

LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA INSOLVENCIA. SU VIGENCIA BAJO LOS REGÍMENES SOCIETARIO Y CONCURSAL

POR DOLORES GUZMÁN Y
TOMÁS CAPDEVILA

Sumario

Una de las principales preocupaciones hoy de la doctrina extranjera y también de la nacional, es la de identificar cuál es el rol y responsabilidades específicas de los administradores societarios ante la insolvencia patrimonial de las compañías. En dicho marco, se analizan destacadas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, en un esfuerzo por aunar las mismas con las herramientas de solución brindadas por nuestro ordenamiento legal societario y concursal. Los deberes de los administradores perviven en la insolvencia para con la sociedad, dada su matriz legal aun cuando se exige que amplíen su rol tuitivo hacia los derechos de los acreedores. Empero, la insolvencia no sustituye el centro de protección de la función de administración, o sea el interés social, el que debe ser integrado con el deber de resguardar los acreedores en pos de la superación de la insolvencia.

I. Introducción

(i) Ya sea que se conceptúe a los deberes de los administradores como fiduciarios, realzando en su contorno el carácter genérico y supletorio –en caso de defecto de estipulaciones normativas– o se discuta ese rasgo, con sustento en su fuente legal (vide, por muchos otros del derecho comparado, el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales [LSC]), se remarca la exigencia de desestimación, de parte de los administradores, de

toda preeminencia de su propio interés ya que han de adecuarse a y ejecutar sólo el interés social¹.

La zona de insolvencia o *twilight period* refuerza el vigor de los deberes de los administradores, sin distorsionar su esencia y fuente normativas. Diligencia y lealtad han de implementarse en pos de examinar el estado, analizar las alternativas de solución con miras a la tutela del interés social, y a engarzarse con otro elemento normativo que da sentido a la LSC y a la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), esto es, el principio de conservación de la empresa.

Ahora bien, también es cierto que la configuración del estado de insolvencia conlleva implícitamente, la subordinación de los acreedores, ajenos a la conformación de la voluntad societaria, al diligente y leal accionar de los administradores, ya que recae en estos últimos, explorar alternativas que permitan honrar adecuadamente, los compromisos asumidos por la sociedad.

Al respecto, es sabido que el estado de insolvencia no impone a los administradores deberes específicos a favor de los acreedores, distintos a aquellos prescritos por las normas de las Leyes de Sociedades Comerciales y de Concursos y Quiebras. Cualquier eventual reclamo de responsabilidad por parte de los mismos se sujeta al criterio impuesto por los principios generales que rigen su actuar. Ese parámetro compele a los administradores a revalorizar el interés de los acreedores en el contorno de la insolvencia.

II. La función de administración y la insolvencia. ¿Se alteran sus deberes? Fuentes y consecuencias

(i) El debate jurisprudencial y normativo así como las distintas soluciones legales del derecho comparado aseveran sobre el equilibrio entre la pluralidad de los intereses en pugna en los eventos de insolvencia².

¹ Ribstein, Larry y Alces, Kelly A. "Directors' Duties in Failing Firms", University of Illinois College of Law, Law and Economic Working Papers, Paper 50, 2006, p. 3 y siguientes, [en línea] Disponible en www.ssrn.com.

² En la doctrina nacional, véase el exhaustivo análisis de Daniel Roque Vitolo "Responsabilidad de los Directores al Ingresar a la Sociedad en la Zona de Insolvencia", La Ley-2005-A, 1207. En el derecho comparado, resalta Susanne Kalss and Nikolaus Adensamer and Janine Oelkers, "Director's Duties in the Vicinity of Insolvency – a comparative analysis with reports from Germany,

En cualquiera de los casos, y de allí la vigencia del análisis doctrinario, los regímenes societario y concursal asignan en cabeza de los administradores ese balance entre intereses contrapuestos o superpuestos, muchas veces de laya dialéctico, ya que requieren una comprensión de ambos en el examen y en las propuestas de solución.

Se ha remarcado que la insolvencia produciría una sustitución del fin primario del deber de los administradores, el que transmuta, en esta instancia, en la tutela del interés de los acreedores en lugar del social.

Una de las fuentes en las que abreva esta corriente es el voto del Juez Allen en fallo de la Court of Chancery de Delaware, *in re "Credit Lyonnais"*³.

El centro de interés que habrían de tutelar los Directores mutaría, según este razonamiento, desde los accionistas ("... *residual risk bearers*...") hacia la comunidad de intereses comprendida en la empresa. Así, los Directores deben considerar que, en la zona de insolvencia, la apreciación sobre el curso normal y debido de la actividad societaria y del consecuente interés hacia el que propende, puede divergir de aquellos tenidos en cuenta por las accionistas, circunstancialmente.

Más allá de la consecuencia del fallo en el pensamiento societario comparado, la jurisprudencia y doctrina americanas disienten sobre su significado.

La propia Court of Chancery de Delaware, a través de la opinión de su ViceChancellor Leo Strine, en un fallo posterior, aclaró que la consideración de los intereses jurídicos en juego por parte de los Directores durante el período antecedente o en el marco de la insolvencia, denotados por el riesgo y la incertidumbre, no debe soslayar, en lo posible, la maximización del valor de la sociedad, toda vez que resultará la vía idónea aún cuando sea opuesta a aquella de los accionistas⁴.

Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden", en Marcus Lutter (ed.) "Legal Capital in Europe", *European Company and Financial Review*, Special Volume 1 "Legal Capital in Europe", de Gruyter Recht, Berlin, 2006, p.112 y siguientes.

³ "Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V.v. Pathe Communications Corp.", Delaware Court of Chancery, Civ.A.N° 12150, 30 de diciembre de 1991. El sustrato del razonamiento deriva del Considerando 34, Capítulo C y de la nota a pie 55.

⁴ "Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc.", Court of Chancery of Delaware, 2004, 863 A2d. 788.

(ii) La atención de los Directores a los acreedores se agudiza en el período de la insolvencia.

O sea, se aprecia objetivamente una situación de desbalance económico y financiera, en la que sobresale el compromiso patrimonial, la afectación de la liquidez y la disminución o distorsión de los medios propios de la sociedad, mensuradas sobre el nivel del financiamiento externo que ha recibido.

La insolvencia afecta el desarrollo del objeto social mediante una alternación de la magnitud o modo de explotación de su actividad societaria.

Ella aparece, además, la readecuación del interés social. ¿Es compatible la creación de valor obviando la reestructuración del pasivo? ¿Puede preverse una política de dividendos hacia los socios que aumente la descomposición patrimonial y financiera? Si existiera creación de valor para los accionistas en la zona de insolvencia, ¿esos recursos habrían de destinarse hacia su centro de interés excluyente en una época *in bonis* o, de lo contrario, se emplearían para el diseño y ejecución de un plan de extinción de pasivos?

Si bien la LSC no contiene previsiones específicas en relación con los deberes de los administradores ante la configuración de la situación de insolvencia, sí se prevé en el inciso 5° del artículo 94 como causal de disolución de la Sociedad a la “pérdida del capital social”, y en su inciso 6° a “la declaración en quiebra” de la misma⁵.

Lo que resulta engañoso en este marco, es que en el supuesto de pérdida del capital social previsto en el inciso 5°, aún cuando en muchos casos la pérdida del capital social se configura como una consecuencia del estado de insolvencia instalada, en otros, no se presenta como un parámetro cierto para medir la inconsistencia patrimonial de una sociedad para afrontar sus pasivos, sino que se repite como un dato normativo que resulta exiguo para abarcar la complejidad del escenario de la insolvencia. Por otra parte, en el caso de la declaración de quiebra de la sociedad (artículo 6°), la misma implica justamente el fracaso de cualquier acción tendiente a honrar el principio de conservación de la empresa, y justamente patentiza la incapacidad absoluta de la sociedad—a través de sus funcionarios— de revertir la crisis que la afectaba.

Vale preguntarse en este análisis si la LSC, siguiendo un parámetro común al derecho comparado al tiempo de su sanción,

⁵ Efraín Hugo Richard, “Los Administradores Societarios y la Insolvencia”, *RDCO-2003*, ps.559-567.

no ha omitido fijar un standard lo suficientemente severo para la determinación del estado de disolución de la sociedad ante su impotencia patrimonial.

¿Acaso no precedió a los desenlaces antes indicados, un estado preliminar de insolvencia? ¿No debieron los administradores, como funcionarios naturales del ente y técnicamente especializados, advertir de manera oportuna el nefasto vaticinio?

Se infiere del análisis, que resulta razonable pensar en la necesaria adopción e intelección por parte del régimen societario, del concepto de insolvencia, tan intensamente delineado y desarrollado por el derecho concursal como pauta concreta para medir la incapacidad patrimonial de la sociedad a la hora de honrar sus pasivos.

Sabido es, que la configuración de una causal de disolución, no altera *per se* ni la estructura ni el objeto de la sociedad como elemento esencial de la sociedad, aún cuando lo acota en cuando a su vigor expansivo sobre la actividad societaria. Inclusive la sociedad puede revertir dichas causales a través de múltiples alternativas brindadas por la ley y el principio de conservación de la empresa, los cuales propugnan la primacía de la persona jurídica por sobre una diversidad de situaciones y hechos que amenazan su vitalidad.

Una solución primero doctrinaria y luego normativa, confirma la rigurosidad de la aplicación del principio de conservación de la empresa en nuestro derecho. La misma consiste en los institutos de prórroga y reconducción del plazo de la sociedad, los cuales se estructuran en el principio rector de que la personalidad de la sociedad persiste luego de configurarse el estado de disolución de la sociedad por vencimiento del plazo de la misma, e inclusive se mantiene, al adentrarse en un estadio de liquidación. Por ello, al mantener su plena personalidad, la sociedad puede revertir dicho estado de disolución en cualquier momento, a través de la reconducción decidida por acuerdo unánime o, inclusive, por mayoría de votos⁶.

Una inferencia se deduce del anterior debate doctrinario y jurisprudencial: si la LSC ha aceptado el saneamiento de un elemento esencial no tipificante tal como es el plazo de la sociedad, esa solución –sin desmedro del remedio del artículo 95 LSC– debería también encuadrar al capital social –inciso 4 artículo 11 LSC–, otro elemento esencial no tipificante del contrato social.

⁶ Enrique Miguel Butty, ponencia *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tomo II, p. 9; e Ignacio A. Escuti (h.) en Nota a fallo: "Cánovas y Orechia S.R.L". I.I. 1983-B-469.

En ese marco, resulta obligado viabilizar soluciones para sanear al patrimonio social ante eventos de insolvencia, previos al encuadramiento en soluciones concursales o falenciales.

Por tal motivo, y ante la indiscutida presencia del remedio, es justamente que la configuración de una causal de disolución reclama de los directores una diligencia agravada, nacida de la situación de emergencia, tendiente a trabajar en un plan que coadyuve a preservar la empresa y a superar la situación de crisis que se presenta.

(iii) La continuación del razonamiento anterior revela que la introducción de la insolvencia como una causal de disolución de las sociedades, encuadraría fácilmente, la expuesta mutación –o al menos diversificación– de los deberes de los administradores.

A partir de la constatación de la insolvencia, se verían obligados a tomar medidas urgentes, tales como la de informar sin demora y de manera documentada al órgano de gobierno, sobre la gravedad de la situación financiera o económica del ente, a idear un plan de superación de la emergencia y, por supuesto, a satisfacer o al menos “garantizar suficientemente”, las deudas sociales.

En el escenario expuesto, no resultan ajenas a las previsiones de LSC, las elaboraciones del derecho comparado en pos de enmarcar los deberes de los administradores a la luz de la insolvencia. Solo se requiere el esfuerzo por engarzar el régimen societario con el concursal a efectos de dotar a ambos regímenes de un núcleo uniforme y unívoco que sitúe a los administradores en el rol protagónico de afrontar eficientemente, a la situación de insolvencia que afecta a la sociedad.

(iv) Las premisas de los apartados anteriores se enuncian con su premisa mayor.

La ley conmina a los administradores a ejercer su función en pos de la tutela del interés social. Este parámetro normativo⁷ subraya la centralidad del interés social en la gestión societaria. El principio se incardina en la estructura legal del ente societario, connotado por la función legal que LSC atribuya a órganos instituidos y dotados de competencia no sujeta a trasvase en otros sino a delegación específica.

Esa fuente del deber guía la gestión societaria. La prelación del interés social, hoy denotada por el criterio financiero de creación de

⁷ La regulación de la gestión societaria en la LSC (artículos 1°, 58, 59, 60, 274, 276 y concordantes).

valor para los accionistas, preserva su vigencia y vigor aún cuando el administrador, en determinados trances de la vida de la sociedad, haya de respetar los variados intereses de los acreedores⁸.

La concepción orgánica de los deberes de los administradores fija standards de conducta trasuntados en los deberes de contenido indeterminado, tal la lealtad y la diligencia. Su fuente no se difumina ante la insolvencia, ni tampoco se suplanta de modo completo y sobreviniente. Tampoco se aprecia una alteración en la esencia de la lealtad y de la diligencia si bien, según se expondrá más adelante, se realza su exigibilidad, de parte de los socios y de los acreedores, en función de la calificación profesional de los administradores.

O sea, la insolvencia examina con énfasis la idoneidad y la fidelidad de los administradores, en cuando avizoran ese estado y, en miras a preservar la empresa, núcleo vital y económico de la sociedad, planifican los cursos de acción en pos de eliminar esa cesación de pagos con el menor riesgo para accionistas y acreedores, previniendo que la insolvencia desemboque en la disolución de la sociedad.

La tutela del interés de los acreedores, en la ley argentina, ha de sujetarse al principio de conservación de la empresa y a las previsiones del régimen concursal. No se aprecia una mutación genética del deber del administrador. Así, la matriz contractual que vincula a la sociedad con la mayoría de los acreedores, tal la estadística superficial que se infiere de cualquier concurso preventivo o APE, se ajusta a la causa de la función de administración, derivada de la arquitectura de la LSC.

Otra conclusión acarrearía la distorsión antifuncional del esquema de la sociedad como sujeto de derecho basado en una organización jurídica y económica. Téngase en cuenta que la causa del crédito de los acreedores deriva de contratos. La fuente de la responsabilidad de la sociedad es, entonces, contractual.

Es cierto que generalmente, esos acreedores insertan estipulaciones en los contratos que consolidan su posición y que, en los casos de contratos de financiamiento o de tracto sucesivo, prevén restricciones al ejercicio de los derechos de accionistas (prohibición o suspensión de la asignación de dividendos) o de la sociedad (imposibilidad de contratar sobre el objeto del

⁸ Bainbridge, Stephen M. "Much Ado About Little?. Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency", UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 05-26, p. 3 y siguientes, [en línea] Disponible en www.ssrn.com/abstract/832504.

contrato salvo determinados supuestos, entre otros). Además de tales previsiones, los acreedores son amparados por las normas tuitivas del régimen concursal y del derecho común. Aún así, y a pesar de investir los acreedores voluntarios herramientas de prevención del riesgo de insolvencia de la sociedad⁹, la realidad demuestra que dichas medidas no garantizan la efectiva satisfacción de sus acreencias por parte de su deudora insolvente.

Por tal motivo, deberá ser el administrador quien idee los planes de contingencia enderezados a la superación de la insolvencia o de minimizar sus alcances. Deberá abstenerse, a ese propósito, de celebrar contratos o negocios que agraven, faciliten o permitan la insolvencia, ya que ese obrar generará un riesgo incremental que repercutirá, en primer lugar, sobre los acreedores.

(v) Aunque los acreedores son los sujetos primarios del plan de reestructuración y cuyo interés será remediado si éste fuese idóneo para resolver el desequilibrio patrimonial, compete a los socios la decisión sobre la pertinencia de esa estrategia para con el interés social y la consecuente viabilidad de la sociedad¹⁰.

De allí que el deber de lealtad del administrador perseguirá, en este caso, la protección prioritaria del ente societario y, mediatamente, la consolidación del interés social, a tenor de su peculiar consistencia en la zona de insolvencia.

La debida fidelidad a la sociedad deriva de la laya deontológica del deber de lealtad¹¹. La redistribución del valor o del perjuicio irrogado con motivo de la explotación de la actividad societaria, composición nuclear de la lealtad, se convalida desde la adecuación de la conducta del administrador con el interés social y a la conservación de la empresa, abarcativo del resguardo de los acreedores en la zona de insolvencia.

Ese equilibrio no excluye la vigencia de ambos intereses y requiere, sin desplazar el poder de atracción del interés social, que el director deponga su natural adhesión con la posición de los accionistas, en pos de comprender y resolver la contingencia

⁹ "Production Resources Group, LLC v. NCT Group, Inc.", Court of Chancery of Delaware, 2004, 863 A2d. 790, voto del ViceChancellor Strine.

¹⁰ Richard, op. cit. p. 459 con cita de Barreiro, Marcelo G.; Truffat, E. Daniel. "Responsabilidad de Administradores y representantes en la Ley de Quiebras: el deber fiduciario de la Ley de Sociedades, ¿se traslada a los concursos?, Doctrina Societaria y Concursal, octubre de 2005, p. 1205 y siguientes.

¹¹ Paz Ares, Cándido "La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo", working paper N° 162, www.indret.com, Barcelona, 2003, pag. 5 y sgtes.

que, a los acreedores, apareja la imposibilidad de pago temporáneo y completo de su pasivo.

La necesaria lealtad para con la sociedad y sus socios es la que compele al administrador a mensurar la integridad de los intereses incluidos en una situación de insolvencia o previa a ésta. El interés social aquí no excluye el amparo de los acreedores, el que ha de ejecutarse de modo circunstanciado, teniendo en cuenta la causa de cada acreencia, el carácter y la especificidad del acreedor¹².

Ese comportamiento del administrador revelará su sujeción a la secuencia básica de la lealtad, la que, desde la prevención genérica del conflicto de intereses, veda el interés contrario para con la sociedad.

Ahora bien, ese interés contrario ha de mensurarse, en la zona de insolvencia, en una dimensión amplia, ya que podría exteriorizarse en el caso de que, sin justificación cierta, se dejara de lado el interés de uno o de un colectivo de acreedores, o se los discriminara a favor de alguno de ellos o del interés social, sin sustento legal o normativo. Ello dado que el propio interés social demanda, en aspectos de la vida societaria, que se deponga el criterio de la comunidad de socios en procura de la superación de un daño grave que afecta a la sociedad. Esta solución ha sido consagrada en el artículo 197 LSC, precepto que aloca los derechos de accionistas y acreedores en miras a la conservación de la empresa.

El régimen concursal ha regulado la sanción para el caso en primase el interés contrario del directorio en desmedro de la posición de los acreedores, con dolo específico y con directa consecuencia sobre la producción o agravamiento de la insolvencia (artículo 173).

(vi) La diligencia del administrador denota una singular vitalidad en la zona de insolvencia.

Este deber se preceptúa en el derecho comparado como un género de conducta que congloba cargas específicas pero que requiere de un comportamiento ajustado a derecho¹³.

Ya desde antes de esa etapa, el administrador está conminado a prevenir a los socios sobre la descomposición patrimonial

¹² Ribstein - Alces, op.cit, pág. 11.

¹³ Klaus Hopt "Shareholders, Employees and other creditors. A view from the continent" en Ewan Mc.Kendrick (ed.) "Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations", 115, citado por Thomas Bachner "Creditor Protection in Private Companies - Anglo German Perspectives for a Europe Legal Discourse", Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pag. 148.

de la sociedad y a aconsejar sobre los remedios financieros y económicos sugeridos.

Los test de solvencia, de liquidez y de caja, entre otros medios de determinación de la consistencia patrimonial de la sociedad son usualmente empleados a ese fin. Incluso, la adopción de las normas IFRS para las sociedades cotizadas en la Argentina convertirán esa práctica en un mandato para los administradores.

La idoneidad profesional exigida se prueba en la preparación de los planes de reestructuración de pasivos y en la decisión sobre la implementación de los recursos legales o convencionales que contemplen los intereses en juego en procura de un propósito excluyente, el rescate de la sociedad de la insolvencia mediante un remedio equitativo.

En suma, la diligencia del administrador conceptuará tanto al interés social, sin una apreciación dogmática, como aquel o aquellos de los acreedores en pos de gestionar el riesgo inherente a la insolvencia y de lograr la mayor eficiencia de los planes de reestructuración¹⁴.

III. Conclusión

Los deberes de los administradores reconocen una fuente normativa, la que delinea el centro de interés protegido: el interés social.

Esos deberes, en la zona de insolvencia, deben integrarse, mas no suplantarse, con aquellos intereses de los acreedores.

El interés social y los intereses de los acreedores deben adunarse a través de la gestión leal y diligente de los administradores, cuyo contenido no muta pero se agrava, dada la magnitud de la situación de desequilibrio patrimonial.

La insolvencia, así, refuerza el contenido de la diligencia, la que agotará los medios y procedimientos encaminados ya sea a su solución, o atemperando sus nefastos efectos en relación con los acreedores sociales, en los casos en que fracasaran las vías exploradas para su superación.

Es justamente en su fracaso, cuando patentizará la necesidad de comprender en el interés de la sociedad a los intereses de los acreedores.

¹⁴ Fernando Marin de la Bárcena. "El Concepto de Interés Social como Fin de la Actividad Gestora en la Proximidad de la Insolvencia", working paper presentado en el *II Harvard-Complutense Seminar on Bussiness Law*, ps. 12-14, [en línea] Disponible en: ww.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_fernando_marin.pdf.