

## **¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del Derecho Concursal argentino (primera entrega).**

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en EL Derecho los 5, 12, 19 y 26 de abril y 5 de mayo de 2018. En este caso se hace en siete entregas siendo esta la primera.

**Sumario: Primera entrega:** 1. Una excusa para comprobar de dónde viene, donde está y hacia dónde se dirige el Derecho Concursal. 2. Para qué debiera servir el sistema legal concursal? 3. Otra vez sobre el A-B-C de la economía capitalista y la función que debiera cumplir el régimen concursal. 4. Breve introducción histórica sobre la extensión de la quiebra. 5. Plan de acción.

**Segunda entrega:** 6. Setenta y cinco años de Derecho Concursal italiano.

**Tercera entrega:** 7. Francia.

**Cuarta entrega:** 8. España.

**Quinta entrega:** 9. La *substantive consolidation* estadounidense.

**Sexta entrega:** 10. Argentina.

**Séptima entrega:** 11. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 12. Otra razón para desprenderse de la actual normativa de los arts. 160 y siguientes LCQ: terminar con las aventuras procesales. 13. La realidad en números: ¿estamos mejor que otros regímenes concursales en los cuales la extensión de quiebra no existe o está limitada a su mínima expresión? 14. Dónde queda el norte?

**Primera entrega:**

**1.- Una excusa para comprobar de dónde viene, donde está y hacia dónde se dirige el Derecho Concursal.**

Este estudio tiene dos objetivos. Uno, algo más modesto, aunque ocupará la mayor parte de esta monografía, destinado a demostrar que la extensión de la quiebra, tal como está regulada en nuestro país, no tiene sentido y, por lo tanto, debiera derogarse; y otro, algo más ambicioso, para razonar acerca del rumbo de nuestro Derecho Concursal, diagnosticando dónde se encuentra y hacia dónde debe apuntar.

## **2.- Para qué debiera servir el sistema legal concursal?**

El Derecho Concursal trata de resolver una cantidad de problemas relacionados con la insolvencia. Sin embargo, nunca pudo solucionar todos esos inconvenientes, ni lo hará en el futuro.

Entonces: ¿cuál es el mejor sistema concursal posible?

Todo depende de la perspectiva. Para el juez con competencia concursal el mejor sistema es el que funciona total o parcialmente fuera del tribunal, como los que recurren a mediadores o árbitros, o los que conllevan, lisa y llanamente, a la composición de intereses entre deudores y acreedores; pues, de ese modo, su trabajo se alivia sensiblemente. Hay bastante de eso en estos tiempos<sup>1</sup>.

Para los funcionarios concursales, como los síndicos en el régimen argentino, el mejor sistema concursal es el que transcurre en los tribunales judiciales, requiere mucho de sus servicios, y, por cierto, les asegura una paga generosa.

Para los deudores el sistema concursal ideal es el que les permite restringir su responsabilidad, refinanciar sus deudas en condiciones muy holgadas, dejándole volver rápidamente a la actividad productiva.

---

<sup>1</sup> Rubín, Miguel E., "Tendencia del Derecho Comparado a sacar las disputas concursales del ámbito judicial", E.D. 260-536.

El sistema concursal anhelado por el común de los acreedores es aquel que les hace recuperar el mayor porcentaje de su crédito en el menor tiempo posible.

No obstante, en materia concursal, nada es absoluto. Durante décadas se nos dijo que si el sistema concursal es muy permisivo con los deudores, lo que implica -al menos en teoría- un porcentaje menor de cobro de los créditos por parte de los acreedores, ello es malo para toda la comunidad porque provoca un aumento de la tasa de interés de los préstamos<sup>2</sup>, pues, las entidades financieras, lo que pierden con algunos de sus deudores, tratan de recuperarlo de los otros<sup>3</sup>.

Asimismo se nos ha hecho creer que, a la inversa, si el régimen es muy severo con los deudores, se inhibirán las inversiones (sobre todo en emprendimientos nuevos), lo que hará que los financistas tengan un número estable o decreciente de tomadores de préstamos; lo cual, a su vez, puede hacer que el dinero prestable quede sin colocar. Y si ello ocurre, no habrá más remedio que bajar las tasas de interés, dañando la renta de los prestamistas<sup>4</sup>.

Sin embargo, ninguno de esos factores es tan elástico como para permitir que el sistema financiero llegue a cualquier extremo. Así, por ejemplo, la tasa de interés no se puede aumentar eternamente<sup>5</sup>.

En una ecuación realista deben pesar la situación económica y financiera global y la local. La crisis internacional de las hipotecas del año 2008 lo

---

<sup>2</sup> De Quirós, Lorenzo B., “Una nueva ley de quiebras”, <http://www.elmundo.es/economia/2014/03/02/53124625268e3e3d298b4571.html>

<sup>3</sup> Concha, Mauricio y Lladó, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el sistema de insolvencia empresarial en el Perú”, <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-158/moneda-158-08.pdf>.

<sup>4</sup> Gil León, José M., “Posturas de política monetaria ante fluctuaciones de la Economía: una revisión de la evolución teórica”, *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 7, nº 2, julio-diciembre/2015, pág. 381.

<sup>5</sup> Antelo Callisperis, Eduardo, Cupé Clemente, Ernesto y Requena Blanco, Bernardo, “Determinantes macro y microeconómicos de las tasas de interés pasivas y los *spreads*”, [http://www.udape.gob.bo/portales\\_html/AnalisisEconomico/analisis/vol15/art04.pdf](http://www.udape.gob.bo/portales_html/AnalisisEconomico/analisis/vol15/art04.pdf).

demostró: si los Bancos se hubieran quedado con los inmuebles de todos los deudores hipotecarios imposibilitados de pagar sus préstamos hubieran cometido un grave error, pues el negocio de las entidades financieras es dar dinero en préstamo (preferentemente el dinero ajeno), no acumular inmuebles depreciados en su patrimonio<sup>6</sup>.

También a lo largo del tiempo el *lobby* de los acreedores supuso que un régimen que pone en sus manos todo el poder sobre los bienes y el destino del deudor mejora su propia suerte<sup>7</sup>. Pero el tiempo y las grandes crisis financieras han demostrado que esa forma de ver las cosas no es la adecuada, pues no hay una relación directa entre esa política y las tasas de recupero del crédito.

Es más, muchas veces facilitarle al deudor mantenerse económicamente activo también es beneficioso para los acreedores, pues estos últimos, sean comerciantes, financistas o industriales, pueden recuperar un cliente, y, además, mantener viva la posibilidad de rescatar todo o parte del dinero invertido<sup>8</sup>.

Cuanto acabo de señalar se vuelve patente en el caso de los sobreendeudados<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Keating, Dave, “La crisis económica de 2008 explicada”, <http://www.cafebabel.es/politica/articulo/la-crisis-economica-de-2008-explicada.html>.

<sup>7</sup> En esa línea: Ezcurra, Huáscar R., “La muerte del sistema concursal”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* n° 12, pág. 157, <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/viewFile/95/92>.

El incrementar el poder de los acreedores en los procesos de insolvencia también fue, abiertamente, la finalidad de la ley uruguaya de concursos n° 18387 del año 2008, tal como lo sostuvo uno de sus redactores (Olivera García, Ricardo, “Cuatro bases fundamentales de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial”, [revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/79/82](http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/download/79/82)). Sobre el particular véase también: Bacchi Argibay, Adriana, “Los pilares de la reforma concursal uruguaya y los acreedores del deudor concursado: del “empaldecimiento” de su rol al protagonismo”, *Revista de Derecho Comercial* n° 4, año 2011, pág. 9.

<sup>8</sup> Couso Pascual, José R., “La reforma concursal y los acreedores financieros”, <http://www.elnotario.es/>

<sup>9</sup> O’Neill de la Fuente, Cecilia, “Cara, yo gano; sello, tú pierdes. Sobre la ley de insolvencia familiar”, <http://elcristalroto.pe/economico/cara-yo-gano-sello-tu-pierdes-sobre-la-ley-de-insolvencia-familiar/>

Esa realidad es la que, en estos tiempos, está llevando a lo que pomposamente se denomina “cambio de paradigma”<sup>10</sup>; el que viene siendo impulsado a gran escala por los organismos internacionales, sobre todo los de crédito.

Primera conclusión: no hay un sistema concursal bueno en abstracto, es decir, que sea tan bueno para el deudor como para el acreedor, para los jueces como para los funcionarios concursales.

Segunda conclusión: El sistema concursal no es una herramienta que opera en el vacío, sino una pieza del engranaje del crédito, cuestión que afecta no sólo a deudores y acreedores singulares, sino, también, a buena parte de la sociedad, pues la mayor facilidad o dificultad de acceder a los recursos financieros influye directamente sobre los precios y demás condiciones de adquisición de bienes y servicios<sup>11</sup>.

Tercera conclusión: no hay un sistema concursal perfecto. En todo caso podemos hablar de su eficiencia, cualidad que se alcanza cuando, en la mayoría de los casos, se logra un reparto equitativo de las desgracias que ocasiona la insolvencia del deudor<sup>12</sup> y se le permite a este último recuperar su actividad productiva en el corto plazo. Si el sistema concursal es poco eficaz, la mayoría de los concursados terminan en la liquidación de sus bienes, su rehabilitación llega tarde o nunca, y el resultado de esa operación no satisface a sus acreedores<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Así: Gurrea-Martínez, Aurelio, “Hacia un nuevo paradigma en el estudio y el diseño del Derecho Concursal en Iberoamérica”, documento preparado para el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), *Working Paper Series* 7/2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2805303](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2805303).

<sup>11</sup> López Gutiérrez, Carlos, “Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración del mercado” (tesis doctoral), <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10585/0de5.CLGprevio.pdf.txt?sequence=12>.

<sup>12</sup> López Gutiérrez, Carlos, Torre Olmo, Begoña y Sanfilippo Azofra, Sergio, “¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia”, *Revista Innovar Journal, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales* vol. 21, nº 41, año 2011, <https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/35397/35765>.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en España, entre un 89% y un 93% de las empresas que entran en concurso de acreedores termina en liquidación; es decir, sólo cerca de un 10% consigue aprobar un convenio. De hecho, de los

Por eso elegí a la extensión de la quiebra como tema de este estudio: para que nos sirva de indicador de la eficiencia de nuestro sistema concursal.

Antes de abordar ese tema específico es aconsejable despejar algunos prejuicios.

### **3.- Otra vez sobre el A-B-C de la economía capitalista y la función que debiera cumplir el régimen concursal.**

Retomando lo dicho hace algún tiempo<sup>14</sup> me permito apuntar que todo emprendimiento económico entraña un alea. Por ende, puede terminar bien o mal. Si un negocio fracasa y los activos líquidos del deudor no alcanzan para pagar a todos los acreedores, el lector me dispensará la obviedad, la empresa (individual o colectiva) caerá en quiebra.

Caer en quiebra no constituye un delito ni un ilícito civil. De hecho, en la Argentina, desde 1813<sup>15</sup>, no hay prisión por deudas<sup>16</sup>.

Ello forma parte del A-B-C del sistema capitalista, que, por más que les pese a algunos, es el que rige en nuestro país y en la inmensa mayoría de los países civilizados.

Es más, las instituciones de la República no persiguen a las inversiones. Por el contrario, las estimulan, pues esa es la única forma de que progrese la

---

9.660 expedientes de concurso de acreedores que hubo en España durante el año 2013, sólo el 6% logró ese objetivo (<http://www.jausaslegal.com/resources/doc/140515-situaciones-concursales-guia-de-buenas-practicas-3800908451085348021.pdf>).

<sup>14</sup> Rubín, Miguel E., "La responsabilidad de directores, socios y controlantes por las obligaciones laborales y previsionales de la sociedad empleadora", E.D. 211-858. Se me disculpará la auto-referencia (que, como apunté tantas veces, ninguna autoridad le agregada a lo que digo) pero, como en los demás casos, la hago para remitir a estudios más amplios sobre los temas aquí esbozados.

<sup>15</sup> Vale destacar que ello ocurrió mucho antes que en varios países de Europa.

<sup>16</sup> CNPenal Económico, Sala "A", 02/12/1994, "Rabin, Ricardo A.", J.A. 1995-III-540; ídem, Sala 3ª, 02/12/1987, "Basualdo, Juan J. y otro", J.A. 1988-IV-230; CNCom, Sala "A", 31/05/2000, "Svilder, Héctor L. s/Le pide la quiebra Citibank NA", Lexis Documento Nº 11.34564.

Economía, proveyendo al bienestar general. La recientemente sancionada ley 27349 de Emprendedores así lo demuestra<sup>17</sup>.

En Argentina, como en todo el orbe, sólo se pueden reunir grandes capitales a través de sociedades cuyo régimen legal garantice a los inversores la limitación de su responsabilidad a la suma de dinero que decidieron afectar al negocio<sup>18</sup>.

De hecho, como se aprecia compulsando la información de la Inspección General de Justicia, durante los años 2016 y 2017, a pesar de que existen otros tipos societarios, la inmensa mayoría de las compañías que se constituyeron e inscribieron en ese organismo garantizan la limitación de la responsabilidad de los socios<sup>19</sup>.

El ordenamiento jurídico argentino tampoco ataca a los capitales extranjeros. Por el contrario, les da la bienvenida<sup>20</sup>, como se infiere de las leyes 19856, 24124 y 21382 de Inversiones Extranjeras, cuya validez jurídica, en más de una ocasión, ha confirmado nuestro máximo tribunal federal<sup>21</sup>.

Las grandes empresas, tanto las nacionales como las extranjeras, generalmente se organizan como grupos económicos, ya que esa es la manera de conseguir objetivos que, de otro modo, serían inalcanzables<sup>22</sup>.

Por cierto, los grupos económicos tampoco son considerados una patología en nuestra tierra<sup>23</sup>. Por el contrario, son alentados, como se infiere, entre otras, de la Ley de Sociedades (por ejemplo, arts. 367 y siguientes).

---

<sup>17</sup> Cardoso, Juan C., "Ley de Apoyo al Capital Emprendedor y la Sociedad por Acciones Simplificada", MJD12021.

<sup>18</sup> Suárez, Enrique L., "La protección del contratante de buena fe, y la necesidad de proveer de seguridad jurídica al proceso de radicación de inversiones, frente a la coyuntura económica actual", MJD2855.

<sup>19</sup> <http://datos.gob.ar/dataset/entidades-constituidas-inspeccion-general-justicia/archivo/e3f469c8-979d-4b18-9b06-c149272e0231>

<sup>20</sup> Rodríguez, Sergio I., "Hacia un régimen regulatorio en el nuevo milenio", J.A. 2000-III-1076.

<sup>21</sup> CSJN, "Assicuraziorni Generali S.P.A. c. Nación Argentina", Fallos 308:1564.

<sup>22</sup> Maffía, Osvaldo J., "La extensión de la quiebra y el Viejo Vizcacha", E.D. 176-1072.

<sup>23</sup> Comunale Quiroga, Javier A., "Grupo empresario. Su licitud. Interés grupal o juego de responsabilidades", ponencia presentada ante el IIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y Iº

Es más, para erradicar ciertos prejuicios, la Ley de Concursos y Quiebras, en su art. 172, aclara que la falencia de un integrante de un grupo de sociedades, en principio, no se extiende a las demás<sup>24</sup>; principio que parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia no siempre tienen en cuenta.

Para que las empresas puedan funcionar es indispensable que cuenten con personas que las dirijan.

Ser dirigente de una compañía entraña numerosas responsabilidades que las leyes de la República hacen muy bien en determinar, fijando sanciones para reprimir las infracciones.

Empero, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace muchos años, los directivos de las sociedades no son automáticamente responsables por todo daño que ellos o la sociedades que dirigen puedan ocasionar a sus socios o a los terceros<sup>25</sup>.

También en esta materia rige el principio de legalidad constitucional<sup>26</sup>, circunstancia que los tribunales han tenido que aclarar, sobre todo, en casos de quiebra<sup>27</sup>.

En nuestro país se da una extraña dicotomía: las normas de la ley de Concursos y Quiebras destinadas a perseguir y castigar a los deudores inescrupulosos, a sus cómplices y hasta a los terceros que tratan de medrar ilegítimamente con la insolvencia, están entre las más agresivas de

---

Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, noviembre/1997, publicada en "Derecho Concursal argentino e iberoamericano", ed. Ad-Hoc, tº III, pág. 251.

<sup>24</sup> Rouillón, Adolfo A. N., "El abuso de control societario como causal de extensión falencial", J.A. 1986-III-805.

<sup>25</sup> CSJN, 1970, "Vilariño, Antonio c. Calvo, Luis y otros", Fallos 276:165.

<sup>26</sup> CNCom, Sala "B", 10/02/1993, "De la Cuesta, Daniel c. Anchubidart, Eduardo", <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00012/00074548.Pdf>; ídem, Sala "E", 17/05/1996, "Etchart, Sergio c. Lecuona, José", <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00012/00059424.Pdf>; ídem, Sala "A", 14/03/1989, "Prado, Juan c. Tejjido, Manuel", Lexis Documento Nº 11.7389.

<sup>27</sup> CNCom, Sala "E", 16/07/1998, "Lorenzo Soto y Cía. s/Quiebra c. Lorenzo Soto y otros", Lexis Documento Nº 11.718; ídem, Sala "C", 30/11/1987, "Darvin S.A. s/Pedido de quiebra por Amato", Lexis Documento Nº 11.3207; ídem, Sala "B", 26/11/1998, "Estructuras Elcora S.A. c. Yurcovich, Rosa y otro", J.A. 1999-IV-178, con nota de Mariano Gagliardo.



Latinoamérica y, posiblemente, del mundo. En menor medida el régimen penal referido a los delitos relacionados con la insolvencia también lo es.

Sin embargo, los resultados de la aplicación de esos ordenamientos (en particular el Penal) son magros<sup>28</sup>.

A partir de la información relevada por el sistema FiscalNet y la brindada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el Ministerio Público Fiscal de la Nación pudo determinar que más de la mitad de las causas por delitos concursales se inician por denuncias de los juzgados comerciales<sup>29</sup>. La mayoría de esas causas fueron iniciadas como respuesta automática a las comunicaciones que los jueces concursales, por imperativo del art. 233 LCQ, están obligados a cursar a la Justicia Penal<sup>30</sup> cuando clausuran el procedimiento por falta de activos<sup>31</sup>.

Estudios iniciados en el año 2015 detectaron que, en el año 2014, hubo un notable aumento de la cantidad de causas penales por fraudes concursales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (más del 1.000%)<sup>32</sup>. Sin embargo, en el período 2010-2015 apenas se elevaron a juicio 23 causas. En el año 2015, en esa clase de casos, no se dictó ninguna sentencia condenatoria<sup>33</sup>.

Ello se debe principalmente a dos motivos: uno, originado en el Fuero Concursal; el otro, en el Fuero Penal.

---

<sup>28</sup> En España también hubo quejas al respecto. V.gr. Bustos Ramírez, Juan, "Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra", [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1989\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1989_01.pdf).

<sup>29</sup> Informe de Gestión del año 2016 del Ministerio Público Fiscal de la Nación, <https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Anual-2016.pdf>.

<sup>30</sup> Figura que está plagada de defectos como lo explicó Darío J. Graziabile al comentar el fallo CNCom, Sala "C", 26/11/2009, "Pellene, Blanca P. s/Quiebra", L.L. del 04/09/2009.

<sup>31</sup> Junyent Bas, Francisco e Izquierdo, Silvina, "La presunción de fraude frente a la clausura por falta de activo", MJD4665.

<sup>32</sup> Fuente: FiscalNet.

<sup>33</sup> Fuente: Dirección de Desempeño Institucional del MPF.

Veamos lo que ocurre con el primero: a) los juzgados con competencia concursal generalmente envían a la Justicia Penal los antecedentes del art. 233 LCQ después de varios años de ocurridos los hechos que podrían considerarse ilícitos; en ocasiones, cuando se ha superado sus respectivos plazos de prescripción<sup>34</sup>; y b) Esa carga procesal se cumple remitiendo mínimas constancias del expediente. Rara vez son explicados los antecedentes fácticos o cuáles son las pruebas de los supuestos delitos<sup>35</sup>.

De su lado los juzgados penales, si no interviene un querellante, usualmente dejan que las causas queden en los brazos de Morfeo hasta que se las archiva<sup>36</sup>.

Conocedores de esa realidad, ciertos jueces concursales erróneamente piensan que en está sus manos la última oportunidad que tiene la Ley de combatir a lo que, para ellos, serían ilícitos.

---

<sup>34</sup> El art. 62 CP dispone que la acción penal prescribe: a) si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito; y b) cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal al año (inc. 4).

Y si bien el art. 67 del mismo ordenamiento establece que “La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio”, la Justicia Penal no terminó de entender que no hay que esperar que el proceso de quiebra concluya para que recién se le pueda dar curso a la acción por los delitos de este tipo (CNCasación Penal, Sala Iª, 15/08/2006, “Coppola, Laura B. s/Recurso de casación”, MJJ64155; ídem, Sala IIª, 03/05/1999, “Coria López Torres, Alfonso R. y otra s/Recurso de casación”, MJJ64207; ídem, Sala III”, 28/06/2005, “Parente Sinisi, Camila C. s/Recurso de casación”, MJJ5884).

Debe tenerse en cuenta que, respecto de las defraudaciones, el art. 172 CP establece que la pena será de prisión de un mes a seis años, que el delito de quiebra fraudulenta (art. 176 CP) es reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, que el art. 177 CP, para el delito cometido con culpa, reduce la sanción a prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, y el art. 179 CP reprime con prisión de uno a cuatro años al deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176. Por último, el art. 180 CP reprime con prisión de un mes a un año al acreedor que actúa en connivencia con el concursado.

<sup>35</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial lo dijo con todas las letras: para la comunicación de la clausura de la quiebra por falta de activo a la Justicia Penal no es necesario formular un examen de la actuación del deudor desde la óptica criminal, pues ese aspecto está reservado al juez competente en la materia (CNCom, Sala “D”, 04/10/2016, “Salgado de Sueiras, Noemí M. s/Quiebra”, <https://ar.vlex.com/vid/salgado-sueiras-noemi-mirta-650670589>).

<sup>36</sup> Biscay, Pedro, “La persecución penal de los delitos económicos en la Argentina ha demostrado ser un fracaso”, <http://www.diariojudicial.com/nota/15438>.

Esa forma de ver las cosas tiene sus adeptos en la Doctrina. Tan es así que algunos añoran a la Calificación de Conducta<sup>37</sup>, extravagante régimen de doble persecución legal (que, como en casi todo el mundo evolucionado, está prohibida en nuestro país<sup>38</sup>) y que, por lo tanto, bien hizo la ley 24522 en suprimirla<sup>39</sup>.

#### **4.- Breve introducción histórica sobre la extensión de la quiebra.**

Hasta fines del siglo XIX los problemas de los acreedores con su deudor insolvente los resolvían los mismos acreedores. Cuando el moroso llegaba a la ruina, su patrimonio dejaba de pertenecerle, pues, desde entonces, era puesto al servicio del pago a sus acreedores. Entre tanto, el cesante era encarcelado y, en ocasiones, asesinado, como en los tiempos de las leyes de las XII Tablas<sup>40</sup>.

Si dos o más personas emprendían una actividad común no variaban mayormente las cosas, pues, hasta entrado el siglo XX, la sociedad no era más que un contrato entre socios (análogo a la situación que hoy ofrece el

---

<sup>37</sup> Seta, Antonio, "La calificación de conducta" (tesis), [http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0376\\_SetaA.pdf](http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0376_SetaA.pdf); Junyent Bas, Francisco, "¿El retorno de la calificación de conducta? A propósito de la transparencia en las conductas de los operadores económicos", DSC n° 309, agosto/2013, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/viewFile/4972/6012>.

Llamativamente, otros países en los cuales todavía hay Calificación de la Conducta, como España y Uruguay, la Doctrina pide su derogación (Gurrea-Martínez, Aurelio, "La incomprensible vigencia de la sección de calificación en el Derecho Concursal español del siglo XXI", Working Paper Series 1/2016 del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), <https://poseidon01.ssrn.com>).

<sup>38</sup> Vanella, Carolina A., "La prohibición de la persecución penal múltiple en los delitos económicos" (tesis doctoral), <http://docplayer.es/62409449-La-prohibicion-de-la-persecucion-penal-multiple-en-los-delitos-economicos.html>.

Sin embargo, algunos autores sostuvieron que las actuaciones sobre Calificación de Conducta, aunque podían tener repercusión sobre la acción penal, no tenía la condición de un proceso criminal (García Martínez, Roberto, "Cuestiones constitucionales en la Ley de Concursos", E.D. 178-886).

<sup>39</sup> Romera, Oscar E., "La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el Derecho Penal", rev. Derecho y Empresa, n° 4, año 1995, pág. 267.

<sup>40</sup> Soza Ried, M<sup>a</sup> de los Ángeles, "El procedimiento concursal del Derecho Romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras", Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", n° 20, año 1998, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54551998000200001>.

condominio), sin mayor relevancia respecto de los terceros. Por lo tanto, la quiebra de la sociedad debía entenderse como la quiebra de los socios<sup>41</sup>.

A eso estaba referido el germen de lo que hoy conocemos como **extensión de la quiebra**, figura que nació en el Derecho Estatutario italiano<sup>42</sup>.

La sociedad con un patrimonio propio, distinto de los patrimonios de sus socios, y, por ende, como una nueva forma de relacionarse con los terceros en negocios que generan crédito, nació con la **sociedad anónima**.

Aunque hay antecedentes de antigua data relacionados con las necesidades del tráfico marítimo intercontinental, la sociedad anónima similar a la que hoy conocemos apareció en el siglo XIX<sup>43</sup>.

La idea consistió en reconocerle a la sociedad comercial (y solo a la sociedad comercial) personalidad jurídica; es decir, aceptar que esa formación tiene atributos (el más importante: el patrimonio propio) que, para el Derecho, eran (y son) connaturales a los humanos<sup>44</sup>.

Admitir que las sociedades mercantiles cuenten con patrimonio propio sólo tenía por objeto limitar la responsabilidad de sus socios a lo aportado al emprendimiento<sup>45</sup>.

Tan excepcional era esa formación económica y jurídica que sólo era concebible cuando mediaba un permiso gubernamental<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Vásquez Palma, M<sup>a</sup> Fernanda, “Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”, *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol. 27, n<sup>o</sup> 2, diciembre/2014, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200005>.

<sup>42</sup> López, Vicente G., “Sobre el problema de la quiebra por extensión al socio comanditario”, en “*Escritos jurídicos en homenaje a Luis Rojo Ajuria*”, ed. Universidad de Cantabria, pág. 307.

<sup>43</sup> Alfaro Águila-Real, Jesús, “Una breve historia de la sociedad anónima y el comercio transoceánico”, <http://almacenederecho.org>.

<sup>44</sup> Vásquez Palma, M<sup>a</sup> Fernanda, “Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”, cit.

<sup>45</sup> Giggberger, Juan, “Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial. El fenómeno de la separación de la propiedad y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico”, *rev.* [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/901/Breves\\_apuntes\\_Giggberger.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/901/Breves_apuntes_Giggberger.pdf?sequence=1).

<sup>46</sup> Así, el *Code* francés le reconocía personalidad jurídica a las sociedades a condición de su matriculación en el Registro Público (Rodríguez Prieto, Fernando, “El reconocimiento de la personalidad jurídica de las

En las postrimerías del siglo XIX, con el inusitado crecimiento del Comercio, las sociedades anónimas debieron ser permitidas para toda clase de negocios<sup>47</sup>; con lo cual, esa atribución del gobierno de concederles personalidad jurídica aumentó el poder de las monarquías y, en su caso, el de los gobiernos de las nacientes repúblicas.

Para resguardar esa cuota de poder, se idearon múltiples formas de desalentar el funcionamiento de las sociedades sin permiso<sup>48</sup>.

Por eso, cuando una sociedad no autorizada quebraba, ello traía aparejada no solo la acción para ejecutar los bienes de los socios, sino, también, la quiebra de estos últimos, sin importar que no estuvieran en cesación de pagos.

La matriz de esa modalidad de extensión de la quiebra, como veremos más adelante, se encuentra en el Código de Comercio italiano de fines del siglo XIX, aunque ya en el Código de Comercio de Napoleón de 1807 se encuentran rastros de la misma política. Aquella versión incipiente del empresariado societario fue creciendo sin parar y, consecuentemente, su potencia económica. De allí que los comerciantes, industriales y financistas comenzaron a ver con desagrado la presión a la que eran sometidos por el Gobierno, pues, además de tener que depender de sus permisos para funcionar como sociedad, estaban obligados a pagarles impuestos. Ello era percibido como un impedimento para su desarrollo.

---

sociedades y su significado”, <https://hayderecho.com/2012/10/15/el-reconocimiento-de-la-personalidad-juridica-de-las-sociedades-y-su-significado/>).

En esa línea, señala el autor que acabo de mencionar, el art 119 del Código de Comercio español establece que “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil”, y el art 116 del mismo ordenamiento establece que “Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

<sup>47</sup> Alfaro Águila-Real, Jesús, “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, rev. InDret nº 1/2016, pág. 1, [http://www.indret.com/pdf/1209\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1209_es.pdf).

<sup>48</sup> Coing, Helmut, “Historia del Derecho y dogmática jurídica”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649389.pdf>

Ese conflicto marcó el advenimiento del Liberalismo Económico, que, en este plano, no es más que la herramienta ideológica que los empresarios emplearon para discutirle el poder al Gobierno estatal<sup>49</sup>.

El combate por el poder entre el Comercio, la Industria y las Finanzas decimonónicas contra la monarquía tuvo a los primeros por claros ganadores, pues consiguieron reemplazarla por un régimen político en el que pasaron a tener una gran influencia. Desde ese punto de vista, la Revolución Francesa puede ser considerada como el primer gran hito. Así aparecieron las nuevas naciones y, consecuentemente, un nuevo Derecho<sup>50</sup>.

En lo que aquí nos interesa el liberalismo pujó por desprenderse de la autorización gubernamental para lograr el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales<sup>51</sup>. Surge así la idea de que las compañías, con patrimonio propio, existen para el Derecho ni bien se firma el instrumento de su constitución<sup>52</sup>.

Las sociedades comerciales con limitación de la responsabilidad de sus socios pueden ser empleadas para fines lícitos y, también, para fines ilícitos. Cuando esto último ocurre, es decir, cuando los socios, tras la fachada societaria, perjudican ilegítimamente a los acreedores o a terceros, el Derecho debió salir a hacer Justicia.

---

<sup>49</sup> Pulgar Ezquerro, Juana, "La declaración del concurso de acreedores", ed. La Ley España, pág. 96.

<sup>50</sup> Furet, François, «*Penser la Révolution française*», ed. Gallimard, pág. 26.

<sup>51</sup> Reconocerle personalidad a una sociedad no-mercantil (como la sociedad civil en España) ha sido el resultado de una extensa elaboración que culminó hace poco tiempo (Ferrándiz Gabriel, José R., "La personalidad jurídica de las sociedades civiles", <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/personalidad-juridica-sociedades-civiles-232938>; Torres Perea, José M. de, "Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa", ed. Tirant Lo Blanch). Por eso, en estos tiempos, se evalúa la posibilidad de que una sociedad no inscrita pueda ser titular de bienes registrables (Pérez de Madrid Carreras, Valerio, "La sociedad no inscrita y el Registro de la Propiedad", <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/2605-la-sociedad-no-inscrita-y-el-registro-de-la-propiedad-0-29411991992417713>) derecho que existe entre nosotros desde el año 2015.

<sup>52</sup> González Benjumea, Óscar H., "Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", *Revista Ratio Juris* vol. 11, nº 23, pág. 97, <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/88/83>.

Empero, las acciones penales y las civiles de reparación de los daños parecen no haber sido lo suficientemente efectivas para reprimir tales maniobras<sup>53</sup>. De allí que, en situaciones extremas (por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial) comenzaron a aparecer teorías que buscaron incrementar la potencia de las armas jurídicas tendientes a repeler los ilícitos cometidos con sociedades mercantiles.

Serick fue considerado el adalid intelectual de esas ideas<sup>54</sup>, pero, en realidad, como veremos, la cuna de esa criatura jurídica estuvo en la Jurisprudencia estadounidense.

De algún modo lo que se denominó la “desestimación de la personalidad societaria” importaba emprender el camino de regreso del reconocimiento de tal personalidad<sup>55</sup>.

Como también analizaremos más adelante, de la teoría del abuso se pasó al abuso de la teoría, cuestión que algunas veces llamó mi atención<sup>56</sup>.

En ese casillero conceptual se ubica la **extensión de la quiebra** que, como lo advirtió Dasso, “constituye uno de los talones de Aquiles” de nuestro ordenamiento concursal<sup>57</sup>.

Otra advertencia preliminar: cuando nos ocupamos de las maniobras que los malos deudores encaran para eludir el pago a sus acreedores u otros malhechores realizan para hacer leña del árbol caído de la insolvencia (artimañas que, con algunas variantes, son más o menos las mismas desde la Antigüedad) estamos transitando por uno de los rincones del Derecho

---

<sup>53</sup> Montagna, Gastón A., “¿La pena máxima disminuiría las quiebras?”, E.D. Penal nº 11/2011, pág. 5.

<sup>54</sup> Serick, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, traducción al español de José Puig Brutau, ed. Ariel, pág. 84.

<sup>55</sup> Richard, E. Hugo, “Sobre la personalidad jurídica de las sociedades”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sobre-la-personalidad-juridica-de-las-sociedades>.

<sup>56</sup> Rubín, Miguel E., “Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada “desestimación de la personalidad jurídica” y su incorporación al Código Civil y Comercial”, E.D. 263-665; también: “La responsabilidad de directores, socios y controlantes por las obligaciones laborales y provisionales de la sociedad empleadora”, cit.

<sup>57</sup> Dasso, Ariel Á., “Las causales de extensión de la quiebra”, MJD4778.

Concursal que más crispación genera. Por eso es inevitable que, al estudiar estos casos, cada tanto la pasión le gana a la razón y ello fomenta las desmesuras interpretativas.

De allí que, quienes buscan conmover el costado emocional de sus interlocutores (según la ocasión: jueces o lectores de la literatura jurídica) emplean vocablos de alto voltaje discursivo.

Un buen ejemplo es la palabra **trasvasamiento**<sup>58</sup>. Etcheverry, hace varias décadas, la usó como asociada a la **extensión de la quiebra**<sup>59</sup>. Ulteriores expresiones de la Doctrina la emplearon en publicaciones y eventos académicos<sup>60</sup>, a veces, para agregarle cierta pátina de autoridad a lo que se dice (artilugio que en otros tiempos se hacía recurriendo a palabras o frases en latín y, hoy -en esto también hay modas- palabras o frases en inglés) para cubrir de humo los requisitos que la Ley exige respecto de ciertos institutos. Era inevitable que, en algún momento, el **trasvasamiento** terminaría apareciendo en los precedentes jurisprudenciales. Fue así como lo podemos encontrar asociado a cualquiera de las figuras del art. 161 LCQ; en ocasiones,

---

<sup>58</sup> **Trasvasamiento** es una palabra que no existe en el Diccionario de la Real Academia Española. Si están **trasvasar** o **transvasar**, que significa pasar un líquido de un recipiente a otro.

Otro vocablo frecuentemente empleado en estos menesteres es **infracapitalización** que alguna vez se la aplicó como justificación de la extensión de la quiebra a los socios y administradores (Ruiz, Ricardo A., "De la insolvencia quiebra de la sociedad infracapitalizada; extensión de quiebra a los socios administradores", ponencia presentada ante el Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Córdoba, año 2000, libro de ponencias, tº 2, pág. 571).

Las dos palabras (y sus acepciones), como tantas otras que aparecen en estos trances, fueron tomadas del Derecho Comparado donde se la empleó para graficar situaciones de gran injusticia.

<sup>59</sup> Etcheverry, Raúl A., "Supuestos de extensión de la quiebra", L.L. 1982-B, pág. 812.

<sup>60</sup> Por ejemplo: Nissen Ricardo A., "El trasvasamiento de sociedades", L.L. 1994-E, pág. 400; Molina Sandoval, Carlos A. "Extensión de la quiebra, el trasvasamiento societario y la prueba de los hechos", L.L. 2009-D, pág. 183; Barreiro, Marcelo G. y Lorente, Javier A., "De la extensión de quiebra como solución frente al trasvasamiento empresario", ponencia presentada ante el Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Córdoba, año 2000, libro de ponencias, tº 2, pág. 381.



equiparándolo al fraude o a la simulación, o a ambos simultáneamente<sup>61</sup>, lo que técnicamente es inaceptable<sup>62</sup>.

En algún caso, acudiendo a ese recurso retórico, el tribunal decidió combatir el **trasvasamiento** con la técnica del **corrimiento del velo** de la personalidad jurídica de una sociedad<sup>63</sup>.

En suma, tanto para lograr una interpretación seria del instituto, como para no dejarnos engatusar por algunas teorías estrafalarias, parece aconsejable evitar el canto de sirena que proviene de esos vocablos que, en estricto Derecho, son prescindibles<sup>64</sup>.

## **5.- Plan de acción.**

Acabo de anticipar que el origen de la extensión de la quiebra, tal como está concebida en nuestro régimen legal vigente, debe rastrearse en el Derecho italiano antiguo, y, en alguna medida, en el Derecho francés.

Por lo tanto, pasará revista a esos antecedentes.

También es esclarecedor analizar otras expresiones actuales del Derecho Comparado, porque, en este mundo globalizado, lo que les ocurrió a otros ayer bien puede ocurrirnos a nosotros mañana.

A tal efecto (aunque esporádicamente haré referencias a otros regímenes) elegí dos países. El primero será la de España, pues es allí donde es más notoria esta interesante dualidad: por un lado, cediendo a la imposición de

---

<sup>61</sup> CNCom, Sala "E", 28/03/2011, "Poo S.A. de Productos Alimenticios c. Lagorio S.A. s/Extensión de quiebra", exp. 41585/08, Id SAIJ: FA11130182); ídem, CNCom, Sala "C", 03/09/2013, "Instituto Pedro Enrique SRL c. Mavae SRL y otro", exp. 58463/05, <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00025/00080233.Pdf>.

<sup>62</sup> Chiappini, Julio, "Un error en materia de simulación que el Código Civil mantiene", E.D. Legislación Argentina, tº 2014-B, nº 22.

<sup>63</sup> CNCom, Sala "C", 28/02/1994, "Tucson S.A. s/Quiebra", L.L. 1984-E, pág. 400, fallo 92.696.

<sup>64</sup> Arthur Bloch, en su "La Ley de Murphy para abogados" (en español, ed. Ediciones Temas de Hoy) sostuvo que, si en una oración se encuentran palabras en latín que no se entienden, simplemente hay que tomarlas por no escritas porque, de todos modos, la idea se comprenderá.

los organismos internacionales, adoptó su modelo de sistema concursal<sup>65</sup>, bastante más flexible que el que había en ese país hasta entonces. Empero, muchos jueces, consciente o inconscientemente, están aferrados a la política rigurosa con los deudores del pasado.

Luego me dedicaré al régimen estadounidense, pues ello es insoslayable en la actualidad.

Seguidamente estudiaré nuestro régimen concursal. Esta vez, además de criticar a nuestras normas sobre extensión de la quiebra y su interpretación por la Doctrina y la Jurisprudencia desde un punto de vista estrictamente jurídico, habré de analizar los méritos y los defectos de nuestro sistema revisando los números de la realidad, datos que, de una buena vez, debiéramos emplear, tanto para opinar sobre la Ley, como para reformarla.

---

<sup>65</sup> Icónica, en ese sentido, La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL: *United Nations Commission for International Trade Law*) sobre Insolvencia transfronteriza, que hace bastante tiempo es estudiada entre nosotros (por ejemplo: Heredia, Pablo D., “La ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza”, rev. Anuario de Derecho Concursal, año 2001, año 1, pág. 169; Ruiz, Sergio G., “La ley modelo de UNCITRAL sobre insolvencias transfronterizas: ventajas de su incorporación al régimen concursal latinoamericano (con especial referencia al caso argentino)”, en Vaiser, Lidia (coordinadora), “La insolvencia en el Derecho Concursal iberoamericano”, ed. Ad Hoc, pág. 185).