CRÍTICA A LA EXIGENCIA DEL "DOLO" DEL ART. 173 LEY 24.522

HÉCTOR H. CÁRDENAS

La economía globalizada ha traído a nuestro país un incremento de los concursos y quiebras de empresarios medianos y pequeños, no conocido en épocas anteriores, con la ingrata secuela del aumento de la desocupación de amplios sectores de la población.- El fenómeno de la fusión de los bancos y grandes empresas industriales es otro aspecto de la economía actual.- La población toma conciencia de que el cierre de una gran empresa puede dejar cientos de personas sin trabajo.- Los medios masivos de comunicación influyen decisivamente en la formación de la conciencia colectiva.- La opinión pública tiene mayores exigencias. Dentro de algunos años es posible que ser administrador de una sociedad en nuestro país sea una profesión de alto riesgo, fenómeno que ya ha ocurrido en España.[1]

[1] Antonio Moya Jiménez – La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes – 2da. Edic. – edit. Bosch – Barcelona 1998 – p. 16: "...ser administrador de una sociedad de cierta consideración ya no es la panacea y la situación de privilegio, sino que encarna una serie de riesgos y responsabilidades que hay que asumir y responder de ellas ante la sociedad, ante los accionistas y ante los acreedores de la sociedad. Hay una serie de factores que han contribuido a ello a saber: el crecimiento económico generalizado; el aumento de la sensibilidad democrática y legal; la multiplicación de las suspensiones de pagos y quiebras; los continuos escándalos financieros y bursátiles ... la presión de la opinión pública estimulada por los medios masivos de comunicación cada ves mejor informados, y finalmente la mejoría sustancial en cuanto a conocimientos económicos por parte del estamento judicial..."

El tema es particularmente delicado cuando nos referimos a los directores de las S.A., porque los problemas de las S.A. se vinculan – a través de la recurrencia al ahorro público y la disociación entre el poder y el capital, con aspectos fundamentales de la economía moderna.[2]

Los pocos casos jurisprudenciales sobre responsabilidad de los administradores societarios en la quiebra,[3] muestran un aspecto que ha contribuido al desprestigio de los procedimientos falenciales.

Dicha responsabilidad está limitada en un doble aspecto:

a-) Por la autorización del art. 174 in fine L.C.Q. (reenvío al art. 119 L.C.Q.).

b-) Por el único factor de atribución: dolo (como intención de dañar: art. 1172 C.Civil) – art. 173 L.C.Q.

Respecto a la autorización exigida por el art. 119 L.C.Q. para la promoción de la acción de ineficacia, la doctrina ha postulado su derogación por considerarla disvaliosa.- Deben facilitarse las acciones de recomposición del patrimonio falencial.- Por iguales razones, de lege ferenda, postulo su derogación, modificando el art. 174 L.C.Q.

La fórmula utilizada en la ley 19.551 –art. 166– "...el que con dolo o en infracción a normas inderogables de la ley..." dio lugar a un amplio debate doctrinario entre quienes sostenían la tesis restrictiva (dolo) y la amplia que comprendía la negligencia (culpa).[4]

La jurisprudencia interpretó que la responsabilidad del art. 166 ley 19.551 comprendía la culpa.[5]

---

2 Tullio Ascarelli – "Principios y problemas de las sociedades anónimas" – trad. esp. México 1951 cit. por Horacio Fargosi – "Anotaciones preliminares sobre la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas en la ley 19.550" – L.L. t. 147 p. 1329.

3 Carlos Ángel M. Ferrario – "Responsabilidad de los terceros en la quiebra, calificación de conducta y responsabilidad – E.D. 132 – 935: "...La lectura de los repertorios jurisprudenciales, no contienen más que, fallos aislados sobre la responsabilidad de terceros en la quiebra..."

4 Horacio Roitman – Responsabilidad concursal. El dolo, en La Responsabilidad. Homenaje a Goldenberg. Abeledo Perrot – Bs. As. 1995 – p. 749. – Horacio Roitman – Responsabilidad de terceros en la quiebra – Revista de Der. Privado y Comunitario – Concursos y Quiebras – T. II – Rubinzal Culzoni – Santa Fe 1996 – p. 45. Quintana Ferreyra – Concursos – t. 3 – Astrea – p. 250 sostuvo la tesis amplia: "...En definitiva, se trata de un supuesto de responsabilidad por incumplimiento de un débito (el de proceder con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, pauta estimativa del art. 59 de la L.S.C..."

5 C.Nac.Com., sala B – 26.11.98 – J.A. 1999 - IV – 178 – Estructuras Elcora S.A. v. Yurcovich, Rosa y otro – "Si los imputados abandonaron los negocios sociales, omitieron solicitar el concurso en tiempo oportuno luego de la cesación de pagos, no llevaron registros contables ni presentaron la documentación obligatoria ante los organismos de control, resultaron merecedores de las responsabilidades previstas en el art. 166 de la ley 19.551 – C.Nac.Com., sala D, 10-9-92, in re "Phonotone Co. SRL s/Quiebra s/Responsabilidad de terceros" L.L. 1993 –

Los redactores de la ley 24.522, han defendido la limitación al dolo como único factor de atribución[6] sosteniendo que admitir la culpa grave afectaría la seguridad a las transacciones comerciales, que requieren para su eficacia plazos breves de impugnación y certeza de firmeza definitiva, siguiéndose lo aconsejado por el Anteproyecto del Ministerio de Justicia.[7]

Las razones invocadas son opinables.- No se advierte que se afecte la seguridad de las transacciones comerciales por la promoción de acciones de responsabilidad –por culpa grave– contra los administradores societarios.- No se trata de ineficacia concursal, aquí no son demandados los terceros.-

La limitación de la responsabilidad de los administradores que tiene la ley 24.522 consagra en la práctica una desigualdad que redunda en perjuicio de los acreedores más débiles, puesto que los poderosos económicamente tendrán la posibilidad de asegurar sus créditos con garantías reales, de tal manera que aquella limitación importa en la práctica una transferencia del riesgo empresarial a los primeros, entre los cuales se hallan los dependientes de la propia empresa.[8]

Las decisiones que deben tomar hoy los administradores societarios son de alto riesgo por exigencias del mercado, por lo que la responsabilidad surgirá solamente en casos de manifiesta negligencia.- El administrador dispone –por la informática– de mejor información que los administradores de antaño. Será negligente cuanto toma decisiones sin utilizar la información que la técnica pone a su disposición.[9]

B – 278 – "Desde que la pérdida del activo ocasionó una evidente disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad fallida y fue motivada por el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes de custodia de ese activo, la responsabilidad de los mismos surge con claridad debiendo fijarse el monto del daño en el monto de los precios por los que fueron adquiridos los bienes no habidos".

6 Rivera y Vítolo, con Roitman - Concursos y Quiebras ley 24.522 – Rubinzal Culzoni – Santa Fe 1995 p. 283; H. Roitman – La Resp. de los 3ros... op. cit. p. 44.

7 H. Roitman – La Resp. de los 3ros. en la quiebra... op. cit. p. 44, cita. 16: Cfr. Art. 166 del Anteproyecto elaborado por la Comisión creada por el Ministerio de Justicia de la Nación a través de la res. 379/91, integrada entre otros por Héctor Alegría, Horacio Fargosi, Salvador D. Bergel – Abeledo Perrot, Bs. As. 1993, p. 48.

8 Cfr. Fernando M. Bosch y Emilio Perea – "La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y su adecuación al derecho moderno" – R.D.C.O. 1976 – p. 605.

9 Dice Rolf Nordling – Presidente Director General de "Solitaire et Saponite Réunis" en el prefacio a la obra de Guy Bouchet – "Cómo controlar la rentabilidad de una empresa" – tomo II – edit. Francisco Casanovas – Barcelona 1963 – trad. Jaime Vicens Carrió – "...Actualmente, en las empresas bien dirigidas, son cosa corriente un balance y una cuenta de resultados trimestrales o incluso mensuales. Estas empresas, en efecto, se ven envueltas en una vertiginosa evolución que las obliga, si quieren mantener su rango dentro del ramo, a estudiar constantemente modificaciones de programas de construcciones, de maquinaria, de orientación de estudios y aún, a veces, de nueva estructuración. En tales condiciones, el establecimiento de balances de previsión a corto, medio y hasta en ocasiones largo plazo, se hace tan necesario como el de cuentas preventivas de explotación y resultados. No obstante, para

El administrador debe responder cuando continúa con la gestión societaria sabiendo o debiendo saber que la sociedad no podrá cumplir con las obligaciones contraídas. La demora de la presentación en concurso preventivo de la sociedad deberá hacer responsable al administrador, cuando esa demora causa daños a terceros.[10]

El art. 236 inc. 5to. ley 19.551 establecía como conducta culpable la demora injustificada de la presentación en concurso. Entiendo como "injustificada" la demora, cuando la sociedad no tiene posibilidades razonables de recuperación económicas y financieras.

Juzgar la conducta de un administrador societario, sin duda es tarea delicada para un juez; ello por la enorme dificultad de poder reconstruir el escenario en el cual el administrador tomó la decisión, que se le reprocha, por el daño causado.[11]

La doctrina advirtió esta dificultad señalando que la referencia a la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, está circunscrita al mal desempeño del cargo. Tiene su fundamento racional en el delicado equilibrio que significa no conceder inmunidades a los administradores, pero tampoco frenar sus iniciativas empresariales, a fin de que puedan afrontar su delicada función, ya que es fácil censurar su labor cuando los resultados son ya conocidos.[12]

El doble régimen de responsabilidad, "in bonis" y en la quiebra reflejada en las normas citadas, no tiene una explicación razonable.- ¿Porqué razón, se responde por culpa grave "in bonis" y sólo por "dolo" en la quiebra?

Debe suprimirse este doble régimen de responsabilidad de los administradores societarios, unificándose la responsabilidad en la sabia norma del art. 59 L.S.-

La enumeración de las conductas contenidas en el art. 173

---

que sea posible prever reduciendo al máximo los márgenes de error, hace falta ante todo saber analizar el pasado y el presente y comparar a través del tiempo la evolución de los epígrafes de balances sucesivos..."

10 E.D. t. 99 – 443 – C.N.Com., sala B, 15–3-82 – Cía. Azucarera Tucumana S.A., quiebra.

11 G. Depallens (Prof. De la Univ. De Derecho y Cs. Económicas de París) – "Gestión financiera de la empresa" – edit. La Ley – Bs.As. 1966 – trad. de Anastasio Sánchez p.11: "...La gestión financiera de una empresa puede ser definida, en principio, de una manera sencilla: es la función que tiene como finalidad esencial asegurar en forma regular a la empresa los fondos necesarios para su equipamiento racional y su explotación normal. Pero para lograr esa finalidad en condiciones normales es necesario respetar un cierto número de reglas financieras y de gestión cuyo resultado es no sólo asegurar a la empresa los fondos que necesita, sino procurarlos en el momento oportuno, en las condiciones más ventajosas posibles y sin enajenar su independencia ante terceros ni sus posibilidades de acción industrial y comercial. Además, esa gestión no constituye únicamente un problema de finanzas puras, ya que se integra en la vida misma de la empresa y en su actividad. Una buena gestión financiera exige, por lo tanto un conocimiento suficiente de los problemas industriales y comerciales..."

12 José Puig Brutau – "La responsabilidad de los administradores en las S.A." – en Rev. De Der. Privado, Madrid 1961, p. 360 y ss. cit. por Fargosi – Anotaciones preliminares... op. cit.

L.C.Q., las considero meramente ejemplificativas,[13] por lo que de aceptarse de lege ferenda el criterio del ponente, bastará con derogar el art. 173 L.C.Q. reemplazándolo por una norma que remita al art. 59 L.S.

Conclusión: propongo que en futura reforma legislativa, se derogue el 173 L.C.Q., reemplazándolo por una norma que remita al art. 59 L.S. También postulo que se suprima la autorización exigida por el art. 174 L.C.Q.-

[13] Conf. Juan Dobson – Conferencia s. "Responsabilidad de los administradores societarios en la quiebra" – Casa del Foro – jueves 28 junio 2001.