

RESPONSABILIDAD DE TERCEROS EN LA QUIEBRA Y ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: COEXISTENCIA PACÍFICA?

LIDIA VAISER

PONENCIA

1. Las acciones de responsabilidad concursal y de responsabilidad societaria poseen plena autonomía conceptual y resulta factible su ejercicio independiente, simultáneo o conjunto, en el marco del proceso concursal.
2. Las acciones de responsabilidad concursal deben ser ejercidas por el síndico. Sin perjuicio de ello, el procedimiento previsto para la acción revocatoria concursal puede considerarse de aplicación analógica, encontrándose legitimado cualquier acreedor para ejercitar el impulso procesal declinado por el síndico.
3. La misma aplicación analógica cabe para el ejercicio por el acreedor de la acción social en el concurso. El socio o accionista se encuentra legitimado para promoverla, en tanto lo está para continuarla, además de que merece protección su interés sobre el remanente, en la liquidación de los bienes sociales.
4. Sin perjuicio de la señalada y pacíficamente admitida autonomía conceptual de los distintos institutos, el ejercicio simultáneo de las acciones sociales y concursales requerirá un inicial análisis sobre los sujetos imputados, los que en ciertos casos pueden coincidir. Así también deberá atenderse el carácter de los hechos incriminados, los que pueden quedar subsumidos, impidiendo la acumulación de acciones.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Siguiendo las sugerencias dadas a conocer por la Comisión de Ponencias de la Entidad Organizadora del VI Congreso Nacional de Derecho Societario,

sobre el Tema Cinco (Cuestiones interdisciplinarias) nos proponemos analizar los interrogantes propuestos, que fueron así expresados:

Responsabilidad de Terceros: ¿Cómo se coordina con la responsabilidad societaria? ¿Puede el síndico iniciar la acción social? En defecto del síndico: ¿la inician los socios o los acreedores?

Como medida preliminar se señala que el análisis intentado deberá confrontar:

A) A la acción específicamente concursal derivada del art. 166 de la ley 19.551, con la incidencia producida por la modificación legal reciente (art. 173 ley 24.522); y

B) A las acciones emergentes del derecho societario (ley 19.550) por cuyo arbitrio resulte factible atribuir la responsabilidad y consecuente obligación de indemnizar los daños causados, ya sea que el sujeto munido de legitimación activa resulte ser la sociedad o un socio o accionista en beneficio de ella.

2. Independencia

La autonomía conceptual de estas no resulta materia dudosa, como tampoco que se mantiene, aún en situación de falencia, interpretación que surge sin controversias del propio texto legal (arts. 166 y 168 de la ley 19.551, sustituidos por arts. 173 y 175 ley 24.522)

3. Objeto

En uno u otro campo normativo el objeto perseguido es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el accionar de determinados sujetos (socios, administradores, síndicos, liquidadores, representantes y —ahora— “terceros” por efecto del art. 173, 2º ap.de la reforma a la ley concursal).

4. Sujetos comprendidos: (legitimación pasiva)

4.1. Acción concursal de responsabilidad

La Ley de Concursos alcanza con sus prescripciones a los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido. Resulta en este punto de sumo interés destacar que la reforma ha suprimido la expresión “quienes han practicado tales actos por el deudor”, en un aparente intento por delimitar o restringir el marco o esfera de actuación de los sujetos incriminados.

Por vía de interpretación doctrinaria o jurisprudencial, se han visto incluidos los socios fundadores de la sociedad anónima, los síndicos

societarios, los directores y administradores en agrupaciones de colaboración, el representante de la unión transitoria de empresas y el dirigente "de hecho". (Quintana Ferreyra-Alberti "Concursos", t. 3, comentario al art. 166, p. 239)

Además y puntualmente, Bergel identifica a múltiples sujetos, entre los que puede mencionarse a los siguientes:

- Administrador general comercial (factor conforme al art. 132 CCom.).
- Administrador parcial (caso del comerciante que confiere a un dependiente el manejo exclusivo de una parte de la administración: art. 147 CCom).
- Mandatario comercial (arts. 221 y 222 CCom).
- Interventor Judicial (art. 115, ley 19.550).
- Administrador del concurso preventivo que reemplace al deudor separado de la administración (art. 18 ley 19.551).
- Coadministrador en la quiebra de un establecimiento respecto del cual se dispuso la continuación de la empresa (arts. 182 a 193 ley 19.551).
- Gestor de negocios (art. 2297 C.C.).
- Fiduciario-Administrador (art. 346 ley 19.550).
- Administrador de hecho.

"Caso muy particular es el relativo a quien, sin tener autorización legal, se ha inmiscuido en la administración del deudor. La jurisprudencia italiana ha admitido la responsabilidad de tales administradores y sería sumamente injusto que aquél que sin tener derecho a ejercer determinada función, la ejerce de hecho, incurriendo en responsabilidad por dolo o culpa, sea tratado con menor severidad que aquél que ejerce sus funciones conforme a derecho." (Salvador Darío Bergel "Responsabilidad de Terceros en la quiebra. Arts. 166 al 169 ley 19.551", en JA, 1981-I, pág. 742).

El elenco se ve ampliado por la reforma recién sancionada. Quien se conceptuaba como cómplice del fallido (art. 240 ley 19.551) aparece, con algunos matices diferenciales, en el segundo apartado del art. 173, imputado también en la acción resarcitoria concursal.

4.2. Acción social en la quiebra

En la recepción de las acciones societarias, la ley concursal reconoce como sujetos con legitimación pasiva a los socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores.

5. Conductas incriminadas

5.1. En la Ley de Concursos

El espectro de conductas reprochables queda limitado a los hechos

personales positivos o negativos, incurridos a título exclusivo de dolo, encaminados a producir, facilitar, permitir o agravar la insolvencia (El verbo "prolongar" fue eliminado por la ley 24.522)

El nuevo texto normativo ha reducido los factores de atribución de responsabilidad, por cuanto el nuevo art. 173 no reprocha la actuación "en infracción a normas inderogables", contemplada en el 166 de la L.19551, la que para algunos generaba responsabilidad de carácter objetivo, a título de culpa específica o de dolo, según se viera.

5.2. En la ley societaria

Aquí nos enfrentamos con un mosaico de situaciones, que resulta dificultoso abarcar, existiendo varios intentos de la doctrina por sistematizarlos. (Al respecto ver el citado trabajo de Bergel, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en JA; 1981-I-742, donde se señalan las distintas fuentes de responsabilidad de los administradores. También Quintana Ferreyra-Alberti, t. III, 266/9, con extenso y utilísimo catálogo de situaciones regladas en el marco de la responsabilidad societaria).

6. *Legitimación activa*

La ley de concursos en la literalidad del art. 175 (anterior art. 168) atribuye exclusivamente al síndico la legitimación para promover la acción de responsabilidad específicamente concursal, tanto como las acciones sociales.

Ello no quita que, por lo menos respecto a la primera, pueda aceptarse una aplicación analógica de lo preceptuado en materia de revocatoria concursal, (art. 120 antes 124) y se admita que cualquier acreedor asuma el impulso procesal, declinado por la sindicatura.

Si se trata del socio o de los acreedores como sujeto activo en las llamadas acciones sociales (art. 175, antes 168) puede adoptarse la misma metodología. En tanto la ley faculta al socio o accionista a "proseguir" en el concurso la acción iniciada.

No se advierte óbice a su legitimación activa una vez declarada la quiebra.

Recordando al viejo aforismo "el interés es la medida de la acción", se arriba igualmente al sustento de esta tesis, siendo que los socios y accionistas resultan los destinatarios naturales del remanente de la liquidación social (Quintana Ferreyra-Alberti, ob cit., p. 263).

7. *Coexistencia y armonización*

Sentadas las esferas objetivas y subjetivas de la responsabilidad y del deber de indemnizar, cuya efectividad se persigue en el marco de las acciones contempladas, resta formular algunas precisiones en torno a la coexistencia o acumulación de las mismas.

En primer lugar deberá observarse la posible superposición de las figuras aludidas por la ley, en la caracterización del sujeto pasivo. Así, el socio limitadamente responsable mencionado en el art. 175, (responsabilidad social) podrá adquirir tanto el carácter de “representante” como el de “administrador” o “mandatario” de la sociedad, a los fines del art. 173 (responsabilidad concursal).

Correlativamente, los hechos incriminados en el orden societario pueden quedar subsumidos en los presupuestos fácticos de la responsabilidad concursal. Por ejemplo, la mora en el cumplimiento del aporte podrá “producir, facilitar...” etc. la insolvencia, tanto como la actuación con fines extrasocietarios (art. 54 L.S.); las actividades en competencia (art. 133 y 273 L.S.) o la ineficacia en la administración (art. 59 y 274 L.S.)

Si los hechos imputados respecto de un mismo sujeto, encuadran en la esfera de ambas acciones y la quiebra ya fue declarada, una interpretación lógica inclinaría la elección hacia el campo de la acción concursal (como se decidió en el recordado fallo “Phonotone...”, de la Sala D, CNCom.).

Si en cambio existe diversidad de conductas reprochables en relación al mismo sujeto, o a distinto sujeto, que encuadren en ambas esferas normativas, las acciones sociales y las concursales podrán promoverse en forma simultánea. Su acumulación dependerá de los requisitos procesales del caso.

Si la acción social se promovió antes de la declaración de quiebra, la interposición de la acción concursal quedará disponible en relación al demandado sólo en el caso de que el nuevo reproche escape de la caracterización otorgada a los hechos que fundaron la acción en curso; o dicho de otro modo: Si la acción social se basa en violación de un deber genérico del representante (art. 59 LS) las imputaciones del art. 173 (producir, prolongar, etc. la cesación de pagos) deben encontrarse basadas en distinto encuadre fáctico.

Por todo ello, la ponente se remite a las conclusiones que presiden el análisis hasta aquí expuesto.