

# Deber de prevención e infrapatrimonialización de la sociedad.

Fernando Javier Marcos <sup>1</sup>

**Palabras claves:** infrapatrimonialización, prevención, responsabilidad, daño, subjetivo.

**Sumario:** La función preventiva de la responsabilidad y el deber jurídico genérico de prevención de daño que regula el artículo 1710 del Código Civil y Comercial, exigible a los administradores y socios, se activa especialmente cuando la sociedad entra en zona de crisis y, en particular, cuando se encuentra afectada por una infrapatrimonialización material.

Como la eventual responsabilidad por daños de administradores y socios no deviene automática, sino que siempre requiere la acreditación de los presupuestos de la responsabilidad sobre la base del factor o criterio de atribución subjetivo (artículo 59 y 274, ley 19.550), para evaluar si han obrado con buena fe y con la debida diligencia exigible de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones a su cargo, y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, resulta esencial analizar su actuación bajo los términos del citado artículo 1710.

## I. Introducción.

1. En la materia que nos toca, es decir, el derecho empresarial y, particularmente, las sociedades y los concursos, desde la unificación, sea prestado puntual atención a todas las cuestiones vinculadas a la responsabilidad de administradores societarios y socios, especialmente cuando la organización ve afectado su patrimonio y el normal cumplimiento las obligaciones a su cargo —se encuentre o no transitando un proceso concursal preventivo o liquidativo—, aunque, la insolvencia y la liquidación falencial despertaron un mayor interés por su repercusión patrimonial.

2. Cuando en su momento traté el tema de la responsabilidad de los administradores en la sociedad que ingresa en una *zona de crisis patrimonial*, sostuve —y lo ratifico ahora— que los deberes fiduciarios que les son exigibles —de obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios—, no cambian de destinatario en el régimen legal argentino, es decir, la sociedad e, indirectamente, los socios<sup>2</sup>. No obstante, dado que las dificultades económicas y financieras comienzan a surgir y a complicarse con el paso del tiempo, ese deber de obrar con mayor cuidado y pleno conocimiento de las cosas que impone el artículo 1725 del CCyCo. se agrava, exigiendo de administradores y socios una diligencia especial propia de la naturaleza de las obligaciones a su cargo.

Pues bien, en esta ponencia me propongo tratar otro aspecto relacionado con lo anterior, es decir, la relación que existen entre el *deber de prevención del daño* (artículo 1710 CCyCo.) ante una empresa en zona de crisis, algunos casos que se pueden dar y sus derivaciones.

## II. Algunas ideas sobre prevención y responsabilidad de la empresa en crisis

1. Cuando una sociedad transita por lo que se ha dado en llamar *zona de insolvencia* y que yo he preferido denominar —por su mayor amplitud— como *zona de crisis*<sup>1</sup>, analizar, entre otros aspectos, la responsabilidad de socios y administradores es inevitable.

Esto es así, porque cuando quienes integran el órgano de administración —los primeros que deben advertirlo— o los socios —muchas veces administradores también— toman contacto con los primeros eventos que muestran el inicio de la crisis, inmediatamente se disparan dos deberes legales

---

<sup>1</sup>

<sup>2</sup>MARCOS, Fernando J., “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores de sociedades en la legislación argentina”, en *Revista Argentina de Derecho Societario - Universidad Austral*, Dres. Sebastián Balbín (Dir.) y Emilio F. Moro (Dir. Ejec.), Ed. IJ EDITORES, diciembre 2022, nro.32.- <https://ar.ijeditores.com/pop.phpoption=articulo&Hash=d922ec60e514dec9d71a999da19d5847>.

---

<sup>1</sup> *Ibidem*.

que los alcanzan: el deber de prevención o preventivo del daño y el deber de reparar el daño injustamente causado. De ambas funciones, una que posee significativa trascendencia para el tema aquí propuesto es la *función preventiva de la responsabilidad y el deber jurídico genérico de prevención del daño* que de aquella emana (artículos 1710 y ss., CCyCo.).

El ingreso de la sociedad en terrenos de la preinsolvencia o de la insolvencia —cesación de pagos—, obliga a todos los involucrados en la toma de decisiones —administradores y socios, según el caso— a actuar con una mayor diligencia, cuidado, previsión y prevención, en cuando de ellos dependa, para evitar, mitigar o no agravar el daño que pueda afectar a aquellos con los que la sociedad se ha obligado, sus empleados y terceros.

El desempeño de los sujetos en relación a ese *accionar preventivo* es muy relevante, especialmente llegado el momento de hacer mérito, desde la perspectiva subjetiva —única admisible en el campo societario —, de su responsabilidad personal, porque la medida de ese deber de prevención se relaciona directamente con la naturaleza de la obligación que deben cumplir, como así también, las circunstancias del tiempo, de las personas y del lugar, para evaluar en forma concreta y teniendo en cuenta el contexto donde les son exigibles, si han procedido o no con la debida diligencia.

Solo así, es posible determinar la *conducta debida* —en materia societaria, caracterizada por “el buen hombre de negocios”— con la *conducta obrada* en el caso específico, para definir si las consecuencias dañosas son o no imputables al agente involucrado y, a partir de ello, una vez acreditados todos los presupuestos propios de la responsabilidad civil, si se ha causado un daño injustificado como condición para su reparación —antijuridicidad (artículo 1717 CCyCo.).

2. Como ya lo he tratado en otra oportunidad<sup>2</sup>, por su utilidad para el avance del tema aquí propuesto, solo recordaré que, la *función preventiva* de la responsabilidad fue incorporada por al Código por la Comisión Redactora del Anteproyecto que le precedió, siguiendo en gran medida los lineamientos del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 elaborado por comisión designada por Decreto 685/95<sup>5</sup> (sus artículos 1584-1588).

Tal como fue señalado por Ubiría<sup>3</sup>, “el Código carecía de una regulación orgánica sobre la prevención, pues [...] la iusfilosofía del siglo XIX estaba marcada por la reparación, y además desde una óptica sancionadora, de reproche de conducta”. Recién con la ley 17.711 se incorporó la figura de la *denuncia de daño temido* —último párrafo al artículo 2499 del Código Civil—, que daba acción para reclamar la adopción de medidas cautelares oportunas cuando un alguien advirtiera que, tanto desde un edificio o de otras cosas, se podía derivar un daño a sus bienes. Su aplicación se materializó en muchos casos bajo la figura del interdicto de obra nueva que regula el artículo 619 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la misma manera que lo hacen otros códigos de rito en las jurisdicciones provinciales, aunque no exclusivamente por este único camino.

En materia preventiva, concretamente, la transgresión a ese deber legal se verificaría si el sujeto que debe y puede, no toma las medidas necesarias —se abstiene— para evitar que el daño finalmente suceda, o para mitigar su magnitud o no agravarlo si ya se produjo. En resumidas cuentas, el resultado dañoso se alcanza como consecuencia de un “no hacer”.

Vale resaltar que, este derecho de prevención tiene como fundamento esencial el principio de buena fe (artículo 9º, CCyCo.), que obliga a las personas a obrar con “lealtad y rectitud”<sup>4</sup>, y del deber jurídico de no dañar a otro —*alterum non laedere*—<sup>8</sup>.

Adquiere aquí importancia para evaluar la exigibilidad de dicho deber preventivo, la regla

---

<sup>2</sup> MARCOS, Fernando J., “Derecho de daños, prevención y responsabilidad societaria. Su razonable integración normativa”, publicado en la *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 18 – 2017-3, pp. 21-52, editada por FIDAS y “El deber genérico de prevención y su influencia en la propuesta de acuerdo preventivo o su mejora (tercera vía)”, publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, nº 298, 17/10/2019, pp. 1331-1344, cita *on line*: AR/DOC/2658/2019). <sup>5</sup>Esta Comisión estuvo integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

<sup>3</sup> UBIRÍA, Fernando Alfredo, *Derecho de Daños en el CCyCo. de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2015, pp 52 y ss.

<sup>4</sup> RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2016, p.190.

<sup>8</sup>CSJN, véanse precedentes “Santa Coloma” (Fallos: 308:1160) y “Gunther” (Fallos: 308:1118), ambos del año 1986.

---

del artículo 1725 del Código citado, aunque en este caso utilizada en sentido inverso, es decir: *cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible en la prevención de eventuales daños*.

3. En relación a la *crisis*, es decir, la afectación generalizada del patrimonio que detona un mayor deber de diligencia a cargo de quienes tienen responsabilidades de dirección y gobierno en una sociedad —incluso de fiscalización—, esta, generalmente, comienza antes de cesación de pagos.

A los efectos de evaluar el contexto dentro del cual se debe estudiar la responsabilidad en materia societaria, es decir, el propio de los negocios sociales y el mercado —este último, con sus distintas variantes, según donde opere el ente— y evitar así, reclamar a estos agentes la exigibilidad de conductas que excedan la naturaleza de las obligaciones a su cargo, un estudio razonable de ello no puede prescindir del momento en que las dificultades económicas o financieras de carácter general comenzaron a aparecer, las que, por su relevancia, mal podrían haber sido ignoradas.

Una patología patrimonial que involucra todo el patrimonio de la deudora sujeto a potencial desapoderamiento, va dando alertas, síntomas más o menos importantes que se presentan paulatinamente, aunque no siempre aparecen con contundencia o claridad, dificultando determinar si se está ante un problema transitorio o no. En cambio, cuando las dificultades se instalan y comienzan manifestarse, el *deber de prevención* se conecta con la actividad de los sujetos alcanzados.

### III. La infrapatrimonialización. Algunos conceptos útiles.

1. Siendo el patrimonio de una persona —humana o jurídica— la garantía común de los acreedores de ese sujeto, su adecuado cuidado y administración es un deber jurídico ineludible para quienes son responsables de ello (artículos 242 y 743, CCyCo.).

Cuando el empresario es una sociedad mercantil, ese deber de cuidado que exige velar por la integridad del patrimonio y por su adecuada gestión, queda en cabeza, por un lado, de los *socios* como propietarios del ente —especialmente en sociedades familiares o cerradas— y, por el otro, de sus *administradores*. Es esta una responsabilidad agravada, que impone una diligencia acorde con la índole de las obligaciones a cargo de socios y de administradores, que va a ser medida en función de las circunstancias que le toque atravesar a la sociedad.

Entre otros aspectos que no sería materialmente posible tratarlos en esta ponencia, destaco una vez más que, la responsabilidad societaria deba ser abordada desde la normativa que contiene la Ley General de Sociedades como *ley especial* (artículo 150 y 1709, CCyCo.) sobre la exclusiva base del factor de atribución *subjetivo* (artículos 59 y 274, ley 29.500 y artículos 1709 y 1722, CCyCo.)<sup>5</sup>, para dar a su análisis un marco contextual realista y no dogmático de tan delicada cuestión.

2. Algo a tener presente es que, la cesación de pagos como la imposibilidad, imputable al deudor, de poder cumplir regularmente con sus obligaciones no está asociada necesariamente a la *infrapatrimonialización*, es decir, a la inexistencia de un patrimonio suficiente —bienes— propiedad de la sociedad deudora para hacer frente a los pasivos que lo gravan.

Por otra parte, y, solo para un mejor orden conceptual, señalar que, si bien no se desconoce la función —limitada, por cierto— que para la ley 19.550 cumple el *capital social*, es definitivamente el *patrimonio* del ente lo determinante para evaluar, de corresponder, el alcance de la responsabilidad de socios y administradores, criterio que siguió el Código Civil y Comercial para las personas jurídicas privadas (véanse, artículos 154, 163 inciso “i”, 242, 743), pero no la ley societaria.

Sucede que, la sola pérdida de capital nominal no recompuesto —en la práctica, el capital

---

<sup>5</sup> MARCOS, Fernando J., “La inaplicabilidad del factor objetivo en las obligaciones de resultado a cargo de los administradores societarios”, publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. AbeledoPerrot-Thomson Reuters, n° 301 FebMar. 2020. Aquí trato esta temática con más amplitud.

nominal no cumple un fin tutelar real<sup>6</sup> —, e, incluso, de patrimonio, no puede generar la responsabilidad automática de administradores y socios, más allá de la propia del tipo social.

Por ello, el *patrimonio social*, su evolución —crecimiento o disminución—, disponibilidad y, agregado, su integración al momento en que se asumieron o se tornaron exigibles las obligaciones de la sociedad, es fundamental para una correcta apreciación de los hechos y para establecer si se encuentran acreditados, en un caso determinado, todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

En resumen, sin ingresar en un debate sobre dicha cuestión, aun cuando se pretenda sostener que el capital nominal cumple una función de “garantía”, considero que ello es “una absoluta falacia argumental impedida de cumplir fin tuitivo alguno”<sup>7</sup>, porque el valor que representa ese capital solo se mantiene invariable en la contabilidad, dado que inmediatamente a la constitución de la sociedad esos fondos pueden ser aplicados al giro del negocio, significando ello, en los hechos, que puede ser consumido al día siguiente de ser conformado el ente.

3. A fin de cerrar este punto, queda por destacar que, los bienes que conforman el patrimonio del deudor, la relación de su activo y pasivo —solventia económica— y la capacidad de aquel para pagar —repago— sus deudas medida en función de su liquidez, o más precisamente, “de poder satisfacer sus obligaciones con los medios regulares disponibles”<sup>8</sup> de acuerdo a su situación patrimonial —económica y financiera—, determinan su *solventia* (*in bonis*) o su insolvencia (*in malis*), supuestos que son reconocidos por el ordenamiento legal y que según la forma como se manifiestan van a producir distintos efectos.

Además, la solventia en sí, exige que se den dos requisitos que han sido calificados como *estático y dinámico*<sup>9</sup>. En primer lugar, hablamos de la *solventia contable* —el pasivo es inferior al activo que debe atender—, mientras que el otro requisito está relacionado con la *solventia económica*, es decir, cuando el deudor puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

De esta forma, la sola *insolventia contable* —desequilibrio aritmético-estático, entre un activo menor que el pasivo— no alcanza para abrir el concurso, sino que es necesario que se presente y exteriorice la denominada *insolventia económica* o *cesación de pagos* —representan lo mismo para la legislación argentina—, para cuya conformación se prescinde de aquel desequilibrio estático entre activo y pasivo, dando paso al impotencia del patrimonio para hacer frente o cumplir con las obligaciones que lo gravan ante la exigibilidad de las prestaciones adeudadas<sup>10</sup>.

Esto demuestra que, insolvencia e infrapatrimonialización, además de ser situaciones sustancialmente distintas, pueden o no coexistir en el estado patrimonial de un sujeto, porque en el primer caso se está hablando de la afectación de la capacidad de repago de la deudora por la falta de liquidez —dificultad de orden financiero—, totalmente independiente de la existencia de activos que, por sus características, no resultan, en el caso, ser fácilmente liquidables para atender las obligaciones.

#### **IV. La infrapatrimonialización de una sociedad y responsabilidad de sus administradores y socios. No hacer nada y seguir no es una opción válida.**

1. La *infrapatrimonialización* es el estado del patrimonio de una persona —sociedad en el *sub examen*— que exhibe una desproporción significativa, *prima facie*, entre el patrimonio y el pasivo que lo grava.

<sup>6</sup> VIVANTE, Cesar, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Reus, 1932, Vol. II, p. 207: “Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir el valor del patrimonio social con el importe del capital en el momento en que se constituye la sociedad; después de esa momentánea coincidencia desaparece favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad”.

<sup>7</sup> LÓPEZ TILLI, Alejandro, *Financiamiento de la empresa*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 43.

<sup>8</sup> GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p. 9.

<sup>9</sup> PROCELLI, Luis A., *Régimen Falencial – Análisis Metodológico*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L., 2010, p. 45.

<sup>10</sup> BERSTEIN, Omar R., *Inminente Cesación de Pagos – Necesaria ampliación del presupuesto objetivo del concurso preventivo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, pp. 17-24.

Dada la dinámica composición de dicho patrimonio que lo hace esencialmente variable, no cualquier modificación que muestre un pasivo mayor a los bienes liquidables para responder en caso de incumplimiento califica como tal, por lo menos, a los fines de evaluar algún tipo de

---

responsabilidad personal a cargo de los administradores o socios. Si fuera así, frente a la quiebra de una sociedad, cualquier saldo insoluto una vez realizados los bienes sujetos a desapoderamiento, determinarían técnicamente un patrimonio inferior al pasivo —léase, una *infrapatrimonialización* material— que activaría la responsabilidad de administradores y socios, algo que no es así en absoluto.

En los párrafos que siguen, me ocuparé de la responsabilidad que puede derivar de la *infrapatrimonialización*, fenómeno que adquiere trascendencia cuando se trata de sociedades donde los socios limitan su responsabilidad —fundamentalmente: SRL, SA, SAS—, porque la situación de los administradores es la misma, con independencia del tipo social.

2. Antes de continuar, a efectos de despejar toda duda sobre el sano objetivo de estas cavilaciones —más allá que se pueda o no compartir—, debo dejar bien en claro que, ante la *infrapatrimonialización material sobreviniente* de una sociedad y, sin restar relevancia jurídica a los supuestos de pérdida de capital social considerados por la ley, no hacer nada en estos casos, no es una opción jurídicamente aceptable bajo ningún punto de vista.

Contrariamente, hacer algo a tiempo sería, por ejemplo, recomponer ese capital y patrimonio, según corresponda —aunque los socios no están obligados a efectuar nuevos aportes—, reducir el capital social si fuera una alternativa viable, presentarse en concurso preventivo —o celebrar un APE— o, directamente pedir la quiebra de la sociedad para liquidar los bienes sin incrementar el pasivo cuando ya se conoce la crisis y para no agravar la insolvencia.

Obviamente que, si la sociedad ha perdido todo o parte de su capital social y este no se recompone o reduce, como fue mencionado antes, se debe proceder a su disolución y posterior liquidación, porque para continuar, los socios deberían volver a dotar a la sociedad de los fondos necesarios. De no ser así, operada la disolución, cualquier operación ajena a la liquidación, en principio, hace a los administradores “responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos” (artículo 99, ley 19.550).

Afirmo, en principio, porque esta responsabilidad obligacional por deuda ajena —de la sociedad, por las que se les extiende la responsabilidad— de fuente legal —*ex lege*— que emana del precepto citado antes, no puede razonablemente aplicarse en forma automática, porque el demandado podría demostrar que la responsabilidad no les es imputable subjetivamente, como en otros casos<sup>11</sup>.

Considero que el citado artículo 99 simplifica una realidad que lejos está de serlo, dado que, en la práctica, la limitación que pregona —omitir todo acto vinculado a la actividad regular del ente— se desentiende de lo que es posible en los hechos. Es que, si se detienen inmediata y totalmente, como exige la norma, toda operación propia del giro del negocio, los daños pueden ser aún peores. Es por ello, que el deber de prevención del daño, obliga a administradores y socios a proceder con la prudencia y cautela que no parece considerar el texto de la ley societaria antes referido.

Asimismo, como *infrapatrimonialización* e insolvencia son cosas distintas, aunque una sociedad se encuentre en aquel estado —salvo caso de dolo o fraude—, puede ser solvente porque con su giro atiende regularmente el cumplimiento de sus obligaciones.

Quiero significar con esto, que la problemática que nos ocupa lejos está de poder ser simplificada y analizada sin realizar un análisis exhaustivo y sin perder de vista, repito, el contexto y la naturaleza de las obligaciones en juego.

3. Si, por el contrario, administradores y socios siguen adelante con el giro de la compañía y, con mayor razón aún, si contraen nuevas obligaciones agravando el endeudamiento de

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, artículo 8º, a) de la ley 11.683.

sociedad cuando ya conocen la crisis patrimonial del ente, frente al incumplimiento y, en especial, la insolvencia que inevitablemente va a sobrevenir, aquellos van a quedar expuestos y sometidos al escrutinio sobre su proceder como tales, bajo las reglas que hemos señalado antes, es decir, las propias de la responsabilidad subjetiva, la lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios que va a ser apreciada desde la perspectiva que brinda el artículo 1725 del CCyCo., particularmente

---

cuando la sociedad está en *zona de crisis*, porque la infrapatrimonialización es un evidente síntoma de la última.

4. Entiendo, para una mejor tutela de acreedores y terceros, que una situación disvaliosa como la apuntada antes, debería dar lugar a una *presunción de culpabilidad* de administradores y socios, invirtiendo así la carga de la prueba, para que sean estos últimos quienes tengan que demostrar su debida diligencia, pero ello requeriría de una reforma legal. Por el momento, rige el factor subjetivo a secas (artículo. 1724 del CCyCo.).

Una salida así, reitero, dejaría a los acreedores y demás damnificados en una posición favorable, especialmente cuando se está ante un concurso preventivo, pero principalmente cuando se trata de una quiebra y el patrimonio de la fallida es insuficiente para responder.

Sucede que, la *responsabilidad objetiva* no es un camino válido —además no está prevista para estos casos—, ni es compatible, ni razonable su aplicación, porque se desentiende de la naturaleza de las obligaciones a cargo de administradores y socios, sus características y del contexto donde los negocios sociales se llevan a cabo y del funcionamiento de estos.

Además, limita las defensas posibles —solo la causa ajena— dejando a los agentes en un virtual estado de indefensión, reitero, que no guarda relación lógica alguna con la temática relacionada con la gestión y funcionamiento de una sociedad.

5. Retomando lo planteado antes, como es imposible o casi imposible, en los hechos, que una sociedad deje de operar de un día para otro, aun cuando se configure una causal de disolución, la responsabilidad de ningún tipo se puede automatizar y, menos todavía, objetivizar, porque ello es irreconciliable con la naturaleza y riesgo —propio y razonable de los negocios—. Insisto, si se quieren evitar consecuencias injustas, no puede ser la invocación de la causa ajena la única herramienta de defensa para administradores y socios.

Precisamente, cumplir con el *deber de prevención del daño*, en casos como los que venimos estudiando, exige tomar decisiones y llevar adelante una compleja serie de actos para conducir a una sociedad a su recuperación o, incluso, a su liquidación, de ser la única alternativa. Esas decisiones, pueden implicar, tener que continuar por un tiempo y prudentemente, con un giro ordinario para evitar, mitigar o no agravar los eventuales daños que una situación inviabilidad económicamente pueda causar a acreedores y terceros.

Pensemos por un momento en una sociedad que cae en infrapatrimonialización y sus socios no pueden dotarla de nuevos fondos. A efectos de realizar un cierre en términos menos dañinos, continúan razonablemente con su actividad porque esa es la única forma de hacer frente a sus obligaciones, o sea, con el giro mismo activa su capacidad de repago, evitando así agravar las cosas.

¿Qué se debería hacer, por ejemplo, frente al duro texto del artículo 99 de la ley 19.550?

Otro tanto sucede con lo que dispone el artículo 167 del CCyCo. para quienes entienden que podría ser aplicable —no es mi caso—, de acuerdo a la especialidad de la responsabilidad societaria.

Aclaro que en absoluto pretendo con esto proteger “pillos”, pícaros o defraudadores, sino solo exponer las “reales” dificultades que la crisis provoca y la importancia de dar contención a los administradores y socios responsables y prudentes quienes, más allá de la suerte de los negocios, no pueden ser tratados prejuiciosamente y presumiendo su mala fe. El derecho nos brinda herramientas para hacer las cosas bien y prudencialmente, sin necesidad de tener que caer en simplificaciones.

6. En base a lo señalado, aunque merece otro debate, termino con este punto señalando que tampoco se ajusta a las pautas del artículo 2º del CCyCo., sostener que la continuidad durante una crisis patrimonial de esa naturaleza configuraría un supuesto de “actividad riesgosa o peligrosa”

en los términos del artículo 1757 del mismo código, porque aun reconociendo que puede existir un mayor riesgo que el habitual propio de los negocios —riesgo empresario o empresarial—, el mismo resulta totalmente ajeno a los supuestos contenidos en la norma antes mencionada y a la interpretación que la doctrina viene realizando de ese precepto<sup>12</sup>.

---

7. Otro elemento importante para evaluar la responsabilidad que se debe estudiar una vez que se ha materializado la infrapatrimonialización, es la integración inicial del patrimonio, su composición al nacer las obligaciones pendientes de cumplimiento y su evolución hasta que aparece este patrimonio negativo.

Por ejemplo, si los acreedores contrataron con una sociedad infracapitalizada o con un patrimonio insuficiente, sabían el riesgo que asumían, si obraron con el cuidado y la previsión que les resulta exigibles, por lo que, salvo dolo o fraude, no podrían pretender un mejor derecho distinto al que les fue transmitido (artículo 399, CCyCo.). Y si bien esto nunca podría justificar el desmanejo de los asuntos sociales, sí permitiría mensurar la dimensión del riesgo que aceptaron tomar, seguramente compensado por condiciones contractuales más favorables para el acreedor y tasas de interés superiores a las vigentes en el mercado para operaciones de riesgo bajo o medio.

8. También es importante tener en cuenta que no todas las actividades empresariales exigen que se cuente con un patrimonio importante. Esto hace que aquella diferencia significativa entre el patrimonio social, el objeto social, deba ser medido caso por caso, en función de la actividad real desplegada por cada sociedad, medida cualitativa y cuantitativamente, en base a las obligaciones que fueron contraídas vinculadas al riesgo social asumido en cada caso.

Tomemos el caso donde el único activo lo representa el valor de la actividad que se despliega y esta es puramente digital porque se desarrolla a través de una “aplicación” —APP—. No se contaría aquí con activos/bienes tradicionales, porque es esa actividad lo que vale.

Como se puede apreciar, hablar de *infrapatrimonialización* y, particularmente, de esta como detonante de responsabilidad automática —menos todavía, objetiva— de administradores y socios, es sumamente complejo, por lo que ningún análisis pueda prescindir de un real estudio de la buena fe y del ejercicio regular de los derechos por parte de las personas responsables del ente —donde adquiere una vital utilidad y relevancia, el *deber de prevención del daño*—, porque la debida diligencia desde el inicio de crisis patrimonial no puede ser considerada únicamente en términos aritméticos —cuantitativos—, sin evaluar la conducta que se exhibe como diligente y sin acreditar, en un caso determinado, los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: incumplimiento material objetivo/antijuridicidad, factor de atribución subjetivo, relación de causalidad y daño injustificado.

El esquema de conducta que he descripto sintéticamente antes, para nada es ajeno a la temática que se viene analizando porque se ajusta en forma coherente con los claros términos que contienen los artículos 59 y 274 de la ley 19.550 que conforman la base de la responsabilidad especial societaria.

## V.

Una empresa, por el solo hecho de no contar bienes suficientes liquidables para responder frente al incumplimiento de sus obligaciones —cesación de pagos—, dispara un mayor deber de obrar con cuidado, diligencia y profesionalismo en su gestión y gobierno, pero que, insisto, no es suficiente para atribuir a administradores y socios, según el caso, las deudas de la sociedad o para activar su deber personal de resarcir daños.

Sin embargo, como destacamos, exige de estos una mayor diligencia, que es una consecuencia del *deber de prevención* de esos potenciales daños, cuya posibilidad de ocurrencia se acrecienta con la paulatina disminución del patrimonio que deja de garantizar razonablemente el pasivo social.

---

<sup>12</sup> GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, *Diario La Ley*, 23/3/16, T. 2016-B.

Así, el deber genérico de prevención obliga a tomar medidas preventivas que estén al alcance de aquellos sujetos, porque de no hacerlo, mal podrían argumentar que han obrado con la *diligencia de un buen hombre de negocios*.

Sin duda, quienes a sabiendas del perjuicio que van a ocasiona, siguen operando como si nada hubiera pasado, agravando la insolvencia de la sociedad y los perjuicios para acreedores y terceros, pretendiendo escudarse la *limitación de la responsabilidad*, o de la *diferenciación de la personalidad* van a responder por su ilícito accionar, quedando, en caso de quiebra, sujetos a las acciones sociales y a la específica acción de responsabilidad concursal (artículo 173 y ss., ley 24.522), pues la responsabilidad personal de aquellos solo queda a salvo si han actuado lícitamente.