

CONCOMITANCIA O CONVERGENCIA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIAS EN EL PROCESO CONCURSAL. EL DERECHO COMÚN Y SU IMPLICANCIA EN LA CUESTIÓN

POR GABRIELA FERNANDA BOQUIN

Ponencia

1. La quiebra es el punto de partida para la promoción de acciones de responsabilidad de toda clase: societarias, típicamente concursales o aun fundadas en el derecho común.

2. En el proceso falencial convergen todo tipo de acciones de responsabilidad. Esta apreciación permite superar las vallas procesales que impiden el inicio de las acciones típicamente concursales, pues aquellas que se promuevan fundadas en el derecho societario no requieren de la autorización de los acreedores previstas en el artículo 119, ampliándose las posibles conductas reprochables atento el distinto factor de atribución previsto.

3. El factor de atribución dolo debe ser interpretado conforme las diversas acepciones contenidas en el Código Civil.

Introducción

Cuando en el ejercicio de la actividad comercial se introduce mediante la administración societaria un elemento de riesgo potencial como es la continuación de las actividades comerciales encontrándose ya instalado el estado de cesación de pagos, sin acudir a los remedios legales como es el concurso preventivo o el APE debe existir un responsable de las consecuencias dañosas que la actuación antifuncional en este sentido genere a los acreedores involucrados y sorprendidos en su buena fe.

En este sentido, la responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como “calificada”, ya que el artículo 59 LSC exige un obrar propio conforme la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta responsabilidad calificada quedará entonces encuadrada en los parámetros del artículo 902 Código Civil que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.

¿Y cuál es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa genera responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas que fueran producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el 506 del Código Civil apreciando que esta concepción de dolo es la que debe ser tenida en cuenta a los fines de corroborar el factor de atribución en las acciones de responsabilidad típicamente concursales. El administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones.

La convergencia anunciada: fundamentos

Desde ya aclaro que si bien la norma 278 de la Ley 19.550 y el artículo 175 de la Ley 24.522 parecen idénticos, no lo son, pues el artículo 278 de la ley societaria prevé la continuación e inicio de la acción de responsabilidad contra administradores en el ámbito falencial, siendo en cambio la norma en la Ley de Quiebras mucho más amplia, pues regula el ejercicio de cualquier acción societaria ejercida en el proceso concursal sea el sujeto legitimado pasivo tanto un administrador como un socio, un síndico o un liquidador.

Más allá de estas, la ley falimentaria contiene en su artículo 173 la regulación de la acción típicamente concursal, con conductas reprochables y factores de atribución diferenciados respecto de la Ley de Sociedades. La diferencia entre ellas, que por cierto no es menor, ya que las concursales repararán los daños ocasionados por haber permitido, facilitado, agravado o provocado el estado de cesación de pagos, y se circunscribirán sólo a ese perjuicio causado debiendo las conductas reprochables

mantener un nexo causal con la insolvencia de la fallida mientras que las societarias buscarán la reparación integral respecto del daño ocasionado a la sociedad fallida por el mal desempeño del cargo, o la violación que el administrador haga del estatuto reglamento o por cualquier otro que derivase del dolo el abuso de sus facultades o la culpa grave.

Ahora bien, considerando la naturaleza de la acción preceptuada en el artículo 175 la caracterizaré como "social" y preferiré la mención que hace la Ley de Concursos en referencia a la persona del "síndico" en lugar del "representante del concurso" que formula el actual 278 de la Ley 19.550.

Al ser una acción de naturaleza distinta a la regulada por el artículo 173 aprecio que no se requiere para su inicio la autorización de los acreedores concursales cuando dicha acción social fue votada por la asamblea de accionistas, o resulta proveniente de sentencia que declara la responsabilidad de los administradores (el supuesto puede constituir el caso normado por el artículo 254 LS), menos aún para el caso que la acción estuviese iniciada y el síndico decidiera hacerse parte coadyuvante. La remisión efectuada por la última parte del 176 solo lo es a los efectos pertinentes y es claro que no se precisa la conformidad de ningún acreedor cuando la acción ya fue votada por los accionistas en Asamblea.

De la interpretación conjunta de ambas normas, en caso de falencia el síndico podrá optar por hacerse parte coadyuvante de los procesos en trámite, o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que correspondan al concurso por separado. Recordemos que si la acción social fue iniciada por la sociedad, el síndico se convierte en parte por la pérdida de la legitimación procesal que produce la quiebra respecto del ente fallido; en cambio, si la acción social fue iniciada por un accionista en los casos del artículo 276 *in fine* o artículo 277, el síndico podrá optar por ser parte coadyuvante o no.

Ahora bien, y a los fines de la aplicación del artículo 175 inciso 2° de la Ley 24.522, es obvio que la acción social de responsabilidad no debe haber sido promovido por la sociedad sino por los accionistas, pues en este caso, el síndico debe directamente asumir la legitimación activa en la misma atento los efectos del desapoderamiento previsto por el artículo 109 de la Ley 24.522.

La autorización para la acción de responsabilidad concursal y las acciones de ineficacia resulta de un régimen sumamente especial que no debe extenderse por analogía. En el caso de las

acciones de responsabilidad propiamente concursales el artículo 174 de la Ley de Concursos y Quiebras, expresamente se pronuncia requiriendo la mentada autorización, requisito que no es reproducido en el artículo 175 y menos aun por el 278 comentado.

En este sentido, debe tenerse presente que el principio general que rige las acciones que debe y puede iniciar el síndico está contenido en el artículo 182 del régimen falencial, el cual no prevé conformidad alguna de los acreedores como recaudo esencial a los fines de su legitimación activa.

A lo expuesto se suma como una expresión más que sirve para fundamentar la innecesaridad de la autorización, los casos en los cuales la acción social fue votada por la asamblea de accionistas, o resulta proveniente de sentencia que declara la responsabilidad de los administradores (el supuesto puede constituir el caso normado por el artículo 254 LS), pues resultaría inverosímil que habiendo la asamblea o un juez discurrido sobre la posibilidad de su inicio, la mayoría de acreedores quirografarios pudiesen resolver algo en contrario.

Menos aún podría pensarse en requerir la mentada autorización en los caso que la acción estuviese iniciada y el síndico decidiera hacerse parte coadyuvante.

La remisión efectuada por la última parte del 176 sólo lo es a los efectos pertinentes tales como que el plazo de perención de instancia es de 6 meses o que la acción no está sometida a tributo previo, sin perjuicio del pago por quien resulte vencido, siendo en su caso la tasa considerada como gasto de conservación y justicia. Es claro, por ende que no se precisa la conformidad de ningún acreedor.

Argumentos respecto de la conducta reprochada

La Ley 24.522 modificó las acciones de responsabilidad que pueden articularse en la quiebra contra quienes han producido, facilitado, permitido o agravado el estado de cesación de pagos del deudor. El texto del artículo 173 formula una referencia concreta a la responsabilidad de quienes han sido actores (entre ellos los administradores de la fallida) de conductas productoras de la insolvencia como así también de aquellas tendientes a disminuir la responsabilidad patrimonial del deudor.

La reforma, quizás más cuestionable, fue la referida al factor de atribución de responsabilidad. Hoy sólo lo es el dolo y ya no

la "infracción a normas inderogables de la ley" como lo sancionaba la norma antecesora.

Ante la carencia de previsión concursal la exégesis se hará conforme la acepción del dolo civil¹, implicando por ende la intencionalidad plena del sujeto pasivo de la acción con representación consciente y querida del resultado.

En nuestro derecho la palabra dolo tiene tres significados²: 1) designa la intención de cometer un daño. Es el elemento que caracteriza al delito civil, y que permite distinguirlo del cuasi delito (supuesto en que el agente obra con culpa o negligencia), 2) es un vicio de los actos jurídicos que consistiría en la acción de un sujeto que provoca error en el otro (artículos 931 y 933 Código Civil), 3) representa el incumplimiento deliberado e intencional de una obligación contraída (artículo 506 Código Civil), en el caso las previstas en el artículo 59 de la Ley de Sociedades (LS). Sin temor a equivocarme elegiré para las acciones en comentario esta última acepción, pues más que la intención de dañar debe resaltarse la circunstancia del incumplimiento de la conducta exigida a todo administrador societario, ello sin perjuicio de reconocer que para la mayoría de la doctrina civilista todas las definiciones tienen un elemento común: el autor del hecho tiene conciencia de la ilicitud de la acción. Por ello en el ámbito del derecho civil (aunque no de manera unánime) se descarta el dolo eventual a los efectos de imputar responsabilidad cuando este factor de conducta es exigible frente al acaecimiento de un delito civil. Entendemos como dolo eventual, cuando el sujeto no tiene la voluntad de dañar, pero no descarta que ello pueda ocurrir, no obstante lo cual sigue adelante.

Con este nuevo esquema normativo a partir de 1995 la Jurisprudencia se fue apartando de la interpretación que se había logrado a través de fallos trascendentes en la materia como "Phonotone SRL sobre quiebra. Responsabilidad de terceros"³, donde se consideró que el incumplimiento del artículo 59 de la Ley de Sociedades era una norma inderogable que consagraba una estándar de conducta de alto contenido moral requerido a los administradores sociales que estaba destinado a la protección

¹ Cfr. Moro, Carlos Emilio. "Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra. Ponencia presentada en *II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Tomo II, 2000, ps. 637/664.

² Según adecuada interpretación que hiciera Claudio M. Kiper en *Procesos de daños*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 102.

³ C. N. Com., Sala D, 10 de septiembre de 1992, *La Ley*, T 1993-B, p. 280.

de los terceros que contrataban con la sociedad deudora. Esta elucidación fue bien recibida entonces por los doctrinarios que consideraban que la misma implicaba una adecuada axiología en la interpretación de la ley concursal⁴.

Teniendo en cuenta dicho precedente podemos decir que la modificación fue profunda. No olvidemos que, según la concepción societarista, la infracción a la pauta del artículo 59 LS puede darse tanto por una conducta culposa como fraudulenta o dolosa.

Es por ello que apenas operada la reforma los autores consideraron que la definición del factor de atribución, exclusivamente a título doloso implicaba una "irresponsabilización" que no se correspondería con el actual derecho de daños que privilegia tutelar los intereses de la víctima y buscar reparar la injusticia del evento dañoso⁵.

La Jurisprudencia más cercana en el tiempo a la sanción de la Ley 24. 522 fue fatal y el rechazo de las acciones de responsabilidad era casi la regla⁶.

Las dificultades probatorias en estos tipos de procesos⁷, han llevado a que las tendencias fluctúen a lo largo del tiempo y se debatan entre privilegiar a una de las partes más que a otras, dificultando a las acciones de responsabilidad o interpretando las pruebas con mayor flexibilidad.

Tengamos presente que en el proceso civil, respecto del dolo, la carga probatoria será a cargo de la parte que lo invoca, pues a diferencia de la culpa, no hay casos de presunción de dolo⁸.

⁴ Martorell, Ernesto. "Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad", *La Ley* 1993-B, p. 279.

⁵ Junyent Bas, Francisco. "Responsabilidad de terceros en la quiebra". Ponencia presentada en *II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Tomo II, 2000, ps. 511/ 519.

⁶ Véase a modo de ejemplo C. N. Com., Sala B, 26 de diciembre de 1997, "Cía Azucarera del Norte sobre quiebra sobre incidente de acción de responsabilidad"; C. N. Com., Sala C, 4 de agosto de 1999, "Catua S.A. sobre quiebra contra Bolo Fernando H. sobre Ordinario".

⁷ C. N. Com., Sala C, 30 de junio de 1998, "Furbia S.A. y otra contra Carlo Jorge Raúl y Otra sobre acción de responsabilidad": "... Para que cobre operatividad la norma que sanciona el obrar ilícito de los representantes de la quiebra, debe acreditarse el dolo específico y concreto en el obrar de éstos, no siendo suficientes a tales fines la presunción de fraude que pueda derivarse de la no presentación de los libros o documentación contable o la falta de activo".

⁸ Kiper, Claudio M. *Proceso de daños*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 103.

Puede valerse de cualquier medio probatorio incluso la prueba indirecta para acreditar su existencia pero se considera restrictivamente la prueba de las presunciones a tales fines.

Esta restricción no debería ser aplicada en forma estricta en los procesos concursales cuando de acciones de responsabilidad societarias se trata.

Así, sobre la base de la presunción de responsabilidad de los sindicatos legalmente como obligados a responder (administradores) que generaría la violación lisa y llana del parámetro de conducta establecido en el artículo 59 LS, la situación de la víctima (en el caso de estas acciones: los acreedores) se facilita notablemente. En estos casos la promoción de la respectiva demanda opera como un hecho “cuasi constitutivo” del proceso que conlleva a que el administrador legitimado pasivo deba asumir un rol activo en el juicio para acreditar la concurrencia de eximentes, siendo su postura procesal pasiva (como la rebeldía, el silencio las respuestas evasivas) una circunstancia que debe perjudicarlo más que beneficiarlo, teniendo además en cuenta la doctrina moderna procesal que defiende la carga dinámica de la prueba⁹. Por supuesto que una circunstancia esencial a los fines de acreditar la responsabilidad es la demostración indubitable de la participación del director o administrador en el hecho dañoso, pues lo que sí nos resulta claro es que la conducta omisiva o negligente no es la castigada por la letra de la Ley 24.522.

El fallo “Harsin S.A. sobre quiebra contra Ho Sheng Hsiung y otro sobre ordinario”¹⁰, y más recientemente el caso “Vanguardia Seguridad Integral SRL”¹¹, es una clara muestra de que la desaparición del activo junto con la falta de libros o explicaciones de los administradores resulta suficiente prueba para presumir *iuris tantum* el dolo de los administradores.

En la sociedad regularmente constituida, llevar libros no es una carga propia del comerciante individual, sino una obligación

⁹ Ver al respecto Juzgado en lo civil y comercial de Córdoba n. 5, 29ª Nominação, 9 de septiembre de 2005, “Sindicatura en Eddicom contra Rossetto Eduardo J. y otro sobre acción ordinaria de responsabilidad” donde se dice “... Si bien el extravío de libros y registros contables no constituye, por su entidad, un acto que genere perjuicio al patrimonio social de la fallida, cabe presumir su accionar enderezado intencionalmente a detraer bienes con el fin de perjudicar a los acreedores sociales si el director observó una conducta procesal maliciosa y no se arrimó prueba de signo contrario”.

¹⁰ C. N. Com., Sala A, 21 de julio de 2006.

¹¹ C. N. Com., Sala E, 16 de marzo de 2010, publicado en *La Ley Online*, cita AR/JUR/12941/2010.

de haber adoptado una estructura societaria personificada. La administración promiscua no es una conducta inocente y menos aún la confección de balances con datos que buscan generar una apariencia de solvencia inexistente. El abultamiento de los rubros del activo no puede quedar como una gestión impune.

La desaparición de los activos, salvo prueba en contrario, implica una actividad dolosa, conforme lo planteara en otra ponencia presentada en este Congreso, y no cabe imputarle el dolo a otras personas que a sus custodios, o sea los administradores. Sería ilógico cargar al síndico o a los acreedores con la obligación de probar la intención de dañar, cuando los administradores no presentan libros o acreditan el destino que dieron a los bienes que habiendo estado bajo su custodia no fueron entregados al síndico. Es claro que la interpretación del “dolo” realizada por los magistrados en el caso se relaciona con la apreciación del incumplimiento a una obligación que le era exigible a los administradores: el cuidado del activo de la sociedad administrada.

Para concluir sobre la cuestión y simplificando las ideas hasta aquí vertidas considero que la desaparición de activos de la fallida debe resultar una presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo en el actuar de los administradores sociales, más aún cuando ello va acompañado de la desaparición de documentación y los mismos no brindan explicaciones justificativas válidas de dicha desaparición.

Con esa conducta impropia los administradores –y quizá los socios– la sociedad y su actividad se transforman en una cosa riesgosa que, operando ilícitamente en el mercado, dejarán víctimas de sus vínculos que no verán jamás un céntimo en relación con sus créditos insatisfechos.

Conclusiones

Debemos apreciar que el pilar básico contenido en el artículo 1109¹² del Código Civil considera como principio esencial el apotegma “el que daña repara” y este es el faro a considerar al momento de resolver una acción de recomposición patrimonial.

¹² El texto del artículo 1109 del Código Civil, en su parte pertinente, reza así: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”

Y habrá daño cuando, conforme el artículo 1068 del Código Civil, haya perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

Luego dentro de los artículos que aprecian en la Ley de Sociedades la posibilidad de adjudicar responsabilidad por obligaciones contraídas por la sociedad, debe analizarse el artículo 54 ter que considera responsables por la imputación que se hace de la conducta social a los socios y controlantes, ya sea internos o externos de hecho o de derecho, los cuales pueden ser administradores de la fallida, y aun el artículo 54 primer párrafo que tiene como objeto la responsabilización, más allá de la inoponibilidad de la persona jurídica dañada.

Para responsabilizar a los administradores tenemos que la normativa concursal no está sola, ni resulta un obstáculo para aplicar la normativa societaria y aún la fundante de nuestro derecho patrimonial, pues si bien los artículos 59, 157, 274, 279 LS reconocen un patrón de conducta y causales de imputabilidad tales como mal desempeño del cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa graves, dichas conductas deben ser apreciadas bajo la lupa del principio general del derecho¹³ emanado del artículo 902 del Código Civil¹⁴, siendo por ende una responsabilidad claramente “calificada”. Como correlato de lo expuesto debe también tenerse en cuenta la noción de culpa expresada en el artículo 512 del Código Civil¹⁵.

La interpretación integral de todas las normas expuestas no dejan lugar a dudas de que, ante el vaciamiento o transviamiento empresario, frente a una sociedad infracapitalizada, controlada externa o internamente en forma abusiva, ante un estado de cesación de pagos que instalado es disimulado y no

¹³ En la nota a la sección segunda del Libro primero del Código Civil que regula a los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia, o extinción de los derechos y obligaciones, Vélez aprecia que en la misma se ven generalizados los más importantes principios del derecho.

¹⁴ Texto del artículo 902 del Código Civil: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

¹⁵ Texto 512 Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

tomándose medidas adecuadas para sanearlo, todo ello a los fines de defraudar a los posibles acreedores, la solución no puede ser otra que la responsabilización de los socios y/o controlantes, y/o administradores que hicieron posible la materialización de dicho fraude, respondiéndose en todos los casos por el daño y perjuicio causado.