

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR ACTUAR EN ESTADO DE INSOLVENCIA. BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS

María Guadalupe Villagrán

Sumario

1. Presentación del tema. 2. La insolvencia patrimonial y la responsabilidad de los administradores. 3. Quién debe soportar el riesgo empresario. 4. Bienes jurídicos tutelados. 5. Notas.

1. Presentación del tema

El análisis del régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores de sociedades y su aplicación en la práctica, no puede ser aislado de todo el ordenamiento jurídico y del régimen general del derecho de daños.

Por este motivo y porque actualmente el derecho a la reparación de los daños injustamente sufridos tiene rango constitucional⁽¹⁾, es

(1) Kemelmajer de Carlucci, Aída, Versión corregida por la autora de su exposición en las Jornadas "Homenaje al 150° Aniversario de la Constitución Nacional", que se desarrolló el 14 de agosto de 2003 en el Salón Auditorio del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. "Comenzamos, pues, a pensar que la Constitución también tiene primacía en ciertos temas que antes reservábamos al nivel de la legalidad. Ahora nos damos cuenta que desde la legalidad, suben al orden constitucional. Concomitantemente, advertimos que esa visión tradicional en la cual a la Constitución sólo le interesan las relaciones Estado-Individuo, se amplía a las relaciones horizontales. Es decir, a aquellas que se trazan de particular a particular... Si las garantías constitucionales también tienen efectos horizontales, los instrumentos procesales que protegen

incorrecto sostener que el instituto de la limitación de la responsabilidad en las sociedades, deba ser mantenido, a costa de volver inviables los legítimos reclamos de los acreedores sociales, que sufren perjuicios por el actuar de la sociedad en estado de insolvencia.

Ello no significa que deba convalidarse la teoría que viene abriéndose paso en los tribunales del trabajo, sobre la aplicación, a estos supuestos, del art. 54 de la L.S.C.⁽²⁾ Sin embargo, es necesario evaluar como operan en la práctica las soluciones legales previstas por el ordenamiento societario, especialmente las normas sobre responsabilidad de los administradores, por los daños causados a acreedores, analizando si son una respuesta viable para quienes

esas garantías también deben estar al servicio de las garantías individuales que los particulares tienen unos frente a los otros... Qué más encontramos en la Constitución en el campo de la reparación de daños? Lo primero que hay que preguntarse es si el principio *alterum non ledere* está implícitamente contenido en la Constitución. La cuestión es: ¿“No dañar a otro” es un principio de rango constitucional?... En Argentina, la Corte Federal respondió positivamente en el famoso caso “Santa Coloma c/ Ferrocarriles”. El Tribunal dijo expresamente que el principio constitucional de no dañar a otro tiene rango constitucional y fundó su aserto en la siguiente razón: la afirmación preserva la seguridad jurídica, porque puedo tener muchos derechos, pero si otro los ataca y no está insito en el ordenamiento que quien sufre el daño debe ser reparado, esos derechos no están asegurados y, consecuentemente, no son tales. ¿Qué es la seguridad jurídica? Es la garantía de que la violación de un derecho tendrá respuesta por parte del Estado. Si esa respuesta no existe, si la violación del derecho no genera reacción del ordenamiento jurídico, quiere decir que no hay seguridad. La reparación del daño es la consecuencia de la violación de un derecho amparado. Por eso, reparando se asegura el derecho de propiedad (entendido éste en el sentido amplio que la Corte da al derecho de propiedad). La reparación es también la respuesta al valor justicia y, en términos más modernos, el respeto a los derechos humanos. En este verdadero *leading case*, la Corte también invocó la existencia de un fondo “común” legislativo: un principio existente en todos los países que pertenecen a la misma cultura jurídica que impone que un daño ilegítimamente causado sea reparado.

(2) CNCom., Sala C, 22-12-98, *in re* “Simancas, María Angélica c/ Crosby, Ronad Kenneth y otro s/ Sumario”, citado por Ferrer, Germán Luis en “La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo ‘en negro’ a propósito del caso Duquelsy y sus comentarios”, en RDPyC, 2000-1, p. 206.

sufren los perjuicios patrimoniales por el actuar de la sociedad en estado de insolvencia.

A la luz de la teoría que sostiene que el derecho a la reparación, tiene rango constitucional, no parece posible seguir afirmando que *“cuando el orden jurídico reconoce una institución y le atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que puede resultar de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de ellas se haga”*⁽³⁾.

De lo contrario y ante la imposibilidad de los acreedores de obtener una reparación por el perjuicio sufrido, no se hace otra cosa que legitimar la reacción de la justicia laboral.

En esta problemática existen, a mi criterio, tres bienes jurídicos susceptibles de protección. Por un lado, la sociedad como institución del derecho, que permite limitar la responsabilidad y a la que se imputan las consecuencias de la actuación de sus administradores.

En segundo término, el patrimonio de los acreedores y terceros que, a la luz de los principios constitucionales, en caso de sufrir un daño, tienen derecho a una reparación integral.

Finalmente, el correcto funcionamiento del mercado, que será garantizado en la medida en que se fomenten conductas diligentes en los administradores y se desalienten las decisiones que impliquen operar en estado de insolvencia, utilizando las formas sociales, en perjuicio de los derechos de terceros.

2. La insolvencia patrimonial y la responsabilidad de los administradores

En nuestro medio, a diario presenciamos el uso desviado que se hace de la figura de la sociedad comercial y la penosa situación de acreedores que demandan a sociedades e incluso obtienen sentencia favorable, pero cuanto pretenden cobrar su crédito, se encuentran con que su deudora es totalmente insolvente y no tiene bien alguno en su patrimonio, para responder por sus deudas.

(3) “Delgadillo Linares Adela c/ Shatell S.A. y otros s/ Despido”, CNT, Sala III, 11/04/97. “Duquelsy Silvia c/ Fuar S.A. y otro”, CNTrab., Sala III, 19-2-98, entre otros.

Tanto el vaciamiento de sociedades comerciales, como la costumbre negligente de continuar operando en el mercado en estado de insolvencia, sin recurrir a tiempo al concurso preventivo y sin prevenir las consecuencias dañosas que se generen, se han vuelto moneda corriente. Lamentablemente quienes llevan adelante estos actos dañosos, en la práctica, no sufren condena de ningún tipo.

Es claro que en estos casos, el fin de las normas ha sido burlado y se asiste a un verdadero abuso de derecho, pues los terceros deben afrontar laberintos legales y costosos procesos, sin garantía alguna de obtener finalmente el cobro de su crédito, mientras quienes perpetran maniobras dolosas o actúan con negligencia evidente, permanecen impunes, con su patrimonio a salvo, probablemente a nombre de un tercero.

Cabe citar lo dicho por Junyent Bas, quien sostiene que *“existe una vinculación necesaria entre el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la función de garantía que cumple el capital social, sobre el cual los administradores deben respetar la normativa que tiende a la intangibilidad de dicho capital, pues tal beneficio tiene sentido cuando el ente cuenta con un capital suficiente para satisfacer sus obligaciones”*⁽⁴⁾.

Richard sostiene que el fenómeno patrimonial de la insolvencia de las sociedades, no implica la declaración de falencia. Postula la necesidad de que los administradores “adopten las medidas conducentes a solucionar la situación patrimonial de insolvencia de la sociedad o recurran rápidamente a las soluciones concursales... Es que no podemos conformarnos en la idea de que cuando se piensa en las acciones previstas por el art. 173 de la ley 24.522 es porque se agotó la posibilidad de cobro a través del patrimonio concursado y aparecen conductas dolosas que pudieron ser prevenidas”.

El autor citado en último término formula entonces que los acreedores sociales, para promover acciones individuales de responsabilidad, deben acreditar haber sufrido daño, que sea consecuencia del accionar de administradores sociales y que éstos

(4) Junyent Bas, Francisco, “Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral - Apuntes a los fallos Delgadillo Linares y Duquelsy”, Revista de Derecho Privado y Comunitario – 2000-1. Sociedades Anónimas, Rubinzal Culzoni.

hubieran asumido obligaciones, conociendo el estado de cesación de pagos. *“En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización- que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación, contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos”*⁽⁵⁾.

Por su parte, Martorell sostiene en relación con las obligaciones de los administradores, que *“aun cuando sea cierto que hay un alto grado de obligaciones de medio, en el abanico de obligaciones que el legislador ha puesto en cabeza del director de sociedades anónimas, no es menos cierto que hay importantísimas obligaciones de resultado como, ... confeccionar la documentación contable... Si el director no cumple con su obligación no hay que demostrar la culpa de su parte, ... La violación de la ley, el estatuto o el reglamento, ya sea por actos u omisiones de su parte, configura una pauta objetiva”*⁽⁶⁾ y engendra una responsabilidad de este tipo⁽⁷⁾.

Considero que esta última es la postura que mejor soluciona la colisión entre los intereses en conflicto, pues produce una inversión de la carga de la prueba.

La obligación del administrador de tomar medidas para evitar el estado de insolvencia y acaecido este, solicitar el concurso preventivo, es de resultado.

(5) Richard, Efraín Hugo, “Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades”, comunicación formalizada a la XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada en Buenos Aires, 25 y 26 de octubre de 2001 con el tema de convocatoria “El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado”.

(6) Martorell, Ernesto Eduardo, *Los directores de sociedades anónimas, Derechos, obligaciones y responsabilidades*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., p. 395.

(7) CNCom., Sala D, 09.11.95, “Estancias Procreo Vacunos S.A. c/ Lenzi, Carlos y otros”, L.L. 1996-B, p. 194. “El patrón de apreciación de conducta que brinda el art. 59 de la LSC “diligencia de un buen hombre de negocios” impone la previsión de acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados en el ámbito de la actividad de la que se trata según la experiencia común”.

Lo que se exige como resultado no es el éxito de las medidas que se tomen, sino que se recurrirá efectivamente a ellas, cuando se de el presupuesto de hecho.

Si el administrador opera en estado de insolvencia, a sabiendas o aún sin advertirlo, debiendo hacerlo y no toma las medidas idóneas para solucionar esa situación, por tratarse ello de una obligación de resultado, nace para ellos una responsabilidad de tipo objetivo.

Es, a mi criterio, más equitativo, poner en cabeza de los administradores, que están en mejor situación de hacerlo, la carga de probar que concurrió alguna causa eximente de responsabilidad.

3. Quién debe soportar el riesgo empresario

El riesgo empresario debe ser soportado por quien percibe los beneficios de la explotación y por aquellas personas que tienen la responsabilidad en la conducción de los intereses sociales y son remunerados por esta actividad. No puede sostenerse de ningún modo que las consecuencias dañosas deban ser trasladadas a los acreedores, porque ello implicaría poner en cabeza de terceros el riesgo ocasionado por el actuar negligente de los administradores sociales.

Ahora bien, si la sociedad opera en el estado de insolvencia y ese extremo ha sido acreditado, debe presumirse que los administradores actuaron en forma negligente, incumpliendo con el paradigma de conducta del art. 59 de la LSC.

La responsabilidad, en este supuesto debe ser de naturaleza objetiva e incumbirá a los administradores, acreditar que concurren algunas de las eximentes para liberarse de responsabilidad. De otro modo, deben responder por las consecuencias dañosas.

De este modo se desalentará a los administradores a continuar operando en estado de insolvencia y se los inducirá a recurrir al concurso a tiempo⁽⁸⁾.

(8) Richard, Efraín Hugo, "Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades", comunicación formalizada a la XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada en Buenos Aires, 25 y 26 de octubre de 2001

A mi criterio, la teoría que sostiene que los administradores no tienen responsabilidad por los errores de gestión⁽⁹⁾ y que ese riesgo debe ser soportado por terceros, no tiene sustento en nuestro sistema legal.

Cuestión pendiente es determinar de qué manera se garantiza a los acreedores la solvencia de los responsables.

4. Bienes jurídicos tutelados

Ya se adelantó que concurren tres bienes jurídicos susceptibles de protección. Por un lado, la sociedad como institución del derecho que permite limitar la responsabilidad y a la que se imputan las consecuencias de la actuación de sus administradores. En segundo término, el patrimonio de los acreedores y finalmente, el correcto funcionamiento del mercado.

Asimismo se dijo que, no es posible sostener que alguno de ellos deba ser sacrificado en función del otro.

con el tema de convocatoria "El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado". "Existe una tendencia, marcada en los proyectos Rojo (español) y Olivera García (uruguayo) a recalcar el interés público que comporta que el concurso se abra en supuestos de insolvencia, evitando la actuación en ese estado, ampliando la legitimación activa para la apertura del llamado concurso preventivo no liquidatorio, habilitando la petición a instancia del acreedor o de sujetos patrimonialmente afectados, con fórmulas de estímulo, otorgando privilegios... Es que el objetivo es solucionar el estado de cesación de pagos por medios... pre o concursales, lo que se perfila en las reuniones internacionales... Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento «de organización». La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del «objeto social» como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada".

(9) Citado por Richard Efraín Hugo "En comunicación de ese nombre de Dobson, Juan Malcolm a p. 10, l t. V del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, octubre 2001)".

Agrego ahora que la solución que mejor garantice el correcto funcionamiento del sistema de libre competencia, será aquella que desaliente las decisiones, que impliquen operar en el mercado en estado de insolvencia.

En efecto, una interpretación que sostenga que el instituto de la limitación de la responsabilidad debe ser protegido, aún a costa de que los daños generados a los patrimonios individuales no sean reparados debidamente, propicia en realidad el uso inadecuado del instituto de las sociedades comerciales y no hace más que quitar competitividad en el mercado, a las empresas que operan respetando las normas legales y que asumen, a través de sus administradores, todos los costos de llevar adelante la gestión.

Considero que el principio de preservación de la empresa debe ser interpretado, no en el sentido de mantener viva una persona jurídica determinada, a pesar que ello implique avasallar los legítimos derechos de los acreedores. Lo que debe protegerse, a mi criterio, es a la sociedad comercial como instituto jurídico idóneo para el desarrollo social, sancionando su uso inadecuado, que no hace otra cosa que generar una percepción social negativa sobre el mismo.