso no encontraremos la contienda que vimos en el juicio de antequiebra. Cierto que aparecerán algunos momentos contenciosos, pero adelantamos que no contribuyen a caracterizar el trámite falencial; además, *todos esos momentos contenciosos podrían faltar* sin que se modifique un ápice la peculiaridad del proceso de quiebra.- 3 - Saltamos a otra cosa, pero siempre en vista a facilitar una idea del tema al que atenderemos. Aunque sin enfatizar, quedó claro que en el juicio de antequiebra *contienen* dos sujetos, que son las *partes* de ese trámite, esto es, la *parte actora* -el acreedor en nuestro ejemplo- y la *parte demandada*, o sea, el deudor, en sus roles propios. Además, una vez abierto veremos actuar en el proceso falencial a funcionarios, órganos y demás partícipes (el juez, el secretario, el síndico y otros), a los que un sector importante de la doctrina caracterizan como “el oficio”, integrado por aquellos personajes, y algunos más, aunque no muchos. En orden a las *partes privadas*, básicamente se reducen al peticionario de la quiebra –o sea el acreedor- y al deudor. También se los llama “partes en sentido sustancial”, porque en el proceso se juegan sus intereses. El acreedor y el deudor, entonces, son *partes* en sentido formal y sustancial”.

### **6 Pese a rechazarse la petición por consignación, se ha señalado significativamente en el mismo sentido que sostenemos:**

1. El pedido de quiebra no es una acción dirigida al cobro individual de un crédito, sino que constituye un proceso universal destinado a la comprobación de la existencia del presupuesto objetivo de la quiebra, cual es el de la cesación de pagos.
2. La decisión que tome el Juez en cuanto a la existencia, o no, del estado de cesación de pagos, tendrá como base la mayor o menor verosimilitud que tengan las circunstancias alegadas y evidencias reunidas en la causa sin que ello implique derrumbar el sistema de cognición sumaria, propio del pedido de quiebra.
3. El art. 83 de la L.C.Q., dispone que el acreedor debe probar sumariamente su crédito, la existencia de algún hecho revelador del estado de cesación de pagos, sea o no de los enumerados en el art. 79 (toda vez que dicho artículo no realiza una enumeración taxativa) y si el deudor se encuentra comprendido por el art. 2 de la ley 24522.
4. La cesación de pagos es la situación en que se encuentra un patrimonio que se revela impotente para hacer frente, por medios normales, a las obligaciones que lo gravan.
5. A diferencia de la ejecución singular, el procedimiento de pedido de quiebra no mira la tutela del proponente -el derecho individual, ni la condena del deudor-, sino el de todos los acreedores y aún el interés público comprometido por la situación patológica que plantea un deudor incapaz de hacer frente “normalmente” a sus obligaciones, resultando primordial determinar -en este marco- si el deudor se encuentra “*in bonis*”.
6. No existe regla legal que imponga al peticionante de la falencia agotar la vía individual, cuando hay incumplimiento del deudor a la condena obtenida en esa vía, toda vez que la opción entre la vía individual y la vía colectiva no está vedada mientras no se pretenda acumular ambas. CNCom, Sala A, Noviembre 9 de 2010, “Sosa Carlos Alberto sobre pedido de quiebra promovido por Abeledo Silvia Viviana”.-

El desarrollo jurídico-económico de la empresa, genera un subsistema propio incorporado en forma aluvional y ametódico al sistema general<sup>8</sup>, lo vivimos a la par de la desoladora intromisión de la pérdida de eticidad, en un submundo con generalización del incumplimiento, una verdadera sociología de la ruptura voluntaria del contrato frente a problemas de magnitud, donde se desafía la "seguridad" de las instituciones vigentes y de inmediato se apunta la insolvencia del "responsable" contractual, ello por estructuras institucionales, normativas y actuación profesional. A la inseguridad jurídica se agrega una inseguridad judicial, básicamente por cuanto los tiempos de solución de los conflictos no se compadecen con los tiempos de la empresa: el cumplidor es puesto en cesación de pagos por el incumplidor. Además es un problema de hipergarantismo.

Introducimos la necesidad de afrontar los problemas más agudos de la insolvencia, generados a través de la funcionalidad viciada de sociedades, a través del sistema normativo general o del derecho societario, por sobre el derecho concursal, que catalogamos dentro de las relaciones de organización. En este no se produjo reacción, todo lo contrario se introdujeron reformas que agravaron el problema, con conductas cada vez más ilícitas de parte de administradores societarios o de controlantes inescrupulosos.

Intentamos una visión sistémica y constructivista de la insolvencia societaria, atendiendo a la voluntariedad en la elección de esta técnica para la organización de la empresa, y las previsiones para que se generen daños<sup>9</sup>.

Hemos anticipado nuestro criterio en anteriores ensayos: *PEDIDO DE QUIEBRA vs. EJECUCIÓN INDIVIDUAL*<sup>10</sup>, volvimos sobre el punto en *SOBRE EL RECHAZO IN LIMINE DE LA PETICIÓN DE QUIEBRA*<sup>11</sup>, y últimamente habíamos vuelto a incursionar sobre el tema *ANTE EL PEDIDO DE QUIEBRA HAY QUE INQUIETAR AL IMPUTADO*<sup>12</sup>, donde habíamos tratado los temas motivadores de la decisión mayoritaria, tratado las argumentaciones de la posición minoritaria, y abarcado otros aspectos de la cuestión.

---

<sup>7</sup> Si bien se ha admitido jurisprudencialmente la posibilidad de cumplir con los recaudos del art. 92, LCQ, mientras se sustancian los trámites de segunda instancia concernientes a la apelación deducida contra el auto que deniega la conversión, haciéndose aplicación extensiva estricta de la análoga doctrina judicial elaborada para los casos de insatisfacción de los recaudos exigibles para obtener la apertura del concurso preventivo propiamente dicho -LCQ:11-, debe interpretarse que se trata de una facultad ciertamente excepcional que debe ser acordada con suma prudencia y valorada con criterio restrictivo, por lo que los supuestos que conducen a admitir su ejercicio también deben ser apreciados del mismo modo. - Si la deudora no ha puesto a disposición del juzgado de grado sus "libros de comercio y de otra naturaleza" (art. 11, inc.6, LCQ), tal inobservancia, que en forma alguna aparece subsanada, determina la consecuencia prevista en el art. 30, LCQ y como lógica derivación de ello, cuadra sostener que la decisión adoptada por el juzgador, de tener por desistido a la la petición formulada por aquella de convertir este proceso falimentario en concurso preventivo, no es merecedora de reproche en tanto se ha ceñido a la aplicación de la normativa que rige la materia concursal.- CNCCom, Sala A, Noviembre 11 de 2010, "R.W. Volckmann SA sobre quiebra, Incidente art. 250 del Código Procesal".

<sup>8</sup> Se advierte particularmente en normas de organización de la empresa como la ley de sociedades y contratos de colaboración empresaria. Vide nto. *Organización asociativa*, Buenos Aires 1994, Ed.Zavalía.

<sup>9</sup> Ntos. "Insolvencia societaria", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, *PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO (notas sobre la causal de disolución, la opción para no liquidar la sociedad: reintegro y aumento y posibilidad de concursarla)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, setiembre 2010, n° 274, año XXIV tomo XXII pág. 1008.

<sup>10</sup> En Libro colectivo *Reestructuración de Deudas y Facultades Judiciales* Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2004, p. 309 y jurisprudencia aplicable.

<sup>11</sup> En libro colectivo "Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti, Buenos Aires, 2007, pág. 497

<sup>12</sup> RDCO 237-118 (jurisprudencia anotada) julio-agosto 2009

Subrayábamos que lo importante para revalorizar la función jurídica de la petición de quiebra es su objetivo: constatar la existencia de la cesación de pagos del deudor común y, en tal caso, convocar a sus acreedores –todos con un interés común: la consistencia del patrimonio del obligado y la posibilidad de continuar cumpliendo su objeto-, para hacer efectiva la más pronta atención de la crisis, sea que el deudor acredite no estar en cesación de pagos –lo que implica un compromiso para el futuro y el cumplimiento de sus obligaciones actuales, particularmente cuando se trata de sociedades comerciales-, o solicitar la conversión del procedimiento en concurso –lo que acentúa el objetivo jurídico de la petición de quiebra por acreedor al imponer un trámite que no había asumido el deudor-, o la liquidación del patrimonio ineficiente.

No entendemos la tendencia de la primera instancia en toda la República de demorar los procedimientos –contrariando el principio de tempestividad en afrontar la crisis-, o rechazar *in limine* la pretensión del acreedor, sin oír al deudor a quién se le impondría así un compromiso para explicar su incumplimiento y que no implica necesariamente que concluya con la declaración de su quiebra.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, con fecha 12 de octubre de 2010, en la causa “MAZZINO DATA S.A. quiebra pedida por BOGUTYN, Paula M.” resolvió que la condena firme e incumplida dictada en proceso laboral con efecto de cosa juzgada material constituye título suficiente para un pedido de quiebra<sup>13</sup>.

### 1. ¿Concluir el procedimiento de cobro individual?

En algunos casos se ha pensado que cuando un acreedor pretende petitionar la quiebra a su deudor basado en el hecho revelador previsto en el art. 79 inc. 2º LQ debió previamente haber promovido la acción individual. No se trata de la coexistencia de las dos vías, que es otro problema, sino el de la disponibilidad de la vía de petitionar sin más trámite la quiebra del deudor moroso.

Centrando el debate se afirma: “Es lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia la afirmación de que el pedido de quiebra no es un medio de cobro individual sino que constituye la afirmación de la existencia de la cesación de pagos en miras a la apertura de un juicio universal. Sin embargo, en la práctica, como el deudor acredita el estar “en fondos” con el depósito del monto del crédito del peticionante, se dispone la entrega de los fondos al acreedor. Es que en realidad normalmente el deudor “da en pago”, y con ello se concreta un acto jurídico (el pago) que el deudor ofrece y al acreedor acepta como cancelatorio, por lo que el tribunal parece no tener otra salida que disponer que ello se ejecute”<sup>14</sup>. Este es el nudo de la cuestión y sobre la última afirmación volveremos con posición discrepante.

### 2. Naturaleza del pedido y rechazo *in limine*.

La pregunta es si puede rechazarse sin trámite un pedido de quiebra. Ello a nuestro entender no implicaría el rechazo del pedido de quiebra, sino la inteligencia que la demanda no reúne los recaudos que autorizan a abrir el trámite de un pedido de quiebra. Esa inteligencia permitiría la integración posterior.

Para determinar su naturaleza extractamos<sup>15</sup>: “se ha discutido cual es la verdadera naturaleza del pedido de quiebra por parte de un acreedor. La cuestión, que podría parecer baladí, no lo es y por ello tiene especial importancia determinar si tal petición tiene naturaleza de una “mera denuncia” de cesación de pagos del deudor o si constituye una “acción” (ejecutiva o no). Determinar si la petición

<sup>13</sup> En Newsletter diario de Abeledo Perrot del 23 de marzo de 2011.

<sup>14</sup> Esta es la opinión de RIVERA-ROITMAN-VITOLLO ob. cit.+ pág. 23.

<sup>15</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A. en *CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA PETICIÓN FALENCIAL DIRECTA POR ACREEDOR* citada.

de quiebra es una denuncia de insolvencia tiene connotaciones prácticas fundamentales, ya que si la función del acreedor se circunscribe a denunciar solamente dicha situación, será el juez quien deberá actuar y proceder a declarar la quiebra del deudor. Una vez activado el procedimiento mediante el escrito de denuncia de la cesación de pagos la solicitud perdería individualidad y el acreedor deja de tener ciertas facultades (v.gr., desistimiento y el eventual efecto extensivo que se atribuye a esa petición). También se proscibiría la caducidad de instancia prefalencial, pues una mera denuncia no puede caducar en los términos del art. 277, LCQ. Sin embargo, y a pesar de que en ciertas situaciones resulta tentadora la idea de equipararlo a una mera denuncia, pensamos que se trata de una verdadera acción, con todas las connotaciones sustanciales y procesales que la complementan”.

En esta ocasión no volvemos sobre la apelabilidad del rechazo *in limine*, pues desde una primera elaboración doctrinaria y jurisprudencial se entendió que el rechazo de la quiebra no causa agravio y, por ende, resulta inapelable<sup>16</sup>. Otros autores y la jurisprudencia más reciente han cambiado de criterio al respecto y se pronuncian por la apelabilidad<sup>17</sup>, eventualmente por la imposición de costas. Se supone menor costo y mayor efectividad a la petición de quiebra para lograr el cobro individual. Obviamente que la finalidad del pedido de quiebra no debe ser “la pretensión del acreedor de obtener, a través del pedido de quiebra, el cobro individual de su crédito, en tanto que tal pedido está destinado, en suma a una real afirmación de un estado de insuficiencia patrimonial”<sup>18</sup>.

### 3. Incumplimiento y quiebra.

Nuestra inteligencia es que la parte débil en la República es quién cumplió el contrato, pues el sistema judicial –sus costos, sus trámites, sus tiempos, su excesiva formalidad, y la futilidad de cumplir ciertos trámites ante un final anunciado: la insolvencia, parecen estimular el incumplimiento y prolongar la actividad en estado de cesación de pagos, propagando sus efectos dañosos y la saturación de los tribunales.

En nuestro derecho “Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros... 2. Mora en el cumplimiento de una obligación” (art. 79 LCQ), apartándose así de otras legislaciones que exigen múltiples o ponderados incumplimientos<sup>19</sup>. Ello es acentuado por el art.80 LCQ “Todo acreedor cuyo crédito sea exigible... puede pedir la quiebra”, sólo “debe probar sumariamente su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos” –art. 83 LCQ-, en su caso el mero incumplimiento conforme la previsión normativa anterior, agregamos.

Sobre este punto merituaba Cámara<sup>20</sup> “No es necesario plurales incumplimientos –calculo matemático-, porque basta uno solo: el texto es terminante, aunque, como apuntamos, este simple hecho –número e importancia de las negativas- no se aprecia aisladamente sino en la unidad de todo el patrimonio del deudor”, y “La mora, en principio, no exige que haya mediado requerimiento de pago,

<sup>16</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Procedimientos para la declaración de quiebra*, Zeus, Rosario, 1.982, p. 41.

<sup>17</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N. *Régimen de concursos y quiebras* Editorial Astrea 11ª edición, Buenos Aires 2002., p. 175

<sup>18</sup> Numerosísima jurisprudencia entre otras CNCom. Sala E 22.12-82 LL 1983-C-325; SCJBA 21.9.82 DJBA 123-430; CCCom. Psadas Sala I 1.10.96 LL Litoral 1998-241 “que sólo puede ser rebatida mediante las explicaciones que brinde el presunto deudor”, stj Jujuy 23.6.97 LL NOA 1998-38.

<sup>19</sup> DASSO, Ariel Angel “Derecho Concursal Comparado” 2 tomos, Ed. Legis, Buenos Aires 2009/2010, y nuestro “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010..

<sup>20</sup> *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Editorial Depalma Buenos Aires 1982, Tomo III pág. 1607 “No es necesario plurales incumplimientos –calculo matemático-, porque basta uno solo: el texto es terminante, aunque, como apuntamos, este simple hecho – número e importancia de las negativas- no se aprecia aisladamente sino en la unidad de todo el patrimonio del deudor”

judicial o extrajudicial”<sup>21</sup>. En el mismo sentido se expide Quintana Ferreira<sup>22</sup>. No puede desconocerse el plenario que exige que el acreedor que pide la quiebra, con base en un incumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero, acredite también la mora del deudor si ella no resultare de la misma obligación<sup>23</sup>.

No comprendemos como puede ingresarse en la psiquis del que pide una quiebra para entender que su fin es el cobro de su crédito individual. Ante ello bastaría que el peticionante diga que lo guía un fin altruista en beneficio de la colectividad y abrir la vía prevista en la legislación concursal para forzar la apertura del concurso lo más tempestivamente ante la aparente insolvencia de su deudor, para que el juez no pudiera sostener esa apreciación psíquica que, a su vez, corresponde a la experiencia del juez pero no a una causa individual (“proliferación”)<sup>24</sup>.

Para cerrar este apartado nos tienta transcribir párrafos del reciente artículo de un amigo de Cámara, otro maestro como Maffia –que ya hemos citado en nota 2-<sup>25</sup>: “Fue meritísima la prédica de Fernández para distinguir un simple incumplimiento, del *estado* de cesación de pagos. Su esfuerzo se explica porque cuando publicó su libro -1937- la distinción que gracias a Bonelli acusaba ya una vigencia treintaañal, no había enraizado aún entre nosotros. Esa circunstancia, y lo subido de la polémica atizada por Fernández, condujo a la consecuencia inevitable de que hablar de “incumplimiento” equivalía a mostrar orejas. Esa explicación sencilla da cuenta de la precaución y desconfianza con que el término “incumplimiento” era utilizado en materia concursal, y el vocablo, de uso pacífico antes de los “Fundamentos...”, pasó a ser, casi, mala palabra, y notoriamente se eludió su empleo. Ello no obstante, continuaron promoviéndose quiebras sobre la base y la prueba de claros –y meros- incumplimientos, pero sin llamarlos con ese nombre (un autor que recordaba Cossio aludía a tales posturas refiriendo la anécdota de un personaje oriental que con su séquito visitaba Europa y bebía mucho champaña, pero llamándolo –y haciendo que su séquito lo llamase- “limonada”). Entre nosotros, se siguieron pronunciando quiebras pedidas por acreedor con apoyo en incumplimientos tan notorios y familiares como el pagaré desatendido o el cheque rechazado; pero la fidelidad al “estado” se salvaba diciendo que ese incumplimiento “revelaba” el *estado* de cesación de pagos y ese *estado* posibilitaba la quiebra. - En el modo de acceso más familiar y típico –o sea, promovido por acreedor- la ley exige la prueba de “los hechos reveladores de la cesación de pagos”, y como señaláramos, esos *hechos* se reducían y siguen reduciéndose, en altísima proporción, a un incumplimiento. Pero ¿un

21 CÁMARA ob. cit tomo III pág. 1610.

22 *Concursos* Tomo 2 pág. 32, Editorial Astrea, Buenos Aires 1986.

23 CNCom, en pleno, “Zadicoff, Víctor s/ quiebra! LL 1986-C-276.

**24** *Afrontar la crisis tempestivamente*, en pág. 79 del libro XLV (Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires), Editado por OCAM Colegio de Abogados de Morón, Morón 2007. Comisiones de Sociedades y Concursos: **RESPONSABILIDAD SOCIETARIA ante la crisis**: “El efecto es la responsabilidad de administradores por no afrontar la crisis oportunamente en sede societaria y, eventualmente ante el fracaso de la misma, en sede concursal. Operar en cesación de pagos es doloso y permite la aplicación del art. 173 LCQ, y en el concurso preventivo autoriza una acción individual de responsabilidad por los acreedores no informados nacidos en cesación de pagos.... La doctrina y el derecho comparado, al igual que el nacional, aconsejan el uso de las técnicas concursales tempestivamente, apenas atisbada la crisis, para evitar que la misma sea insuperable y sea factible la conservación de la actividad o empresa. La cuestión también puede extenderse a los requisitos para exhibir (prueba) que el presupuesto objetivo se ha producido y se justifica el procedimiento de excepción”.

25 MAFFIA, Osvaldo J. *SOBRE UN ACCESO AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL*, en *El Derecho*, 17 de diciembre de 2010, citado en nota 2.

incumplimiento, probado con el cheque o pagaré que acompaña el peticionario, satisface realmente la función de traducir el estado de insolvencia? Y, aprovechando una expresiva contraposición, ¿el depósito del *fallente* lo neutraliza? Nadie podría sostenerlo con seriedad, pero el cumplido –llamar “estado” revelado por un incumplimiento al dato crudo consistente en la obligación impaga-, acalló reproches. Agregamos que en ese autoengaño persiste la imagen del deudor persona física y su modesto andar –el “bolichero” que decía Vivante-, personajes y situaciones que se ubican en los antípodas del nivel que tanto en lo subjetivo –sociedad, grupos societarios, transnacionales- como en lo dimensional, absorben las preocupaciones de los tiempos actuales (el resaltado nos pertenece). Que una cambial impaga o un cheque rechazado pueda, sin más, estimarse bastante para fundar la quiebra de una empresa solo se explica por haberse fosilizado conceptos que corresponden a la época en que esas nociones surgieron, es decir, fines del XIX y principios del XX. - Malgrado esa evidencia, seguimos, *viendo* incumplimientos pero diciendo que son “hechos reveladores del estado de cesación de pagos” (texto del art. 79 Ley 24.5422). A pesar de esa mentira convencional, ese *estado* se cohibe neutralizando el incumplimiento ¿ello ratifica el *quid pro quo* legal, o muestra hasta dónde podemos hacernos trampa?”

Por eso la importancia de atender las crisis de las sociedades por la vía específica de la legislación de organización, más que por la concursal, sin perjuicio de haber justificado que así se abre el procedimiento concursal que no necesariamente debe concluir con la declaración de quiebra, como cuando se acredita que no se está en cesación de pagos o que se trata de un incumplimiento justificado.

#### 4. Opción: ejecución individual o quiebra?

Se plantea como opción el pedido de quiebra y la ejecución individual. Se trata en realidad de una falsa opción. Se trata de que el juzgador y la doctrina suponen que el acreedor puede optar por una vía en sustitución de otra, para el mismo fin de cobro, y consideramos que ello no es así, el acreedor elige una vía como la más conveniente a sus intereses, y es obligación del sistema jurídico aprovechar la sinergia generada por esa acción para satisfacer los intereses en juego en cada vía. Obviamente el pedido de quiebra no puede confundirse con una ejecución individual, y quién lo propone debe tener claramente representado el rol que para el sistema de organización general supone esa acción.

Claro que si se permite que el acreedor que opte por un sistema de interés colectivo lo accione en su exclusivo beneficio, ello lo es porque el juez se lo permite.

La petición de quiebra por un acreedor abre la posibilidad de la apertura de un concurso por un tercero, que denuncia el estado de cesación de pagos del deudor, lo que puede permitir anticipar esa apertura a la planificación del deudor, que pretendía seguir contaminando.

El acreedor peticionario debe acreditar la existencia de alguno de los hechos reveladores (art. 79 LQ), por lo tanto es suficiente para habilitar el pedido de quiebra y que el juez disponga la citación del deudor, incumbiendo a éste invocar y mostrar por qué, pese a la existencia de ese hecho revelador, no se halla en cesación de pagos<sup>26</sup>, sin perjuicio de señalarse que alguna doctrina ha llegado a la conclusión de que el acreedor debe probar la cesación de pagos, por lo que estima insuficiente la prueba de la mora en el cumplimiento de una obligación, sosteniendo la misma fuente –siguiendo a Mafia- que ese criterio es equivocado: si el acreedor probara la cesación de pagos carecería de sentido la citación al deudor para que dé explicaciones; “ninguna sería suficiente si el juez ya hubiera tenido por acreditado ese estado”.

Por eso debe ponerse en orden el pensamiento, evitar suposiciones y analizar las situaciones, para encontrar los justos equilibrios.

Afrontar el disenso doctrinario y jurisprudencial en torno al interés del acreedor, interpretándolo incluso sin oír al deudor, impondría un análisis del sistema jurídico y judicial ajeno a

<sup>26</sup> Este es el criterio de RIVERA-ROITMAN-VITOLLO *Ley de concursos y quiebras* tomo II pág. 22, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe 2000, citado “conf. Mafia, con un valioso cortejo argumental.



este ensayo. En nosotros esta en ir marcando cuestiones, denunciando las violaciones del sistema jurídico vigente<sup>27</sup>.

## 5. Sobre la cesación de pagos y el pedido de quiebra.

Por tanto hay, como mínimo, que molestar al deudor llamándolo. Sostienen Junyent Bas y Molina Sandoval<sup>28</sup> que “una lógica elemental (y siempre teniendo en cuenta las particularidades de cada situación), impone que si corrido el traslado al deudor, si éste no contesta o admite su cesación de pago, no es menester correr un nuevo traslado al acreedor, sino que deberá declararse sin más”.

La constatación de la existencia de un hecho revelador (art. 79,2 LQ) no obliga al Juez y debe ser desestimado como tal cuando circunstancias del caso autoricen a no juzgarlo como índice de insuficiente patrimonial objetiva, justifica al menos el emplazamiento al deudor conforme lo dispuesto por el art. 84 LQ.

En ese hipergarantismo aparece el juez anticipándose a esa defensa y descartando el pedido que tiene otro fundamento en nuestro derecho, que puede advertirse en la prohibición de desistir.

Por otra parte, así como se acepta para la apertura del concurso preventivo que el deudor no pruebe su estado de cesación de pagos, sino que basta su afirmación de estar en cesación de pagos, pronunciando esas mágicas palabras para lograr efectos devastadores en relación a sus relaciones patrimoniales pasivas, lo menos que puede pretenderse es que se escuche al deudor, molestándole a tal fin ante su indubitable incumplimiento. Si ese uso fuese abusivo hay remedios para reparar el daño en la propia ley de concursos y quiebras 24522<sup>29</sup>. Para el uso abusivo por el deudor ante el concurso

<sup>27</sup> Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO p. 553 n° 203, septiembre de 2003.

<sup>28</sup> En *Cuestiones prácticas...*cit..

<sup>29</sup> Respecto a la responsabilidad por la indebida petición de quiebra se ha señalado:

1. La norma prevista en el artículo 99 de la ley 24522 regula lo atinente a la responsabilidad del acreedor por cuya petición se dictó una sentencia de quiebra que después resulta revocada, situación que no se presenta cuando no se interpuso recurso alguno contra la sentencia de falencia del deudor, quedando ella firme y procediéndose a la liquidación de distintos bienes del quebrado.
2. La legitimación activa de la acción autorizada por el citado art. 99 corresponde exclusivamente al “recurrente”, es decir, al declarado en quiebra que obtuvo la revocación de la sentencia de falencia y, eventualmente, a sus sucesores universales, o sea, la legitimación no corresponde a terceros, sean o no acreedores del fallido.
3. Cuando se trata de daños sufridos por terceros a causa de la declaración de quiebra o de actos procesales posteriores ejecutados como consecuencia de ella, la demanda indemnizatoria que pudieran promover tales terceros tiene una *causa petendi* diversa de la comprendida en la acción prevista por el art. 99 de la ley 24.522 y la procedencia de la pretensión respectiva debe examinarse a la luz de las normas y principios generales sobre responsabilidad civil por actos ilícitos, comprensión a la cual, valga señalarlo, no se opone lo prescripto por el art. 142, tercer párrafo, de la ley 24.522 en cuanto establece que “...*La quiebra no da derecho a los terceros al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley...*”, pues los terceros mencionados por tal norma no son otros, en primer lugar, que los acreedores del fallido, cuyas pérdidas originadas en la quiebra no pueden ser objeto de resarcimiento, y en segundo lugar, quienes hubieran contratado con el quebrado y vieran que la falencia incide sobre la relación contractual que corresponda resolviéndola, haciéndola inoponible, dejando a opción del síndico su continuación o no, etc., ya que nada de esto origina un incumplimiento susceptible de reparación (cabe advertir, en este sentido, que la doctrina interpretativa uniformemente alude, de manera exclusiva y excluyente, a los acreedores y a los referidos co-contratantes del fallido como los sujetos aprehendidos por el precepto antes trascrito).
4. Dejando de lado a los citados sujetos alcanzados por lo normado en el art. 142, tercer párrafo, de la ley 24.522, todo otro tercero tiene a su alcance la posibilidad de reclamar por resarcimiento de daños que tengan causa en una declaración de quiebra a la que es ajeno, con tal que el perjuicio sufrido sea personal, directo y representa una lesión a un interés jurídicamente protegido; y ello, como se dijo, a la luz de las normas y principios generales sobre responsabilidad civil por actos ilícitos.
5. Por razón de una quiebra mal decretada y de las consiguientes medidas adoptadas que afectaron ilícitamente a un tercero ajeno a ella (inhibición de bienes; interdicción de salida del país; clausura e incautación de bienes; etc.) puede llegar a responsabilizarse al apoderado del acreedor que la pidió, al juez que la dictó y aun al Estado Nacional por una defectuosa prestación del servicio de justicia.
6. No puede responsabilizarse al acreedor peticionario de la quiebra o de medidas procesales ulteriores inherentes a la ejecución colectiva cuando ha actuado por apoderado pues respecto de los actos ilícitos no puede haber representación, toda vez que en lo que concierne a los daños extracontractuales la regla general es que el obligado a repararlos es su autor. De tal suerte, si el representante viola el derecho de un tercero al no tomar las precauciones para evitarlo, es el mandatario quien debe cargar con

abierto sin estar en estado de cesación de pagos, las previsiones del art. 59 LSC para fundar la responsabilidad de administradores, y el art. 54 in fine LSC para los socios que, a sabiendas, ratificaron esa presentación para que una sociedad incumpla sus obligaciones bajo un supuesto legal. Cabe apuntar que en una legislación que no contiene principios modernos<sup>30</sup>, no obstante ello la petición de quiebra puede implicar la reorganización a través de la conversión, y que la falta de activo esta expresamente contemplada o sea que no descarta el proceso concursal sino que lo acota. La tendencia negatoria ha sancionado al acreedor peticionante de la quiebra declarada con asumir las costas en caso de insuficiencia del activo, pero parece motivarse una reacción<sup>31</sup>.

De tales razonamientos hipergarantistas no se advierte la función tutelar de excluir la declaración de quiebra pretendida por tercero y congruentemente evitar que simulando solvencia en sociedades infracapitalizadas, administradores y socios sigan generando daño.

También resultaría que promovido un juicio individual puedan resultar dos circunstancias que desvalorizan las conclusiones doctrinarias que se intentan fijar: a. que encontrándose bienes en la ejecución individual y a punto de rematarlas después de varios años de proceso, el deudor se presente en concurso y solicite la suspensión de la subasta; en el caso habría un claro abuso y distorsión de la función concursal sin sanción; ó b. que concluida la acción individual y de no haber bienes, al solicitarse la quiebra acompañando tales antecedentes, la que es invariablemente tramitada y aceptada, debiera rechazarse al no existir bienes a liquidar. Se cercenaría así un camino autorizado por la política legislativa que es el informe general del síndico, destinado a determinar la salida de bienes, responsabilidades, acciones revocatorias e integrativas del patrimonio, prácticamente imposibles de ejercitar en una acción individual por su costo y tiempo de tramitación, y también bastante acotadas en la ley concursal actual, aunque se obtenga información sobre su procedencia (tiempos, causales, autorizaciones).

#### 6. El eje de la cuestión: tempestividad para actuar frente a la crisis.

Ingresamos –y reingresamos- en el punto central del cuestionamiento que formalizamos.

Ante la petición de quiebra, la vía del concurso preventivo queda expedita a través del recurso de la conversión (art. 90 LQ).

**Desde este punto de vista aparece como un recurso para lograr la tempestividad en la apertura del proceso, evitando mayores daños y una oportuna reestructuración empresarial.**

Afirmamos, dentro de la ineficiencia de nuestro sistema concursal, que la posibilidad que un acreedor peticione la quiebra del deudor, en procedimiento habilitado legislativamente, y lo es para generar lo más tempranamente posible –ante el incumplimiento- el concursamiento del deudor

---

las consecuencias de los daños que provoque, ya que lo obrado con tal alcance constituye un acto que no se vincula necesariamente con el mandato, por lo que no puede ser imputada tal conducta y sus consecuencias al representado (art. 1946 del Código Civil).

7. Desde el momento que el derecho de propia justicia únicamente se acuerda por excepción, en la medida indispensable para excluir el peligro (vgr. art. 2470 del Código Civil), va de suyo que el acceso a los tribunales constitucionalmente organizados, con el objeto de obtener el reconocimiento de los derechos, no admite cortapisas.
8. Cada uno, por consiguiente, es libre de ocurrir ante los jueces exponiendo sus pretensiones, bien o mal fundadas, sin que ni siquiera la torpeza de los hechos que se invocan para justificar la demanda, sea circunstancia que autorice a cerrar las puertas del pretorio. Tan amplia es esta facultad, que bien ha podido verse en ella, antes que una obra puramente egoísta, el cumplimiento, más o menos conciente, de una verdadera función social, desde que defendiendo cada uno su propio derecho, no es solamente su particular interés que salvaguarda, sino el derecho y el interés de todos.
9. Atento la amplia extensión y naturaleza del derecho de ocurrir a la justicia, que el ejercicio de una acción, o de una defensa, no puede por sí constituir una falta o entorpecer, en principio, responsabilidad alguna, aun cuando se la hubiera declarado inadmisibile: *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*.

28. Aun tratándose de sociedades irregulares o de hecho, solo la inscripción otorga oponibilidad a la disolución frente a terceros. CNCom, Sala D, Noviembre 21 de 2010, “De Abajo, Mónica Isabel contra Karasik David sobre sumario”. FACCIO, Javier Humberto Faccio, *El Pedido de quiebra abusivo. Desnaturalización de la solución concursal*, en L.L. 2010-E-1237.

<sup>30</sup> Nto. *Realidad, Economía y Derecho* cit. y otros trabajos nuestros sobre tempestividad en la presentación en concurso y responsabilidad de administradores societarios por insolvencia citados.

contumaz. Ello resulta claro pues la ley le otorga a éste la posibilidad de convertir el trámite en concurso preventivo y evitar la liquidación de sus bienes, y de no producirse ello y no encontrarse bienes o no ser suficientes, se prescribe la conclusión del concurso (hemos hecho alguna referencia a las costas y volveremos sobre aspectos penales), pero con la publicidad y sanciones que convergen en evitar el daño que causa una persona –física y muy particularmente la jurídica societaria- actuando en el mercado en cesación de pagos.

Lo que no parece lógico es que se evite “molestar” al deudor.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Ángel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo- diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez. Rescata que “En la doctrina científica contemporánea del Derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del “tiempo” de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del Derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al Derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”<sup>32</sup>.

---

31 Ante la inexistencia de activo se impusieron las costas al peticionante de la quiebra en jurisdicción de Rosario, en las causas: “Bello, Adalberto s/ petición de quiebra” por la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario el 16 de agosto de 2005, y en la causa “Pelaez, Ricardo s/ quiebra” en agosto 2007. Reaccionando la Juez Paola Sanzó en la causal “Servidio, Marta s/ quiebra”, el 17 de octubre de 2008 se opuso al levantamiento del embargo sobre el salario de la fallida mientras no se satisficieran las costas. GARCIA, Silvana en “Extinción de las obligaciones por la quiebra”, Edit. Astrea, Buenos Aires 2010, a pág.171 sostiene “En cambio, si se dispuso la clausura *por falta de activo*, es porque los créditos del concurso no pudieron ser cubiertos en la totalidad de sus montos (sólo existió satisfacción a prorrata) o directamente no logró dárseles ninguna cobertura. Aquí cobra entonces importancia determinar, si tras la conclusión de la quiebra que se disponga más tarde por el transcurso de dos años desde la clausura, es posible considerar vigentes estos créditos de manera que sus titulares puedan perseguirlos respecto del ex fallido. Aunque ampliaremos estas consideraciones al analizar los efectos que la rehabilitación tiene sobre la subsistencia de las obligaciones, desde ya adelantamos nuestra convicción en el sentido que los créditos del concurso que no pudieron ser satisfechos por la liquidación de los bienes del fallido, deben considerarse subsistentes tras la conclusión de la quiebra y perseguibles por sus beneficiarios sin restricciones derivadas de los posibles efectos patrimoniales del cese de la inhabilitación”, continuando a pág.246: “El efecto liberatorio y los acreedores del concurso. Sostenemos que el crédito o la porción insatisfecha de él correspondiente a un acreedor del concurso, no resulta alcanzado por los efectos de la liberación por rehabilitación. Por lo tanto, el respectivo acreedor puede intentar por vía individual la satisfacción de su crédito no cubierto mediante la agresión de bienes que el fallido adquiera luego de su rehabilitación. Ello implica afirmar un tratamiento diferente con relación al resto de los acreedores concursales (concurrentes o no). Pensamos que ello es así, en razón de la disímil naturaleza de los créditos del concurso. La “extraconcursalidad” que hace a su esencia justifica que no se aplique a su respecto la generalidad de los efectos que rigen intraconcursalmente, entre ellas, la liberación patrimonial por rehabilitación. Por esa diferente naturaleza es que se ha reconocido su derecho al devengamiento de intereses hasta su pago, la ajenidad a la ley del dividendo, la consecuente inaplicabilidad de la caducidad para el cobro de importes asignados en un proyecto de distribución, la posibilidad de accionar individualmente contra el concurso, etc. No parece que deba sostenerse que la garantía patrimonial de los créditos del concurso tenga que resultar la misma que la que ampara a los créditos anteriores a la quiebra, esto es, únicamente los bienes desapoderables, teniendo en cuenta además que esos créditos (los del concurso) podrían surgir con posterioridad a la rehabilitación del fallido. En parecido orden de ideas, con anterioridad a la ley 24.522 se afirmó que los saldos insolutos de estos créditos son perseguibles en el nuevo concurso -art. 108 LC (hoy art. 104 LLCQ)- en el que asumirán la condición de créditos del deudor, siendo el activo destinado a responder por su satisfacción el descrito en esa norma, básicamente el adquirido con posterioridad a la rehabilitación. Y aunque limitado a ciertos créditos del concurso, como ser tasa de justicia y costas ganadas al síndico *que no hubieran resultado cubiertos con la liquidación del activo*, también hoy se sostiene que su cobro podrá intentarse sobre el patrimonio del ex fallido quien responderá como sujeto in bonis. Creemos que esta interpretación protege adecuadamente la particular naturaleza de estos créditos, y viabiliza la efectiva satisfacción que la propia ley ha querido de algún modo proteger aún dentro de la quiebra al permitirles el cobro de modo inmediato a su devengamiento (art. 240 LCQ).

32 ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” citado dirigido por el mismo, específicamente a pág. 113.

El tema es más claro en sociedades, que tienen un sistema de prevención propio a través de las previsiones de pérdida del capital social, pues si bien diferente a la cesación de pagos, aquella causal de disolución aparece en forma constante, como me asesoraba Gustavo Esparza en el XI Congreso Internacional de Daños (UBA 2 y 3 de junio de 2011) con la capacidad y cordialidad con la que colabora permanentemente.

Parte de ese efecto se intenta obtener legitimando a otros sujetos, y no sólo al deudor o a los administradores de la sociedad deudora, a solicitar la apertura del concurso, facultando al Juez para actuar con la máxima celeridad, declarando el concurso tan pronto aparecen los primeros síntomas de la crisis, en el plano de la oportunidad, lejos de la idea de sanción. El juez no está llamado a emitir una declaración de mérito sobre si el empresario merece o no la apertura del concurso, lo importante es abrir el proceso. En Estados Unidos se dice que las únicas sanciones al deudor son “el insomnio, las úlceras y el *valium*”<sup>33</sup>.

Ricardo Olivera García subrayaba respecto al proyecto que dio inició a la actual ley concursal uruguaya<sup>34</sup> “El Proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.

Dasso critica el enfoque –claro que omite una distinción entre la empresa unipersonal y la organizada socieariamente-. En el Capítulo XIII y último destinado a las legislaciones comparadas en su “Derecho Concursal Comparado”<sup>35</sup>. Apunta que en el año 2001 la ley de “Enmiendas judiciales” creó los juzgados de concursos y “estableció una regulación dirigida a prevenir abusos y evitar las dilaciones en la tramitación del concurso preventivo, objetivo éste que la doctrina conceptuó logrado”, apuntando como tésis al “interés de los acreedores, sin receptar la nueva tésis que constituye nota caracterizante del nuevo derecho concursal del siglo XXI”, demostrando su posición contraria al sistema receptado, lo que apunta reiteradamente, señalando la influencia de Rojo, a través de un proyecto que no fue receptado en España –pero cuyo régimen legal tampoco satisface a Dasso, refiriendo que se generan estímulos a los deudores –y a sus administradores- para la presentación temprana y “se inspira en una concepción filosófico-jurídica que parte de conceptuar insuficiente la tésis del salvataje de la empresa, consagrada en la parte final del siglo XX como el bien jurídico tutelado en el concurso... Es particularmente interesante la técnica empleada por el legislador uruguayo, quien sostiene que estimular o incentivar en los agentes económicos conductas dirigidas a concretar los objetivos perseguidos por la ley, constituye un instrumento adecuado”. Relata esos estímulos al deudor y a los acreedores; en este caso mejorar la probabilidad del porcentaje de percepción de su crédito.

Obviamente no estamos de acuerdo con el criterio de Dasso, pues la “conservación de la empresa” es una acción que esta a cargo de los administradores societarios, y cuando estos no actúan parece adecuado que lo hagan los acreedores, otorgando todas las legislaciones recursos para asegurar, aún ante la tardía reacción, aquella conservación. La empresa debe ser salvada oportunamente, y ello esta

---

<sup>33</sup> ARROYO MARTINEZ, ob. cit. p. 127/9.

<sup>34</sup> En su *Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay*, ed. Universidad de Montevideo 1999- pág. 310.

<sup>35</sup> DASSO, Ariel Ángel “Derecho Concursal Comparado”, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, 804 páginas (Comentario de Efraín Hugo Richard) (publicado en :Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 240-107 Bibliografía -Libro del comentador “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, pág.651).

conectado a la diligencia con la que deben actuar los administradores societarios conforme un uniforme enfoque del derecho comparado, que impone continua planificación.

Debe operarse con visión integradora del Derecho Privado, como técnica pero sin perder el sentido axiológico y sociológico que debe tener el sistema jurídico y a la que debe rendirse su aplicación<sup>36</sup>.

Muchas técnicas jurídicas se han introducido en la legislación concursal desde el año 1995<sup>37</sup>: el acuerdo heterónimo que permite a terceros hacer propuestas de acuerdo, permitiendo la reforma que la propia sociedad concursada intervenga en una segunda oportunidad; la conversión de la quiebra – incluso la pedida por el propio deudor- en concurso; propuestas múltiples de acuerdo sin límite de monto y plazos, ni imposición de ajustes o intereses; posibilidad que el juez imponga ese tipo de acuerdo a ciertos acreedores aún en casos de no lograrse las mayorías previstas, etc.. De diligencia nada, con lo que el concurso se tramita para frenar un remate, después de muchos años de cesación de pagos y con una “empresa” que no está en condiciones de afrontar el mercado.

La respuesta es si alguien generó daño a sabiendas debe repararlo. Y la visión debe girar hacia los administradores de la sociedad que operó en cesación de pagos<sup>38</sup>, y quizá también a sus controlantes<sup>39</sup>.

Así la ley española de concursos 13813 LEY 22/2003, del 9 de julio de 2003, registra en su exposición de motivos: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste.- El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo”. Destacamos la expresión “el deber de solicitar”.

Se trata ni más ni menos que el tema de la tempestividad en la presentación en concurso, que desvela en la doctrina y legislación extranjera, o en devolver el principio del que daña repara, referido al daño causado por sociedades cuyos administradores y controlantes continúan operando en insolvencia, sin planificar afectando con dolo la contratación y generación de nuevos acreedores después de haber advertido o deber haber advertido el estado de cesación de pagos, afectando la seguridad jurídica general al romper las reglas del mercado y de la competencia respecto a operadores de actividades similares que cumplen con todas sus obligaciones, y que no usan la técnica jurídica de organización societaria abusivamente, ya en la imposibilidad de cumplimiento del objeto social<sup>40</sup> En ese marco

---

<sup>36</sup> Ntos. *Proceso concursal oportuno*, en Número especial de Jurisprudencia Argentina año 2003. y *Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)* p. 2 número especial de Jurisprudencia Argentina “Perspectivas actuales del Derecho Concursal”, 7 de agosto de 2002, JA 2002-III fascículo n. 6), ambos coordinados por Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval.

<sup>37</sup> Ntos. *Tempestividad en la presentación en concurso* citado, y *Ensayo en torno a la buena fe e insolvencia societaria* en Libro colectivo “Tratado de la buena fe en el derecho” Editorial La Ley Buenos Aires 2004, p. 781 y ss.; *Asistematicidad de la reforma concursal; Ineficacia de la ley concursal* en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acader.unc.edu.ar>

<sup>38</sup> *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en Doctrina Societaria y Concursal, n° 172 marzo 2002, Bs. Aires, Ed. Errepar, tomo XIII p. 887 y ss..

<sup>39</sup> *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita*, en Doctrina Societaria y Concursal n° 185 abril 2003, Buenos Aires, Ed. Errepar, tomo XV p. 313 y ss..

<sup>40</sup> Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia*, en RDCO, año 2003, n° 203 pág. 553 y ss, septiembre 2003; y DEYA, Federico Sebastián *Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho*, en RDCO n° 200, pág. 813. Sobre el bien jurídico tutelado en el derecho concursal y la tempestividad en la presentación en concurso se ha abierto un seminario a distancia, que culminará a fin de año en la página electrónica de la Fundación para Estudios de la Empresa, a la que se puede acceder desde la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

de no intervención que se requiere, es inaceptable que se autoricen acuerdos predatorios, que implica prácticamente una expropiación, aceptándose la conformación de una ajustada mayoría con cesiones de créditos, y bajo el supuesto que en una liquidación societaria se obtendría menos<sup>41</sup>.

**Si el concurso no es abierto cuando aún es posible el cumplimiento del objeto social (empresa) todas las otras técnicas están destinadas a su fracaso<sup>42</sup>. El pedido de quiebra por acreedor viene en cumplir parte de esa misión dentro de un sistema ineficiente, pedido que puede ser resistido, consignarse o convertirse en concurso preventivo hasta varios meses después de aquél pedido de quiebra.**

**Así lo entendió la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala 1ª con fecha 15 de mayo de 2008, en la causa “Gerez de Martino, María c/ Amoros de Ledo, Aurora”, resolviendo una acción de responsabilidad contra el Directorio de una sociedad fallida “Repuestos Antártida S.A.”, por el mal desempeño del cargo, no asegurar la documentación comercial, mantener el patrimonio social o justificar sus movimientos “dando cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en la contabilidad legal”, sosteniendo que “La presentación en concurso preventivo o en pedido de propia quiebra no es incompible con la obligación de conservar el activo, porque, aunque ya se han registrado pérdidas, pone freno a un mayor deterioro patrimonial”...”No efectuar la presentación en tiempo y no iniciar los tráites inherentes al concurso... Ante el pedido de quiebra de acreedor, y estando en cesación de pagos, el presidente del directorio omitió tomar las medidas exigibles en tal circunstancia, a saber: convocar al directorio, para tomar la decisión correspondiente como órgano colegiado acerca de la posibilidad de pedir concurso preventivo, la propia quiebra o la conversión de quiebra en concurso... corresponde atribuir responsabilidad a los codemandados integrantes del directorio. Habiendo funcionado como órgano colegiado, sus decisiones debieron haberse tomado por mayoría de sus integrantes, siendo ejecutada por su presidente. El resultado de las deliberaciones y el sentido de los votos, debe redactarse en el libro de actas correspondiente. En tal carácter, han consentido todas las decisiones llevadas a cabo por el presistente, y no surge que se haya demostrado la invocación y menos el ejercicio de las eximentes previstas por los arts. 274” LSA. Y bajo ese criterio atribuye responsabilidad solidaria a todos los integrantes del directorio, revocando la resolución de la primera instancia.**

Bienvenidos los precedentes que vienen a poner las cosas en su justo equilibrio: que se oiga al deudor y se anticipen los remedios a la crisis y la restauración de los repartos<sup>43</sup>.

Pero reiteramos que existe un derecho comparado uniforme para solucionar las crisis societarias desde su ley específica. De ellas suele no hablar la doctrina concursalista, y por supuesto es soslayada por los administradores de las sociedades concursadas y no advertida por los jueces. De allí la importancia a lo que se refiera a su imperativa aplicación y su inexistencia que se haga en el informe general del síndico.

## **7. Técnica legislativa frente a la insolvencia.**

---

<sup>41</sup> Nto. *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios* en libro colectivo “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los concursos”, Ed. Legis, del Instituto Argentino de Derecho Comercial en sus 70 años, Buenos Aires 2009, pág. 397, y nto. “Perspectiva del Derecho de la insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

<sup>42</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Tempestividad en la presentación en concurso* pág. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

<sup>43</sup> RICHARD, Efraín Hugo *AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL* (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), que puede consultarse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

**En estos aspectos de la insolvencia no usamos técnicas jurídicas eficientes y las interpretamos menos eficientemente aún.**

Eficiencia y efectividad son criterios propios del ámbito económico orientados a perseguir la competitividad de las empresas; concepto que en otros supuestos debe ser entendido como realización racional, rápida, completa y convincente de la función reservada. La efectividad es la medida en que cumple en forma óptima con esa función, y la eficacia es el alcance del objetivo de manera responsable y controlada<sup>44</sup>.

Si los administradores de la sociedad en cesación de pagos no adoptan las medidas que la ley societaria impone, y fracasadas el concurso no es abierto cuando aún es posible el cumplimiento del objeto social (empresa), todas las otras técnicas están destinadas a su fracaso<sup>45</sup>.

El pedido de quiebra por acreedor viene en cumplir parte de esa misión dentro de un sistema ineficiente, pedido que puede ser resistido, consignarse o convertirse en concurso preventivo hasta varios meses después de aquél pedido de quiebra.

Obviamente que la cuestión es diferente y tiene matices particulares sea que se trate de la petición de quiebra de una persona individual que de una persona jurídica, pues en este caso la tempestividad en la apertura del concurso, sea quiebra o concurso preventivo, queda ligada indefectiblemente a la responsabilidad de los administradores, e incluso a la posible responsabilidad de los socios, incluso de los no controlantes.

De todos los procedimientos de declaración de quiebra, la petición falencial por acreedor es – como venimos refiriendo, la que mayor atención ha concitado. La razón es evidente, pues en este trámite se suscita una controversia seria y determinante entre acreedor y deudor sobre el cumplimiento de los recaudos necesarios para la declaración de quiebra (y de sus importantísimos efectos, entre ellos y primordialmente, el desapoderamiento y liquidación de sus bienes, y en lo interno de la sociedad deudora las tensiones por no adoptar decisiones oportunas).

Sin embargo, el esquema sustancial y procesal del pedido de quiebra se ha mantenido inalterado desde la sanción del dec-ley 19.551 ocurrida en el año 1.972. Aunque la regulación legal no suple todas las lagunas que la práctica ha ido demostrando, la doctrina y jurisprudencia han ido delineando los principales perfiles de la figura en cuestión. En efecto, sobre cada conflicto interpretativo se fueron marcando las razones y argumentos que sustentan una solución adecuada.

No es del caso, conforme centralizamos, ingresar en aspecto que hacen a la legitimación activa, prevista en los arts. 80 y 81 LQ, ni en la exigibilidad del crédito, ni en su liquidez, ni en la clase de crédito o en la posibilidad de hacerlo ante el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer,

Como bien señala Heredia no es del caso ingresar sobre la inexistencia de un juicio de antequiebra, pero el debido proceso y el derecho de defensa queda resguardo con la citación del deudor y el sistema recursivo, como enseña dicho autor sobre la supuesta limitación de prueba, que “no es de medios probatorios determinados, sino indeterminadamente de aquellos cuya producción puede resultar engorrosa, dilatada o sumamente compleja, es decir, contrarios a la especial naturaleza del trámite de que se trata”<sup>46</sup>, no descartándose las medidas probatorias oficiosas dispuestas por el órgano jurisdiccional, en la que se duda que estas puede ser en cualquier momento (incluso luego de la citación del art. 84, LCQ), parece razonable entender que dichas medidas deben ser realizadas de

<sup>44</sup> KARPEN, Ulrich *Condiciones de la eficacia del Estado de Derecho – Especialmente en los países en desarrollo y en despegue*, en “Estado de Derecho y Democracia” Ed. Josef Thesing, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires 1997, página 207, citado por LÓPEZ, Senele Carolina I. en *Acuerdo preventivo extrajudicial: el derecho judicial y lo que vendrá* en Semanario Jurídico p. 293, 4 de septiembre de 2003.

<sup>45</sup> Nto. *Tempestividad en la presentación en concurso* pág. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

<sup>46</sup> HEREDIA, *Tratado exegético de derecho concursal* cit., t. 3, p. 289.

manera previa a la citación, ya que de otro modo se afectaría el derecho de defensa (art. 18, CN) y de seguridad jurídica (art. 28, CN)<sup>47</sup>.

Obviamente que esta apreciación aparece como un exceso de tutela en beneficio del supuesto deudor e incumplidor, particularmente de una sociedad que no puede operar con pérdida del capital social (arts. 96 y 99 LSA), ni infrapatrimonializada .

#### 8. Inexistencia de bienes.

Hemos comentado alguna preocupación jurisprudencial sobre la inexistencia de bienes para atender las costas del proceso.

La inexistencia de bienes demostraría que el deudor –persona individual o jurídica- se abría desinteresado de convocar a sus acreedores, quizá después de haber cumplido actividades elusorias de la responsabilidad, insolventándose por medios difíciles de descubrir en un proceso individual.

En caso de sociedad es improbable la clausura del procedimiento por falta de activo –que abriría acciones de responsabilidad-, y tampoco puede usarse para impedir la apertura de un procedimiento previsto expresamente por la ley, y que también ha considerado la clausura por falta de activo. ¿Qué actitud puede requerirse a un acreedor, que ha visto frustrado el cumplimiento de un contrato o el pago de un crédito, que ante averiguaciones iniciales no advierte incentivo para intentar un cobro individual y se decide iniciar el trámite que habilita la ley para excluir del mercado al deudor que se ha desinteresado de la satisfacción del crédito? El interés general apoya a ese acreedor para evitar que el deudor siga contaminando y sea sancionado, y el dispendio jurisdiccional es similar cuando no se puede ejecutar una acción individual o se clausura un procedimiento universal por falta de bienes.

El tema llamó la atención a la Fiscalía General de la Provincia de Córdoba, imponiendo a los Jueces y Fiscales en lo Penal a informar mensualmente del trámite impuesto a los pases formalizados por la justicia comercial por inexistencia de activo, conforme resolución 03/08 del 3 de abril de 2008.

Justamente la clausura del procedimiento por falta de activo (art. 232 LQ) supone la citación al deudor –citación que en la jurisprudencia negatoria de la quiebra se escamotea-. O sea que cuando se señala que no deben aceptarse las peticiones de quiebra formuladas por acreedores sin antes haber agotado la vía individual por presumirse la inexistencia de bienes, podría pensarse que se intenta amparar el fraude cometido por el deudor.

Dejemos acá las cosas, aunque también debe preguntarse la significación del abandono de la sede social y la incomparencia a juicio, a la par de la existencia de incumplimientos acreditados judicialmente, particularmente en el caso de sociedades, que permitirían acciones de responsabilidad y de descorrimiento del velo.

#### 9. Sobre el desistimiento o consignación.

Obviamente que existen técnicas jurídicas introducidas legislativamente para desalentar pedidos de quiebra que encubran un interés particular de sólo lograr rápidamente el cobro de su acreencia y no el sacar del mercado a un deudor en cesación de pagos: 1º. La acción de daños prevista por el art. 99 LQ, instrumentada sobre el abuso de derecho y la culpa, o sea castigando al acreedor más allá de lo que se responsabiliza a administradores y complicas en el art. 173 LQ donde se requiere el dolo. 2º. La

<sup>47</sup> Ese mismo tratadista señaló en otro fallo: Conforme lo establecido por la LCQ 84 in fine, lo único que admite la ley es un trámite abreviado, que se resuelve en unos pocos pasos procesales y cuyo ámbito cognoscitivo es acotado. Ese trámite tiene por única finalidad determinar si el sujeto pasivo ha incurrido en cesación de pagos para someterlo al régimen legal, a punto tal que el pronunciamiento final sólo puede tener por objeto la admisión o el rechazo del pedido de quiebra. Por ello, las cuestiones que exceden a lo estrictamente atinente a esa finalidad, son ajenas al debate propio de la instrucción prefalencial, debiendo ser desestimadas por el órgano judicial, sin perjuicio de su planteo por la vía pertinente. CNCom, Sala D, Noviembre 16 de 2010, “Nakta Textil SRL sobre quiebra”. Fallo de **Juan José Dieuzeide y Pablo D. Heredia**



reputación de inoponibilidad de los pagos realizados al acreedor, y 3° impidiendo el desistimiento del pedido.

Recordamos que, en el inicio de aplicación de la ley 19.550 en los albores de la jurisdicción concursal especializada de la Ciudad de Córdoba, las resoluciones del primer juez Dr. Ortiz Araya frente al pedido de quiebra y la consignación, fuere en pago o en acreditación de estar in bonis. Al desechar o absolver la petición, rechazaba toda posibilidad de girar orden de pago al acreedor peticionante o de tener por embargado el monto, o de librar orden de pago a favor del depositante, quedando a las resultas de lo que se dispusiera en el juicio o procedimiento respectivo, lo que rápidamente desestimuló usar el sistema concursal como medio de cobro individual, imponiendo la preocupación o actividad del deudor –o del acreedor en su caso-, y en su caso prosiguiendo los procedimientos ante la cesación de pagos.

La prohibición de desistimiento, una vez citado el deudor –haciendo más laxa la prohibición del art. 94 de la ley 19551, marcando la política de la ley 24522 y que puede aceptar la petición de quiebra sin trámite en atención individual-, aparece como una forma de equilibrar la pretensión individual, volcándolo al interés colectivo. “La construcción, como apunta la exposición de motivos, resulta armónica con el sentido que se ha dado a la petición de quiebra por acreedor y a la actuación del órgano jurisdiccional en protección de los intereses generales y comunes”<sup>48</sup>.

El tema, como refiere Cámara, proscribiera el derecho de desistir una vez citado el deudor, haya o no conformidad de éste o de otros acreedores, lo que implica también la prohibición de desistir del derecho, conforme a lo cual se bloquea el pago, lo cual no impide que el mismo acreedor indirectamente intente acreditar la solvencia del deudor, lo que llevará a otro resultado: la denegación del pedido por el Tribunal.

Por ello debería instarse la rápida citación del deudor, con lo que quedaría imposibilitado el acreedor de desistir ante arreglos espúreos extrajudiciales.

El bloqueo del pago directo o por terceros, conforme la previsión del art. 122, previsto en el art. 87 2ª parte, ley 24522, del desistimiento, o del depósito a embargo o para demostrar solvencia, es la herramienta de la jurisprudencia para canalizar cualquier intento individual en un beneficio colectivo, conforme el bien jurídico tutelado por la ley concursal<sup>49</sup>, y no la declaración de inadmisibilidad de un pedido legítimo. Coherentemente con esa prohibición de recibir pagos debe entenderse la posibilidad del recurso de levantamiento sin trámite de la quiebra ya declarada por la consignación en pago.

No es un tema suficientemente analizado. En efecto, parecería que la ley, con poca coherencia con los argumentos dados, permite el levantamiento sin trámite de la quiebra declarada con depósito en pago o a embargo del importe de los créditos. Allí toma vigencia el criterio indicado del Dr. Ortiz Araya. Adviértase que la ley nada dispone sobre el libramiento de la orden de pago por el juez del concurso.

“La consignación en pago o en calidad de embargo de la suma debida al acreedor que solicitó la quiebra, enerva la presunción de impotencia patrimonial del deudor, como se dijo en numerosos casos judiciales”<sup>50</sup>, pero no impone al Juez de la quiebra efectivizar la transferencia al acreedor del depósito dado en pago, y mucho menos en caso que haya sido depositado a embargo. El primer supuesto porque aparecería dando legalidad a un pago que esta cuestionado por la ley, y en relación a cuyo trámite nada indica la norma.

---

48 CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la Quiebra* tomo III pág. 1718, Editorial Depalma, Buenos Aires 1982, refiriéndose a la ley 19551.

49 Nto. *Bien jurídico tutelado por la legislación concursal*, en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p. 262 y ss..

50 CÁMARA, ob. cit. t. III pág. 1609 y los fallos allí citados.

Este es el punto donde debería trabajar la jurisprudencia para desalentar el uso indebido de la vía, no en su rechazo. El deudor deberá realizar los trámites para desobligarse y satisfacer la deuda originariamente incumplida, o el acreedor para hacer efectivos los fondos depositados. No serán a cargo del juez concursal. De no estamos limitando la vía de apertura tempestiva del concurso por suponerla generada por un interés espúreo, antes que este interés se revele en forma objetivada, y luego se colaboraría en satisfacer el “interés particular” cuestionado.

Por otra parte, el acreedor peticionante puede ser demandado para indemnizar los daños generados por culpa grave o dolo. “Es claro que si el deudor logra demostrar (en probatio diabólica) que el pedido de quiebra del acreedor fue abusivo y no ha tenido como real intención la declaración de quiebra, sino que este proceso se ha desnaturalizado en una vía alternativa de cobro, podrá, eventualmente, reclamar los daños y perjuicio que dicha petición le haya ocasionado; ello sin perjuicio de las multas procesales que eventualmente podrían corresponder por el quebrantamiento de la buena fe procesal (arts. 45, CPCCN y 83, CPCCCba.)”<sup>51</sup>.

#### 10. Actividad ilícita.

La actividad en cesación de pagos, como la simulación de realizar la actividad en el extranjero (indirect doing business) permitiría aplicar oficiosamente la sanción del art. 19 LSA por actividad ilícita, imponiendo la liquidación de la sociedad para limitar el daño, con las responsabilidades consiguientes.

En *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA”*<sup>52</sup>, nos hemos referido a una petición de quiebra recién abierta por la Corte –vaya trámite- y que implica el reconocimiento de actividad ilícita, además de la cesación de pagos.

*Nuestra Corte, con el voto unánime de sus Ministros ha resuelto el recurso de hecho en la causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” en fecha muy reciente (24/02/2009) revocando el fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumo la señora Procuradora Fiscal.*

El art. 19 LSA implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción –por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventado. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

La declaración sobre la actividad ilícita tendrá un efecto contaminante en el caso.

Efectivamente, la Corte da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A.. Conforme a ello corresponderá aplicar a éste

<sup>51</sup> JUNYENT BAS – MOLINA SANDOVAL en *Cuestiones prácticas...* cit..

<sup>52</sup> *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA” (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business) en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 258 mayo 2009, pág. 523 y ss..*

–al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LSA a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

Se sumaría a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter LSA al Banco General de Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aún dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del Procurador General en el llamado caso Palomeque.

Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

Quiénes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero –incluso en temas vinculados a la crisis financiera global- podrían accionar en base a alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad:

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 ter LSA, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva<sup>53</sup>;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria<sup>54</sup>, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que en la actividad financiera *indirect doing business* es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes<sup>55</sup>.

En el caso convergen dos facetas: la actuación territorial de sociedades no inscriptas a través de sistemas electrónicos y la actividad financiera ilícita. A nuestro entender cada una de ellas, independientemente, autoriza la calificación de actividad ilícita y las sanciones consiguientes.

No hay duda que tales efectos serán aplicables a otras SAFIS uruguayas, pero también a las constituidas en otros paraísos fiscales –o no- cuando la actividad principal se desarrolle en el país, por imperio del art. 124 LSA.

### III – NUEVO ARGUMENTO: LA RESPONSABILIDAD.

---

**53** FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en *Doctrina Societaria* de Errepar setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771”, fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz..a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio....c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

<sup>54</sup> OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal* de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

<sup>55</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Relaciones de organización*. Ed. Advocatus, 2ª ed. Córdoba 2002, pág. 279 y ss.

Pero un nuevo argumento potencia la conveniencia de aceptar el proceso. Indirectamente lo hemos expuesto en *CRITERIO EN LA CORTE EN TORNO A INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA*<sup>56</sup>

Apuntamos que “La jurisprudencia laboral ha enriquecido la temática de la responsabilidad en el marco de la protección al trabajador cuando el empleador lo ha sido una sociedad comercial. No obstante el criterio ha sido muchas veces errático, no distinguiendo claramente entre la responsabilidad de los administradores, basada en las disposiciones de los arts. 59, 157 y 274 LSC, y la de los socios, basada en el tercer párrafo del art. 54 LSC titulado como de la *inoponibilidad de la personalidad jurídica*”.

A su vez, se expresa sobre la posibilidad de establecer condena solidaria en supuestos regulados por la Ley de Contrato de Trabajo “por vía de la desestimación de la personalidad jurídica o la imputación hacia quiénes ejercieron cargos con nivel decisorio en los entes societarios”<sup>57</sup>, concluyéndose “La solidaridad es la respuesta legislativa al principio protectorio ue debe garantizar al trabador la percepción de su crédito ante las situaciones de insolvencia de su contratante directo”. Y si bien la insolvencia puede probarse por otros medios de prueba, la quiebra la acredita indubitadamente. A su vez, el informe general del síndico<sup>58</sup> importa un elemento de juicio, previo a la promoción de un juicio de responsabilidad, que da predictibilidad al resultado de la acción.

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<sup>59</sup>, agregamos que fuera de esa situación no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En ese caso no se intenta aplicar la teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores<sup>60</sup>.

### 1. La doctrina de la Corte.

Nuevamente Lorenzetti marcó ese presupuesto en el recurso de hecho en “*FUNES, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro*”, de fecha 28 de mayo de 2008, donde la mayoría desestimó la queja formalizada por el Presidente del Directorio de la sociedad por acciones demandada que “había hecho extensiva la condena contra la sociedad por indemnización por despido y créditos salariales” a ese integrante del órgano de administración.

El Presidente de la Corte hizo las siguientes consideraciones textuales, que relatamos parcialmente: “2° ...el a quo después de efectuar consideraciones sobre la desestimación de la personalidad jurídica, sostuvo que en virtud de las falencias registrales en que incurrió la empleadora el presidente del directorio debía responder en los términos del art. 274 de la ley 19.550 en razón de haber desempeñado el cargo durante la relación laboral y, por ende, cuando se concretaron las maniobras para ocultarla... 3° ...suscitan cuestión federal bastante ...al extender la responsabilidad fuera del ámbito previsto por la norma, con perjuicio al debido proceso y al derecho de propiedad... 5° Que respecto a los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 cabe señalar que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a “indemnizar el daño”, la cual es diferente a la del obligado solidario en las relaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar, lo que no se ha hecho en la especie... es necesario

<sup>56</sup> Publicado a pág. 73 Foro de Córdoba, n° 142, octubre 2010.

<sup>57</sup> TOSELLI, Carlos A. *Responsabilidad solidaria: extensión y límites de sus efectos* en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Rep. Argetna, Diciembre 2010, Especial n1 18 Temás Actuaciones del Derecho del Trabajo, año XXXIII pág. 7, con cita “Con toda la secuela que emana del pronunciamiento por vía del art. 280 de la CSJN en autos “*Daverede, Ana M. c/ Mediconex S.A. y otros, 29/05/2007*”

<sup>58</sup> Nto. *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el informe general en RDCO 242-657 Doctrina.*

demostrar el daño... 7º) Que si bien la alzada no fundó su decisión en el art. 54 de la ley 19.550 efectuó consideraciones sobre dicho precepto que comportan un claro error en la interpretación de la ley... 8º) Que, en efecto, en las causas “Carballo, Atilano c. Canmar S.A. (en liquidación) y otros” y “Palomeque, Aldo Renée c. Benemeth S.A. y otro”... el Tribunal dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta conforme un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía. Esa línea argumental también estuvo presente en la causa... “Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/ despido”, del 4 de julio de 2003... para decidir que no era arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. 9º)... debe interpretarse en forma restricta, porque, de

59 La "doctrina de la penetración" o "teoría de la desestimación de la persona jurídica" puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la "teoría de la penetración" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una "pantalla" para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165. No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresarial tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho Admitiendo que el origen doctrinario de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales estadounidenses, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado precedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes ; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas ; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción ; tipo de negocio de cada uno de ellas ; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa ; posibilidad de error en al contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. - Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derechos a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. - La doctrina del "disregard" ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo ; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCom, Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial<%0> Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal estructurado sobre la base del art. 2 de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza “para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 19.550”. Es decir, que el propósito de la norma es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad. 10) Que de lo expuesto se sigue que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad lo que en el caso no se ha probado pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Sin embargo, aun en este supuesto es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresaria”.

## 2. El descorrimiento del velo.

Hasta aquí las expresiones –incluso *obiter dictum* en torno a la desestimación de la personalidad- del voto del Dr. Lorenzetti que generan nuestras inmediatas consideraciones. El Ministro se refiere al equívoco de invocar normas de responsabilidad cuando se intenta aplicar el régimen del art. 54 ter LSC. Acotamos que la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad es una forma de responsabilización en las relaciones de organización.

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil" <sup>61</sup>. De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

Debemos advertir que la expresión *inoponibilidad de la personalidad societaria* es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia<sup>62</sup>.

## 3. La insolvencia (infrapatrimonialización) como condición de las acciones de responsabilidad o de “inoponibilidad”.

<sup>61</sup> Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada.... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

Lorenzetti a la par de remarcar la necesidad del daño, apunta fundamentalmente a la constatación de la existencia de insolvencia de la sociedad obligada al pago.

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. Como vimos, la aplicabilidad del art. 54 ter LSC requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti-, 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, y no existiría el daño a resarcir pues la obligación habría sido cumplida por la sociedad empleadora.

Sobre la jurisprudencia laboral y el requerimiento de insolvencia hemos también divagado<sup>63</sup>. La sociedad constituida, debidamente publicitada, pasa a ser una persona jurídica dotada de un patrimonio independiente que, como tal, se constituye en una institución jurídica en cuanto no puede desaparecer sino a través de una decisión imputable a la sociedad o por el reconocimiento de existencia de una causal de disolución prevista en la ley, que impone un procedimiento de liquidación no disponible. Ello caracteriza a la sociedad como institución jurídica en cuanto, si bien el vínculo nace normalmente de un contrato –no necesariamente-, la liquidación de la persona esta sometida a un trámite institucional necesario para, como si fuera la muerte de una persona física, satisfacer las relaciones jurídicas generadas durante la funcionalidad de esa sociedad-persona, cumpliendo contratos, pagando a los acreedores y entregando a los socios el remanente si lo hubiere.

El recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores<sup>64</sup>. En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”<sup>65</sup>. Se expresa<sup>66</sup> “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal....”. Y ello es anterior al caso Emron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

#### IV - AFIRMACIONES.

62 Nto. *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*, en libro AA “Responsabilidad de administradores”, Ed. Legis, Buenos Aires 2008 Instituto Argentino de Derecho Comercial; ZEÑATI, M. *Le produit de l'action en courblement du passif et la masse des créanciers*, n. 213. En este sentido, no existe en el derecho argentino el principio de subsidiariedad, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante, no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

63 Nto. *LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)* publicado en libro colectivo “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

64 VICARI, ANDREA “I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

65 DOBSON, JUAN M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, Ed. Depalma, Bs. As. específicamente pag. 105.

66 GIBNEY, FRANK *El milagro programado 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

1°. El acreedor por algún título o causa dentro de las obligaciones indicadas en el art. 79 LQ esta legitimado a demandar la quiebra del deudor, sin promover una acción individual de cobro.

2°. Presentada esa demanda con tal constancia, debe citarse al deudor a fin que formalice las declaraciones o acreditaciones que estime necesario para oponerse o aceptar tal declaración.

3°. Si bien las obligaciones en las condiciones del art. 79 inc. 2° LQ habilitan ese pedido no conllevan necesariamente a esa declaración, puesto que para ello el juzgador deberá entender que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos, y de no contribuir a esa probanza el acreedor, no será imposible para el deudor demostrar lo contrario, incluso depositando en pago o al embargo.

4°. La petición de quiebra por acreedor no implica la liquidación colectiva de los bienes pues puede el deudor solicitar la conversión en concurso preventivo y lograr acuerdos con los acreedores, sin perjuicio en todo supuesto de avenimiento.

5°. La inexistencia de bienes no es óbice para la declaración de quiebra, ni para frustrar la pretensión del acreedor, pues el proceso concursal abre no sólo un período informativo que permite la reconstrucción del patrimonio a través del informe general del síndico y de los contravalores que aparezcan ingresados en relación a la verificación de créditos, o autorizando acciones de responsabilidad contra administradores y terceros, sino que prevé esa situación generando determinadas conductas y sanciones.

6°. El cuestionamiento a la petición de quiebra del deudor por parte de su acreedor que no promovió la acción individual, debe formalizarse en el momento de que éste intente desistir o percibir lo que se le haya depositado en pago o en embargo, incluso en el supuesto de revocación sin trámite (art. 96 LQ).

7°. El depósito de lo adeudado –en pago o a embargo- no debe ser atendido por el juez de la petición de quiebra más allá de la conclusión del proceso colectivo, declarándose incompetente para atender la satisfacción individual del acreedor. De esta forma se descartaría el uso indebido de la pretensión de apertura de un proceso colectivo en beneficio de la colectividad.

Concluimos en este aspecto de la petición de quiebra por acreedor, resuelta correctamente pero vaya a saber cuanto tiempo después de la petición original, sin duda sin que la sociedad haya intentado el pago, la liquidación por pérdida del capital social o el reintegro del mismo, o su concurso, donde posiblemente nacerán acciones de responsabilidad de no ser satisfecha la deuda, deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa<sup>67</sup>, o mejor aún de las relaciones de organización, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo de las sociedades en crisis, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones), para utilizar correctamente la institución jurídica sociedad, no afectando a terceros deliberadamente o por falta de adopción de las prácticas previstas en la legislación para la sociedad-persona jurídica, más allá del riesgo empresario.

Sin duda, los administradores de una sociedad deudora confían en el sistema impositivo burocrático para que el acreedor consiga restablecer el equilibrio.

Que el gasto y el esfuerzo lo hagan los otros...Ya hemos comentado el desgaste jurisdiccional.

<sup>67</sup> Nto. "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 2ª parte *Axiología del Derecho Concursal*, pág. 419 y ss.; y nto. EMPRESA Y ECONOMÍA (LA UNIDAD DE NEGOCIO, LA EMPRESA, LA PLANIFICACIÓN, LA ACTIVIDAD, LA ORGANIZACIÓN Y SU PERSISTENCIA) publicado en "Tratado de la empresa", tomo II Capítulo XXIII pág. 824 a 925, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2010, AAVV bajo la coordinación de Ana Isabel Piaggi.



Sin duda, los administradores de una sociedad deudora confían en el sistema impeditivo burocrático para que el acreedor consiga restablecer el equilibrio.

Que el gasto y el esfuerzo lo hagan los otros...Ya hemos comentado el desgaste jurisdiccional.

---