Los integrantes del órgano de fiscalización privada en sociedades como sujeto pasivo -o no- en las acciones de responsabilidad concursal

Javier A. Lorente y Mariana Mastrovincenzo

Ponencia:

Los síndicos societarios y/o los integrantes de la Comisión Fiscalizadora, aun cuando obraren en infracción a las marco legal de conductas y atribuciones previstas para su función de fiscalización dentro de la L.G.S., sólo excepcionalísimamente podrán ser susceptibles de ser alcanzados por el régimen de responsabilidad concursal previsto por el art. 173 segundo párrafo L.C.Q. y, sólo podrían ser legitimados pasivos de acciones de responsabilidad promovidas dentro del proceso falencial si lo fueran por la remisión que el art. 175 L.C.Q. hace al propio régimen de responsabilidad de la L.G.S.

1. Deberes y atribuciones de los síndicos societarios e integrantes de la comisión fiscalizadora

El art. 294 de la L.G.S. establece cuáles son las atribuciones y los deberes del síndico societario. Realiza una enumeración de los mismos, sin perjuicio de los demás determinados por la ley de los que le confiera particularmente cada estatuto. Establece así los deberes que, entre otros, son: fiscalizar la administración de la sociedad; examinar los libros y documentación; verificar las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea; controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad; presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados; suministrar a accionistas información sobre las

materias que son de su competencia; convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerlo el directorio; vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias; investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas.

Se encuentra discutido en la doctrina y jurisprudencia si estas facultades y deberes de los síndicos se corresponde con un control de legalidad o bien son una valoración de la gestión social. Y es respecto de tal alcance en que se determinará la posibilidad -o no- de ser alcanzados por la responsabilidad atribuible por el art. 173 y siguientes L.C.Q.

Halperín sostuvo que en la actuación del síndico se reduce a un control de legitimidad [1].

Vítolo sostiene que "*El informe que debe confeccionar el síndico, refiriéndose al resultado del ejercicio social, se funda en la imperatividad de la norma legal que obliga a la sociedad a observar determinadas normas en materia de documentación y contabilidad; la responsabilidad recae sobre los administradores*" [2].

La Jurisprudencia ha sostenido que "*Si bien es exacto que los síndicos de las sociedades no ejercen la dirección de la misma, no es menos que ellos son los encargados por la ley de una fiscalización constante, rigurosa y eficiente de las actividades del directorio, por lo que sus funciones a los efectos de la normal marcha de la sociedad, son más importantes individualmente que las de cada uno de los directores*" [3].

Por otro lado, como hemos dicho hay quienes sostienen que la actuación de los síndicos societarios y/o los integrantes del consejo de vigilancia, tiene facultades que exceden el control de legalidad de las actuaciones de los integrantes de los órganos de administración. En este sentido, Martorell considera que los adjetivos introducidos en la norma llevan a la emisión de un "juicio de valor" sobre la situación [4].

---

1 HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas p. 529

2 VITOLO, Daniel Roque "Sociedades Comerciales ley 19550 comentada", Rubinzal Culzoni. Tomo IV, p. 746

3 CNCom, Sala A, 12/12/1978, Construgal S.A., LL, 1979-B p. 311 según Manuales de jurisprudencia, "Ley de sociedades comerciales. Anotada con jurisprudencia", la Ley, Buenos Aires, 1984, p.533.

4 MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Los síndicos de sociedades anónimas (y el consejo de vigilancia)", Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 178.

Entendemos que a los síndicos y/o integrantes del consejo de vigilancia se les confiere una tarea de fiscalización permanente y rigurosa de las actividades del directorio, mas no facultades de administración y/o disposición de bienes de la sociedad.

En tal entendimiento, le es atribuible responsabilidad ante situaciones de inobservancia íntegra de la normativa legal, mas no situaciones habituales de su desempeño profesional, en cumplimiento de las tareas que les son asignadas por la normativa vigente.

2. Tipificación de las conductas reprochables por el art. 173 L.C.Q.

La Ley de Concurso y Quiebras prevé un sistema de responsabilidad atribuible a los de administradores y/o terceros, ante la eventualidad falencial, cuando hubieran incurrido en actuaciones que perjudiquen la masa de acreedores y los activos falenciales. En efecto, prevé la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

El objeto de la acción es obtener la reparación del daño causado [5]. Es por tanto que la propia normativa dispone que en caso de que se den las condiciones descriptas en el párrafo precedente, deben indemnizar los perjuicios causados. Esto, entendemos, requiere dos elementos esenciales para que se tipifique la responsabilidad: (i) conducta directa y dirigida [6] a perjudicar a la masa de acreedores, y (ii) la existencia de dolo, es decir la intención clara de causar un perjuicio.

Y para comenzar a aproximarnos al marco legal de reproche aplicable a los síndicos societarios, expresamente dispone que 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 [7].

CHOMER Héctor Osvaldo y SICOLI "Ley de Concursos y Quiebras - Comentario Exegético" comentario al art. 173 L.C.Q., p. 289, Ed. La Ley 2011.

6 En el sentido del actuar positivo, la realización consiente de un acto; no la mera omisión.

7 Conf. art. 173 L.C.Q. 2do párrafo

2.1. Los síndicos societarios no son "representantes" (art. 173 primer párrafo L.C.Q.)

La doctrina ha sostenido que "*... la Ley Concursal atribuye responsabilidad a quien tiene una vinculación funcional (administrador), contractual (mandatarios) o legal (representantes legales), en tanto ellos han tenido poder de disposición sobre los bienes del deudor* [8].

Con una pretensión más amplia, que no habremos de compartir, alguna calificada doctrina incluye a los integrantes de los órganos de administración, representación y fiscalización, siempre que ostente facultades de administración [9].

Así las cosas, y como primera afirmación, bastante obvia por cierto, decimos que la responsabilidad concursal que se les imputa a los "representantes", no puede ser atribuida a los síndicos societarios ni a los integrantes del órgano de fiscalización. Claramente los integrantes del órgano de fiscalización NO pueden calificar como "representantes" [10].

En cuanto a las consecuencias que el obrar doloso debe producir para ser materia de responsabilidad concursal, creemos que el texto del primer párrafo del art. 173 L.C.Q. es, cuando menos, confuso, pues refiere a que tales inconductas producen, facilitan, permiten o agravan la "*situación patrimonial*" del deudor. ¿Qué significa permitir con dolo la *situación patrimonial* del fallido? ¿Es reprochable -*per se*- una conducta que facilita la *situación patrimonial* del fallido?

Obviamente que lo que el legislador ha querido impedir es que tales conductas dolosas impacten negativamente sobre la situación patrimonial del deudor, con lo cual, en realidad, la formulación normativa no difiere de la del art. 166 L.C. Esto es, que lo reprochable es producir, facilitar, permitir o agravar (se eli-

---

8 Rivera, Julio C., Instituciones de derecho concursal, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 369.

9 Achares Diorio, Federico - "*Quiebra de una sociedad comercial, activo insuficiente e irregularidades en las registraciones contables: las consecuencias para sus administradores*" -Revista del derecho comercial y de las obligaciones año2014,número a issn:1851-1805 publicada por: Lexis Nexis País: Argentina

10 Hemos colocado entre comillas el término representantes, pues no todos los sujetos pasivos de la acción concursal de responsabilidad del primer párrafo del art. 173 L.C.Q. (*representantes, administradores, mandatario o gestores de negocios*) son representantes propiamente dichos. Según nos parece, no lo son ni los administradores ni los gestores de negocios. Como sea, nos parece que la enumeración no es taxativa. En igual sentido ver, Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo: "Acciones de Responsabilidad en la Quiebra – Influencias del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)" - Erreius, Primera Edición, C.A.B.A., 2016, ps 49-50.

mina "prolongar" pues significa casi lo mismo que esto último) [11], dolosamente (esta sí es novedad) la insolvencia del fallido y la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor (en realidad es la disminución de su activo) que percude su *situación patrimonial*.

De un muy completo trabajo de Junyent Bas, tomamos el análisis de las cuatro conductas básicas que el primer párrafo del art. 173 L.C.Q. reprocha: "***Producir*** es aportar una condición esencial al resultado dañoso se encuentra comprendidos en esta conducta: la enajenación simulada de bienes, o la apropiación de bienes pertenecientes al fallido, como asimismo, la constitución de garantías incausadas, ya sea en beneficio propio o de terceros. ***Facilitar*** implica conductas que ayuden a generar la insolvencia o la disminución de las responsabilidad patrimonial, .. requiere de una acción positiva y no permite incriminar las conductas omisivas [12]. ***Permitir*** hace referencia a conductas omisivas de abandono de las tareas que impone imperativamente la ley a los administradores… en defensa del patrimonio confiado a la gestión o control del sujeto. Se permite la insolvencia cuando se admite que otras personas que actúan en la esfera patrimonial del fallido realicen dolosamente actos que disminuyan su responsabilidad patrimonial. ***Agravar*** y ***prolongar*** suponen ya el estado de insolvencia y refieren a conductas dañosas, bajo pretexto de intentar salvar la situación, como cuando se continúa el giro de los negocios en estado de cesación de pagos y se recurre a operaciones ruinosas para intentar paliar la situación" [13].

La acción de responsabilidad concursal intenta responsabilizar a aquel sujeto –distinto del propio fallido- que realizó conductas que provocaron la disminución patrimonial de la fallida. La circunstancia que el demandado de una acción de responsabilidad hubiera sido excluido del trámite de la calificación de su conducta, desde la óptica de los arts. 235/8 de la ley 19.551, no tiene efecto de cosa juzgada que impida responsabilizarlo por su intervención personal de modo activo, y a sabiendas, en operaciones en perjuicio de la fallida, lo que al signifi-

---

[11] En igual sentido, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, T. II, p. 311.

[12] El propio Junyent Bas cita como doctrina contraria a esta tesis a ESTEVEZ, Juan Alejandro, *Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad*, LL 2000-B-1232, quien entiende que son ejemplos de actitud omisiva que "facilita" la insolvencia tanto el abandono de los negocios como la omisión deliberada de presentar estados contables.

[13] JUNYENT BAS, Francisco, *Extensión de responsabilidad en el proceso falencial*, Jornada sobre Ley de Quiebras a seis años de su sanción desde la perspectiva de los jueces, Editorial Quórum, 24 de agosto de 2001.

car una disminución patrimonial de la misma permiten hacerlo responsable de los daños provocados por su actuar doloso [14].

Entendemos que los integrantes de órganos de control (sindicatura y consejo de vigilancia), al no ostentar facultades que le permitan disponer o administrar no están comprendidos en el supuesto de tal norma. En este sentido se ha sostenido que "*Los sujetos que carecen de facultades de administración de bienes ajenos no están comprendidos en la acción de responsabilidad. Entre ellos los síndicos, miembros del consejo de vigilancia y los curadores de los inhabilitados pues ellos sólo asisten al sujeto en actos de disposición*" [15].

En igual sentido, Junyent Bas y Ferrero sostienen que *la enumeración de la norma refiere a: representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, como un modo de significar la existencia de un vínculo jurídico o situación de dominio del agente del daño sobre el patrimonio del deudor, sea esta persona física o jurídica.* De este modo, quedan excluidos de esta figura los síndicos los miembros del Consejo de Vigilancia [16].

Por su parte Vítolo ha sostenido que "*En aquellos casos en que se ha querido sostener la responsabilidad del síndico, basando la pretensión en omisiones al ejercicio de su obligación de control, ha sido por inobservancia de controles de legalidad, y aún en los casos en que ha querido interpretarse dicha omisión como ausencia de control de valoración, en un análisis profundo se ha concluido que ha habido incumplimiento de un control de legalidad*" [17].

Desde luego que la responsabilidad atribuible en el primer párrafo de lo art. 173 L.C.Q. no le es atribuible a los integrantes de la sindicatura y consejo de vigilancia, porque como se dijo, ellos no ostentan facultades de administración o disposición.

---

14 CNCom., sala E, 31-5-99, "Coproint S.A. s/quiebra s/inc. de extensión de quiebra", Impuestos, LVII-B, p. 131.

15 ROITMAN, Horacio: Responsabilidad concursal. El dolo, en La Responsabilidad, obra en homenaje a Isidoro Goldenberg, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1995, p. 750.

16 Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo: "Acciones de Responsabilidad en la Quiebra – Influencias del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)" - Editorial Erreius, Primera Edición, C.A.B.A., 2016, Pgs 49-50.)

17 VÍTOLO, Daniel Roque "Sociedades Comerciales ley 19550 comentada" Ed. Rubinzal Culzoni. Tomo IV, p. 747

2.2. Los síndicos societarios sí son "terceros" (art. 173 segundo párrafo L.C.Q.)

Con acierto el segundo párrafo del art. 173 L.C.Q., bajo el rótulo de "responsabilidad de terceros", rescata dos normas del suprimido Capítulo IX del Título III de la ley 19.551 relativo a la Calificación de Conducta que se encontraban metodológicamente mal ubicadas. Nos referimos a la situación de los "cómplices" del obrar fraudulento del fallido (art. 240 y 246 L.C.).

Sujetos pasivos de esta acción de responsabilidad concursal son todos aquellos sujetos que no sean ni representantes, ni administradores, ni mandatarios ni gestores de negocios del fallido, pero que con su actuación dolosa provocaron un perjuicio a la masa. Aquí el término "terceros" está tomado en un sentido amplísimo. Serán terceros para el 2° párrafo del art. 173 L.C.Q. los socios de la fallida, el síndico societario, los miembros del Consejo de Vigilancia, el síndico concursal, etc.

La L.C.Q. incurre en una exagerada parquedad en cuanto a las conductas que reprocha a los terceros mediante la habilitación de acciones de responsabilidad. Sólo se les cuestiona la participación dolosa en actos que signifiquen la disminución del activo o la exageración del pasivo del fallido. Tal generalización no subsume todos los supuestos que la L.C. preveía en su art. 240.

Así, en el régimen anterior, se reprochaba al tercero que fingía ser acreedor alterando las ***preferencias*** en los créditos verdaderos. Este supuesto no puede asimilarse a la "exageración del pasivo" con que lacónicamente se pronuncia la L.C.Q., pues falsear una preferencia no importa exagerar ni aumentar el pasivo. El pasivo permanece igual sólo que como consecuencia de la maniobra algunos créditos falsos son ahora preferentes a otros reales. Esta conducta del tercero en fraude a los acreedores no tiene reproche legal en el art. 173 L.C.Q.

La conducta reprochable es sintéticamente aquella que afecta al patrimonio, *prenda común de los acreedores,* menoscabando su solvencia aunque no haya producido dicha situación la quiebra económica. En otras palabras, se trata de actos que hayan agredido la responsabilidad del deudor, disminuyendo el activo o exagerándose el pasivo en detrimento de la garantía patrimonial preexistente [18].

Tampoco la resistencia del tercero a entregar los bienes del fallido significa una forma de disminución del activo. El bien en poder del tercero no se detrae del activo del deudor, simplemente ocurre que por no poder contar con el mismo efectivamente, no es posible liquidarlo. Insistimos, técnicamente la no entrega

---

[18] JUNYENT BAS, Francisco y FERRERO, Luis Facundo: "Acciones de Responsabilidad en la Quiebra – Influencias del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)" - Editorial Erreius, Primera Edición, C.A.B.A., 2016, ps 49-50.

del bien por el tercero no resulta en una disminución del activo del quebrado. En base a tal distinción -abstracta si se quiere- el tercero que resista (ilegítimamente) la restitución del bien no será pasible de la acción de responsabilidad del art. 173 L.C.Q., ello no obstante, claro está, el derecho de la masa de recuperar el bien en cuestión.

Y llegamos así al meollo de nuestra ponencia: ninguna de las conductas que la L.G.S. exige a los síndicos societarios, ni tampoco la infracción a los deberes que la L.G.S. les impone, puede hacerlos incurrir –salvo excepciones extremas- en responsabilidad concursal como tercero, máxime cuando el factor atributivo de responsabilidad es el dolo, aún con su versión de dolo eventual.

Salvo que por exquisita hipótesis extrema se intentara explicar que NO cumplir con el deber previsto en el inc. 11 del art. 294 L.G.S. [19] pueda tenérselo como cómplice necesario de actos que signifiquen la disminución del activo o la exageración del pasivo del fallido, y que con ello hubiera incurrido en una actuación intencionada y dolosa, lo que nos resulta difícil de configurar fácticamente.

Pero la virtual inaplicabilidad del art. 173 segundo párrafo L.C.Q. a los síndicos societarios, en modo alguno supone que tales integrantes del órgano de fiscalización de la sociedad fallida no puedan ser susceptibles de las acciones de responsabilidad societarias promovidas en el marco de un proceso falencial (conf. art. 175 L.C.Q.).

Esta norma atiende el ejercicio de aquellas acciones de responsabilidad contra socios, administradores, síndicos y liquidadores que no son estrictamente concursales, pero que por haberle sido decretada la quiebra a la persona colectiva entonces la legitimación para la promoción de las acciones sociales de responsabilidad para a estar en cabeza del síndico falencial.

Se trata de las acciones previstas en la ley 19.550 (arts. 248, 254, 54, 59, 274, 276, 296, entre otros), pero también en el Código Civil (arts. 505, hoy art. 730, 731 C.C. y C.).

En particular el primer párrafo del art. 175 L.C.Q. coincide con la solución que propone el art. 278 L.S.C. cuando establece que en caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad (art. 276 L.S.C.) puede ser ejercida por

---

[19] *Investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del Dos por Ciento (2 %) del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. Convocará de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia. …*

el "*representante del concurso*", y en su defecto pueden ejercerla los acreedores individualmente.

Los arts. 173 y 175 L.C.Q. contemplan dos acciones diferentes basadas en situaciones distintas, la primera es una acción típicamente de responsabilidad del derecho concursal, mientras que la segunda se refiere a las acciones de responsabilidad de tipo societario. La finalidad del art. 175 L.C.Q. no es crear una acción concursal contra quienes tienen a su cargo la gestión social en la sociedad fallida, sino solamente revestir al síndico de la quiebra de la legitimidad procesal pertinente para ejercer la acción social de responsabilidad [20].

En vista que las acciones de responsabilidad del art. 173 L.C.Q. sólo podrán fundarse en la actuación dolosa del administrador, la actuación negligente o culpable de los administradores societarios deberá, necesariamente, reclamarse dentro del marco de éste art. 175 L.C.Q., el que servirá para castigar algunas inconductas que, de otro modo, quedarían sin reproche.

En tal sentido, es innegable que no puede quedar exento de responsabilidad el gerente de una sociedad fallida, aunque sólo hubiera ocupado nominalmente el cargo, ya que quienes confiaron en él, esperaron el adecuado cumplimiento de las funciones legales que le competían. La desatención de una función específica permite responsabilizar al administrador por su conducta culpable [21].

Los presupuestos de procedencia se regirán principalmente -*como hemos visto*- por lo dispuesto en la L.C.Q., sin perjuicio de que, por tratarse de un supuesto de responsabilidad civil -y por tanto deben encontrarse reunidos todos sus presupuestos, también estará informada por los principios generales sobre los cuales se sustenta el derecho de daños [22].

3. Conclusión

Por las razones y fundamentos expuestos, ponemos a consideración la siguiente PONENCIA: *Los síndicos societarios y/o los integrantes de la Comisión Fiscalizadora, aun cuando obraren en infracción a las marco legal de conductas y atribuciones previstas para su función de fiscalización dentro de la L.G.S., sólo excepcionalísimamente podrán ser susceptibles de ser alcanzados por el régimen de responsabilidad concursal previsto por el art. 173 segundo párrafo*

---

[20] CNCom., sala E, 20-8-91, "Cozzo Hnos. S.A. s/quiebra c/Frega, Alfredo y otros", Impuestos 1992-A-472.

[21] CNCom., sala D, 29-5-92, DJ, 1992-2-622.

[22] C. 3ª Civ. y Com. Córdoba, 10/6/2008, "Sindicatura en Eddicom v. Rosetto, Eduardo J. y otro", LL Online AR/JUR/5845/2008.

L.C.Q. y, sólo podrían ser legitimados pasivos de acciones de responsabilidad promovidas dentro del proceso falencial si lo fueran por la remisión que el art. 175 L.C.Q. hace al propio régimen de responsabilidad de la L.G.S.