

CAPITULO ARGENTINA**“CRISIS DE SOCIEDADES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES,
POR LO MENOS EN EL DERECHO ARGENTINO”****INVESTIGADOR: EFRAÍN HUGO RICHARD****Síntesis:**

La responsabilidad de administradores de sociedades en relación a sus deberes de lealtad y diligencia esta sujeta a un juicio de razonabilidad al tiempo de sus acciones u omisiones, pero en caso de crisis económico patrimonial la legislación societaria contiene suficientes normas de resguardo a terceros para imponer conductas para que el activo del patrimonio social y los flujos de fondos permitan atender las obligaciones contraídas, generando responsabilidad a los administradores por acción u omisión ante la insuficiencia patrimonial. Por ello son inaplicables normalmente a las sociedades criterios que intentan justificar que los acreedores soporten las pérdidas –en vez de los socios- a través de quitas amparados en que la liquidación de la sociedad daría un resultado menor que la porción que se ofrece en un acuerdo (the best interest of creditors) que es correcta para el caso del concurso de una persona humana pero ilógico en el caso de una sociedad donde, en tal caso, debe pensarse en acciones de responsabilidad por el deficit concursal de administradores cuando no de socios de control.

Objetivo.

En relación a la temática central de la investigación colectiva sobre *“INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA Y LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL”* -convocados por la experta dirección de Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO y Juan Carlos RODRÍGUEZ MASEDA-, nos centraremos en la responsabilidad frente a los acreedores en el caso de concurso preventivo de una sociedad, incluso con acuerdo homologado novando las obligaciones. Obviamente no lo agotaremos pues nuestro propósito es incursionar en un campo muy específico.

Conforme a ello sólo trataremos livianamente las referencias a la responsabilidad de administradores frente a los socios y aún a la sociedad, que implica una zona gris de amplio espectro doctrinal y jurisprudencial. Nos centraremos en la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores, tema bien concreto, particularmente en la normativa argentina.

No dudamos que es obligación de un administrador societario -y obligación de requerírsele de un fiscalizador- asumir una crisis económica o financiera, en sus primeras manifestaciones, adoptando las medidas que impone la legislación societaria.

Particularmente esas obligaciones le imponen como deber de lealtad informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis.¹

¹ GRANADOS, Ernesto y RICHARD, Efraín H. “DEBERES DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y LA ASUNCIÓN DE LA CRISIS: EL PLAN DE EMPRESA. (EL PLAN DE SANEAMIENTO EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS, DILIGENCIA DE ADMINISTRADORES

La falta de diligencia para afrontar la crisis puede generar responsabilidad de aquellos administradores y fiscalizadores, que alcanzaría a la satisfacción del daño a los acreedores que lo requieran y lo prueben en el marco de la teoría general de la responsabilidad.

I – LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA SOCIEDAD Y LOS SOCIOS.

Trataremos esto superficialmente. Los arts. 59 y 274 de la ley General de Sociedades –LGS- hacen referencia a ello, centrándose en la primera norma general “*Diligencia del administrador; responsabilidad*”. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Como se advertirá la falta de diligencia esta conectada directamente con la satisfacción de los daños que se generaren, que pueden ser a la sociedad, a los socios o a terceros.

Son los llamados deberes fiduciarios de los administradores y representantes orgánicos de las sociedades, que imponen como mínimo una evaluación permanente del funcionamiento de la sociedad, que se ha ido complejificando en el análisis doctrinal y fallos de jurisprudencia.

Frente a esa complejidad resulta simple la atribución de responsabilidad que genera el art. 99 LGS que referiremos, muy vinculado a los concursos y a los perjuicios que se generaren a los acreedores por el déficit patrimonial de la sociedad. No es diferente a la regla del ordenado empresario de otros derechos. Es un deber de dedicación adecuada, razonable, informada (como derecho y deber al mismo tiempo) que impone reconocer las normas imperativas del derecho específico y actuar en consecuencia, pues la omisión puede ser tan grave como la acción impropia. Se corresponde a la “*bussines judgement rule*” del derecho anglosajón que genera exculpación a las acciones o decisiones adoptadas diligentemente, con garantía de plena información, particularmente en decisiones estratégicas o de discrecionalidad empresaria, con buena fe, excluyendo interés personal y conflicto de intereses, siguiendo los protocolos para adoptar las decisiones imputables a la sociedad.

Del incumplimiento de esa diligencia deberá responder de los daños causados con nexo de causalidad adecuado. La temática se agrava frente a la situación de crisis, cesación de pagos e insolvencia de la sociedad, y muy particularmente ante la desaparición de contabilidad, documentación respaldatoria, libros de actas, etc.

Dentro de ese marco referencial la existencia de un plan de negocios, que marque la trazabilidad de las decisiones adoptadas, incluso de su reformulación ante el mero avizoramiento de la crisis o de su agravamiento. El tema del plan de negocios lo excluimos de esta investigación, pues corre a cargo de otro grupo para ser presentada al mismo Congreso.²

Y este es el punto en que conviene referirse a responsabilidad frente a la crisis en forma más detallada.

La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento “de organización”.

DE SOCIEDADES)”, publicado en libro colectivo VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, tomo II CESACIÓN DE PAGOS Y PREINSOLVENCIA, Santa Fe 2006, pág. 339.

² Bajo la Coordinación de Alicia FERRER MONTENEGRO y nosotros.

La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración, como hemos referido.

Es una constante de estos días la llamada "crisis de las empresas", que conllevan las soluciones que se vinculan a la "conservación de la empresa"³, argumento usado para homologar acuerdos abusivos, con mayorías obtenidas al margen del sistema.

La misma se genera aún ante las previsiones del empresario, por razones ajenas a su propia previsión. Pero el alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa debe vincularse a la presencia de titulares o administradores que actúen como buenos hombres de negocios, y la posibilidad de extender la protección a su permanencia se funda en la viabilidad económica y social⁴ de su actividad.

En primer lugar, la viabilidad del patrimonio todo de la persona física o jurídica en dificultades.

En segundo lugar y descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político: su economicidad y su solidaridad en normas sobre competencia leal y responsabilidad social empresaria como ética de los negocios.

Tenemos expresada posición crítica sobre la falta de eficacia –o sea de la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera- de la legislación concursal⁵: específicamente en torno a la falta de aplicación de la normativa societaria cuando el concursado fuere una sociedad, por la obligación de los administradores societarios de presentar un plan o presupuesto de desempeño futuro, o plan de empresa, y a su responsabilidad individual –y extraconcursal- frente a nuevos acreedores luego de advertido el estado de cesación de pagos, amen de la aplicabilidad de las normas sobre imputabilidad aditiva al controlante torpe⁶.

II – RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ACREEDORES.

1. Introducción.

En "Tendencias actuales en la configuración del interés del concurso: del interés de los acreedores al mantenimiento de la empresa en crisis", Aurelio Gurrea Martínez, expresó "... desde una perspectiva financiera-contable, parece que el interés del concurso también debe identificarse con el interés de los acreedores. En concreto, cuando el concurso se hubiere iniciado como consecuencia de una situación de *desbalance o insuficiencia patrimonial*, en la que los propietarios de la empresa han perdido la totalidad de su inversión (patrimonio neto), los únicos recursos que

³ *La conservación de la empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV, pág. 107 y ss.

⁴ *Sociedad con actividad no autorizada*, o sea a actividades contrarias al interés público, en "Anomalías Societarias" Ed. Advocatus, Córdoba 1992.

⁵ *Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado* 2ª edición, Córdoba 2002 Editorial Advocatus, capítulo X pág. 441, y "Ineficiencia de la ley concursal" publicación en Revista Derecho y Empresa, nº 10 diciembre 2000, p. 176.

⁶ *Crisis de sociedades: propuestas concursales abusivas Vs. Solución privada*, en RDCO. julio-agosto 2006.

se encuentran financiando las inversiones (activos) de la empresa son los recursos ajenos (pasivo), que precisamente, son los que provienen de los acreedores. Por tanto, en estas situaciones, no habrá dudas de que, al menos, desde una perspectiva contable, los acreedores deberían ser los titulares económicos de los activos del deudor”.

La responsabilidad de los administradores societarios se genera cuando el patrimonio social se torna insuficiente para satisfacer las obligaciones contraídas.

En el derecho argentino la situación es muy clara, no sólo por la teoría general de la responsabilidad sino por normas específicas de la legislación societaria.

Esa responsabilidad no nace por la cesación de pagos, o sea la imposibilidad de atender obligaciones exigibles con los fondos regularmente disponibles, que autoriza el concurso y las dilaciones en la atención de las obligaciones sociales –con los consiguientes daños-, sino frente a la insolvencia, o sea un patrimonio pasivo superior al activo.

El concurso parece razonable ante la cesación de pagos, para evitar daños mayores, y del mismo no debe resultar necesariamente responsabilidad de administradores.

Una crisis mayor lo constituye una insuficiencia patrimonial que tipifica una causal de disolución: la pérdida total del capital social (art. 94 ap. 5 LGS), que en muchos países se considera anticipadamente con una pérdida considerable del mismo, como mayor resguardo de los terceros. Ante esa insolvencia –patrimonio neto negativo- nace una responsabilidad solidaria de administradores, y de socios en su caso, a tenor del art. 99 LGS *“Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”*

Es que ante la comprobación de la existencia de la causal de disolución por pérdida del capital social, constatada con un balance con patrimonio neto negativo y sin explicación de ser una situación reversible en la Memoria o en el Plan de los administradores para cumplir como buenos hombres de negocios, que deben considerar las probabilidades de la actividad en el año que corre inmediatamente posterior al balance cerrado, los mismos deben poner la cuestión a decisión de los socios para que los mismos adopten una de las opciones imperativas que les propone el art. 96 LGS *“Pérdida del Capital Social. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”*.

2. Las normas imperativas o indisponibles.

Para tratar el tema de la responsabilidad de administradores, y eventualmente de los socios, es necesario determinar el orden de prelación de normas, para fijar que previsiones legislativas no deben ser dejadas de lado y constriñen la actuación de los socios, fundando la antijuridicidad de acciones y omisiones si se produjeran daños.

Es congruente lo dispuesto en el Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 Sección 1ª del Código Civil y Comercial –CCC-, al margen de definición y comienzo de la existencia, prescribe en art. 143 *“Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.”* Conforme al art. 143 CCC, cualquiera sea la responsabilidad tipológica del socio, no puede reclamarse a él –y

menos al administrador- el pago de las obligaciones contraídas por la persona jurídica societaria, todas las que deben ser atendidas con el patrimonio social⁷. Sólo cuando el patrimonio social es insuficiente o inlocalizable, podrá pensarse en la responsabilidad de los socios, sea por la responsabilidad tipológica o por imputársele una acción u omisión que permita atribuirle responsabilidad ante la existencia de deudas sociales insatisfechas.

Es parte de la construcción de un sistema societario la determinación del capital operativo, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan a terceros, quedando implicado en ello la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.⁸

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado, pues el art. 150 CCC en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código...”. El art. 99 LGS, ya referido, señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles⁹.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen que surja del tipo social adoptado o de las precisiones estatutarias.¹⁰ Evitar el daño y soportar las pérdidas los socios, conforme determina el art. 1 LGS - “...participando de los beneficios y soportando las pérdidas”, se encuentra también inserto en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido¹¹ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo, se adopte una solución.

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera la causal de disolución prevista en el art. 94.5 LGS –pérdida total del capital social o patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo-, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –art. 94.4 LGS- y que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, debiendo esta última ser viable –conforme comentaremos al referirnos al rt. 100 LGS-. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados.

⁷ RICHARD, Efraín Hugo “CONCURSOS DE SOCIEDADES: ‘ACUERDOS’ Y CORTE SUPREMA”, en *RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, AAVV Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición Advocatus, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

⁸ Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la [2ª Directiva](#), incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

⁹ RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio e 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

¹¹ GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria", en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

No hay duda que las normas sobre disolución y liquidación de sociedades son de carácter imperativo, y el art. 96 LGS dispone una opción imperativa a los socios¹². Es el sistema de protección de terceros ante la autonomía de la voluntad para constituir y dotar a las sociedades.

Viene al caso señalar que en general se habla de responsabilidad de administradores y en cuanto a los socios se acota al tipo de sociedad constituida: con responsabilidad solidaria, con responsabilidad mancomunada y con responsabilidad limitada. Pero no se advierte otro tipo de responsabilidad –no siempre de todos los socios- basada en la teoría general de la responsabilidad y en la generación de daño por incumplimiento de normas legales y por conductas omisivas o activas culposas o dolosas.

La “protección de los terceros” se encuentra bien “protegida”, incluso por la responsabilidad de administradores y socios –si bien en este ensayo nos centramos en la responsabilidad de los primeros- cualquiera sea el régimen de responsabilidad del tipo societario, por aplicación de la teoría general de la responsabilidad cuando existiere daño, una antijuridicidad vinculada a acciones u omisiones de aquellos. El art. 167 in fine del CCC aclara la ambigua expresión del art. 99 LGS –operando en su defecto al decir del art. 150 CCC “*Leyes aplicables*. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”-. Ese art. 99 LGS expresa que, ante la falta de liquidación, habiéndose constatado una causal de disolución, existe responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsable ilimitada y solidariamente a los administradores respecto de terceros y de los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos últimos. Y el art. 167 del CCC, en el párrafo 3, sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, expresamente aclara sobre el mismo tema: **“En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”**.¹³

Lo fundamental en el reconocimiento de la personalidad jurídica es la protección de los terceros –conforme señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto CCC-. Insistimos, de los terceros que contrataran con la nueva sociedad persona jurídica, y los terceros acreedores de los socios, particularmente, en el caso de la sociedad unipersonal, que se verán subordinados en la liquidación de la sociedad por los acreedores sociales. Consecuentemente el reconocimiento de la persona jurídica como institución jurídica: nace naturalmente por la autonomía de la voluntad de sus organizadores, pero no puede desaparecer por la voluntad de éstos sino por el cumplimiento de requisitos legales: la liquidación formal.

3. Inoponibilidad.

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente, respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, puntualmente en resguardo de terceros.

En tal sentido localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó la Corte consagrando ilícitas las prácticas de

¹² Richard, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” publicado a pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹³ Nos hemos expedido sobre el punto en el Prólogo del reciente libro **EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA**. Libro colectivo AAVV, 347 páginas, bajo la Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Coordinación de Ricardo Belmaña. Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018.

apalancamiento financiero, sancionadas sólo en el caso Centrales Térmicas Patagónicas¹⁴. Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un “leverage buy out” en su exclusivo beneficio **“no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden público y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)”**. **“Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”**.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho.

Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe –art. 9 CCC-, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

Pero en cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, la conservación del empleo, el derecho constitucional de propiedad de los acreedores, y el derecho a trabajar de sus empleados.

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hace pensar en una suerte de “contraderecho”¹⁵. Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley. Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sea cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo¹⁶, pero también una costumbre *contra legem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.¹⁷ Nuestro viejo postulado¹⁸ sobre un “derecho societario de crisis” que condicionaba con reglas imperativas las prácticas concursales, ha recibido claro apoyo normativo con la sanción del Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015.

Para que exista responsabilidad debe existir daño, o sea impago de obligaciones por insuficiencia del patrimonio social. No es lo mismo insolvencia patrimonial –patrimonio neto negativo que es lo

¹⁴ Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

¹⁵ EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

¹⁶ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

¹⁷ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

¹⁸ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

mismo que pérdida del capital social- que cesación de pagos o sea activo corriente inferior al pasivo corriente pero con patrimonio neto positivo¹⁹, que implica una señal de alerta de la crisis. Si las obligaciones son satisfechas con el patrimonio social, aún tardíamente, no nacería responsabilidad de socios y administradores.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello²⁰, uno en Punta del Este -2017- donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro²¹, sobre *Il «diritto societario della crisi»*²², aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996, y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal”²³).

En Punta del Este, nos obsequió el jurista uruguayo Daniel Germán, su libro *Insolvencia y cesación de pagos*, dedicado a la Persona Jurídica²⁴, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente...” y por eso sostenemos la responsabilidad de los administradores societarios, pues esas normas operan como preconcursales.²⁵

Descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica²⁶, de la cual entresacamos “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribucionales, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores”²⁷, y de

¹⁹ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguayo: la preconcursabilidad extrajudicial”, en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

²⁰XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

²¹ NIGRO, Alessandro “Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?”, disertación en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este octubre 2017, en prensa.

²² Que disponemos como asistentes a ese Congreso y que se publicará en el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

²³ Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

²⁴ GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

²⁵ Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

²⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

²⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ ob. cit. en el capítulo inmediato a pág. 59.

los socios señalamos, para el caso de quiebra en la ley concursal argentina –LCQ-, pero aún en el concurso preventivo aplicando las normas de las leyes específicas: ley general de sociedades –LGS- y Código Civil y Comercial –CCC-, dentro de la teoría general de responsabilidad, pues el daño es el llamado déficit concursal. Señala el autor que ahora seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades cotizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regularor de las sociedades cotizadas.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguayas: que “soportar las pérdidas”, es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo hacemos en este ensayo.

En el sentido de la prevención las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014²⁸, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurridos en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfacen el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o quiénes son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios, que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.²⁹

²⁸ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

²⁹ Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provincially señalo como “*ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que, de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo.

Congruentemente corresponde señalar³⁰ que la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LGS). En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la LGS.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”³¹ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

4. Capitalización o liquidación.

Ante la insolvencia el art. 96 LGS, sin fijar plazo, impone una opción imperativa: capitalizar o liquidar.

acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal²⁹, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

³⁰ Con Juan Carlos VEIGA “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

³¹ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatista entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender lo es con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad.³²

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”³³, y – eventualmente- la capitalización del pasivo³⁴.

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social).³⁵

Ante la pérdida del capital social (patrimonio neto neutro o negativo), las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples³⁶, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda, verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice: “La normativa

³² RICHARD, Efraín Hugo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

³³ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

³⁴ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

³⁵ ALFARO, Jesus sobre “Personalidad y desestimación”, en www.Almacén de Derecho.

³⁶ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hace necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”³⁷.

5. Viabilidad económica.

La nueva redacción del art. 100 LGS impone referirse a la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución declaradas o comprobadas.

Al decir de Jesús Alfaro, la constitución de una sociedad por socios genera un centro de imputación provisional, obviamente diferenciado del patrimonio de los socios, agregamos. Pero la imputación diferenciada está condicionada al buen uso de la sociedad y que los socios no hayan violentado normas imperativas de la legislación para perjudicar a terceros.

Es importante advertir que si se capitalizan los créditos o se les otorga posibilidad de capitalizar desaparecería el daño y con ello la posibilidad de que los acreedores intenten acciones de responsabilidad, además de liberar a fiadores y deudores solidarios por el efecto novatorio.

La congruencia de esa normativa con las demás normas que hacen a la regular funcionalidad de la sociedad, permite resguardar a terceros y sobre todo recordar a los socios con supuesta responsabilidad limitada que, para mantener esa limitación, no deben cruzar ciertas líneas rojas - violar normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo, pese a lo cual hemos armado el entramado de la responsabilidad en normas imperativas de la LGS y del CCC, quedando como residual aquella llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

Todos los países tienen similar zona roja, pero incluso se anticipan planteando la causal cuando sólo se ha perdido parte del capital social, buscando que ante la reacción de administradores y socios no existe déficit de liquidación o falencial, evitando así acciones de responsabilidad.

Los administradores de una sociedad deben responder a la misma, asegurando su funcionalidad, indirectamente atienden así al art. 1° LGS para que los socios se repartan las ganancias. También a través de la función de garantía del capital social protegen los intereses de los acreedores, manteniendo medios suficientes para satisfacer las obligaciones sociales, no generando daños ni asumiendo responsabilidad.

De estos problemas presentamos una visión sistémica en *Insolvencia societaria*³⁸ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*³⁹, en la inteligencia que el sistema societario contiene

³⁷ OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

³⁸ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

³⁹ Citado, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”.

reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo⁴⁰, remarcando: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis”. Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad.

Advirtamos que nuestra vieja posición ha sido avalada por el nuevo CCC y las reformas a la LGS, en este sentido particularmente el art. 100 LGS: “Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando la decisión del órgano de gobierno y la eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad...”.

El sistema de derecho societario atiende –supone– que los constituyentes de una sociedad y sus administradores operarán como buenos hombres de negocio con el patrimonio suficiente, y cuando este no permita sobrevinientemente el cumplimiento del objeto social procederán a su disolución si, al convocar a los socios, éstos no pueden o no quieren aumentar la dotación patrimonial, por ellos o por terceros. Se trata de poner la cuestión en la decisión de los socios⁴¹.

Sobre el punto incursiona la nueva redacción del art. 100 LGS sobre la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución. De allí el requisito de viabilidad. Analizamos el art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era una sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. La reforma ha introducido un cambio significativo al texto del artículo 100, de manera tal de promover la conservación de la empresa y de su actividad cuando existe viabilidad económica y social en la sociedad disuelta, permitiendo la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. Sostenemos que la entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades comerciales como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal se expande al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluido la liquidación y ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el registro público, con dos requisitos “eliminación de la causa que le dio origen” y además “si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”. Corresponde la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto

⁴⁰ De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A. *Responsabilidad de los Administradores* Ed. Advcatu Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir.

⁴¹ MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 119 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005. Pueden consultarse nuestras opiniones en este y otros aspectos en www.acader.org.ar

(solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 LGS).⁴² No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social. No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo hemos pensado así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

Lo pensamos como Héctor Alegría construyó en el 83 los acuerdos parajudiciales de los arts. 125-1 y 125-2 de la entonces ley de concursos n° 19.551. Una forma de imponer el análisis de la viabilidad económica (la social está vinculada a cuando es necesario el dictamen sobre impacto ambiental) a administradores para los socios, para que la sociedad inviable no vuelva al mercado a generar problemas. Así como en la Memoria los administradores tienen que prever el normal desenvolvimiento el año siguiente. Como opina Ricardo Olivera García una suerte de *insolvency test* —*equity insolvency test*—. En realidad, es un problema interno de la sociedad, que el registrador debe recibir y asegurar su conocimiento y resguardo, bajo la responsabilidad de socios y administradores en caso de perjuicio a terceros. Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social⁴³, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100, en su último párrafo establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen. La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.

6. Responsabilidad.

Todas las personas jurídicas están sujetas al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo —por acción u omisión- y vínculo causal.

En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad,

⁴² Artículo 100. Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad.

La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

⁴³ MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza — Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 371.

contenida en el ahora CCC.⁴⁴

Emilio Beltrán⁴⁵ calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución, con matices, no es muy diferente en nuestro país y en el derecho comparado.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores en sus acciones y socios patrimonialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Se trata de la conservación de la empresa, no necesariamente del empresario. La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver⁴⁶, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subrayó que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolvente vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar. Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica...”.

Muchos autores sostienen que una sociedad infrapatrimonializada genera responsabilidad. Razón tienen, pero ello debe centrarse más que en poco capital, en operar con patrimonio negativo, pues en tal caso se supone que existe daño para los acreedores que no verán satisfechos sus créditos. Es lo que se nombra como causal de disolución por pérdida total o parcial del capital social.

Esto supone distinguir entre cesación de pagos, que es la falta de patrimonio activo corriente para satisfacer el patrimonio pasivo corriente de la persona jurídica societaria, de la situación en que se ha perdido la totalidad del capital social, y hay insolvencia patrimonial y no meramente financiera. La pérdida parcial del capital social, que en muchas legislaciones societarias ya genera una causal de disolución, es una forma de avizoramiento de la crisis, ante lo cual esa legislación especial impone conducta de administradores y socios.

⁴⁴ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947, con Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda, no son excluyentes.

⁴⁵ BELTRÁN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas concursadas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

⁴⁶ RICHARD, Efraín Hugo “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, t. I p. 1449.

A su vez la legislación especial dispone ante ello opciones imperativas: reintegrar, capitalizar la sociedad por diversos medios o liquidar, bajo la sanción de generar responsabilidad por el daño que se pudiera generar, tanto a administradores como a socios que actuaran en la continuidad de la gestión sin generar remediación.

Es opción la apertura de concurso en términos perentorios. En tales casos, modificando la tipicidad del contrato, se suele imponer por cierta mayoría de acreedores, inclusive generada por razones procesales, una quita de los créditos, con costo impositivo para la sociedad por su enriquecimiento e indirectamente por el enriquecimiento de los socios al disminuir exponencialmente el patrimonio pasivo, llegando a generar una ganancia ficticia.

“El Derecho Concursal protege a los acreedores imponiendo la obligación de solicitar el concurso cuando la sociedad no puede hacer frente a sus obligaciones definiendo con mucha mayor precisión el riesgo de que continúen actuando en el tráfico empresas insolventes (v., art. 5 LC); subordina los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor para desincentivar las “resurrecciones” artificiales de empresas insolventes a base de créditos concedidos por los socios (art. 92.5 LC) y declara la responsabilidad de los administradores y socios de control por el déficit concursal en caso de concurso culpable (art. 164 LSC), además de los efectos protectores de las acciones revocatorias. La amenaza de ver relegados los créditos otorgados por los socios de control; la eventualidad de tener que responder del pasivo no satisfecho en el procedimiento concursal si se retrasa la declaración de concurso o se ha distraído el patrimonio social en perjuicio de los acreedores, constituyen mecanismos mucho más ajustados a las circunstancias de cada caso”⁴⁷

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para no generar daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan con la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades, engarzando las normas conforme la previsión del art. 150 CCC.

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento⁴⁸.

⁴⁷ AGUILA-REAL, Jesús “Concurso culpable y responsabilidad por el déficit concursal”, Jun 1, 2015 | [Derecho Mercantil](#), en Almacén de Derecho: La [STS de 21 de mayo de 2015](#) decide sobre un concurso declarado culpable y la consiguiente responsabilidad de los administradores por el déficit concursal. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que había considerado el concurso culpable por dos causas: ocultar gravámenes que pesaban sobre el único inmueble propiedad de la sociedad concursada y el retraso en la solicitud de concurso (dos años) *De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).*

⁴⁸ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thienen en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.*”

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores⁴⁹. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

“*La solución negociada de la crisis*” -o preconcursalidad- impone la pregunta ¿Esperamos ello del derecho concursal? La doctrina postula la reforma continua de ese derecho, y reafirma su posición en la continuidad y periodicidad de las reformas en el derecho comparado.

Franco Bonelli⁵⁰ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores. Si no existen normas claras que impidan la continuación de la actividad social en crisis –en nuestro país, la República Argentina, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores⁵¹.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁵² y de los socios, como se estableció por la Cámara Nacional Civil Sala 3 en fallo del 30 de agosto de 2917, aplicando la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el caso “Von Sanden de Klein, Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Angel y otros sobre daños y perjuicios”, sosteniéndose “A los fines de evitar su responsabilidad personal, imputada a los accionistas demandados en los términos del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, por el cumplimiento de una obligación de la sociedad, reconocida judicialmente a favor de la actora, aquellos debieron acreditar que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los artículos 101/112 de la ley 19550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, pues los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros, balances, contratos con terceros, etc. es decir, toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios para acreditar la realidad que perjudicó a terceros. ... La grosera ausencia patrimonial de la sociedad demandada, para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes de la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total del patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. ... Ante la descapitalización o infracapitalización, se comparte el criterio jurisprudencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, en el caso Carballude Víctor sobre quiebra”) que la responsabilidad debe extenderse a los socios cuando la sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria. La sociedad ha sido definida como un medio técnico jurídico a través del cual una pluralidad de personas actúa como una unidad que sobrevive a los socios y que opera automáticamente. El ente goza de un régimen propio dentro del derecho común, dentro del cual

⁴⁹STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “*Rivista delle Società*” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

⁵⁰ *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffré, nº 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali,

⁵¹ MIOLA, Massimo *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffré – Milano, novembredicembre 2005, fascicolo 6º p. 1199.

⁵² MIOLA ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

debe ajustar su accionar, sin traspasar los límites que se le han impuesto. ...La diferenciación de la personalidad y de la responsabilidad es fundamental. El modo de formar la voluntad social es a través de su órgano y el hecho debe tener la necesaria registración referida a un hecho esencial de su vida institucional, lo cual requiere necesariamente la previa deliberación de los socios. ...Si bien la separación de la personalidad social y la de sus socios adquiere – en principio – en el régimen societario una individualidad jurídica independiente, esta separación no puede ser considerada una regla absoluta, pues existe la posibilidad de utilizar la figura societaria para afectar derechos de terceros... La propia ley 19550 – reformada por la ley 22903 en su artículo 54 – recepta la teoría de la inoponibilidad jurídica, a fin de prescindir de la figura societaria adoptada...”.

Se afirma la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁵³. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.⁵⁴

III - ALGUNAS MEDITACIONES EN TORNO AL DÉFICIT PATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresarial que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁵⁵.

La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, sin integrarlas, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades comerciales. La legislación de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para enfrentar esas crisis. Posteriores juicios o trámites concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas incumplidas. La investigación también está alejada de esa visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.

1. La acción individual de responsabilidad.

Nos hemos referido a la “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios”⁵⁶, particularmente frente a situaciones concursales.

En este marco esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad, o ante la falta de bienes ejecutables, atento la previsión del art. 143 CCC (“Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”). No sólo por la falta de capacidad de la sociedad para atender sus obligaciones, que impone pensar en la posibilidad de desviar las acciones contra administradores o socios, sino por cuanto la operatoria en situación de insolvencia, genera responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis, conforme la ley especial en su art. 99 LGS.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios–, debe con diligencia poner la cuestión en conocimiento y decisión de los

⁵³ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁵⁴ RICHARD, Efraín Hugo “TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL”, en *Derecho Concursal, 10 años de reflexiones*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss.

⁵⁵ RICHARD, Efraín Hugo “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.*

⁵⁶ Publicado en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70º Aniversario) “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos” Ed. Legis, Buenos Aires mayo 2009 En el índice se indica pág. 387, pero se inicia a pág. 389.

socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración del capital social, aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños, pues operar en insolvencia genera perjuicio indudable. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

La insolvencia como factor de incumplimiento y de daño puede ser estudiada en relación a un patrimonio de una persona física, pero se puede ver mejor la cuestión al referirse a una persona jurídica creada. Así se señala⁵⁷ “El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa “judgment proof” precisamente, intenta indentificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”, dado que no tendrán en cuenta, al decidir qué conducta realizar, la expectativa de una sentencia que los condene a pagar una indemnización... es posible también –fácticamente- excluir ciertos bienes de la acción judicial pero obrando de un modo jurídicamente prohibido... La constitución de ciertas sociedades, ciertas inscripciones de bienes a nombre de otras personas y otros tipos de maniobras asimilables... No obstante, la consideración económica moderna de los derechos de propiedad Atiende más bien a la probabilidad de decidir efectivamente el empleo (o algún conjunto de empleos) de un recurso a que nociones –casi metafóricas- como la “propiedad” del recurso en sí mismo. Luego, si el primer sujeto mantiene el gobierno real de las posibilidades de uso del bien en cuestión, el hecho de que pase a estar registrado a nombre de otra persona no altera los derechos de propiedad del primero”. Se trata de nuestro sistema de inoponibilidad previsto en el art. 54.3 LS, pero aplicable – a nuestro criterio- a cualquier centro de imputación.

A la postre, enfatizan dichos autores “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los terceros, conforme resulta de los acuerdos concursales o preconcursales. “...entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios -si son llamados a hacerlo-, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

Siguen los autores con una apreciación que se advierte perfectamente en la constitución de sociedad o generación de un centro imputativo para limitar los riesgos: “El modelo estándar de análisis económico de la responsabilidad por daños plantea la situación de un individuo que decide emprender una actividad de la cual obtiene beneficios y puede ocasionar un daño a **terceros, con** una probabilidad que depende del nivel de precaución que adopte (Shavell, S., “Economic Analysis of Accident Law”, Harvard University Press, 1987)... se puede concluir que el sistema de

⁵⁷ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en *Jurisprudencia Argentina* 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

responsabilidad (cualquier sistema de los habituales) incentivará a los potenciales dañadores a tomar las medidas de precaución óptimas, lo cual dará por resultado un estado eficiente... Cuando los agentes son insolventes se plantean ... problemas en torno de la eficiencia. Por un lado, los potenciales dañadores carecen de incentivos para adoptar el nivel de precaución (y prevendrán menos)", y esto es lo que ocurre con nuestro sistema concursal aplicando dislocadamente del sistema societario.

Se puntualiza "...se supone que el agente puede modificar su nivel de activos frente a la posibilidad de resultar responsable de un daño y tener que afrontar ... se supone que se debe gastar mucho ... en insolventarse con relación a lo que podrá eludir de la acción de la justicia); si hay cierto tipo de lo que llamaremos "debilidad" institucional, los agentes pueden insolventarse en mayor medida asumiendo un costo relativamente bajo". Es lo que hemos venido denunciando que acaece cuando se demora la presentación en concurso, se aumentan las deudas y muchas veces se disminuyen los activos o se comprometen. Existe así una verdadera debilidad institucional motivada por la interpretación doctrinal que ha desviado la jurisprudencial. Los autores lo plantean como un problema de "infracompensación" a las víctimas, que resultan en el caso de sociedades con la "infrapatrimonialización".

Se intentan justificar quitas confiscatorias en concursos de sociedades basados en que la liquidación daría peor resultado, pero ello puede ser correcto en el caso del patrimonio de una persona humana, pero nunca en el caso de una sociedad donde puede pensarse no sólo en acciones revocatorias, sino de responsabilidad de administradores y socios de control. El único supuesto aceptable de ese principio (llamado pomposamente "the best interest of creditors") sería el de insolvencia de todos ellos.

No hay duda que en todo ello debe existir un cálculo o plan: "La implicancia más evidente es que sí con muy poca inversión es posible proteger bienes que representen un monto elevado, esa opción será claramaente más atractiva que adoptar precauciones, y, por lo tanto, el nivel de daños que generen los agentes se elevará por encima del óptimo social... los costos están determinados por las consecuencias de la ilegalidad de las maniobras que procuran sustraer bienes...". La aplicación de la concursalidad o la preconcursalidad en el país ha logrado esa consecuencia. "... es posible estudiar la cadena de decisiones que llevó a los agentes a incluirse en uno u otro tipo... Finalmente, en lo que hace específicamente a las posibilidades de insolvencia voluntaria, consideradas como alternativa de elección factible y una materia de diseño institucional, el tema parece guardar una relación central con algunos aspectos del análisis financiero, con un campo de desarrollo particularmente digno de explotar", el que si bien no haremos nos lleva al análisis de la planificación en el campo del derecho de sociedades.

El posterior concurso de la sociedad puede concluir en la presentación y homologación de un acuerdo con quitas y esperas predatorias⁵⁸ –en la práctica el 80% de quita con esperas de 5 años y luego pago en largas cuotas que alcanzan los 20 años-, con la participación de terceros cesionarios de créditos afectados. Siempre que hay quitas y esperas se beneficia a los socios, perjudicando a los acreedores alcanzados por el acuerdo homologado, sin respetar ningún "esfuerzo compartido", y el concurso intenta satisfacer todos los intereses, y no sólo beneficiar a los socios⁵⁹.

⁵⁸ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁵⁹ RICHARD, EFRAÍN HUGO "Axiología 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) www.acaderc.org.ar, y RICHARD, EFRAÍN HUGO "El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)" en libro colectivo "Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia" Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la

Esa situación otorga derecho a acreedores nacidos con posterioridad a la crisis –particularmente acreedores no profesionales- para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron la crisis por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores.⁶⁰

El factor de atribución es subjetivo, basado en la actuación culposa –cuando no dolosa- y en la relación de causalidad de esa actuación y el perjuicio generado a los acreedores a través de haber contratado en crisis y luego obtenido un acuerdo que soluciona el conflicto societario a través de la pérdida patrimonial de los acreedores.

La apreciación es de *lege lata* desde la legislación argentina, pero entendemos extensible a otras⁶¹.

La posibilidad de la promoción de esas acciones generará una previsión cautelar en administradores societarios para prevenir la crisis, anticiparse a la insolvencia en soluciones extrajudiciales y judiciales societarias, y recién fracasadas éstas presentarse tempestivamente en concurso. El administrador societario dispone hoy mundialmente de herramientas para el seguimiento *on line* de los flujos de caja, posición de caja, financiera y bancaria, *ratios, test*, etc.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como un objetivo de la legislación concursal, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo⁶². En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad⁶³.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho⁶⁴, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores⁶⁵. Insistimos: cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados

empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

⁶⁰ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo *CRÉDITOS ABUSIVOS Sobreendeudamiento de Estados, empresas y consumidores*, Ed. Ábaco, Buenos Aires 2009, con nuestro prólogo donde también analizamos estas cuestiones

⁶¹ Una mejor justificación puede encontrarse en nto. *Insolvencia societaria*, citado.

⁶² Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO “Proprietá e controllo del’impresa in crisis” en *Rivista delle Società* año 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

⁶³ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* año 53º/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

⁶⁴ STANGHELLINI ob. cit. pág. 1079

⁶⁵ STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndose.

Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida⁶⁶.

Conforme el texto desgajado del artículo 10 LCQ, la sociedad deudora podría presentarse en concurso preventivo cuando quiera. Parecería que es un derecho del deudor, una vez en cesación de pagos su patrimonio, elegir el momento en que puede convocar a sus acreedores. Particularmente en cuanto declarada la quiebra, a pedido de tercero o a su propio pedido, cabe la conversión del proceso en concurso preventivo.

En relación a una sociedad en insolvencia, sujetos respecto a las que centremos el comentario, parecería que los administradores de la misma pueden hacer esa elección. ¿Hasta donde pueden manejar el arbitrio? ¿Demorar la presentación es congruente con sus deberes de “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” (estándar del art. 59 LGS⁶⁷).

Si no existe plazo para la presentación en concurso, incluso el mismo podría solicitarse cuando existe pedido de quiebra. El acceso al concurso preventivo es irrestricto. Directo, aunque haya pedido de quiebra, indirecto si la quiebra ha sido declarada por la vía de la conversión –aceptando incluso hoy ante la quiebra declarada a pedido del propio deudor-. La cuestión es meramente procedimental, con reflejos en la regulación de honorarios a los profesionales intervinientes⁶⁸.

Coherentemente con ello se han eliminado las sanciones concursales por la falta de presentación tempestiva –oportuna- en concurso, a través de lo que era la “calificación de la conducta en la quiebra”.

El tema, simple en el caso del concurso de una persona física, tiene especiales características en el caso de concurso de personas jurídicas, particularmente de sociedades.

Acaecida la cesación de pagos en forma irreversible y anticipada por épocas de crisis: ¿pueden los administradores de una sociedad no actuar tempestivamente para afrontar el problema?

Conforme a esa norma se entiende que no existe sanción alguna en el caso que sociedades continúen operando en cesación de pagos durante largo tiempo.

Consideramos esa conclusión disvaliosa y equivocada⁶⁹.

⁶⁶ “Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”” en *Notizie Rivista delle Società* luglio-agosto 2005 pág. 942.

⁶⁷ RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también RICHARD, EFRAÍN HUGO “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

⁶⁸ Tratado exhaustivamente por HEREDIA, PABLO D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal – La ley 24522 y modificatorias – Comentada, anotada y concordada*. Editorial Ábaco, Buenos Aires 1998, tomo I pág. 360.

⁶⁹ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Técnicas para lograr la eficiencia del sistema concursal” en *Anuario VII 2002-3 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Ed. Lerner, Córdoba 2005, págs. 153 y ss.

En ese orden, y fundamentalmente, debe entenderse que la tempestividad económica-jurídica que debe guiar las acciones de los administradores societarios no ha sido eliminada de los deberes fiduciarios de ellos por el derecho concursal. Partiendo del presupuesto objetivo y bien jurídico tutelado por la legislación concursal⁷⁰ -integrando las relaciones de organización- al permitir alterar las relaciones bilaterales con sus acreedores, no presentándose oportunamente actúan abusivamente, afectando el normal funcionamiento del mercado. "...la ley de concursos, en lo que respeta a la prevención y superación de la crisis para evitar la quiebra, el bien jurídico que protege es la eliminación de la cesación de pagos, con el objeto de que la hacienda pueda reorganizarse y seguir adelante como una unidad económica viable".⁷¹

Desde ese punto de vista, ese estado de cosas del patrimonio de la sociedad si bien puede ser paliado por las quitas y esperas que se impongan –voluntaria o coactivamente a los acreedores-, si no existe una compensación para estos en el enriquecimiento que se produce para los socios, autoriza una acción individual de responsabilidad contra los administradores, y –eventualmente- una acción de imputación o de responsabilidad contra los controlantes socios o no –art. 167 in fine CCC-. Fuertes corrientes doctrinarias, y también legislativas, se enrolan en las sanciones por la actuación en cesación de pagos, pero en el concurso preventivo aparece desdibujada esa sanción y por ello las conductas reñidas de actuación de acreedores conniventes.

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, estarían generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad⁷².

Señala Jesús Alfaro⁷³ que "Tras la reforma de 2005 de la Ley de Sociedades de Capital, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución y los administradores no procedieran a convocar la Junta para que ésta acordase la disolución o el aumento de capital o a solicitar el concurso, se limita a las deudas contraídas por la sociedad con posterioridad a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor – un proveedor de la sociedad – demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas y transcurridos los dos meses a los que se refiere el art. 367 LSC. Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia: *Resulta patente que la sociedad, cuyo capital social es de 3.006 euros, incurrió en causa de disolución por pérdidas a lo largo del ejercicio 2008 y que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia*

⁷⁰ RICHARD, EFRAÍN HUGO "Axiología del derecho concursal" ...citado. *Insolvencia Societaria* Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, pág. 114.

⁷¹ MARCOS, Fernando M. "La conservación de la empresa, norte del derecho concursal argentino en su faz preventiva", en RDCO julio agosto 2018, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, pág. 659 y ss., esp. 669.

⁷² RICHARD, EFRAÍN HUGO "Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria", capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

⁷³ ALFARO, Jesús "Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales", Jul 29, 2015 | Derecho Mercantil,

que, ceñido a la conducta de omisión de la convocatoria para la disolución de la sociedad, rige en este tipo de responsabilidad y conduce a la necesidad de tener en cuenta el conocimiento -o deber de conocimiento- por los administradores de la situación de pérdidas (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007). ... Constatado que la sociedad deudora incurrió en causa de disolución a largo del ejercicio 2008 e incumplida por los administradores sociales su obligación de convocar en el plazo de dos meses la correspondiente junta ... surge la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución (artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente artículo 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). ... lo relevante no es si la disolución se acordó antes del vencimiento de la deuda sino si las obligaciones se contrajeron con posterioridad a la causa de disolución. El régimen de responsabilidad por deudas se impone a los administradores sociales para estimular el cumplimiento de sus deberes en orden a disolver la sociedad y evitar que éstas sigan actuando en el tráfico económico adquiriendo nuevos compromisos, que, con toda probabilidad, no podrán atender al estar ya incursas en causa de disolución, cuando lo que procedía era promover los trámites oportunos para la disolver y liquidar la sociedad y no contraer nuevos compromisos de pago de más que dudoso cumplimiento y ello con independencia de que la deuda venza o resulte exigible con posterioridad a la efectiva disolución de la sociedad. De la documental acompañada a la demanda resulta que los pedidos que generaron la deuda se efectuaron entre marzo y junio de 2009 (documentos nº 2 a 41 de la demanda) y, en consecuencia, con posterioridad a que la sociedad incurriera en causa de disolución. ... Debe acogerse, en consecuencia, la acción de responsabilidad por deudas sociales, con revocación de la sentencia apelada, sin necesidad de examinar ya la acción individual de responsabilidad, también ejercitada en la demanda y mantenida en apelación.”

La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados que no participan en la negociación ni en el acuerdo, cuando el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

La ley de sociedades argentina traía, y ello esta reforzado por el CCC, las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla adecuadamente⁷⁴. Similares soluciones contienen todas las legislaciones que hemos consultado.

Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez –jurista cordobesa, profesora y entonces Juez con competencia especial en Concursos y Sociedades (ahora camarista del fuero especial)- imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros” (Sentencia nº 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción de responsabilidad”), citando a su vez a Julia Villanueva⁷⁵ subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresaria en términos de juzgar el acierto

⁷⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa” en Libro colectivo *La insolvencia en el Derecho Concursal Iberoamericano* coordinado por Lidia Vaiser, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 31.

⁷⁵ VILLANUEVA, JULIA “Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra” en *Conflictos en la insolvencia* Directores Nissen-Vitolo, Edición Ad. Hoc., Bs. As. 2005 pág. 281 y ss.

o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresarial o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en *zona de insolvencia*, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”⁷⁶.

Señalan Barreiro y Truffat⁷⁷ que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. En lo que coincidimos: los administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de la sociedad.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, la prevista en la legislación societaria.

2. Un fallo.

Un interesante caso de jurisprudencia define el tipo de acción de responsabilidad contra administradores societarios⁷⁸:

“3... A diferencia de la acción social de responsabilidad regulada por el art. 274 y ss. de la LSC, la acción prevista en la Ley concursal respecto a los representantes de la sociedad, no consagra una responsabilidad ilimitada y solidaria, ...incursionarán en una responsabilidad patrimonial concursal, cuyos presupuestos de procedencia se regirán *prima facie* por lo dispuesto en la Ley de Concursos y Quiebras, sin perjuicio de que, por tratarse de un supuesto de responsabilidad civil, también estará informada por los principios generales sobre los cuales se sustenta el derecho de daños...La Ley Concursal no hace precisiones sobre el daño resarcible, por el contrario, se limita sólo a puntualizar que se deben indemnizar los perjuicios causados, que las conductas antijurídicas se vinculan a la insolvencia o a la situación patrimonio del deudor al tiempo de la quiebra. También atribuye responsabilidad por el pasivo de la quiebra como lo hacen otros ordenamientos. Como consecuencia del silencio legal, el daño resarcible estará sometido a las reglas ordinarias de la responsabilidad civil. De allí, que, si el daño es la insolvencia, esto es, el agente es responsable de haber causado la cesación de pagos y por ello la quiebra, deberá pagar a los acreedores una suma equivalente a la

⁷⁶ VILLANUEVA ob. cit. pág. 282, con cita a nosotros *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también RICHARD, EFRAÍN HUGO “Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo” en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. II pág. 689 y ss. Sobre “orden público” puede verse el reciente libro *El orden público en el Derecho Privado*, Ed. Martin, Mar del Plata 2018, con tres magníficos ensayos de Gustavo Esperza, Melchor Figuerola y Gustavo Montenegro.

⁷⁷ BARREIRO, MARCELO G. TRUFFAT, E. DANIEL “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?” en *Doctrina Societaria y Concursal*, oct. 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

⁷⁸ Del voto de la Camarista Dra. Beatriz Mansilla de Mosquera de la Cámara 3ª Civil y Comercial de Córdoba en sentencia del 10.6.08 en “Sindicatura en Eddicom C/ Rosetto, Eduardo José y otro – Acción de responsabilidad”, Zeus Córdoba pág. 217 año VII, tomo 13, diario del 19 de agosto de 2008.

diferencia entre masa activa y pasiva de la quiebra de modo que aquéllos encuentren satisfacción íntegra de sus acreencias incluidos intereses y gastos, ...”.

La LGS destina un solo artículo, el 279, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido⁷⁹.

La acción individual de responsabilidad puede ser promovida por un socio o un tercero por los daños ocasionados en forma particular a su patrimonio, art. 279 LGS, no se altera esa legitimación activa en caso de concurso, pero en caso de quiebra pasa a ser legitimado principal el Síndico del procedimiento, sin excluir interesados.

Esta acción es propia del derecho de daños y no está sometida a recaudo societario alguno.

Para que proceda la acción de responsabilidad no basta demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su desempeño: para que se configure su responsabilidad deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad, esto es, probar que aquel incumplimiento o comportamiento culposos generó un perjuicio al patrimonio social, así como la adecuada relación de causalidad entre tal conducta y el daño causado (Ley 19550 –LSA-, arts. 59 y 274)⁸⁰.

3. ¿Daño directo?

Ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera. “El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”⁸¹

El hablar de daño directo impone señalar que se trata simplemente de daño causado a una persona. Las relaciones de organización imponen pensar en el daño generado a los acreedores por afectación al patrimonio de la sociedad deudora.

Desde el derecho societario se intenta acotar la acción individual de responsabilidad incoada por terceros contra los administradores cuando el daño ha sido generado a través de la sociedad, pese a la autorizada opinión de Nissen ⁸².

Se impone preguntar ¿Cuándo hay un daño a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora? Daño que llamaríamos directo, pues el indirecto se cubriría a través de una acción subrogatoria u oblicua. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra

⁷⁹ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 652.

⁸⁰ CNCom. Sala “C”, 22/5/1987, “Kuckiewicz, Irene c/Establecimiento Metalúrgico Cavanna S.A. s/Ordinario”, Informática Jurídica Documento Nº 11.2887 C.Nac.Com.; CNCiv. Com.Fed. Sala 1ª, 27/8/1998, “Banco Hipotecario Nacional c/Planobra S.A. y otros s/Proceso de Ejecución. Causa Nº 115/93”, Informática Jurídica Documento Nº 7.4216 C.Nac.Civ. y Com.Fed.

⁸¹ CNAcT, Sala III, in re “Silvero, Víctor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L. y otro s/embargo preventivo-despido”, SD60.913.

⁸² NISSEN, RICARDO A. “El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales” en FILIPPI, Laura - JUÁREZ, María L. (dirs.), *Derechos patrimoniales*, libro en homenaje a Efraín Hugo Richard”, Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, p. 655, donde sostiene que el requisito del daño directo no está impuesto en la ley societaria argentina, bastando el nexo de causalidad.

los administradores que perjudicaron el patrimonio social. También resolvería uno de los problemas intragrupo, actuando como una suerte de acción derivativa. Las acciones derivadas aparecen como una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua⁸³.

La contratación de la sociedad con terceros, sabiendo los administradores sociales que se la hace en cesación de pagos es dolosa.

Hoy la jurisprudencia y doctrina extranjera es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad. No es del caso referirnos a la responsabilidad de administradores en Alemania, Francia, Italia y España, que es congruente con la posición que mantenemos.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presenta la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio⁸⁴, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”⁸⁵.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir un daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad⁸⁶.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que, si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

¿Y el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que esta inserta la administrada? Una doctrina restrictiva puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria. La cuestión ofrece aristas interesantes, pero son

⁸³ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo IX “Franccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración”, parágrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426.

⁸⁴ ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

⁸⁵ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo nº 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

⁸⁶ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la Editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

indubitables las acciones que pueden promover acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la indubitable fecha de cesación de pagos. La prueba aportada por el informe general del síndico, aunque no se haya fijado la fecha definitiva, será de un valor incalculable – superando a una pericial contable- para determinar junto con la inexistencia de acciones internas en la sociedad para superar la crisis, el dolo de los administradores sociales.

Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios “Cuando ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios⁸⁷. También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse una modalidad frecuente: la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido⁸⁸, a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia⁸⁹.”

Esclarecedora opinión¹⁹⁰ refiere la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social.... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al

⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra 2005, Ed. Aranzadi S.A. Thomson Civitas, pág. 289.

⁸⁸ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición Marcial Pons cit. pág. 191 nota 89.

⁸⁹ Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho nº 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

⁹⁰ ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” en AAVV *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996” págs. 1679, 1683, 1698, 1699

tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad⁹¹, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada⁹².

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS⁹³, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos) la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁹⁴.

El CCC ha ratificado nuestra posición, despejando cualquier duda. El art. 1709 CCC, coherente con el art. 150 del mismo Código, fija la prelación de normas para “la prevención del daño y a su reparación” –art. 1708 CCC- “a. Las normas indisponibles de este Código y de la ley especial...”, y luego en la sección 3ª. dedicada a la función resarcitoria, con las siguientes normas 1716 (“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”); 1717 (“Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no esta justificada”); los factores de atribución que conforme el art. 1721 “pueden basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Los deberes de diligencia que señalan los arts. 59 y 274 LGS, encuentran valoración en los arts. 1724⁹⁵ y 1725⁹⁶, y la relación causal es prevista en el art. 1726. Y específicamente al punto que veníamos desarrollando sobre el perjuicio directo o indirecto, el art. 1739 abraza nuestra posición “Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsisten. ...”

⁹¹ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)” en *De la Insolvencia* Tomo III pág. 579, Editorial Advocatus, Córdoba 2000.

⁹² El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, ANTONIO *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

⁹³ Sobre la inteligencia de la locución puede verse HALPERIN, ISAAC *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

⁹⁴ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

⁹⁵ Art. 1724 Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

⁹⁶ Art. 1725. Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...”

4. Responsabilidad del administrador de la controlante. Acciones derivadas.

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la controlante. Manóvil⁹⁷ asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

La cuestión se repite en relación al ejercicio de una acción de responsabilidad por el accionista o acreedor de la controlada, en forma directa contra la controlante por los daños generados al patrimonio de aquella, a lo que ya hemos hecho alguna referencia.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad –obviamente a los socios al mejorar el patrimonio del ente- y perjudica al tercero. El tema es más urticante cuando lo hace beneficiando a la sociedad controlante, y ésta no autoriza la promoción de una acción social de responsabilidad. En tal caso: ¿Debe obligarse a promover una acción social en minoría para que los fondos se incorporen al patrimonio social y luego accionar para obtener que una asamblea le distribuya el presunto beneficio? Sería un exagerado rigorismo formal. Las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían la acción directa.

Se sostiene⁹⁸, ratificando el criterio que hemos sustentado y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad... Como los directores son electos por la mayoría... las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas... Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta –al no repararse- la causación de daños a los socios y a terceros. Por el contrario, la impunidad fáctica de los directores –que es una forma de decir, en la mayor parte de los casos, la impunidad de los accionistas mayoritarios- dificulta el surgimiento y expansión de sociedades sólidas... el principal y más frecuente perjuicio que pueden sufrir los accionistas, es el menoscabo del patrimonio de la sociedad de la que son socios...”, y ya hemos repasado las normas del CCC.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta⁹⁹.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad –societaria o basada en la teoría general de la responsabilidad del CCC-, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad, autorizando acciones de responsabilidad extraconcursoales con especiales notas ante el concurso de una sociedad –donde se encontrará la prueba-, sea con acuerdo homologado o en trámite.¹⁰⁰

5. Acuerdo homologado y acciones de responsabilidad.

⁹⁷ En su libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

⁹⁸ ROUGUES, JULIO M. V “Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”” p. 537 tomo II del *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*.

⁹⁹ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” citado especialmente pág. 647.

¹⁰⁰ RICHARD, Efraín Hugo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

Existe la suposición que el acuerdo homologado extingue o impide nacer acciones de responsabilidad, en la idea que la legislación concursal sustituye el régimen del Código Civil y la Ley de Sociedades, y que en el concurso no se autoriza ninguna acción de responsabilidad. Pero ya se habla de otras fronteras en torno a los acuerdos abusivos, sobre lo que no abundaremos, limitándonos a señalar que ante ese estado de cosas la reorganización societaria debería pasar por la capitalización de las deudas, en esfuerzo compartido –cuño jurisprudencial y doctrinario aceptado ante la emergencia económica- entre socios y acreedores para conservar la empresa, como acaece en la legislación y jurisprudencia americana.

Claro que ello no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad.

Mientras no se adopte una solución clara, debe recrearse la responsabilidad de los administradores, con una inteligencia plena de la técnica societaria de organización de la empresa¹⁰¹: estamos sugiriendo el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades concursadas, ejercitadas por acreedores por causa posterior a la cesación de pagos, extraconcursalmente.

Ello supone daño directo o indirecto causado a los acreedores por los administradores en el ejercicio de su representación o administración. Esta acreditado que contratar en estado de cesación de pagos es doloso, o sea que el administrador beneficiando a la sociedad causa daño a los terceros que contratan sin conocer esa situación.

Esta acción es extraconcursal pues no esta concursado el legitimado pasivo. Tampoco ejerce efectos sobre la misma la novación de la obligación principal en el concurso de la sociedad, pues son sujetos distintos.

IV - CONCLUSIONES.

Nuestro propósito es devolver las cosas a la normalidad, administradores diligentes que no asuman riesgos a sabiendas.

El ejercicio de las acciones de responsabilidad puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores¹⁰².

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que, si ésta se encuentra en concurso

¹⁰¹ "Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente" en *Doctrina societaria y concursal*, Errepar Marzo 2002 p. 887.

¹⁰² RICHARD, EFRAÍN HUGO "El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario" en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, tomo III pág. 1187 y ss., Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, EDGARDO MARCELO "Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo" a pág. 949 II tomo *Derechos Patrimoniales Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el CCC y las específicas de LGS, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria y el CCC. Esa legitimación activa podría ser opinable para acreedores profesionales que hubieran abusado en el otorgamiento del crédito, incluso permitiendo que la sociedad continuara operando en cesación de pagos o en insolvencia, permitiendo agravar el daño.¹⁰³

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal. El daño es la incapacidad del patrimonio administrado para satisfacer las obligaciones contraídas, es una responsabilidad por deuda, que incluso puede alcanzar a la totalidad del deficit concursal.

Han existido concursos donde las sociedades buscaron y lograron obtener los beneficios de un acuerdo de quitas y esperas, con un plan trazado entre accionistas y administradores para que los problemas financieros de la sociedad fueran soportados exclusiva y excluyentemente por los acreedores, generando un enriquecimiento para los accionistas¹⁰⁴, confesado en sus balances inmediatamente después de la homologación de esos acuerdos predatorios, y en casos distribuyendose de inmediato las ganancias, abonando el impuesto del 35% a las ganancias.

Las sociedades comerciales tienen regulada prevención de la crisis en la legislación societaria específica, que deben aplicar, recorriendo ciertos procedimientos orgánicos, los administradores societarios.

Afrontando estas cuestiones, Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor,

¹⁰³ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo *CRÉDITOS ABUSIVOS*, citado.

¹⁰⁴ “Gli scandali statunitensi, europei e italiani conformano che “l’epicentro dei terremoti finanziari é pur sempre situato nel vertice della direzione suprema dell’impresa e cioè nelle scelte o azardate o contrarie alle regole di corretta amministrazione e elusive si norme primarie e secondarie o contrarie a diritto o dolosamente truffaldine –in un crescendo di “illegittimità” che può variare da caso a caso –poste in essere direttamente (sempre) dagli executive directors e con il concorso, attivo u omissivo, (quasi sempre) si non executive directors, di independent directors e degli organi societaria di controllo esterni al consiugio d’amministrazione (ove previsti dall’ordinamento” P. MONTALENTI, P. “La responsabilità degli amministratori nell’impresa globalizzata”, in AA. VV *Mercati Finanziari e Sistema del controlli*, Milano 2005, 121.

la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?"¹⁰⁵. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en el año 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores –y eventualmente de los controlantes– incluso frente al acuerdo concursal homologado.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable¹⁰⁶. Por otra parte, la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales.

¹⁰⁵ YADAROLA, MAURICIO "Proyecto de Ley de quiebras" con indicación "Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925" en *Homenaje a Yadarola* Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss.

¹⁰⁶ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRAÍN HUGO "La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos", en RDCO año 1978 Pág.1373; RICHARD, EFRAÍN HUGO "La conservación de la Empresa" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.

INVESTIGADOR: E. DANIEL TRUFFAT¹⁰⁷

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL CÓMPLICE (art. 173, segundo párrafo ley 24.522)

“En la página 278 del libro La poesía (Bari, 1942), Croce, abreviando un texto latino del historiador Pablo el Diácono, narra la suerte y cita el epitafio de Droctulft un guerrero lombardo que en el asedio de Ravena abandonó a los suyos y murió defendiendo la ciudad que antes había atacado. Los raveneses le dieron sepultura en un templo y compusieron un epitafio en el que manifestaron su gratitud ...No fue un traidor (los traidores no suelen inspirar epitafios piadosos); fue un iluminado, un converso. Al cabo de unas cuantas generaciones los longobardos que culparon al tráfuga procedieron como él: se hicieron italianos, lombardos y acaso alguno de su sangre –Aldíger- pudo engendrar a quienes engendraron al Alighieri...”¹⁰⁸

Agradeciendo a la Profesora española Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO –muy querida amiga- que me haya permitido ser parte de su Equipo de Investigación, destinado a analizar la Responsabilidad de Administradores en la Quiebra, me siento en la obligación de explicar la anomalía temática de este breve trabajo; porque, ostensiblemente, no me ocuparé aquí del tópico en análisis por el Equipo. Pero sí lo haré de un tema lateral y complementario¹⁰⁹: la responsabilidad del cómplice. No expondré sobre la suerte, en mi tierra, del protagonista del drama de la cesación y la quiebra que con ánimo de perjudicar a terceros o con manifiesta desatención de su suerte, provocó o agravó la insolvencia. Los malos actos y peores decisiones suelen hacerse en compañía de otros. No es necesario comparar a la insolvencia fraudulenta con el tango (que siempre exige ser bailado de a dos), pero lo cierto es que habitualmente hay todo un universo de oportunistas, de irresponsables, o de pobres sujetos de magro carácter que acompañan al mal empresario en sus trapisondas. A veces llevados por nobles sentimientos que no impiden la caída del amigo o pariente y que los arrastran a ellos. Muchas veces, con tan insensatas expectativas como los administradores o con increíble indiferencia por las consecuencias de sus actos. Sobre esos sujetos, va mi modesto aporte.

¹⁰⁷ Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1984), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, 2006) Profesor Honorario (Universidad San Pablo T, Tucumán, 2014).

¹⁰⁸ Jorge Luis Borges, “Historia del Guerrero y de la Cautiva” en “El Aleph”. La historia del bárbaro Droctulft, con quien Borges fue tan comprensivo, es la historia de muchos cómplices. Conversos en causas que no entienden y que los encandilan. Y prontos al escarnio.

¹⁰⁹ Por su condición de tal, necesariamente más breve que los demás trabajos.

La ley argentina nro. 24522 (Ley de Concursos y Quiebras)¹¹⁰, en parte rindiendo tributo (como la mayoría de ellas) al viejísimo *decoctor ergo fraudator*¹¹¹ en parte respondiendo sabiamente a la experiencia empírica, porque por cierto, abundan los malos deudores cuya conducta reprochable además de haber suscitado históricamente la cesación, agrava la tal situación de insolvencia; ha previsto una acción específica para los representantes o administradores de esos malos deudores. Obviamente carece de sentido accionar contra el quebrado en sí mismo, desapoderado por imperio del decreto de quiebra y del art. 116 LCQ¹¹², pero no es lo mismo respecto de quienes lo administraron y guiaron al desbarranco. Tópico que en el mundo moderno se da en la inmensa mayoría de los casos porque cuando un emprendimiento excede el ámbito barrial y de supervivencia, deja de ser titularizado por una persona humana y pasa a estar encarado por un “ente relacional” (sociedad¹¹³). Sujeto este último cuya voluntad y acción se ejercita por ciertos otros sujetos que son sus directores, gerentes generales, etc. La ley habla de “representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios”. Estos sujetos pueden ser accionados desde una previsión específica de la ley de concursos (el primer párrafo del art. 173 LCQ), desde una norma societaria que sujeta a los administradores al cartabón del buen hombre de negocios (arg. art. 59¹¹⁴ LGS¹¹⁵) y a los directores de sociedades anónimas a una regla que corre en el art. 274 de la citada ley de sociedades Nro. 19550¹¹⁶ y, obviamente, desde el derecho privado sustantivo (civil y comercial) que gira en derredor de la idea del deber de prevención del daño y del deber de no dañar a terceros.

No es objeto de este comentario tal enfoque de responsabilización y tampoco el que pudiera caer sobre los “controlantes” o “dueños” del ente relacional si, a su vez, no asumieran formalmente la administración de este. Sirva como mera noticia el acotar que los tales sujetos suelen quedar incurso en sendos supuestos de extensión de quiebra (art. 161, incs. 1 y 2 de la LCQ) al haber realizado los actos –actuando bajo la apariencia de la fallida– en su interés personal y habiendo dispuesto de los bienes de ésta como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; o al haber

¹¹⁰ Identificada habitualmente como LCQ.

¹¹¹ Truffat, E. Daniel, “¿Decoctor ergo fraudator?”, Lexis Nexis, Córdoba, Nro. 7, julio 2007, pág. 565

¹¹² “Como bien sistematizaba Garrigues, el desapoderamiento se exterioriza en dos direcciones, por un lado, estableciendo una limitación real del quebrado, privándolo del poder de disposición sobre sus bienes y por el otro determinando una inhabilitación personal, que afecta la administración de su patrimonio...”, Graziabile, Darío J., “Sistema patrimonial concursal”, pág. 104. Se encontrará un muy puntilloso análisis del Desapoderamiento y en especial de su efectividad como procedimiento enderezado para la satisfacción de los acreedores, en: Heredia, Pablo D, “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, T. 3, pág. 948.

¹¹³ “...El mencionado contrato [el de sociedad] da origen, en el común de los casos, a la formación de una persona jurídica, o sea a un ente ideal utilizado para imputar derechos y obligaciones que repercutirán sobre una pluralidad de personas físicas y, necesariamente, sobre los socios. Adicionalmente, el contrato de sociedad origina una estructura organizativa...”, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Derecho Societario”. La personalidad jurídica societaria, pág. 13. Hoy esa personalidad diferenciada también la tienen sociedades unipersonales.

¹¹⁴ “La diligencia del director o administrador no corresponde a la de un bonus paterfamilia como se afirma para el derecho italiano (arts. 1176, 1710 y 2392, Cód.Civil) sino a la del hombre que debe cuidar de obrar con lealtad profesional y con la diligencia que tendría un buen hombre de negocios (ordenado comerciante) ...”, Verón, Alberto V., “Sociedades Comerciales”, T. 1, pág. 454.

¹¹⁵ Significa “Ley General de Sociedades”. La ley de facto 19550 o Ley de Sociedades Comerciales, habitualmente referida como LS o LSC, vigente desde 1972, ha sobrevivido a las casi tres décadas y media de democracia, si bien con varias modificaciones. La última, en 2015, le cambió el nombre. Y por eso hoy es LGS.

¹¹⁶ “EN el comentario al art. 59 hemos tratado el régimen general de responsabilidad de los administradores, aplicable a todos los tipos de sociedades. La norma general es de aplicación para medir la conducta de los directores de las anónimas, pero el art. 274 LS se ocupa de profundizar aún más la regulación del régimen de responsabilidad de los directores”, Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales”, T. IV, pág. 543, con nota a pie de página 615 que dice: “LLebot, Jose Oriol, hace el desarrollo en torno a la nueva LSA española, y plantea que los administradores se encuentran frente a la sociedad en una posición “fjudiciaria” ...”

desviado el interés social de la controlada. O bien pueden quedar alcanzados por una rigurosísima disposición de la LGS, art. 54¹¹⁷, que predica respecto de los socios o controlantes que hubieran hecho actuar a la sociedad para encubrir la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, que se les puede imponer solidaria e ilimitadamente responder por los perjuicios causados (inoponibilidad de la persona jurídica).

El bloque legal de responsabilización estaría incompleto si no alcanzara a aquellos que, actuando con complicidad con esos malos administradores de peores deudores, se ofrecieran a sí mismos para canalizar las maniobras dirigidas a perjudicar a los acreedores.

A esos sujetos, a los que nuestra ley llama “terceros”, y a su régimen de responsabilización es a lo que quiero referirme.

Dice el artículo 173, segunda parte de la ley 24522: *Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso*”

La denominación legal es imprecisa (los artículos en la ley 24522 llevan rúbrica y a veces los párrafos. Aquí es “Responsabilidad de terceros”). No se trata de auténticos terceros (penitus extranei). Estos sujetos han concurrido voluntariamente –incluso con la intensa manifestación de ésta que consiste en actuar con el máximo factor de imputación; el dolo- a realizar actos dañosos para los acreedores de un fallido en ciernes o ya declarado tal. El Legislador ha realizado un gran esfuerzo en difumar todos los *restos normativos* que pudieran asociar a esta figura con su antecedente (la calificación de conducta del cómplice en la ley de facto 19.551¹¹⁸) reestructurando la figura en el lugar en que correspondía instalarlo¹¹⁹.

La así llamada ley 19.551¹²⁰ a renglón seguido de las normas sobre extensión de quiebra, regulaba la acción de responsabilidad y bajo el título “responsabilidad de terceros” iba por aquella de los representantes (art. 166) y por la de socios y otros responsables -socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores- (art. 168)

Pero también portaba un instituto abrogado por la ley 24522: la calificación de conducta. Esta figura, común a la cantera legislativa hispano hablante, tenía la peculiaridad que no preveía la calificación del “concurso en sí” sino de ciertos sujetos vinculados con éste. Es decir, evitaba el doble paso de ponderar el accionar de ciertos sujetos para calificar el concurso del ente relacional que dirigían y de ahí seguir consecuencias para los sujetos. La vieja ley de facto argentina pasaba derechamente a ponderar el obrar de aquellos¹²¹.

Se calificaba la conducta del fallido, de los administradores, gerentes, directores, fundadores,

¹¹⁷ Una figura tan trabajada merece algo más que una nota al pie. Para cualquier interesado: Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales”, T. I, pág. 690

¹¹⁸ La antecesora temporal de la ley 24.522. Rigió desde 1972 hasta 1995 y buena parte de sus dispositivos han sido traspasados, literalmente, a la última ley (incluso tratando de preservar la numeración)

¹¹⁹ De hecho, un sector muy extendido y valioso de la doctrina celebra que el segundo párrafo del art. 173 LCQ no esté limitado formalmente al cómplice. Pero, a fuerza de sincero, no veo como participar dolosamente de los actos descriptos por la ley sin un cierto grado de connivencia.

¹²⁰ Para referir a la legislación dictada por las dos últimas dictaduras que hubo en Argentina a lo largo del siglo XX, las cuales –habiendo perdido todo pudor sobre su origen ilegítimo- llamaban a sus actos legislativos “leyes” y no “decretos leyes” como hubiera correspondido, se emplea las locuciones “la ley de facto tal” o “la así llamada ley cual”

¹²¹ Truffat, E. Daniel, “Calificación de conducta del fallido”, Estudios de Derecho Comercial, Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro”, 1987

liquidadores, síndicos societarios, representantes, factores, administradores y apoderados generales (art. 238) y del síndico del concurso¹²². Sin perjuicio de las acciones penales que cupieran la tal calificación (fraudulenta o culpable) irrogaba diversos plazos de inhabilitación para ejercer el comercio, ser socio de sociedades o administrador, factor o apoderado.

Pero allí lucía una figura exótica –exótica en el ámbito de la calificación, dado que claramente reclamaba su lugar entre las acciones de responsabilidad-: el cómplice¹²³.

El artículo 240 LC ¹²⁴ decía que era cómplice del fallido:

1. Quien concurra a la realización de actos de disminución del activo en los términos del art. 235, conociendo o debiendo conocer su finalidad¹²⁵.

2. Quien admita figurar como acreedor en deudas ficticias o sin causa o alterando las cantidades, fechas o preferencias de las deudas verdaderas.

3. Quien no entregue al síndico los bienes del fallido que tenga en su poder, luego de interpelado.

4. El acreedor que pacte con el fallido en perjuicio de los demás ¹²⁶

La sanción a tal actuar era el ser condenado (según el art. 246):

1. A perder cualquier derecho que tenga en el concurso¹²⁷,

2. A reintegrar los bienes objeto de desapoderamiento sobre los que hubiere recaído su responsabilidad,

3. A pagar al concurso los daños y perjuicios,

4. A pagar al concurso una suma igual a la que se intentó sustraer

¹²² Ver: Truffat, E. Daniel, "Calificación de conducta del síndico s societario", DSE – II – Errepar, p. 231

¹²³ La ley anterior a la ley de facto 19551, sostenía: "...La ley derogada 11719 establecía en su artículo 171 que serían cómplices de quiebra fraudulenta: quienes en connivencia con el fallido, hicieren aparecer créditos falsos o alteraran los verdaderos en la fecha o cantidades; ocultado o sustraído bienes pertenecientes al concurso, antes o después de decretada la quiebra; ocultaran o retuvieran bienes (lato sensu) del concurso; admitieran cesiones o endosos del fallido después del auto de quiebra; concertaran trato con el fallido en perjuicio de la masa, o siendo corredor interviniera en operación hecha por el fallido...", Argeri, Saúl, "La Quiebra y demás procesos concursales", T. 3, pág. 179

¹²⁴ La ley de facto 19551 se llamaba "Ley de Concursos". Y se la abreviaba "LC". La ley 24522 se llama ilógicamente "Ley de Concursos y Quiebras". Como bien dijo en su hora Maffía un dislate: Concurso es género y Quiebra es especie. Es como decir "Ley de caballos y de caballos negros".

¹²⁵ "No se trata de actos que lo disminuyan realmente, sino que tiendan a disminuirlo. Así, se ha declarado a terceros cómplices de la quiebra, si mediante sus actos procuraron eliminar del patrimonio de la fallida importantes bienes inmuebles...", Fassi, Santiago G. – Gebhardt, Marcelo, "Concursos", pág. 468

¹²⁶ Es muy interesante esta obsesión del Legislador de, al describir una cierta conducta, indicar ejemplos puntuales para rematar con la regla general. ¿Alguna vez entenderán los hacedores de leyes que la regla general hace prescindibles los ejemplos y que, como máximo y en presencia de figuras novedosas hay que indicar primero la regla y agregar "se entiende por tal, entre otros"?

¹²⁷ "...La pérdida de cualquier derecho que el cómplice tenga en el concurso. Esta sanción para ser interpretada a la luz de la lógica jurídica, requiere señalar que se trata del verdadero derecho, no el que eventualmente se intentaba con fraude constituir...", Argeri, Saúl, op cit. 195

Es más que evidente que de calificación, poco y nada¹²⁸. Era una acción de responsabilidad mal ubicada. La ley 24522 la reguló geográficamente (digamos) donde debía, pero no se entiende por qué prescindió de una denominación tan gráfica¹²⁹.

Y es fácil de ver, además, que la pretendida mejor definición (en tanto la teórica construcción de un supuesto genérico) pierde mucho frente a la claridad e impacto de la expresiva enumeración de la ley anterior. No es muy grave por otra parte, porque nada impide convertir los supuestos de la ley de facto 19.551 en ejemplos de doctrina de lo que la actual ley estatuye. De hecho, parece el mejor modo de interpretar a la figura hoy vigente¹³⁰.

Y es por eso que, personalmente, al enseñar el tópico en la Universidad o al escribir sobre el mismo, tal y como aquí hago, empleo la denominación clásica “Acción de responsabilidad concursal del cómplice”.

Un dato no menor, y no exento de interés teórico y con muchísima historia detrás, era esa terrible sanción del “duplo” (que era, en verdad, la tercera sanción). Evidentemente para el legislador de facto de 1972 el cómplice era el más malo de los malos. Respondía por el daño irrogado, debía devolver el doble de lo que había ayudado a sustraer y, además perdía todo derecho en el concurso.

Hoy quedan dos sanciones: reparar el daño y la pérdida de todo derecho¹³¹.

Es difícil compartir tal sumatoria de castigos a la luz de la sensibilidad jurídica actual¹³².

Aunque resulte un actor de reparto importante, tal vez decisivo, el cómplice no es el protagonista de este drama. Ese rol le corresponde al fallido (si fuera una persona jurídica a su administrador). Sin embargo, la ley lo sancionaba, y lo sanciona con una dureza extrema.

El hoy desaparecido “duplo” generó un caso interesantísimo¹³³. ¿La extinción de la quiebra por la íntegra satisfacción de los acreedores (intereses incluídos) liberaba al cómplice del deber de abonar una suma igual a la que había colaborado a sustraer? La ley decía abonar al concurso. Y ya no había concurso. Pero había acreedores satisfechos que entendían que “ellos” eran los beneficiarios de tal especie de multa. Y algún sentido hacía la construcción. Porque si la sanción era

¹²⁸ En contra: “...debe recordarse que con la inconoclastica abrogación de la calificación de conducta, desaparece también la institución de la complicidad...”, Iglesias, José A., “Concursos. La reforma a la Ley”, pág. 216.

¹²⁹ El actual sistema, más allá de las críticas a la denominación consagra claramente una acción de responsabilidad: “...las acciones de responsabilidad previstas en este precepto, de naturaleza concursal, se diferencian de las acciones establecidas por el ordenamiento societario (arts. 59, 272 y 274 y cnc. Ley 19.550), pues las primeras tienden a reparar los daños derivados de la acción perjudicial que produjo la quiebra de la sociedad, mientras que las otras apuntan a reparar los daños que causaron a la sociedad, pero independientemente de que ellos hubieran contribuido a la cesación de pagos o a cualquier débito patrimonial de aquella”, Pesaresi, Guillermo M., “Ley de Concursos y Quiebras”, pág. 653

¹³⁰ En contra de lo expuesto y a favor de la solución legal; “Desde el punto de vista del presupuesto objetivo, la redacción actual es más amplia y menos casuística porque involucra todos los actos dolosos (sin distinguir ahora la situación especial de quienes debieron conocer la finalidad del acto) tendientes a provocar la disminución del activo o exagerar el pasivo, sin que al efecto interese la fecha de realización del acto respecto de la sentencia de quiebra...”, Dasso, Ariel A., “Quiebras. Concurso Preventivo y Cramdown”, T. I, pág. 495

¹³¹ Esto último es una verdadera “pena civil”, Junyent Bas, Francisco – Molina Sandoval, Carlos A., “Ley de Concursos y Quiebras”, T. II, pág. 376

¹³² La doctrina de la época señalaba: “Todas las sanciones expresadas en la norma son acumulables, en cuanto lo admita la naturaleza de las cosas”, Fassi, Santiago – Gebhardt, Marcelo, op cit, pág. 474

¹³³ “Flores, Aurelio”

sólo reparatoria se superponía con el deber de reparar el daño ¹³⁴.

La lectura de la sumatoria de sanciones contra el cómplice, que no se extendía al autor del daño, me hace pensar en el Código de Hammurabi: “209. Si un hombre superior golpea a una mujer de clase superior y así le provoca que aborte su feto, pagará 10 siclos de plata por su feto. 210. Si esa mujer muere, que maten a la hija del hombre”¹³⁵. La legislación de 1972 no castiga adecuadamente al gran culpable y extrema la sanción sobre el cómplice. Me parece una mirada propia del 1750 A.C.

Volvamos al actual art. 173, segunda parte:

El sujeto pasivo (cómplice) no puede ser más extenso: “*Quienes de cualquier forma...*”¹³⁶

Basta, obviamente, con ser un sujeto Humano¹³⁷ o relacional (jurídico). En el derecho argentino los fideicomisos no son personas, así que cualquier maniobra de tal suerte habida con la intervención de éste deberá imputarse al fiduciante o al fiduciario, según el caso.

Tienen que haber hecho algo: “*.....participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra*”.

Pero lo deben haber hecho en un cierto momento preciso: hasta un año “antes” del inicio del período de sospecha (art. 174 LCQ). El período de sospecha en Argentina no tiene un plazo rígido (ej: un año “antes” de la sentencia de quiebra). Va desde la fecha de inicio de cesación de pagos, fijada judicialmente y hasta el decreto de quiebra¹³⁸. Las acciones de ineficacia tienen un límite de retroacción: hasta dos años antes del decreto de quiebra o de la presentación en concurso si la quiebra fuera consecuencial (arg art. 116 LCQ), pero según se vio se atienen al plazo efectivo para las acciones de responsabilidad.

Es muy complejo saber cómo calificar ese “año previo”. El deudor no estaba en cesación. Y sin embargo lo hecho u omitido por los representantes (o por el cómplice) puede responsabilizarlos. Esa twilight zone¹³⁹ es un auténtico misterio, un momento de hesitación (cuya constitucionalidad está, a mi ver al menos, en entredicho). Digamos que el Legislador la prevé, pero no puede ser mecánica, tiene que haber signos de decadencia de que el derrumbe está comenzando...

¹³⁴ A contrario de lo expuesto, la doctrina sostenía: “La sanción del art. 246, inc. 4 funciona en beneficio del concurso y en consecuencia no puede beneficiar individualmente a los acreedores...”, Fassi, -Santiago – Gebhardt, Marcelo, op cit, pág. 474

¹³⁵ Enumerada junto con otras sentencias del Código por Yuval Noah Harari en su deslumbrante “De animales a dioses”, pág.125, quien, en la página siguiente apunta: “El código establece asimismo una jerarquía estricta en el seno de las familias, según el cual los niños no son personas independientes, sino propiedad de sus padres. De ahí que, si un hombre superior mata a la hija de otro hombre superior, la hija del homicida es ejecutada como castigo. A nosotros nos puede parecer extraño que el homicida siga impune mientras que su hija inocente es sacrificada, por a Hammurabi y a los babilonios esto les parecía perfectamente justo”

¹³⁶ “Sujeto de la acción puede ser cualquier tercero, esto es, cualquier persona que no sea el propio fallido...”, Rouillón, Adolfo A. N, “Régimen de Concursos y Quiebras”, pág. 283

¹³⁷¹³⁷ El nuevo Código Civil y Comercial llama a lo que habitualmente se denominara “persona física” o “persona de existencia física” como “persona humana”.

¹³⁸ “De ese modo quedaban perfilados dos sistemas posibles en orden a plazo de retroacción de la quiebra: uno, invariable, establecido por la ley. Otro flexible a determinar por el juez ... Este último sistema es el nuestro...”, Maffía, Osvaldo J., “Derecho Concursal”, T. II, pág. 587

¹³⁹ Quien quiera familiarizarse con el tópico (sobre el cual hemos debatido Richard, Lorente, Barreiro y yo, encontrará un análisis ciertamente magistral (bajo el título de “zona de insolvencia”) en el trabajo de Barreiro, Marcelo, “Las acciones de responsabilidad de terceros en la quiebra como modalidad de la reintegración patrimonial”, en “El Concurso Preventivo y la Quiebra” de Cámara, Héctor. Actualización bajo la dirección de Martorell, Ernesto, T. IV, pág. 319 y ss. Y también: “Responsabilidad de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en “Zona de insolvencia”. Beneficios, peligros derivados de estas teorías”, Lorente, Javier A., “La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos”, dirigido por Arecha, Martín, pág.329.

El acto del cómplice exige un cierto factor de imputación: dolo ¹⁴⁰. Dolo actual y dolo eventual. El Código Civil y Comercial contempla ambos.

Dolo (art. 1724): *“El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional...”*.

Dolo eventual (también art. 1724) *“...o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*.

Así entendido el dolo como lineal factor de imputación. Alguna doctrina (participo de ella) admite también el dolo vicio de la voluntad.

Dolo vicio de la voluntad (art. 271 CCC): *“Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”*.

No es posible realizar esas maquinaciones y argucias sin ánimo de lesionar los derechos del prójimo.

Lo que debe hacer el cómplice para caer en la figura está claramente descrito en ella y se entiende mejor si se repara en los ejemplos de la ley de facto 19.551.

El cómplice debe fingir adquirir o gravar un bien del futuro fallido, o aceptar aparecer como acreedor. Las alternativas son múltiples. Hoy gracias a las reglas de transparencia (pensadas para la prevención del narcoterrorismo, el terrorismo a secas o la corrupción política) ya no es tan fácil fingir una compra o un préstamo que jamás acaecieron. O aparecer como titular de documentos (cheques o pagarés) cuya causa no se advierte, o resultar fiduciario de un activo que no se entiende a cuento de qué (fuera de sustraerlo a los acreedores) aparece sometido a esa figura. O fingir un crédito reclamado en un juicio o arbitraje ficticio. Adúnase a todo ello el temor al fisco y la persecución del lavado. Pero el ingenio humano no descansa. La habilidad para diseñar picardías (maquinaciones, astucias) es inagotable ¹⁴¹.

La sanción no conmueve en lo atinente a la devolución de lo sustraído o la atención de los daños y perjuicios: *deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso*¹⁴². Pero sí impacta la pérdida de derechos. De derechos legítimos. Solución draconiana. Pero destinada a avisarle a los acreedores verdaderos que mejor no se presten a estas maniobras. Y lo avisa de modo contundente ¹⁴³.

El sujeto activo de la acción es el síndico y se podría sostener que cualquier acreedor concursal.

¹⁴⁰ “...Pero no toda actitud dolosa determina la procedencia de la acción, porque las irregularidades o incumplimientos (por caso de los administradores de la fallida), aún cuando fuesen reveladores de una conducta contraria a la que imponen los deberes legales, no pueden ser tomados por sí solos (vgr ausencia de libros contables). No es argumento suficiente, tampoco, el solo reconocimiento de dificultades económicas por las que atravesaba la fallida...”, Pesaresi, Guillermo M., op cit, pág. 654.

¹⁴¹ “Con relación a la responsabilidad de las entidades bancarias, por el otorgamiento de créditos a empresas en dificultades, nuestra jurisprudencia entendió que, si bien la falencia de una empresa origina perjuicio para sus acreedores, de ello no puede derivarse a la imposición de responsabilidad (indemnización) al banquero que otorgó el crédito, si no ha mediado comportamiento reprochable de su parte ...”, Grispo, Jorge D., “Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras”, T. 4, pág. 375.

¹⁴² Nuevamente se encontrará uno de los mejores análisis de la doctrina argentina sobre el daño resarcible en el trabajo ya citado de Barreiro, Marcelo G, pág. 349.

¹⁴³ “Es importante dejar en claro que, esta acción típicamente concursal, no excluye la aplicación de otro tipo de responsabilidades que pudieran atribuirse a los agentes causantes de dichas conductas, como por ejemplo acontece con las responsabilidades de tipo penal...”, Grispo, Jorge D., op cit., T. 4, pág. 374.

Me explico: el art. 175 LCQ, que reserva la titularidad de la acción para el síndico, lo hace respecto de las acciones de responsabilidad contra “socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores”. A contrario sensu podría sostenerse, entonces, que cualquier acreedor podría hacerla. Escribí “acreedor concursal” y no “concurrente” porque entiendo que el pretenseo acreedor con juicio en trámite para ser reconocido tal, perfectamente puede intentarlo.

Si no se compartiera la tesis de la ausencia de prohibición expresa, podría intentarse de todos modos sostener la legitimación de los acreedores concursales a tenor del art. 120 LCQ. La ley habilita al síndico a promover las acciones de responsabilidad, pero también faculta a cualquier acreedor a hacerlo, a su cuenta y riesgo, si intimó al síndico a promover tal acción y este no lo hizo o no fue autorizado a hacerlo (volveré sobre este punto) en el término de treinta días. *Mutatis mutandis* la *ratio legis* es la misma¹⁴⁴.

El síndico debe recabar autorización de los acreedores para promover la acción (la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible). ¿Cómo se rinde esa autorización? ¿Hay que pedir autorización para promover la acción o acompañar un proyecto de demanda? ¿La conformidad de los acreedores se rinde por escrito o en audiencia? ¿Qué quiere decir “mayoría simple”? ¿Es lo mismo que mayoría absoluta? Hace veintitrés años que lidiamos con esas preguntas y otras similares. La doctrina se ha esforzado por hacer ágil y sencilla la autorización. Y el bastonero en esa marcha contra esta sorprendente necesidad de autorizar ha sido el profesor Efraín Hugo Richard (que no ha dejado teoría por explorar para minimizar el dispositivo)¹⁴⁵.

El relato que antecede muestra que el síndico, que tiene dos años desde la sentencia de quiebra para promover el juicio ordinario contra el cómplice (art. 174 LCQ) no se las ve fáciles: (i) debe contar con fecha de cesación de pagos firme¹⁴⁶ y (ii) debe contar con autorización de los acreedores. Es cierto que tratándose de un plazo de prescripción podrá alegar su suspensión, pero concédaseme que no es una hipótesis agradable.

Además del tradicional y centenario “falso adquirente” o “falso acreedor” en Argentina se han deducido y prosperado acciones por complicidad contra ciertos profesionales contables asesores de empresas fallidas, a quienes se les atribuyeron maniobras de aquellas que describe la ley¹⁴⁷.

La figura no ha sido rutilante a esta fecha, pero ciertamente resulta un complemento lógico y necesario de la descripta por el primer párrafo del ya citado art. 173 LCQ.

En el trabajo de LLebot, traído a cuento por Roitman y citado en nota a pie de página (trabajo titulado “Deberes y responsabilidad de los administradores” en “La responsabilidad de los administradores” bajo la dirección de Angel Rojo y Emilio Beltrán¹⁴⁸, el referido autor enumera los siguientes deberes para los directores: (i) fidelidad, (ii) diligencia, (iii) lealtad, que incluye la

¹⁴⁴ “...La legitimación activa corresponde, en principio, al síndico de la quiebra; en defecto de la actuación de éste, puede accionar cualquier acreedor interesado, de la manera indicada por el art. 120 de la LCQ...”, Rouillón, Adolfo A. N., op cit, pág. 285

¹⁴⁵ Valga como reconocimiento a ese incansable batallador de causas que él siente nobles. No siempre estamos de acuerdo. Pero siempre reconozco la sinceridad e hidalguía de su concepción.

¹⁴⁶ “...la fecha inicial de la cesación de pagos debe estar fijada por resolución firme y consentida la promover la acción, ya que, en caso contrario, bien lo afirma Junyent Bas, el demandado se encontrará en estado de indefensión...”, Moro, Carlos E., “Ley de Concursos”. T- III, pág. 1956

¹⁴⁷ Una vez más la remisión es al brillante trabajo de Barreiro, Marcel o G., pág. 349 (“Un caso especial: Responsabilidad de síndicos y otros integrantes de órganos de control. Auditorías”). Y también al trabajo colectivo de Graziabile, Darío J., Macagno, Ariel A. y Misino (h), Alberto, en “Régimen Concursal”, bajo la dirección de Graziabile, Darío J, T. III, pág. 902

¹⁴⁸ Lo magnífico de la cita es que junto con el insigne Angel Rojo la misma nos permite recordar a uno de los Presidentes Honorarios del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, queridísimo amigo y más que ilustre jurista: el siempre bien recordado Emilio Beltrán.

prohibición de realizar transacciones con la sociedad, explotar su posición, oportunidades de negocio, ni entrar en competencia, (iv) el secreto y (v) la abstención frente a la incompatibilidades. Quien con ánimo de perjudicar diseña actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, necesita quien lo ayude. Ese ayudante, colaborador, connivente, cómplice es pieza casi siempre imprescindible para el obrar indebido. Para incumplir los deberes de diligencia y lealtad es necesario, al menos conforme la descripción legal, un ladero. Y, en consecuencia, no se puede tener una opinión completa y acaba de la acción concursal de responsabilidad contra el administrador infiel si no se tiene, en simultáneo, una visión y comprensión de aquel connivente.

Es a ellos a quienes quise referirme- Espero haberlo hecho de modo que resulte entendible el régimen legal argentino a su respecto.