

PARTICULARIDADES EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

Emanuel Nagel

ABSTRACT:

El presente trabajo, más allá de diferenciar los objetivos de los mecanismos de atribución de responsabilidad societarios y concursales, pretende plantear como interrogante cuál es el interés en miras al cual deben desarrollar su tarea los administradores de personas jurídicas respecto de las que se tramita un concurso preventivo. ¿Es deber de estos actuar conforme al interés social, o por el contrario, frente a la hipótesis de la insolvencia reconocida judicialmente deben estos orientar sus actos prefiriendo salvaguardar de la mejor manera posible los intereses de los acreedores del concurso?



I. Introducción

Normalmente, las crisis empresarias se encuentran ligadas a la cesación de pagos, insolvencia o a las dificultades económicas o financieras de carácter general ¹, y la presencia de estas situaciones puede deberse al riesgo operativo que toda sociedad debe enfrentar, o a la deficiente administración por parte de sus administradores. Liminarmente, recuerdo que se entiende por cesación de pagos al estado de impotencia patrimonial no transitorio, que impide al deudor cumplir regularmente con sus obligaciones liquidas y exigibles por medio de recursos

¹ Estados de crisis o preinsolvencia, noción que fue incorporada al régimen concursal con la reforma que introdujo la ley 25.589. En este sentido: Rouillon, Adolfo A. N., “Régimen de Concursos y Quiebras”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17° Ed., 1° Reimpresión, Astrea, 2016, p.27

genuinos², importando un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos³. Por su parte, la insolvencia es un estado patrimonial en que el pasivo del deudor es superior a su activo.

Ahora bien, en toda situación de crisis empresarial el rol de los administradores cobra gran importancia, ya que en la mayoría de los casos la evaluación y toma de decisiones societarias a tiempo puede salvar, o al menos aminorar, los efectos negativos que una crisis puede generar no solo en el ente societario, sino también en la fuente de trabajo y en la economía de un país.

Frente a estos episodios los administradores, como órganos de la persona jurídica, son los responsables de informar a tiempo la situación de crisis al órgano de gobierno para que, en principio y como primera medida, se tomen las decisiones establecidas en el régimen societario necesarias para revertir esta situación. Asimismo, y en caso de no prosperar las opciones societarias, los administradores deberán proponer al órgano de gobierno las alternativas establecidas en el régimen concursal –concurso preventivo judicial, acuerdo preventivo extrajudicial, o la quiebra del ente–.

El objetivo de este trabajo es entonces analizar las responsabilidades legales que les caben a los administradores, particularmente a los directores de las sociedades anónimas, por su accionar frente a una crisis empresarial.

II. Responsabilidad de los administradores

Es importante mencionar que las sociedades deben estar adecuadamente patrimonializadas para el cumplimiento de su objeto social⁴. Es por ello, que se constituye como un deber primordial de los administradores el de asegurar que el capital social sea suficiente en todo momento para la operatoria normal del ente, y frente al acaecimiento de cualquier dificultad que genere impotencia patrimonial deberá adoptar las medidas necesarias para revertir la situación.

Asimismo, a los fines de evitar la insolvencia del ente, los administradores societarios asumen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto, y es así que “cuando se advierten dificultades económicas o financieras en el desenvolvimiento de la actividad social, los administradores tienen la obligación de recurrir a las previsiones de la ley societaria y convocar a

² Grillo, Horacio A., “Período de sospecha en la legislación concursal”, Buenos Aires, 2º Ed., Astrea, 2001, p. 59.

³ Rouillon, Adolfo A. N., ob cit., P.31.

⁴ CNCom., Sala B, autos “Transporte Perpen S.A. s/ quiebra c/ Ernesto Perpen y otros s/ ordinario”, sentencia 20-12-2006.

los socios para resolver la disolución de la sociedad, liquidándola, o el aumento del capital o la adecuación de la actividad al patrimonio disponible”⁵.

Entonces, una vez advertida la situación de insuficiencia patrimonial, los administradores –actuando con el estándar de conducta de un buen hombre de negocios⁶– tienen el deber de dar cuentas a los socios de la misma requiriendo –en principio y como primer paso–, que se tome alguna de las soluciones establecidas en la Ley General de Sociedades (en adelante, L.G.S.) para afrontar y mejorar la situación de crisis de la sociedad. Entre las soluciones que brinda el régimen societario encontramos, aumentar el capital o reintegrarlo mediante aportes no capitalizables que se destinan directamente a cubrir la insuficiencia patrimonial, o la obligatoria reducción del capital social, la fusión por absorción con otra sociedad, etc.

Sabido es que los administradores no asumen una obligación de resultados por el giro de los negocios del ente, sino que conforme al artículo 59 de la L.G.S. sus obligaciones son de medio, siendo el deber del administrador el de “actuar como un buen hombre de negocios”, para el mantenimiento de la operatividad empresaria. Por ello, una vez que los administradores plantean a los socios la problemática de la pérdida de capital e insolvencia eventual, son sólo los socios los responsables de sus acciones dentro del marco de la buena fe del tráfico que es dable esperar.

De tal modo, la principal obligación para los administradores sería realizar esta advertencia en tiempo y suministrando la información adecuada, no siendo garantes de las consecuencias que para los terceros acreedores puedan resultar de las decisiones que adopte el órgano de gobierno, ni tampoco si habiendo agotado todos los medios societarios o concursales a su alcance, estos no fueran suficientes y eficaces para lograr que los acreedores no resulten afectados.

II.1 Responsabilidad societaria

La acción social de responsabilidad contemplada en la L.G.S. –artículos 276 a 279– es la que interesa a la sociedad o al conjunto de sus miembros –considerados en este caso como ente colectivo–. Se caracteriza por la unidad de causa y

⁵ Richard, Efraín Hugo “Las Relaciones de Organización. El sistema jurídico del derecho privado”, 2da. Edición, p.485, Córdoba. Editorial Advocatus, 2002.

⁶ Art. 59 L. 19.550: 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.

objeto, pues tiende a la reparación del patrimonio social ⁷. El régimen societario contempla tres tipos de acciones de responsabilidad: **i) la social**, conforme al artículo 276 “la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas (...)”; **ii) la social ejercida por un accionista**, conforme al artículo 276 “La acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275”; o “si la acción prevista en el artículo 276 no fuere iniciada dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla (...)”; **iii) la individual**, conforme al artículo 279 “los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.

Estas acciones, previstas en el régimen societario tienen también sus particulares configuraciones en la hipótesis de insolvencia, quedando en esta hipótesis sometidas a ciertas reglas especiales contenidas en el ordenamiento concursal. Encontramos que el artículo 175 de la L.C.Q. establece que las acciones sociales son promovidas por el síndico del concurso, y si las acciones están en trámite, podrá optar entre hacerse parte coadyuvante o deducir la acción por separado. Respecto al requisito de la autorización previa por parte de los acreedores quirografarios –mayoría simple del capital quirografario– para el ejercicio de esta acción, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, encontramos a doctrinarios como Roitman ⁸ y Rouillon ⁹, quienes afirman que la legitimación del síndico para ejercer este tipo de acciones debe integrarse con la autorización que deben otorgar los acreedores que representen mayoría simple del capital quirografario y declarado admisible. En contra de esta postura, se encuentran Ribichini ¹⁰, Lorente ¹¹, Heredia ¹², quienes sostienen que la exigencia de autorización previa no debe imponerse para las acciones sociales de responsabilidad promovidas por el síndico, sino para las acciones de responsabilidad concursal, es decir las contenidas en el artículo 173 de la L.C.Q. –acción de responsabilidad contra

⁷ Junyent Bas, Francisco, “Responsabilidad civil de los administradores societarios”, p. 178, Córdoba, Advocatus, 1998.

⁸ Roitman, Horacio, “Autorización para el ejercicio de las acciones revocatoria y de responsabilidad de terceros en la nueva ley de quiebras”, JA 1996-III-947

⁹ Rouillón, Adolfo A. N., ob cit., p.313.

¹⁰ Ribichini, Guillermo, “Acción Revocatoria Concursal”, Editorial La Ley, 1999, p. 102.

¹¹ Lorente, Javier Armando, “Un caso “raro” de responsabilidad de administradores y quiebra”, Revista Electrónica de Derecho Societario N° 12 - marzo de 2003, Nro. Referencia: 156.

¹² CNCom., Sala D, “Confortar Hogar SA s/ quiebra c/ Serrano Ernesto Lorenzo y otros s/ ordinario”, Revista Electrónica de Derecho Societario N° 32 - diciembre 2007, 11/6/2007.

representantes y contra terceros–, y esto se debe a que las acciones sociales se encuentran reglamentadas por el ordenamiento societario y no por el concursal.

II.2. Responsabilidad concursal.

En el artículo 173 L.C.Q. quedan comprendidos los directores de las sociedades anónimas –no así los síndicos o miembros del consejo de vigilancia, ya que ellos no tienen facultades de administración de bienes ajenos–. Además, es preciso aclarar que no todo tipo de daño resulta indemnizable por la vía de la acción concursal, sino que esta acción abarca los causados por la sustracción de bienes del activo que constituían la prenda común de los acreedores, sin el correspondiente contravalor, pudiendo extenderse a operaciones ruinosas, créditos con elevada tasa de interés, y cualquier otra que importe en definitiva un agravamiento de la responsabilidad patrimonial del ente. Estas acciones, desde ya, presuponen una sentencia de quiebra declarada

En lo que respecta al factor de atribución de la responsabilidad, puede apreciarse que el mismo se encuentra más restringido que el establecido para la acción social de responsabilidad, ya que en este supuesto solo se atribuye responsabilidad a las conductas dolosas –teniendo también presente, que la configuración del ‘dolo’ es más amplia en el C.C. y C. que en su predecesor, por incorporar el C.C. y C. al denominado ‘*dolo eventual*’–. Aun así, para la procedencia de esta acción será necesario establecer la relación de causalidad entre la conducta dolosa y el daño generado al patrimonio de la sociedad; encontrando su fundamento en la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, ya que admitir la culpa a supuestos como disminuir la responsabilidad patrimonial o ser causante de la insolvencia, habilitaría la revisión de prácticamente la totalidad de los actos realizados por la sociedad durante el período de cesación de pagos más el año establecido en el artículo 174 L.C.Q.

III. La doctrina del “*shifting of directors’ fiduciary duties*”

Sabido es que la regla general en relación a la función que les incumbe a los administradores es la de velar por el interés social siendo posible endilgarles responsabilidad por mal desempeño de su cargo (cfr. art. 274 L.G.S.) si su actuación fuera en sentido contrario a este objetivo. Pese a ello, ya hace varios años comenzó a desarrollarse en Estados Unidos –como excepción a esta regla– la doctrina del “*shifting of directors’ fiduciary duties*” (conocida entre nosotros más comúnmente como doctrina de la modificación de los deberes fiduciarios del directorio). Según estas posturas, frente a la situación de insolvencia de una

sociedad, deben incluirse dentro de los deberes de los directores a la protección de los intereses de los acreedores¹³. En el sentido indicado, es que los tribunales estadounidenses han comenzado a sostener que cuando una sociedad ingresa en estado falencial, los deberes de los directores pasan a ser los de velar por los intereses de los acreedores¹⁴. Es decir, que este objetivo no es adicional al objetivo normal de los administradores sociales de realizar todos los actos concernientes a la realización del objeto social y a la satisfacción del interés social, sino que por el contrario opera directamente una mutación en la orientación en el direccionamiento de las actividades de administración que a su cargo se encuentran.

Ahora bien, entre nosotros podríamos pensar que esta doctrina pone en cabeza de los administradores una función que, conforme a la legislación argentina, se encuentra en cabeza del síndico del concurso. De esta forma, la aplicación de la misma en nuestro terreno posiblemente generaría una duplicación de la función protectoria de los intereses de acreedores entre el síndico del concurso y los propios administradores de la sociedad.

Aparecería entonces que, ante la ocurrencia de acontecimientos disparadores tales como la presentación en concurso, la configuración del estado de cesación de pagos o de dificultades económicas generales, deberían asumir un rol protectorio de los intereses de los acreedores sociales¹⁵. Y esto de alguna manera, resultaría contrario a lo reseñado en los primeros párrafos de este trabajo ya que –aun cuando deberán notificar a los socios de la situación de inminente insuficiencia advertida–, el administrador mismo deberá encaminar su actividad hacia el mayor grado de protección posible de los intereses de los acreedores siendo muy posible que, en aras de conseguirlo, ciertas medidas adoptadas sean contrarias al interés social, cuyo resguardo es su principal función en la administración de la persona jurídica no concursada –es decir, cuando está *in bonis*–.

Teniendo en cuenta las normas vigentes en nuestro sistema concursal –particularmente las referidas a las funciones del/los síndicos en el proceso concursal preventivo–, resulta difícil afirmar que la presentación en concurso de la sociedad implique que, a partir de ese momento, los administradores deban velar también por la protección de los intereses de los acreedores; todo esto en el entendimiento de que la legislación regula la figura del síndico concursal para velar por los intereses de los acreedores sociales. Si bien el tema, no ha sido objeto de un tratamiento con mucho desarrollo, mayoritariamente la doctrina

¹³ Rovira, Alfredo L., ob cit., Ed. Astrea, 2005. p. 287 a 290.

¹⁴ United State Court of Appeals, Fourth Circuit, “Federal Deposit Insurance Copr. v. Sea Pines Company”, N° 81-2134 [692 F2nd 973,977 (4th Circuit, 1982)].

¹⁵ Rovira, Alfredo L., ps. 281 a 286.

se inclina en este sentido: refiriendo que actualmente en nuestro ordenamiento no habría ninguna norma legal que recepte la doctrina de “shifting of directors’ fiduciary duties”¹⁶.

Postura personal: entiendo que la doctrina no es del todo contraria a los objetivos que tiene el régimen del concurso preventivo. Si bien la función de administración de la compañía permanece durante el concurso preventivo en cabeza del órgano de administración –gerencia/directorio dependiendo del tipo de persona jurídica de que se trate–, es razonable pensar que la ley pretende que esta labor se lleve a cabo de forma compatible con los intereses de los acreedores. De hecho, la función del síndico es una función de contralor respecto de la primera, dado que no tiene a su cargo la administración. Asimismo, y coherente con esto, aparece la posibilidad de impugnar y dejar sin efectos ciertos actos ruinosos para la compañía realizados durante el período de sospecha, que no es ni más ni menos que otra herramienta para la protección de los acreedores procurando el restablecimiento de ciertas situaciones o la recuperación de bienes enajenados.

Todo esto me hace pensar, que aunque no haya una expresa mención, debemos asumir que la función de los administradores en la situación concursal tiene ribetes especiales. Dado que estos no podrán dejar de lado el interés social, pero deberán cumplir con el mismo mediante actos que sean también acordes con los intereses de los acreedores sociales, que son tanto o quizás más perjudicados por la situación que los propios socios.

De esta forma, todos los actos realizados por el acreedor que resulten contrarios a los intereses de los acreedores quedan abarcados por la acción del art. 173 L.C.Q. en tanto permitan o agraven la insolvencia de la persona jurídica, situación de la que resulta un perjuicio inmediato para los acreedores.

IV. Conclusión

Luego de haber analizado a grandes rasgos ambas acciones –societaria y concursal– es posible afirmar que mientras la acción societaria tiene por finalidad la recomposición de patrimonio del ente colectivo, la acción concursal busca recomponer el interés de los acreedores de la fallida. La jurisprudencia ha sostenido que el régimen concursal tiende a reparar los daños derivados de una acción perjudicial que produjo la quiebra de la sociedad, mientras que el régimen societario apunta a reparar los daños e intereses que se causen a la sociedad, pero

¹⁶ Rovira, Alfredo L., ps. 291 a 298.

independientemente de que ellos hubieran contribuido a la cesación de pagos o a cualquier débito patrimonial de aquella ¹⁷.

Queda también planteado que —coherentemente con el objetivo de las acciones concursales—, es posible pensar que la labor de los administradores durante el concurso debe estar orientada a la satisfacción en mayor grado posible del interés de los acreedores. Y esto, repito, lo manifiesto razonando que es ese el sentido de muchos de los mecanismos de la L.C.Q. —en particular los relativos a la responsabilidad de socios y terceros y los de recomposición patrimonial—. Esto no quita que deberán actuar conforme al interés social, pero en todos los casos adoptando decisiones armoniosas entre ambos objetivos.

¹⁷ CNCom., Sala B, autos “FIPSA Fibras Industriales Poliolefinicas S.A. c/ López, Juan C.”, sentencia 9/03/2004.