

## **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL PROMOVIDA POR EL SÍNDICO CONCURSAL**

JULIO M. V. ROUGES

### **PONENCIA**

La acción de responsabilidad social promovida por el síndico concursal comienza su plazo de prescripción con la declaración de quiebra.

### **FUNDAMENTOS**

#### **1. Introducción**

El directorio de las sociedades anónimas ha asumido, dentro de la distribución interna de órganos y funciones —en paralelo con lo ocurrido con la sociedad política, respecto del poder ejecutivo— un rol preponderante, que agiganta sus poderes, en desmedro de las potestades formales de los accionistas. Su calidad de órgano de administración, que conlleva una actuación permanente, a diferencia del carácter discontinuo de las asambleas; en las sociedades abiertas, el absentismo de las mayorías en las asambleas; en las sociedades cerradas, la habitual identificación por los directores del interés social con el interés pecuniario de la mayoría, y con sus propios intereses; todo ello ha confluído para que la asamblea —malgrado su discutida calificación de “soberana”— vea en los hechos recortado su poder.

Es ya un lugar común poner de manifiesto el fenómeno del divorcio entre la propiedad y la administración, como una característica del capitalismo moderno.<sup>1</sup> En la megacorporación las tenencias accionarias están atomizadas entre un sinnúmero de pequeños inversores, o inversores institucionales, que económicamente no ocupan el rol de “socios”, y sólo procuran obtener el mejor rendimiento de su inversión.<sup>2</sup> Esta modalidad de los sistemas de mer-

<sup>1</sup> BERLE, A. A. JUNIOR y MEANS, Gardner C.: *The modern corporation and private property*. Commerce Clearing House, N.Y., 1932.

<sup>2</sup> En esa inteligencia, y haciendo mérito de tal circunstancia en los considerandos, la Comisión Nacional de Valores dictó la resolución n° 208/92 (B.O. del 2/6/92), que

cado —especialmente los más desarrollados— es una consecuencia inevitable de la división del trabajo, y ha sido puesta de manifiesto por no sólo por los juristas, sino analizada por los economistas. Decía Keneth Boulding —cuyo “Análisis Económico”<sup>3</sup> fue texto ineludible de consulta de una generación de estudiantes— “aunque en teoría los accionistas son propietarios de la sociedad anónima, como grupo rara vez desempeñan un papel activo en la administración de la organización..”. Mc Conell<sup>4</sup> expresa: “...en las grandes sociedades anónimas, donde la propiedad de acciones ordinarias está ampliamente difundida entre miles y decenas de miles de accionistas, se produce una separación fundamental entre la propiedad y el control...¿Cómo, pues, llegan a separarse la propiedad y el control? Las raíces de esta separación se encuentran en el letargo propio del accionista corriente...El peligro radica en el hecho de que no siempre son idénticos los intereses de los dos grupos...”<sup>5</sup>

Aún limitándonos a las sociedades cerradas, y hasta a las sociedades anónimas de familia, es evidente que la marcha de los negocios sociales depende en forma casi exclusiva de la buena o mala gestión de los directores; sólo que en estos últimos casos suelen confluir los caracteres de administradores y accionistas mayoritarios, lo que, por otra vía, envuelve un riesgo cierto de desprotección de los minoritarios, por la inexistencia de un mercado para sus acciones, en esas condiciones.

Este cúmulo de poderes del órgano de administración encierra el peligro de que se ocasionen daños a la sociedad, los accionistas y a acreedores. Por ello, los redactores de la ley 19.550 expresaron en la Exposición de Motivos que “el régimen de la responsabilidad civil —que es menester completar con normas represivas— constituye uno de los factores más importantes para asegurar una administración leal y prudente”.

Transcurridas más de dos décadas, soplan vientos de dirección distinta a los que corrían en los años sesenta y setenta, y no parece probable que se sancionen más normas penales que las escasas ya existentes.<sup>6</sup> Queda como

sustituye el art. 14 de las Normas, y autoriza la emisión de las llamadas “acciones de participación”.

<sup>3</sup> P. 371, novena edición española de la cuarta edición norteamericana, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1966.

<sup>4</sup> *Curso Básico de Economía* (Capítulo 8, pág. 155, Ed. Aguilar, adaptación a la 5ª edición norteamericana, 1973).

<sup>5</sup> Inclusive, la hipótesis de la maximización de los beneficios, propia de los textos clásicos o neoclásicos de economía, es complementada a los fines del análisis con otros supuestos, cuando existe una marcada separación entre la propiedad y administración; como ALPHA CHIANG en sus *Fundamentos de Economía Matemática*.

<sup>6</sup> Arts. 173. inc. 7º, 178, 180, 300 y 301 del Código Penal.

único factor disuasorio de conductas dolosas o negligentes, el régimen de la responsabilidad civil.

Para finalizar este introito, las reflexiones que formularé son aplicables, *mutatis mutandi*, a todos los tipos societarios, pero he puesto especial énfasis en la sociedad anónima, por ser estadísticamente la figura más empleada, aun para emprendimientos de poca monta: porque en ella la mayor complejidad y diferenciación de su órgano de administración comporta un peligro más claro abuso de los administradores, como en los hechos ha ocurrido; porque sus reglas, en lo atinente a la responsabilidad de los directores son aplicables a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 157, L.S.) cuando la gerencia es colegiada —es decir, cuando su administración asume cierta complejidad— y a la sociedad en comandita por acciones (art. 316) y porque en las sociedades de interés, la quiebra de la sociedad implica la quiebra de los socios con responsabilidad ilimitada (art. 160, ley 24.522; art. 164, ley 19.551), que son precisamente los administradores (art. 127, L.S.C.).

## 2. *Acción de responsabilidad societaria y acción de responsabilidad concursal*

La recientemente sancionada ley 24.522, que modifica sustancialmente el estatuto de la falencia, establece como único factor de atribución, para la procedencia de la acción concursal de responsabilidad, al dolo (art. 173).

Excede el propósito de esta ponencia formular las razones de mi disenso con ese aspecto de la reforma. Pretendo, en cambio encontrar soluciones legales al problema de evitar la desprotección de la sociedad y de sus acreedores, frente al obrar negligente del órgano de administración.

El esquema trazado por el ordenamiento societario subsiste. Los administradores, debiendo obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, responden no sólo por dolo, sino por el mal desempeño en su cargo (arts. 59 y, para las anónimas, 274 de la L.S.); y la demanda de responsabilidad social puede ser entablada por el síndico de la quiebra (art. 278, L.S.C., concordante con el art. 175 de la actual L.C.; anterior art. 168 de la ley 19.551). Esta última es una acción diferente a la regulada por la ley 24.522, con una causa fuente de la obligación de resarcir distinta y más amplia.

La disimilitud de ambas acciones conduce a preguntarse cuál es su plazo de prescripción, y desde cuándo se computa. En el marco de la acción de responsabilidad concursal, los acreedores están más o menos protegidos de una extinción prematura de la acción, por la circunstancia de que el *dies a quo* de la prescripción es la fecha de la sentencia de quiebra (art. 174, que reforma

al art. 166 de la ley 19.551).<sup>7</sup> Mas, ¿qué ocurre con la acción social de responsabilidad? ¿será admisible una solución distinta?

En todo de acuerdo con la opinión del clásico Halperín<sup>8</sup> y -para citar un jurista más reciente— Martorell,<sup>9</sup> entiendo que no cabe formular distinciones, por los siguientes motivos:

1) De entenderse lo contrario, gran parte del sistema resarcitorio diseñado por la ley de sociedades quedaría reducido a la inanidad cuando más necesaria resulta su efectiva aplicación, pues si la prescripción corriera contra la quiebra desde la fecha del hecho —o de las omisiones— el directorio culpable podría arbitrar los medios para esterilizar una eventual acción de responsabilidad de los acreedores -representados colectivamente por el síndico— dilatando la declaración de falencia, y “jugando” a la prescripción. Y aun si no fuera ése el propósito de los responsables, en los hechos podría ocurrir así, como efecto no querido de una quiebra indirecta, después del fracaso de un concurso preventivo prolongado en el tiempo.

2) El principio general es la inoponibilidad al concurso de las causales societarias de extinción de la responsabilidad. La forma típica de exoneración es “por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción...”; sin embargo, “...es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal” (art. 275 de la ley 19.550). Elementales reglas de hermenéutica conducen a concluir que si una renuncia expresa de la sociedad a ejercitar la acción de responsabilidad resulta inoponible a la masa de acreedores de la quiebra, a fortiori es así en los supuestos de renuncia tácita, o de simple inactividad, como la prescripción.

En las sociedades “cerradas” es común la identificación o la coincidencia de las personas de los directores con los propios accionistas mayoritarios o con todos los accionistas, quienes en tales casos obviamente se abstendrán de promover acciones sociales resarcitorias. ¿Significa que el síndico de la quiebra debe tener las manos atadas por la negligencia o la deliberada omisión de la sociedad, en procurar la reparación de los daños causados por sus directivos?

3) La acción social de responsabilidad, cuando es incoada por la sindicatura concursal, se ejerce en representación<sup>10</sup> y en exclusivo interés de la masa de acreedores.

<sup>7</sup> El art. 166 de la ley 19.551 fijaba como término inicial para el cómputo, el momento en que se encuentre firme la sentencia de quiebra, lo que tutelaba en forma más amplia a los acreedores.

<sup>8</sup> *Sociedades Anónimas*, p. 463. Ed. Depalma.

<sup>9</sup> *Los Directores de Sociedades Anónimas*, p. 424, Depalma.

<sup>10</sup> MAFFÍA (*Derecho Concursal*, t. I, pp. 52 y ss.) critica la calificación del síndico como “representante”, expresando que la competencia del síndico es originaria, y que

La figura de la "masa de acreedores" como ente distinto del fallido y de cada acreedor en particular, ha sido durante mucho tiempo aceptada por la doctrina<sup>11</sup> y hoy es cuestionada por calificados autores,<sup>12</sup> pero es indubitable que, al menos, debe reconocérsele carácter de sujeto procesal, pues de lo contrario nos hallaríamos frente a aporías insalvables, ya que no existiría por hipótesis, cuando el síndico promueve las pretensiones tendientes a la recomposición en especie o en dinero de la masa activa (acciones revocatoria concursal y de responsabilidad) un titular pretensor. En los casos que la sindicatura promueve la demanda resarcitoria contra los administradores, ¿quién es el titular del derecho que pone en pie de guerra la acción?

\* no lo es la sociedad fallida, pues lo que se obtenga como consecuencia del progreso de la acción de responsabilidad ingresará a la masa, distribuyéndose entre sus acreedores; y si por hipótesis concluyere la quiebra antes de la terminación del juicio contra los directores, recobraría todos sus efectos el eventual *quitus* acordado por la asamblea, al no subsistir el interés de los acreedores en el resarcimiento.<sup>13</sup>

\* no lo son los acreedores en particular —aunque la ejerza algún acreedor ante la omisión del síndico (art. 120, ley 24.522)— pues las sumas que ingresen beneficiarán por igual a todos los que conforman el pasivo verificado, aun a aquéllos cuyas acreencias hayan nacido con posterioridad a los hechos generadores de responsabilidad, y en consecuencia no se vieron perjudicados por el accionar doloso o negligente de los administradores.<sup>14</sup>

sus facultades provienen de la ley. A mi entender, no hay ninguna incompatibilidad lógica entre el origen legal de las atribuciones de la sindicatura, y la figura de la representación, que no es otra cosa que la imputación a la esfera de determinadas personas físicas o jurídicas, de los efectos de la actuación de otras personas físicas o jurídicas, en virtud de una convención o de la misma ley (como lo es el caso de la curatela; de la patria potestad; y en otro orden, de la representación del Estado por sus funcionarios constitucional y legalmente habilitados a tal efecto.

<sup>11</sup> GARCÍA MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ MADRID: *Concursos y Quiebras*, t. I., pp. 506-508 y los autores allí citados.

<sup>12</sup> MAFFÍA, Osvaldo: *Derecho Concursal*, t. I., pp. 82-91, Zavalía, 1985.

<sup>13</sup> Para la acción revocatoria concursal, por cuyas reglas se rigen las acciones de responsabilidad promovidas por el síndico (art. 176, *in fine*, ley 24.522), la doctrina es pacífica en que la conclusión de la quiebra priva de sustento al proceso, por falta de interés jurídico (MIQUEL, Juan Luis: *Retroacción en la quiebra*, pp. 97-99 y los autores allí citados).

<sup>14</sup> Los importes ingresados se distribuirán entre los acreedores, conforme a un proyecto de distribución "con arreglo a la verificación y graduación de los créditos" (art. 218, inc. 4º, ley 24.522; art. 214, ley 19.551), siendo irrelevante la fecha de origen de cada uno de los créditos.

La única explicación coherente con el concepto mismo de inoponibilidad —que supone un tercero ajeno a los actos inoponibles— es aceptar el carácter de sujeto autónomo de la masa de acreedores al efecto del ejercicio de la pretensión. Y como tal, su partida de nacimiento es la declaración de quiebra, pues la acción social-concursal de responsabilidad<sup>15</sup> tiene como presupuesto precisamente dicho estado.

Pues bien, si la masa nace con la declaración de quiebra, antes no puede correr ningún plazo de prescripción, por aquel viejo apotegma de que “*actio non nata non prescribitur*”. Aceptar cualquier otra cosa comportaría la posibilidad de que una acción haya prescrito para la masa, antes de que se constituya, y transgredir las sanas reglas de interpretación, que nos dicen:

\* la exégesis de las normas legales debe ser en extremo cautelosa, cuando de la interpretación pueda derivarse la pérdida de un derecho.<sup>16</sup> Añado: con mayor razón, no puede admitirse que la extinción para la masa del derecho a obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la sociedad, sea insusceptible de evitarse, lo que ocurriría de entenderse que la prescripción corre antes de la declaración de quiebra.

\* la inconsecuencia no se supone en el legislador, y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.<sup>17</sup>

Sería inconsecuente que la ley de sociedades reconozca la inoponibilidad a la quiebra de la renuncia expresa a la acción, pero no de la renuncia tácita o de la simple omisión, pues en tal caso la impunidad, cuyas puertas se quisieron cerrar, estaría entrando por la ventana.

<sup>15</sup> “Acción social subrogatoria concursal” la denomina el maestro OTAEGUI, Julio Cesar (*Administración Societaria*, p. 395, Abaco, 1979); denominación con la que no estoy de acuerdo, pues cuando hay subrogación el subrogado no tiene mayores derechos que el subrogante y le resultan oponibles los actos jurídicos realizados por éste, a diferencia del supuesto en análisis.

<sup>16</sup> CSJN *in re* “Romero, Romualdo c/ Banco Hipotecario Nacional”, LL, 1987-D, 766, n° 532, entre muchos otros precedentes.

<sup>17</sup> CSJN, “Rieffolo Basilotta, Fausto”, sent. del 5 de Febrero de 1987, publ. en LL, 1987-D, p. 719, n° 214; ídem, *Fallos*, 306:721, 307:518 y 993 -LL, 1985-C, 630; 1985-D, 500; etc.