

CUMPLE O EXPLICA

“Factor de atribución de responsabilidad de los administradores societarios frente a situaciones de crisis que convergen en un estado de insolvencia transnacional”

POR FEDERICO JUAN MANUEL MANGOLD MORO¹

Abstract

La determinación de los alcances de la responsabilidad de los administradores societarios deviene necesariamente objetiva en razón del profesionalismo que ostentan –la contraprestación subsecuente– y la libertad que gozan a la hora de escoger –con cierto e incremental grado de autoritarismo– las respectivas políticas contables –y financieras– que plasmarán, por lo ordinario, anualmente, el resultado de las “cuentas” de la compañía. La disociación –inevitable, en la corporación de la época– respecto de la titularidad del patrimonio social (necesariamente atomizado en las sociedades que cotizan) y quienes han sido “instituidos” –en orden a sus aptitudes, aparentes o no– para su gobierno, destaca y fundamenta –entre otras tantas², pero fundamentalmente– la premisa “*cumple o explica*”. En esencia,

¹ Abogado. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del C.P.A.C.A.B.A.-I.A.D.C.-U.N.A.-F.E.I.E.I. fjm1mm@yahoo.com.ar | Jerónimo Salguero 1230 (C1177AEX), Buenos Aires, Argentina (5411-4864-7786).

² Por caso: *wrongful trading* –Insolvency Act Inglesa, sección 214–; *La’ Action en comblement de passif* –Code de Commerce Francés, artículo 1.651-2–; *Sarbanes Oxley* –sección 404/PCAOB–; España –artículos 262(5) y 105(5), *Ley de Sociedades Anónimas* y *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, respectivamente–; “Recomendación de la Comisión de elaborar un marco normativo europeo sobre la negligencia sancionable”; en similar sentido: *kennen müssen* n° 122 del Código Civil Alemán (BGB); artículo 26 del Código Suizo de las Obligaciones; n° 871 del Código Civil Austríaco (ABGB); artículo 1431 del *Codice Civile Italiano*; entre otros.

la responsabilidad supone en términos de presupuesto, “... una regulación del error en que la regla general es el principio de tutela del consentimiento...”. Los accionistas –exclusivamente– necesitan “confiar” en la dirección, como en todo “negocio”; ello deviene imperioso y hasta esperable. Los directivos de las corporaciones, naturalmente en calidad no exclusiva, son designados para tal cometido atento su probidad para el cargo –inicialmente potencial, luego codiciable–, hecho que conlleva un elevado grado de certidumbre por parte de los “poderdantes” (asamblea, directorio, etc.). El error, circunstanciado a un actuar carente de diligencia, debería tildarse inadmisibles en este entorno (relación de organización, no de cambio) y enervar –consecuentemente y diríamos, de suyo– las acciones propias del resarcimiento, con responde ilimitado del propio patrimonio del administrador comprometido, no necesariamente subsidiario, en materia de insolvencia que, entendida culpable por decisión fundada, importará asimismo la inhabilitación temporal para representar y/o administrar bienes ajenos. Abrigamos la esperanza de una adecuación legislativa y su armonización consiguiente en este contexto, en atención a la “transnacionalidad” de los intereses comprometidos y la incidencia favorable que ello importa para repotenciar los erosionados mercados de capitales. En este esquema se enmarcan, prácticamente de manera uniforme, las disposiciones emanadas de las diferentes regulaciones en la materia³, luego de haber padecido –el derecho comparado en su conjunto, los accionistas

³ Por todos véase: (i) *Directiva 2006/43/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de mayo de 2006 relativa a la Auditoría Legal de las Cuentas Anuales y de las Cuentas Consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DO L/2006/157) y la *Adición a la Directiva 78/660/CEE “Sección 10 bis. Responsabilidad respecto a las cuentas y a la memoria anuales”*; (ii) “*Reflexiones*” de la *Exposición de Motivos al Proyecto de Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea-Un plan para avanzar*, 2 de marzo de 2004, ps. 12, 13 y siguientes y (iii) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE relativas a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad y a las cuentas consolidadas*, Bruselas, 27 de octubre de 2004 (COM/2004/25 final); (iv) GIL, Jorge M. “La representación de la realidad en los estado contables”; *ERREPAR; Profesional & Empresaria “D&G”*, Buenos Aires; mayo de 2008; Tomo IX, n° 104; p. 534 y siguientes; entre otros.

e inversores en particular y los mercados en general—sonados casos de fraude, por todos nosotros conocidos⁴.

⁴ Para un estudio pormenorizado de la tesis que postulamos y sin perjuicio del desarrollo *in extenso* referido en nota 1, puede verse, entre otros y fundamentalmente: GREENSPAN, Alan; *La era de las turbulencias. Aventuras en un nuevo mundo*; Ediciones B, No ficción, Crónica, Buenos Aires, 2008, páginas 484 y siguientes; VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “El tratamiento de las remuneraciones de los consejeros y altos directivos en el Proyecto de Código Unificado de buen gobierno español” y GAGLIARDO, Mariano; “La sociedad transnacional”; ambos en *RDCO*; n° 219, Buenos Aires; p. 175 y ss. y 165 y ss., respectivamente; POLO, Eduardo; “La Unión Europea y la responsabilidad de los administradores”; *Foro de Derecho Mercantil* n° 13, octubre/diciembre de 2006; Bogotá, Colombia; p. 21 y ss.; DE VERDA y BEAMONTE, José; “Error, responsabilidad y confianza en el derecho comparado europeo”, *Foro de Derecho Mercantil* n° 14, enero/marzo de 2007; Bogotá, Colombia; p. 31 y ss.; EHMANN, Horst & SUTSCHET, Holger, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Ed. Universidad Externado, Colombia, 2006; STIGLITZ, Gabriel A. *La responsabilidad civil, nuevas formas y perspectivas*, Ed. La Ley; Buenos Aires, 1994; FRICK, Pablo D. “Apuntes sobre la necesidad de regular la responsabilidad penal de los administradores societarios” y; ESCUTI, Ignacio A. “Qué es y qué debe ser el derecho concursal: las reformas permanentes y las pendientes conforme un evento científico”; ambos en *RDCO* n° 226, Buenos Aires, ps. 453 y ss. y 435 y ss., respectivamente; RICHARD, Efraín Hugo. “Derecho concursal comparado: sobre cambios y cuestiones controvertidas. Apreciaciones preliminares” y RUIZ, Sergio Gabriel. “Insolvencia transfronteriza en Latinoamérica: algunos casos paradigmáticos”; ambos en *RDCO* n° 223, Buenos Aires, p. 361 y ss. y 469 y ss., respectivamente.; GARCIA PI, Higinio & ISCAR de HOYOS, Javier. “La responsabilidad personal de los administradores de las sociedades mercantiles”; *Siempre Legal* n° 86; enero-febrero de 2007; p. 86 y ss.; AYHAN KOSE, M; PRASAD, Eswar & ROGOFF, Kenneth. “Globalización financiera: mas allá de la culpabilización”; *Finanzas y Desarrollo*; marzo de 2007; Volumen 44, número 1-Ed. FMI, p. 8 y ss.; ACCIARI, Hugo A. (Coordinador). “Derecho y economía”; *Jurisprudencia Argentina*, 2008, 1 Número especial, Buenos Aires, 19 de marzo de 2008; MONTAGNA, Gastón Alejandro. “Europa y su visión actual de la quiebra”; *ED*; 15 de abril de 2008; Buenos Aires, N° 11.988, p. 1 y ss.; RICHARD, Efraín H. “Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades”; en *XIV Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires* con el tema de la convocatoria “*El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*”; Buenos Aires; 25 y 26 de octubre de 2001; BOU, Agustín. “Responsabilidad de los administradores según la ley concursal española”; [en línea] Disponible en: http://www.jausaslegal.com/resources/doc/articles_es_Responsabilidad_adm_CICAC_09-06.pdf; COM (2004) 611 final; “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la prevención y la lucha contra las prácticas irregulares empresariales y financieras”; Bruselas 27 de septiembre de 2004 (52004D0611); TOGAS.BIZ. “Responsabilidad de los administradores - Solución = información”; [en línea] Disponible en: <http://www.togas.biz/articulospreprint/?category=societario>; JURÍDICA FINANCIERA CARRAU CORPORATION. “La ley concursal; su incidencia en el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima (S.A.) y de responsabilidad limitada (S.R.L.)”; [en línea] Disponible en: <http://www.cano.com>; CANO, Miguel Antonio & CASTRO, René Mauricio. “Responsabilidad del gobierno corporativo en el caso Parmalat”; [en línea] Disponible en: <http://www.actualicese.com/actualidad/2004/03/02/04024>; diversos artículos periodísticos relativos a los casos: Barings; Parmalat; ENRON; Société Générale; entre otros.