

LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR LA FALTA DE UNA TEMPESTIVA PRESENTACIÓN CONCURSAL

Germán Gerbaudo

SUMARIO:

En esta ponencia analizamos la responsabilidad concursal de los administradores de las personas jurídicas ante la falta de una tempestiva presentación en concurso preventivo. Estudiamos la relación que debe observarse entre el derecho societario y el derecho concursal cuando la sociedad empieza a aproximarse a la insolvencia y analizamos la conducta que deben asumir los administradores como parte de una estrategia jurídica para mitigar los daños de la insolvencia y evitar una futura responsabilidad en un escenario de quiebra.

PONENCIA:

1) La tardía presentación concursal genera responsabilidad de los administradores en los términos del art. 173 de la L.C. en una quiebra posterior. 2) Los administradores que continúan operando la sociedad en insolvencia, sin articular los mecanismos societarios y concursales necesarios para evitar el daño a los acreedores actúan dolosamente. En esos casos, el administrador se representa el resultado dañoso, pero continúa operando y realizando actos con total menosprecio a los acreedores.

I. Introducción

El concurso preventivo es un remedio concursal de reestructuración que tiene por objeto remover el estado de cesación de pagos. Se procura alcanzar ese objetivo a través de un acuerdo celebrado por el deudor con sus acreedores¹.

En esta ponencia analizamos la importancia de una oportuna o tempestiva presentación concursal tanto para la protección del patrimonio del deudor, del derecho crediticio de los acreedores y para evitar la expansión de la crisis en el mercado.

La necesidad de una oportuna presentación concursal ha sido profundamente analizada desde hace muchos años por Efraín Richard².

En la presente ponencia vamos a reafirmar la importancia de una oportuna presentación en concurso preventivo y discurrir sobre las consecuencias que se derivan de la falta de la misma. Adelantamos nuestra posición en el sentido de que la falta de una oportuna o tempestiva presentación en concurso preventivo puede ser catalogada como una conducta dolosa –dolo eventual– que traerá aparejada responsabilidad de los administradores en una quiebra posterior.

II. La necesidad de la oportuna presentación concursal

1. La existencia de un derecho societario de crisis

Desde el marco de la Teoría General del Derecho debemos poner de manifiesto las vinculaciones que existen entre el derecho societario y el derecho concursal. En ese contexto, consideramos que existe un derecho societario de crisis, la resolución de la crisis de las sociedades debe buscarse primeramente con los mecanismos societarios, los cuales tienen carácter imperativo³. Es allí

¹ Véase: GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Astrea, 2018, ps. 36 a 46.

² Entre otros trabajos del profesor de Córdoba puede consultarse: RICHARD, Efraín H., *Tempestividad en la presentación en concurso*, en Astrea, www.astrea.com.ar (consulta: 30/09/2018).

³ El tema es desarrollado y estudiado profundamente por Efraín Richard, véase: RICHARD, Efraín H., *Ante las crisis societarias, consultemos a la ley específica (respondiendo a un par de críticas)*, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 276, p. 113; RICHARD, Efraín H., *En torno a la conservación de la empresa (insolvencia societaria y responsabilidad)*, J.A. 2014-IV, p. 18; RICHARD, Efraín H., *Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley*, en L.L. 2014-D, p. 1029; RICHARD, Efraín H., *Crisis societaria: inte-*

donde cumple un papel trascendental la noción de capital social y su función de garantía.

El capital social es un elemento esencial del contrato de sociedad (art. 11, inc. 4º, LGS)⁴. La noción tradicional del capital social aparece en el siglo XVII vinculada al momento del nacimiento de las sociedades por acciones. Surge como una concesión a los acreedores que con las sociedades por acciones perdieron la garantía que significaba la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad. En tal sentido, Miguel Araya sostiene que “en su lugar, aparece la noción jurídica del capital social, que viene a reemplazar, si bien modestamente, aquella garantía asegurando a los acreedores que, al menos una parte del patrimonio societario, no podría ser dispuesto libremente por los accionistas, sino que debía retenerse en la sociedad”⁵. También se sostiene que “el capital social fue concebido como contrapartida necesaria de la limitación de responsabilidad que caracteriza a ciertos tipos societarios. Excluido el patrimonio personal de los socios de la prenda común de los acreedores sociales, el legislador consideró necesaria la formación y el mantenimiento de un “colchón” de capital indisponible por los socios, en garantía de los legítimos intereses de dichos acreedores”⁶. Se señala que “representa así el monto que se escinde del patrimonio de los constituyentes para generar el nuevo sujeto de derecho”⁷.

De este modo aparece la denominada función de garantía del capital social, que algunos señalan que es su función más importante⁸. Según Ricardo Nissen esta función “consiste en garantizar, a quienes contratan con la sociedad, que

gración del sistema concursal con el societario, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 643.

También puede consultarse: FERRERO, Luis F., *Respuestas normativas ante la pérdida de capital social*, en “Estudios de Derecho Empresario”, Córdoba, Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, vol. 7, 2016, p. 85.

⁴ El art. 11 dispone que “El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: 4) el capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio”.

⁵ ARAYA, Miguel, *Debate actual sobre el capital social*, en “Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Farhi, Diana-Gebhardt, Marcelo (Coord.), La Ley, Buenos Aires, t. II, 2011, p. 1079.

⁶ MANÓVIL, Ezequiel, *El capital social en las Sociedades Anónimas. Un análisis económico*, en L.L. 2010-A, p. 585.

⁷ RICHARD, Efraín H. y MUÑO, Orlando, *Derecho societario*, 1º ed., 1º reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 417.

⁸ ROVIRA, Alfredo., *Empresa en crisis*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 379.

ésta contará -como mínimo- con el monto del capital social para afrontar sus compromisos”⁹.

El capital social figura en el pasivo de la sociedad. Ello es así no porque constituya un débito de la sociedad hacia los accionistas, sino porque constituye la garantía ofrecida por la sociedad para con los terceros. Opera como una “cifra de retención”¹⁰ o una “cifra de responsabilidad en relación a terceros”¹¹.

El carácter imperativo del capital social cobra mayor vigor en las sociedades por acciones. Ello es así dado que en estas sociedades “existe un particular interés en la protección de los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios”¹².

2. La pérdida de capital social como señal de alarma pre-concursal

Empieza a considerarse que la pérdida de capital social funciona como una alarma preconcursal¹³. En este sentido, encontramos al derecho concursal y societario español que responsabilizan a los administradores ante la inacción frente a la pérdida de capital social.

En tal sentido, cuando la sociedad empieza a tener pérdidas de capital graves o cualificadas, los administradores deben convocar a la junta de accionistas en el plazo de dos meses, a fin de dar a conocer la disminución del patrimonio neto y proponer medidas adecuadas para superar la situación de desequilibrio. La omisión de la obligación de la convocatoria o su fracaso habilitan a cualquier

⁹ NISSEN, Ricardo A., *Control externo de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 175.

¹⁰ ROVIRA, A., op. cit., p. 379; VERÓN, Alberto, *Sociedades comerciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 644; GARRONE, José, *Derecho comercial*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 2008, p. 340; NISSEN, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. I, 2010, p. 913; FARINA, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, t. 2, 2011, p. 744; FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia, *Cooperativa prestadoras de servicios públicos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 416.

¹¹ ESCUTI, Ignacio, RICHARD, Efraín y ROMERO, José, *Manual de derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 54.

¹² PAOLANTONIO, Martín, LEGÓN, Pablo, CORNES SANGIAO, Santiago, *capítulo IX “Sociedad Anónima”*, en “Sociedades” Gebhardt, Marcelo –director–; Romero, Miguel Álvaro –Coord.–, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 271.

¹³ ROVIRA, A., op. cit., p. 344; GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 50 y 51; DOBSON, Juan I., *Interés societario*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 351.

interesado a pedir la disolución de la sociedad e impone a los administradores el deber de pedirla judicialmente. No obstante, este sistema se garantiza con una grave sanción a los administradores que incumplen con estos mecanismos dado que responderán personal y solidariamente por las obligaciones sociales.

Marcelo Gebhardt correctamente sostiene que “el régimen sumariamente descrito ha sido calificado por la doctrina mayoritaria como preconcursal, entendiendo que las pérdidas graves constituyen una señal de alarma que debe alentar a los administradores a enfrentar una situación de desequilibrio patrimonial próximo a la insolvencia”¹⁴.

3. Los mecanismos societarios y la intervención concursal subsidiaria

La correcta utilización de los mecanismos societarios en la prevención de la insolvencia determina que el derecho concursal se presente con un carácter subsidiario.

De este modo el ordenamiento societario nos suministra mecanismos de prevención de la insolvencia. Se trata de una solución interna o solución societaria de bajo costo de transacción —es un costo muy inferior al proceso concursal—¹⁵.

En este sentido, Efraín H. Richard sostiene que “debemos pensar y generar un derecho de crisis, que partiendo de la norma organización societaria permita anticiparse a la insolvencia por las normas imperativas de la ley societaria, permitiendo la intervención concursal subsidiaria”¹⁶.

4. La tempestiva presentación concursal

La intervención concursal si bien es subsidiaria, debe ser oportuna. Es necesario que la solución concursal llegue oportunamente, es decir, que llegue a tiempo. Ello es así dado que de lo contrario será muy difícil la recuperación empresarial y la crisis se propagará afectando a otros sujetos. Hoy existe un consenso en la doctrina en la necesidad de proponer soluciones concursales antes de que se instale la insolvencia. Concorre un convencimiento en los autores que anticipar la insolvencia permite evitar costos y otorga mayores posibilidades de

¹⁴ GEBHARDT, M., *Prevención...*, cit. p. 51.

¹⁵ Véase: RICHARD, Efraín H., *Crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal*, en “Revista de la Facultad”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2011-2, p. 1.

¹⁶ RICHARD, Efraín H., *El derecho en el siglo XXI (la visión de un comercialista)*, en “Revista de la Facultad”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2014-2, p. 29.

recuperación de la empresa. La aplicación oportuna de las soluciones concursales tiende a evitar una profundización de la crisis y la expansión de la insolvencia con todas las consecuencias negativas que ello implica¹⁷.

Osvaldo Maffía expresa que “la consigna es intervenir, con actuación del tribunal, en defensa de la empresa en dificultades cuando los problemas aparecen, no cuando la insolvencia se instaló y menos aún esperar la apertura del concurso para dispensarle una protección inexorablemente tardía”¹⁸.

No obstante, cabe señalar que hoy no existe en la L.C. como si ocurría en el pasado una norma que imponga un plazo para la presentación en concurso preventivo. Cabe recordar que el art. 10 de la ley 19.551 imponía el deber de requerir el concurso preventivo dentro de los tres días de que el deudor hubiera conocido su estado de cesación de pagos. En 1983, con la ley 22.917, dicha disposición fue derogada. Desde entonces y en la actual L.C. el art. 10 se limita a establecer que el concurso preventivo puede solicitarse mientras la quiebra no haya sido declarada¹⁹.

III. Consecuencias de una presentación concursal no tempestiva.

La doctrina sostiene que el concursamiento tardío produce efectos prácticos. Así, Darío Graziabile expresa que el “fundamental es que a tal avance de la crisis patrimonial, la misma se torna irreversible y complica sobremanera el logro de un acuerdo con los acreedores y hace inevitable la quiebra”²⁰. Agrega luego el autor que “lo cierto que el concurso preventivo para resolver adecuadamente el problema de la insolvencia debe ser tempestivo y dicha tempestividad requiere

¹⁷ Nos ocupamos de este tema anteriormente, véase: GERBAUDO, Germán E., *Herramientas concursales en la prevención de la insolvencia*, en SJA 28/11/2018, p. 3, J.A. 2018-IV; GERBAUDO, Germán E., *Tempestividad concursal. Las consecuencias de la tardía presentación en concurso preventivo (parte I)*, en Diario Derecho Comercial, Económico y Empresarial, Buenos Aires, DPI Cuántico, Derecho para Innovar 03/10/2018, N° 180; GERBAUDO, Germán E., *Tempestividad concursal. Las consecuencias de la tardía presentación en concurso preventivo (parte II)*, en Diario Derecho Comercial, Económico y Empresarial, Buenos Aires, DPI Cuántico, Derecho para Innovar 09/10/2018, N° 181.

¹⁸ MAFFÍA, Osvaldo, *Crisis de los conceptos basilares del concurso comercial preventivo*, en L.L. 1979-C, p. 693.

¹⁹ En algunas legislaciones extranjeras se prevé expresamente un plazo para solicitar la formación del concurso, por ej., en España y Alemania (Véase: RASPALL, Miguel A. y RASPALL, María L., *Derecho concursal de la empresa*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2014, p. 218).

²⁰ GRAZIABILE, Darío J., *comentario al art. 10 de la L.C.*, en “Régimen concursal”, Graziabile, Darío J. –Director y co-autor-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2014, p. 389.

una adecuada advertencia y por ende reconocimiento del estado patrimonial, que sólo puede obtenerse dentro de la misma empresa, sin necesidad para ello, de que se fijen plazos legales perentorios porque la cuestión puede variar según el tipo de deudor que se trate”²¹.

Consideramos que una tardía presentación concursal genera responsabilidad de los administradores en los términos del art. 173 de la L.C. en una quiebra posterior. En este sentido, Héctor Chomer y Jorge Sícoli comentando el art. 10 de la L.C. y la supresión del plazo para presentarse en concurso preventivo expresan que “si bien en la ley concursal no existe ya un plazo para la presentación del concurso ni, por ende, se prevé la concreta sanción para la eventual demora en recurrir al paraguas preventivo, lo cierto es que ello no ha de interpretarse como un bill de indemnidad que convalide conductas dolosas en perjuicio de los acreedores; pues tal dilación podrá ser encuadrada en las conductas previstas por la L.C. 173 y ss.”²².

Sostenemos que el administrador que frente a la insolvencia no procede a la presentación en concurso preventivo y continúa con el giro de la empresa en cesación de pagos actúa de manera dolosa en los términos del art. 1724 “in fine”, lo que generara responsabilidad conforme al art. 173, primer párrafo, de la L.C. En tal sentido, Marcelo Gebhardt sostiene que “por nuestra parte, hemos alentado un criterio de aplicación menos restrictivo que el que supone el dolo directo; el dolo puede ser eventual (la ley no lo descarta), y tal hipótesis no parece lejana cuando un administrador no pudo dejar de prefigurarse el deterioro de la garantía de los acreedores al ejecutar actos que por sí mismos no eran fraudulentos, pero que conducían ineluctablemente al deterioro patrimonial”²³.

La responsabilidad de los representantes regulada en el art. 173, primer párrafo, de la L.C. requiere al dolo como factor subjetivo de atribución. En la actualidad, el art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación amplió la calificación de dolo²⁴. Éste como factor subjetivo de atribución no sólo comprende

²¹ Id., p. 389.

²² CHOMER, Héctor O. y SÍCOLI, Jorge S., *Ley de concursos y quiebras*, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 20.

²³ GEBHARDT, Marcelo, *La quiebra de la sociedad y las responsabilidades derivadas de sus vínculos orgánicos*, en “Deonomi. Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial”, Chomer, Héctor O. – Director-, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año I, Nº 2, diciembre 2018, p. 45, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deonomi/revistas/rev-deonomi-Ed-0002.pdf>

²⁴ Analizamos el impacto de las normas de responsabilidad civil en las acciones de responsabilidad concursal con anterioridad, véase: GERBAUDO, Germán E., *Impacto del*

el directo sino también el eventual²⁵. La última parte del citado precepto dispone que “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”²⁶. El dolo directo se produce “cuando existe la voluntad concreta de dañar”²⁷. En tanto que el dolo eventual es aquél en que “la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar”²⁸. En otros términos, se indica que “lo que caracteriza esencialmente al dolo eventual es que el agente no tiene por objetivo provocar un daño, pero sí se representa la posibilidad de un resultado dañoso, y no lo descarta”²⁹.

Por lo tanto, a nuestro criterio, con el Código Civil y Comercial de la Nación nos encontraremos con una nueva noción del dolo delictual; podríamos decir una “versión ampliada” lo que influirá en el ámbito que estudiamos, facilitando la prueba del mismo y aumentando los casos de responsabilidad de los administradores. De este modo, con el Código Civil y Comercial de la Nación, la noción del dolo como factor de atribución se revitaliza y sale del “eclipse” del cuál la doctrina lo había ubicado³⁰, ampliando su utilidad y “flexibilizando” su prueba en las acciones de responsabilidad de los representantes. La regulación del dolo en el Código Civil y Comercial de la Nación permite comprender conductas que no quedaban alcanzadas en la noción de dolo del art. 1072 del Cód. Civil derogado. Así, a nuestro criterio, resultará más fácil comprender como dolosas conductas de los administradores que realizan actos que si bien no tienen como

Código Civil y Comercial en el derecho concursal, Buenos Aires, Astrea, 2016, ps. 135 y ss.

También puede consultarse: DI LELLA, Nicolás, *Influencias de la legislación civil y comercial en las acciones típicas de resarcimiento concursal*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2018 (febrero), p. 55.

²⁵ El factor de atribución es “el fundamento normativo por el cual se hace responder civilmente al sujeto” (Véase: ARRUIZ, Sebastián G., *La carga de la prueba en la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2018 (marzo), p. 23).

²⁶ Sobre la nueva noción de dolo puede consultarse: MOLINA SANDOVAL, Carlos, *El dolo en la responsabilidad civil*, en L.L. 10/09/2018, p. 1.

²⁷ ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Curso de obligaciones*, 4º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, 1993, p. 223.

²⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 337.

²⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Presupuestos de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 509.

³⁰ TOBIÁS, José y DE LORENZO, Miguel, *El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse)*, en L.L. 2001-C, p. 1102.

propósito ocasionar el daño, en su ejecución el agente se representa la posibilidad de daño y sin embargo continúa con su accionar con total menosprecio del resultado dañoso. En tal sentido, pueden quedar atrapadas como conductas dolosas realizadas por un representante que continúa operando la sociedad en insolvencia, sin articular los mecanismos societarios y concursales necesarios para evitar el daño a los acreedores. En esos casos, el administrador se representa el resultado dañoso, pero continúa operando y realizando actos con total menosprecio a los acreedores.