

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

**ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
GLORIA MARÍA TORRESI**

PONENCIA

Proponemos de lege ferenda lo siguiente:

1. Debería reformularse el régimen de responsabilidad de administradores y directores frente al concurso preventivo y a la quiebra, estructurando un régimen único, contenido en la ley concursal que contemple la necesidad de asegurar que el régimen de responsabilidad de todos los relacionados con la insolvencia de un sujeto estén atrapados por la regulación concursal.
2. La identificación de los sujetos a que alcanza, de la conducta antijurídica y del nexo causal con el daño. En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, debe contemplarse tanto al dolo como a la culpa. Debe tener un único régimen de prescripción y la acción en la quiebra no debe estar sujeta a autorización previa.
3. La regulación para el caso del concurso preventivo de: a.- las acciones que pueden intentar los damnificados frente al concurso preventivo de su deudor; b.- la posibilidad de iniciar acciones de

responsabilidad en forma individual o la social frente a la presentación en concurso preventivo; c.- el rol de la sindicatura, del comité de acreedores y del Tribunal durante la tramitación del concurso preventivo respecto de los actos dañosos realizados por terceros.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES FRENTE AL CONCURSO PREVENTIVO Y A LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD¹

En esta presentación vamos a sostener la necesidad de reformar la ley 24.522 creando un régimen de responsabilidad único tanto frente al concurso preventivo como a la quiebra, regulado por la ley concursal, que recepte lo que la doctrina mayoritaria viene pidiendo: que el factor de atribución sea tanto el dolo como la culpa, que no se requiera conformidad de los acreedores para iniciar las acciones en caso de quiebra y que, además, regule en forma clara y precisa sobre la posibilidad de accionar contra los sujetos responsables de la insolvencia durante la tramitación de un concurso preventivo. Deberá regularse sobre la responsabilidad de terceros en el Título IV de la ley de concursos que contempla cuestiones generales aplicables al concurso preventivo y la quiebra. Proponemos que se derogue el segundo párrafo del art. 173; se reformule el art. 174 contemplando la acción en concurso preventivo y en la quiebra; se derogue el art. 175; se reformule el art. 176; se deroguen las remisiones a los arts. 119 y 120.; se incorpore al art. 39 la obligación de la sindicatura de informar sobre la existencia de actos antijurídicos de los descriptos en el nuevo art. 173, los sujetos responsables y sobre la posibilidad de cumplir con el acuerdo propuesto.

Sabemos que la propuesta es muy ambiciosa y, seguramente generará polémicas, pero nos anima la convicción de estar siendo espectadores de un régimen absolutamente ineficiente. Esta propuesta se formula como una posibilidad de reforma parcial sobre la ley 24.522, es decir una reforma que se adecue a un sistema cuya filosofía general no compartimos y esperamos alguna vez sea reformado integralmente. Cuando eso ocurra estamos seguros que se pensará seriamente sobre la responsabilidad de quienes son responsables de tantos perjuicios a la actividad negocial en general.

¹ Nos referiremos únicamente a los administradores sociales por la especificidad del congreso pero, en definitiva se trata del régimen que responsabiliza o debiera responsabilizar a todos los sujetos que la ley 24.522 incluye como "terceros" en el Título III, Capítulo III, Sección III "Responsabilidad de Terceros".

Nuestro régimen actual permite demandar en forma individual (con muchas dudas) a los administradores sociales por la ley de sociedades (arts. 59 y 274) y a cualquier tercero por el Código Civil (art. 1109) que, con dolo o con culpa, haya producido un daño patrimonial, se encuentre el deudor en concurso preventivo o no y, si cae en quiebra, únicamente la quiebra podrá demandar por daños a los que hubieren actuado con dolo (art. 173 ley 24.522) y, si no se hubiera prescrito la acción societaria, también por culpa en los términos del art. 175 de la ley concursal. Nada dice de las otras acciones del Código Civil.

Es ya un lugar común de la mayoría de la doctrina nacional la queja sobre el gran número de quiebras que exhiben un alarmante índice de ineficiencia distribuyendo dividendos insignificantes, cuando los hay. También la queja se hace oír respecto de concursos preventivos que son nada más que una crónica de una quiebra anunciada, que demoran injustificadamente una situación de insolvencia, la mayoría de las veces insuperable, y que son los principales responsables de esas quiebras vacías en función de algunos de sus defectos más destacados: que la presentación en concurso es tardía por depender exclusivamente de la voluntad del deudor que prolonga indebidamente la agonía; que la propuesta depende exclusivamente del deudor y es aprobada por mayorías que sus razones tienen para hacerlo, cuando la más de las veces son groseramente incumplibles; que, como una de las consecuencias de esa presentación tardía la mayoría de las empresas son inviables; que ya no tienen capital de trabajo; que no ha servido el famoso salvataje; etc.

La cuestión es que existe mucha insatisfacción respecto de los dos institutos regulados en nuestra ley y no se cumplieron las expectativas anunciadas con la reforma de la ley 24.522. La situación es peor aún si nos referimos al acuerdo preventivo extrajudicial que, como era de esperar, casi no ha tenido utilización. En definitiva, los acuerdos extrajudiciales brillan por su ausencia, el concurso preventivo no sirve para recuperar empresas viables y la quiebra no sirve para lograr una distribución equitativa y que las pérdidas sean las menores posibles.

La situación empeora si echamos una mirada sobre los antecedentes jurisprudenciales o sobre la experiencia de los operadores o de las víctimas de la insolvencia para saber si quienes han tenido influencia en la misma han sido verdaderamente responsabilizados por los daños, porque notaremos una gran atención en la doctrina, que se ha ocupado profusamente del tema, pero una casi nula efectividad en la reparación de los daños producidos.

Creemos que la sociedad piensa que los responsables de acciones dolosas o culposas que generan tanto daño a la comunidad, a los acreedores y al comercio en general, resultan totalmente impunes y, a nuestro juicio es verdad y forma parte de esa "anomia boba" que nos ha puesto al margen de la ley como enseña Nino, entre otras causas porque "...Las normas jurídicas deben ser lo más definidas que sea posible"² y, como veremos en esta presentación la falta de claridad en este tema es notoria. Seguramente no será la causa determinante de esta situación pero que contribuye, no nos cabe la menor duda.

Esta propuesta -que desde ya adelantamos, no agota el tema- la formulamos pensando en una reforma parcial de la ley de concursos y quiebras, intentando generar un régimen de responsabilidad coherente con una ley que ha incrementado las libertades pero no las responsabilidades³, aunque aspiramos a que alguna vez se modernice efectivamente toda la regulación en materia de insolvencia incluido el régimen de responsabilidad.

La preocupación no solamente se manifiesta en la doctrina nacional. Los días 30 y 31 de octubre de 2000, en Méjico en la LATIN AMERICAN & CARIBBEAN INSOLVENCIA WORKSHOP, el Banco Mundial acercó un documento⁴, con sugerencias para futuras reformas donde resalta la necesidad de promover la buena conducta empresaria y de crear un sistema de responsabilidad que genere confianza en la población, en el accionar de las empresas y una cultura de protección del crédito. Creemos que hoy estamos muy lejos de esa aspiración. Coincidimos con De Cupis que nos dice que "...la confianza del pueblo en las leyes que lo gobiernan depende siempre en gran medida de las soluciones que, guardando los principios de justicia, se aplican para determinar el sujeto al que corresponde en definitiva soportar el daño"⁵.

1. LA NECESIDAD DE UN SISTEMA ÚNICO

Proponemos que la ley de concursos regule la totalidad de las situaciones que quedan atrapadas frente al concurso preventivo o a la quiebra del deudor para que los operadores sepan de la sola lectura de

² NINO, Carlos S., "Un país al margen de la ley", pág.39 Ed. Emecé, 1992.

³ Cfr. ROUILLÓN, Adolfo A. N. citado por MONTESERIN, Eduardo -"Régimen de responsabilidades e inhabilitaciones para una nueva ley de Concursos-II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia-IV Congreso Nacional de Derecho Concursal- pág. 522 Ed. Frespresa -2000.

⁴ Copia en nuestro poder gracias al Dr. Juan M. Dobson que nos la hizo llegar.-

⁵ Cit. Por Kemelmajer de Carlucci, Aída en CÓDIGO CIVIL COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO Ed. Astrea, 1999, Tomo 5 pág. 29.

la ley de concursos, sin tener que remitirse al C. Civil o a la ley de sociedades, cuáles son los actos que se les puede reprochar y qué daños deberán reparar. Deberá regularse sobre la responsabilidad de terceros en el Título IV de la ley de concursos que contempla cuestiones generales aplicables al concurso preventivo y la quiebra. Proponemos, como ya adelantamos, que se derogue el segundo párrafo del art. 173; se reformule el 174 contemplando la acción en concurso preventivo y en la quiebra; se derogue el art. 175; se reformule el art. 176; se deroguen las remisiones a los arts. 119 y 120.; se incorpore al art. 39 la obligación de la sindicatura de informar sobre la existencia de actos antijurídicos de los descriptos en el nuevo art. 173, los sujetos responsables y sobre la posibilidad de cumplir con el acuerdo propuesto.

Nuestro derecho positivo contiene una doble regulación de la conducta de los administradores sociales, representantes, directores, etc. contemplando acciones de responsabilidad en la ley de sociedades 19.550 y en la de concursos y quiebras 24.522 y las dos se remiten al Código Civil. Esto si nos referimos exclusivamente a los representantes sociales porque si de otros terceros se tratara además habrá que tener en cuenta la regulación del código civil.

Hoy tenemos el siguiente panorama:

- Todos los actos realizados por terceros y que tengan influencia en la insolvencia de un sujeto quedan atrapados por la normativa del art. 173 si se prueba el dolo como acto ilícito ejecutado "...a sabiendas y con intención de dañar (art. 1072 del C. Civil). Siempre y cuando haya quiebra (no concurso preventivo) y ésta además subsista.⁶
- Cuando además de actos realizados con dolo nos encontramos con conductas culposas que produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la insolvencia, tenemos: i.- los arts. 59 y 274 de la ley de sociedades para el concurso preventivo y la quiebra⁷ y 175 de la ley de concursos únicamente para el caso de quiebra; y ii.- "...Si nos encontramos ante otros sujetos descriptos en la norma (representantes, gestores, etc.), tales conductas pueden ser comprendidas en los supuestos de responsabilidad común con base en el art. 1109 del C.Civil, hipótesis menos gravosa que la anterior,

⁶ Cfr. BARAVALLE, Roberto A.; GRANADOS, Ernesto I. J. y ERBETTA, Daniel A. "Ley de concursos y quiebras 24.522 Comentada, anotada y con cuadros sinópticos", Tomo II pág.241 Ed. Liber.

⁷ Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, "Daños causados por la insolvencia: acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades" IV Congreso Nacional de Derecho concursal y II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Ed. Fespresa. año 2000.

en razón de tener un período de prescripción más corto”⁸.

Las acciones contenidas en ambos ordenamientos y aplicables en la quiebra y, como postulamos, en el concurso preventivo con los alcances que más adelante indicaremos, tienen profundas diferencias entre sí (factor de atribución, prescripción, condiciones para su ejercicio, daño resarcible, etc.) que en definitiva complican y dificultan el ejercicio de las mismas y tornan ineficaz el régimen de responsabilidad existente. Coincidimos con Junyent Bas⁹ en que la ley 24.522 agrava las asimetrías internas del sistema con relación al régimen societario propiamente dicho, lo que a la postre estructura un régimen dual que resta eficacia a una normativa tan importante como debe ser la referida a la responsabilidad societaria y concursal.

Tenemos la misma impresión que Alberti a la entrada en vigencia de la ley 19.551 acerca de lo que había sucedido con la ley 11.719. Efectivamente en aquella época “...La falta de una concreta norma indicativa de la responsabilidad patrimonial de los directores de la fallida había determinado que la calificación concursal de su conducta como efecto personal de la quiebra quedara constituida en una declaración de reproche, alusiva de ciertas infracciones propuestas para la inquisición de la justicia penal, pero no determinante de ninguna imposición pecuniaria”¹⁰.

Ahora estamos igual o peor que durante la vigencia de la ley 11.719. El dolo como único factor de atribución y la exigencia de la conformidad de los acreedores como requisito previo a incoar la acción de responsabilidad nos ha retrotraído a aquella época en el caso de la quiebra y, en el del concurso preventivo todavía estamos por empezar. Volvemos a coincidir con Alberti en este aspecto cuando se refiere a esa costumbre nacional de exigir parámetros valorativos tan elevados que “...acarrea el riesgo de que la norma sancionatoria sea esgrimida retóricamente en la docencia y la bibliografía y nunca aplicada en las causa judiciales”¹¹.

En la normativa actual nos encontramos con un sistema de responsabilización que podríamos decir es “extremo” como la extensión de quiebra, con todos los reproches que merece, de verdadero carácter sancionatorio persecutorio y que podría recortarse considerablemente si tuviéramos un buen régimen responsabilizador por los daños pro-

⁸ BERGEL y PAOLANTONIO - Acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra. Derecho y Empresa. N° 4 pág. 235 Universidad Austral. 1995-

⁹ JUNYENT BAS, Francisco, “Acciones de responsabilidad en el Proceso Falencial”, ED 1999-II, pág. 746.

¹⁰ QUINTANA FERREYRA-ALBERTI, Concursos, Tomo 3-pág. 240 Ed. Astrea-1994.

¹¹ QUINTANA FERREYRA - ALBERTI, op. cit., pág. 244.

ducidos a la responsabilidad patrimonial del insolvente¹².

Propugnamos entonces que todos los operadores cuenten con normas claras respecto de las consecuencias que acarrea para cualquier sujeto que ha producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, derive en concurso preventivo o en quiebra.

Basta repasar lo que los autores vienen discutiendo acerca del tema en cuestión y compararlo con lo que realmente se ha conseguido en esta materia, para concluir que una vez más las elucubraciones académicas están lejos de la realidad comercial cotidiana. Son muy pocos los casos donde la reparación del daño se ha obtenido.

La ley de concursos tiene la pretensión de regular en todo lo que tenga que ver con el activo y pasivo del concursado. Las acciones tendientes a la recomposición patrimonial están reguladas exclusivamente por la ley de concursos aunque haya remisiones a otros ordenamientos, en cambio, en materia de la responsabilidad de quienes contribuyeron a llegar a un estado de insolvencia, nuestra ley es francamente deficiente en materia de quiebras y absolutamente prescindente en materia de concurso preventivo, generando dudas sobre el alcance de la aplicación o no de las acciones previstas en la ley de sociedades o el Código Civil que algunas propuestas son, a nuestro juicio peligrosas para el propio instituto como veremos más adelante.

A nadie se le escapa que los concursos preventivos fracasan, entre otros motivos, por una prolongación exagerada de parte del deudor de la etapa preconcursal y, a la postre, se llega a la quiebra con activos realizables a valores muy distintos a los que se manejaron en el concurso preventivo, en la mayoría de los casos, la liquidación arroja resultados muy negativos en cuanto a pasivo cancelable.

Sabemos que hoy es posible accionar, jurídicamente es viable si utilizamos todo el sistema jurídico como un ordenamiento completo coherente y congruente ya sea por el art. 1109 del Código Civil o por la ley de sociedades, reclamando la reparación por los daños y, lo real y concreto es que estas demandas no se verifican y, convengamos, no será porque escasean actos dolosos o culpables verdaderamente perjudiciales. Sin embargo creemos que una regulación mejor delineada y con límites claros en sus alcances mejorará considerablemente las condiciones formales y luego dependerá de los operadores su utilización o no.

¹² Cfr. GRISPO, Jorge y BALBÍN, Sebastián -Extensión de la Quiebra, y Mafia, Osvaldo citado por los autores. pág. 100 Edit. Ad Hoc-2000.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS A QUE ALCANZA, DE LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y DEL NEXO CAUSAL CON EL DAÑO. EN CUANTO AL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD, DEBE CONTEMPLARSE AL DOLO COMO A LA CULPA. DEBE TENER UN ÚNICO RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN Y LA ACCIÓN EN LA QUIEBRA NO DEBE ESTAR SUJETA A AUTORIZACIÓN PREVIA

Lo que disponga la ley de concursos respecto de los sujetos, de la conducta antijurídica, del nexo de causalidad y del factor de atribución será aplicable tanto en caso que el deudor esté en concurso preventivo como en quiebra, lo que variará es el sujeto legitimado para accionar y el daño a resarcir.

2.1.- SUJETOS ALCANZADOS POR LA NORMA

Al igual que en el actual art.173 L.C. la acción de responsabilidad que proponemos debe alcanzar a toda persona que, de una u otra forma, incidió o participó en la conducta reprochable -producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia- esto es: representantes, administradores, mandatarios, gestores de negocios y terceros en general.

Es dable destacar que, si como consecuencia de la regulación contenida en el actual régimen concursal, pocas veces se logra sancionar las conductas culposas de los sujetos susceptibles de ser atrapados por la ley societaria, en el caso de aquellos que se encuentran fuera de ella, resulta prácticamente imposible.

Es por ello que el sistema único de responsabilidad propuesto permitirá responsabilizar a toda persona que, con su actuar (activo u omisivo) haya colaborado en la insolvencia del deudor infringiendo un daño que deba ser reparado.

2.2.- LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA Y EL NEXO CAUSAL CON EL DAÑO

En cuanto a la conducta antijurídica y al nexo causal con el daño estimamos que debe mantenerse la actual regulación que tipifica las conductas reprimidas que pueden consistir tanto en acciones como en omisiones: producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

Las conductas tipificadas deben conservarse en el nuevo régimen dado que permite abarcar una amplia gama de actos atrapando

incluso una de las conductas más frecuentes y cuya responsabilización es más reclamada -la tardía presentación en concurso preventivo- que se sanciona por "agravar la insolvencia". "...Se agrava la insolvencia cuando se continúa con el giro de los negocios en estado de cesación de pagos, o cuando se fracasa en el trámite de concurso preventivo o en el cumplimiento del acuerdo".¹³

En cuanto a la relación de causalidad, ésta es un presupuesto de la responsabilidad civil y consecuentemente "la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad".¹⁴ Es sabido pero no está demás recalcarlo: a fin del ejercicio de la acción, se requiere que exista un nexo causal entre la conducta de los representantes y terceros y la insolvencia, o sea las conductas que la ley sanciona deben tener entidad suficiente como para haber causado la insolvencia o disminución de responsabilidad patrimonial de la fallida. A estos fines deberá aplicarse la teoría de la relación causal adecuada -teoría receptada mayoritariamente por la doctrina- según la cual se distingue causa y simples condiciones sosteniendo que no es causa cualquier condición del evento sino aquella que es en general idónea para determinarlo¹⁵, esto es, que el daño (la insolvencia en este caso) sea una consecuencia razonable del acto realizado, teniendo en cuenta la previsibilidad del daño y la calidad o profesionalidad del sujeto. Es decir que el juez deberá evaluar si la insolvencia era el resultado del accionar empresario según el curso ordinario de las cosas, analizando las circunstancias anteriores, las que podían ser conocidas y las circunstancias posteriores en la medida en que pudieran ser previstas.

2.3.- FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Propugnamos que el nuevo régimen contemple tanto al dolo como a la culpa como factor de atribución de responsabilidad.

Echando una mirada sobre la legislación extranjera, vemos que la mayoría de las legislaciones contempla la culpa además del dolo como factor de atribución. Los ingleses tienen lo que llaman comerciar dañosamente, que significa continuar con la actividad económica cuando no han existido perspectivas razonables¹⁶. En el Derecho Francés el presidente del Consejo de Administración tendrá una

¹³ BERGEL y PAOLANTONIO - Las acciones de responsabilidad... op. cit.

¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge - Responsabilidad por Daños - Tomo I, pág. 211 Ed. Rubinzal Culzoni - 1998.

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, op. cit.

¹⁶ Cfr. DOBSON, Juan, -Conferencia en Jornadas Preparatorias del Congreso Derecho Societario -Instituto Derecho Concursal Colegio de Abogados Rosario-Junio 2001.

responsabilidad agravada si hubiera insuficiencia de activo en razón de gestión culposa. El derecho italiano establece la responsabilidad de los administradores por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social (art. 2394 CC). En Brasil, los directores y gerentes responden por los actos practicados dentro de sus atribuciones o poderes o con violación de la ley o del estatuto pero no asumen responsabilidades por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad en virtud de actos regulares de gestión. La Ley de Suspensión de Pagos en España, contempla la responsabilidad civil del declarado en suspensión de pagos o sus administradores vinculada a alguna de las causas legales de culpabilidad o fraudulencia o bien cuando sin darse esas conductas típicas hayan perjudicado a los acreedores mediante actos que le sea directamente imputables. El Proyecto Rojo (España) propone que, en caso que la sentencia se califique como culpable la conducta de una persona jurídica podrá contener además la condena a los administradores y liquidadores a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva. Nuestra legislación exige el dolo para el caso de quiebra para la acción colectiva y el dolo o la culpa para la acción individual o social cuando el deudor no está en quiebra. Es decir cuando el daño se hace más claro y definitivo exige más para responsabilizar a alguien.

En nuestro régimen actual, el dolo como único factor de atribución de responsabilidad de la conducta de los administradores sociales sumado a otros requisitos que exige la interposición de la acción prevista en el art. 173 L.C., trae como consecuencia la despenalización de la conducta de los administradores quienes se ven favorecidos por el jubileo o indulgencia concedida por el actual régimen de responsabilidad falencial.

Durante la vigencia de la anterior ley 19.551 (art. 166) se responsabilizaba a los terceros por actuar con dolo o en infracción a normas inderogables de la ley. Esta ultima expresión ha sido motivo de discusiones doctrinarias en torno al hecho que si estaba incluida la culpa como factor de atribución. La opinión mayoritaria opinaba en forma positiva sosteniendo que cuando el daño ocurría como resultado de una acción u omisión reprochable a la luz del patrón establecido por el art. 59 de la L.S. o de los arts. 512 y 902 del C.C.¹⁷ nos encontramos ante un caso de inobservancia de las obligaciones de los administradores impuesta por la ley, en lo que el derecho italiano denomina culpa genérica¹⁸. Si bien este supuesto es mucho más amplio

¹⁷ QUINTANA FERREYRA-ALBERTI -Concursos -Tomo III pág. 249 Ed. Astrea -1994.

¹⁸ BERGEL, Salvador- Responsabilidad de terceros en la quiebra, JA 1981-I pág. 742.

ya que abarca el actuar negligente e imprudente, la responsabilidad por infracción a las normas arriba señaladas no se configura necesariamente frente a la insolvencia sino debe tratarse de decisiones de manifiesta irracionalidad o imprudencia.¹⁹

La jurisprudencia de la Cámara Nacional especialmente a partir del conocido fallo Phonotone toma una postura que permita un efectivo resarcimiento para los acreedores al sostener la indiscutible aplicación del artículo 59 L.S. a los fines de evaluar la responsabilidad de los administradores sociales; esta norma, sostiene la Cámara, es inderogable en los términos del art.166 (ley 19.551) pues aquella norma consagra un estándar jurídico clásico -variante mercantil del Bonus paterfamilias- y de alto contenido moral.²⁰

Este fallo fue altamente ponderado por Martorell²¹ quién manifiesta que es necesario que las conductas al margen de la ley no queden impunes, concluyendo con la aseveración de que el derecho comparado se ubica a favor de un agravamiento de la responsabilidad de quienes -además de administrar bienes ajenos- disfrutan de las prebendas y del enorme poder que otorga, en no pocos casos, la función directiva a una sociedad comercial. En similar sentido se expidió la Cámara Nac.Sala B en Estructuras Elcora S.A. s/Quiebra c/y, r y ot. s/ordinario.²²

La nueva ley ha significado un retroceso en el tema. Del análisis de la regulación actual del régimen responsabilizador concluimos que resulta más ventajoso a los administradores sociales encontrarse en una empresa en quiebra que ante una empresa in bonis o en concurso preventivo.

Efectivamente, mientras la sociedad se encuentra in bonis o en concurso preventivo, se le impone a los administradores de sociedades comerciales responder por violación a los deberes de lealtad, diligencia de un buen hombre de negocios y violación de la ley o del estatuto y por los daños y perjuicios emergentes del abuso de facultades con dolo y culpa. "El administrador societario al desempeñar funciones no regladas de gestión operativa empresaria, deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (art.59), tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art.512 Cód. Civil). La omisión de tal

¹⁹ VASALLO, Gerardo -La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras. JA 1996-III pág.955.

²⁰ C.Nac.Com., sala D 10/9/92 Phonotone Co S.R.L. s/quiebra, responsabilidad de terceros s/ordinario, LL 1993 B-280.

²¹ MARTORELL, Ernesto, "Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad" LL 1993 B- pág. 280.

²² C.Nac., Sala B 26-11-98 Revista de Sociedades y Concursos Tomo I pág. 40.

diligencia, o sea de los cuidados propios de un buen hombre de negocios, hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la responsabilidad por la **culpa leve** in abstracto, y además responderá por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la **culpa grave** y, obviamente, el dolo".²³

No encontrarán los administradores de sociedades la misma rigidez y exigencias en cuanto a responsabilidad refiere, si la sociedad se encuentra en estado de quiebra no obstante que su obrar culposo pudo haber sido tan importante como para hallarse en esa situación.

En este caso, tendrán responsabilidad y deberán indemnizar los perjuicios causados sólo en caso que **dolosamente** hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia. Quienes defienden la postura de exigir el dolo en la conducta de los agentes causales de la responsabilidad concursal como Roitman, sostienen que ello es congruente con la economía del sistema y que admitir la culpa para los dos supuestos tan limitados (disminución de la responsabilidad o causar la insolvencia) es prácticamente no dar seguridad a ninguna de las transacciones comerciales y que, por otra parte, otorgando la posibilidad que las acciones societarias sean ejercidas en la quiebra es una manera de hacer que la responsabilidad no se diluya frente al interés general que se exterioriza en la quiebra, y siempre la pauta de conducta es la culpa, con lo que las demás conductas no quedarían impunes.²⁴

No vemos que el hecho de responsabilizar a los administradores y a terceros por su obrar doloso o culposo afecte la seguridad de las transacciones comerciales desde el momento en que el autor del hecho dañoso debería indemnizar por los daños y perjuicios causados y de ningún modo sería atacado acto jurídico alguno. Por lo demás, sostener que la quiebra dispone de la acción societaria que puede ser ejercida por el síndico (art. 175 LC) a fin de atrapar las conductas culposas es, cuanto menos, una inocente expresión de deseos. El término de prescripción de esta acción comienza a contarse desde la producción del hecho dañoso que se traduce en la realidad en que, cuando el síndico se encuentra en condiciones de promoverla, ya está prescripta y los socios o los terceros damnificados se enteran generalmente muy tarde para intentar la acción. Además, la posibilidad de ejercer esta acción deja muchas otras acciones de terceros impunes porque no están comprendidas en la acción social.

²³ OTAEGUI, Administración societaria, pág. 133 Ed. Abaco 1979.

²⁴ ROITMAN, Horacio - Responsabilidad Concursal. El Dolo. La Responsabilidad-Libro Homénaje a Isidora Goldenberg. pág. 751.

La doctrina en forma mayoritaria ha criticado la reforma de la ley y en jornadas y congresos se alzan voces proclamando una nueva reforma al régimen de responsabilidad de terceros que permita poner punto final a la irresponsabilización de las conductas de los administradores de sociedades, destacando el atraso sustancial que la reducción de las causales de responsabilidad en la ley de quiebras ha causado²⁵, desmantelando la estructura legal existente en la ley 19.551 que, al menos, cumplía una función disuasiva. Ello es así en tanto y en cuanto el dolo como único factor de atribución de responsabilidad implica, en definitiva, la irresponsabilización, hecho que se da de bruce con el actual derecho de daños.²⁶

Anteproyectos de reformas a la actual ley 24.522 (Comisión del Ministerio de Justicia -1997-, senador Branda -2000 - con dictamen de comisión) establecen tanto el dolo como la culpa grave como factor de atribución de responsabilidad de terceros.

La incorporación de la culpa como factor de atribución permite eliminar el actual art. 175 de la L.C. en tanto y en cuanto estas conductas por parte de los administradores y directores quedarían atrapadas, junto a la de los demás representantes y terceros por el art. 173 cuya reformulación proponemos.

El retorno a la posibilidad de penalizar las conductas culposas de los administradores, se impone como respuesta a los reclamos no solo doctrinarios sino de toda una sociedad que, como si fuera una muletilla sostiene "empresas pobres y dueños y administradores ricos".

2.4. INNECESARIEDAD DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE LOS ACREEDORES PARA PROMOVER LA ACCIÓN

Proponemos que, en ningún caso se requiera para el inicio de la acción autorización de los acreedores, consecuentemente la derogación lisa y llana de cualquier remisión a los arts. 119 y 120 de la ley de concursos.

La ley 11.719 requería autorización previa de la comisión de vigilancia o de la asamblea de acreedores a fin de que el liquidador pudiese iniciar acción de ineficacia o "nulidad" de algún acto. La exigencia de este requisito se tradujo en un obstáculo para declarar la ineficacia de los actos perjudiciales a los acreedores, requisito que, con buen tino, fue eliminado en la ley 19.551 y, sin justificación algu-

²⁵ VASALLO, Gerardo - La acción de responsabilidad... op. cit.

²⁶ JUNYENT BAS, Responsabilidad de terceros en la quiebra-La protección de los Terceros en las sociedades y en los concursos. pág. 457 Ed. Ad Hoc.

na, reimpuesto en la actual ley.

Siguiendo la línea trazada por la ley 24.522 en el sentido de desalentar la promoción de acciones tanto de recomposición patrimonial como de responsabilidad de representantes y terceros en la quiebra, se exige en el actual régimen, y por reenvío al art. 119 de la ley, la autorización previa de los acreedores como recaudo de admisibilidad formal de la demanda de responsabilidad.

No ignoran los legisladores que los acreedores se desentenden de los procesos de quiebra y casi en ningún caso concurren a interesarse por el estado del proceso, razón por la cual la exigencia de la autorización previa de los acreedores a los fines de la promoción de la acción, resulta un nuevo obstáculo introducido por el legislador del 95 que convierte a instituto en absolutamente inoperante. "...Lograr la mayoría del capital verificado y declaró admisible constituirá ciertamente una excepcional proeza"²⁷ "...es una generalizada comprobación que los acreedores se desinteresan cada vez mas del trámite del concurso ... se habló de la "proverbial apatía de los acreedores" (Cámara. Mismas palabras en Escuti-Junyent Velez). De su "natural indolencia" (Cámara). De la fantasía de lograr una más activa participación de los acreedores en el proceso concursal (Lorente) De que "Llegan a no interesarse ni siquiera por el andamio de un proceso de quiebra considerando que ocuparse es un daño ulterior por el tiempo perdido en relación a un resultado que, para no agregar burlas al perjuicio, conviene poner en el balance como negativo" (Pajardi).²⁸

Si bien en su defensa los autores de la ley sostienen, que el fundamento de la exigencia de autorización radica en el hecho que los síndicos comprometen el activo de la quiebra al ejercer estas acciones (a veces actuando con ligereza) y consecuentemente deben los eventuales perjudicados (acreedores) dar la conformidad al inicio de las mismas,²⁹ es cierto también que muchas veces estas acciones se ejercieron con total responsabilidad y éxito.³⁰

El sistema elegido por el legislador para impedir aventuras judiciales de los síndicos no parece ser el más apropiado ya que, "...para tal fin, lo correcto es aplicar condignas sanciones-incluyendo la imposición de costas a título personal- a quién litiga de manera aventurada o temeraria, y no dejar prácticamente sin posibilidad de aplicación -

²⁷ BERGEL, Salvador y PAOLANTONIO, Martín -La Ineficacia concursal en la ley 24.522 Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo 11, pág. 115 Ed. Rubinzal Culzoni- 1996.

²⁸ MAFFÍA, Osvaldo. Aspectos de la nueva ley de concursos, LL 1996 B pág. 362.

²⁹ RIVERA, Julio César, VÍTOLO, Daniel, Comentarios a la ley de concursos y quiebras Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 75.

³⁰ RIBICHINI, Guillermo - Inoponibilidad concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos. pág. 61 Ed. La Ley -1999.

como ocurre con la solución legal- a uno de los pilares del sistema concursal".³¹ No se comprende en razón de qué, en esta gran limitación impuesta por la ley al síndico, se aparta del criterio del art. 182 LC. en virtud del cual el éste, como consecuencia de la pérdida de legitimación procesal del fallido debe iniciar los juicios necesarios tendientes a defender los intereses del concurso, para lo que no se requiere autorización previa, lo que sí se comprende es que el remedio fue peor que la enfermedad generando un sistema limitativo de la viabilidad, oportunidad y éxito de las respectivas pretensiones".³² Adviértase que nuestra ley de concursos regula la extensión de quiebra, figura mucho más gravosa -que no goza de nuestra particular simpatía y que afecta a terceros mucho más que una simple demanda de daños- y que, si no prosperara también las costas las deberá pagar la quiebra y no requiere de conformidad de ninguna naturaleza, lo que demuestra una gran incoherencia al menos.

En síntesis, la eliminación del requisito de autorización previa de los acreedores para iniciar la acción de responsabilidad del art. 173 LC que proponemos, constituye un ingrediente más en este intento de lograr una real aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores y directores que, con su obrar, influyeron en la insolvencia de la sociedad concursada o fallida.

2.5- PRESCRIPCIÓN

Esta única acción de responsabilidad que proponemos deberá, como hasta ahora, prescribir en el plazo de dos años. Este debería contarse, tanto en caso de quiebra como de concurso preventivo a partir de la presentación del informe general, ya que es en esa oportunidad donde los acreedores podrán tener conocimiento de las conductas dañosas y de los sujetos susceptibles de ser atrapados por la acción de responsabilidad. En el caso de quiebra la prescripción deberá contarse desde que la sentencia de quiebra quedara firme si esto ocurre con posterioridad a que se presente el informe general. En ambos casos abarcará actos realizados hasta un año antes de la fecha de cesación de pagos.

Concluyendo, la acción de responsabilidad que proponemos debe alcanzar a los representantes, administradores, directores, gestores de negocios del fallido y terceros que hubieren producido, permitido, facilitado o agravado la situación patrimonial del deudor o su insol-

³¹ BERGEL, Salvador y PAOLANTONIO, Martín, La ineficacia... op. cit., pág. 121.

³² GARAGUSO, Horacio. Sociedades y Concursos en el Mercosur. pág. 547 Ed. Ad Hoc - 1996.

vencia con obrar doloso o culposo entendido este último como infracción al patrón establecido en el art.59 de la Ley de Sociedades y/o art. 512 del Código Civil. El ejercicio de la acción no requeriría autorización previa y la prescripción operará a los dos años de la presentación del informe general o, en caso de quiebra indirecta, desde que la sentencia quedó firme.

3.- LA REGULACIÓN PARA EL CASO DEL CONCURSO PREVENTIVO DE:

3.1.- Las acciones que pueden intentar los damnificados frente al concurso preventivo de su deudor;

3.2.- El rol de la sindicatura, del comité de acreedores y del Tribunal durante la tramitación del concurso preventivo respecto de los actos dañosos realizados por tercero.

El concurso preventivo es una herramienta legal cada día más utilizada. Desgraciadamente no tenemos estadísticas serias que muestren todas las vicisitudes que se van sucediendo en los concursos preventivos, pero todos los que estamos vinculados al tema somos testigos del aumento desmesurado de concursos y de la intolerable cantidad de fracasos que derivan en quiebras absolutamente vacías luego de haber prolongado durante años una situación de manifiesta inviabilidad, con todos los desmanejos dolosos y culposos que podamos imaginar.

Sin embargo, curiosamente, la ley de concursos no se ocupa en absoluto de esta serie de hechos dañosos que se pudieron haber cometido antes y durante la tramitación de un concurso preventivo. Creemos con Richard ³³ que los ha dejado librado a las posibilidades individuales o sociales por aplicación del derecho no concursal, situación que casi no se ha verificado en la realidad negocial argentina. Esta falta de regulación específica en la ley concursal, a nuestro juicio ha contribuido a desalentar estas acciones por falta de seguridad, en gran medida, por esa "...tendencia en aplicar las normas jurídicas formalmente, en su materialidad y no en sus objetivos o funcionalidad ... y ... en la pérdida de un sentido global del derecho, no integrando adecuadamente sus normas".³⁴

Perfilando adecuadamente la reparación del daño en situación

³³ cfr. RICHARD, Efraín. "Daños causados con la insolvencia" op. cit.

³⁴ RICHARD, Efraín. Insolvencia Societaria y Responsabilidad. J. A. Conmemoración en su 80º aniversario. pág. 380.

de concurso se despejarán las dudas y las lagunas que pueden derivar en aplicaciones inconvenientes.

Somos concientes que la falta de regulación no es el único motivo por el que no se acciona. Los acreedores ya han sufrido bastante con la falta de pago, exponerse además a una acción judicial de resultado incierto que puede generar mayores costos no se le hace fácil a nadie, máxime cuando hay tan poca confianza en el sistema general como para predecir un éxito no solo judicial sino con recompensa material. No obstante insistimos que la falta de claridad contribuye notoriamente a desanimar a los pocos con ánimo o con suficiente enojo como para encarar la reparación.

Convengamos además que los acreedores más poderosos tienen otras posibilidades vinculadas con las garantías que obtienen, mayor acceso a la información, sanciones comerciales, etc. Que los hacen menos vulnerables a maniobras que en definitiva los afecten. El resto de los acreedores son, el fisco que generalmente no se defiende bien y resto de proveedores o acreedores no tan importantes para quienes especialmente habría que regular esta situación porque es la única posibilidad de defensa que tienen.

3.1.- LAS ACCIONES QUE PUEDEN INTENTAR LOS DAMNIFICADOS FRENTE AL CONCURSO PREVENTIVO DE SU DEUDOR

La norma tendrá que contemplar que, ante la comisión de actos de las características definidas en el punto 2 del presente, todos los damnificados podrán iniciar a su cargo acciones individuales o sociales por el daño que él pueda acreditar por ante el juez del concurso. El juicio será ordinario.

La vinculación del hecho dañoso con la insolvencia hace que se vea como conveniente que la acción sea intentada ante el mismo juez del concurso.

También coincidimos con Roitman³⁵, en algún sentido, en que no es conveniente dejar para ser revisados todos los actos por tiempo indeterminado atenta contra la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de las transacciones comerciales del mundo moderno. Por eso proponemos que las acciones de los acreedores prescriban a los dos años de la presentación del Informe General. La explicación nos resulta sencilla, son acciones individuales o sociales pero para el acreedor muchas o todas son desconocidas hasta después de la pre-

³⁵ Cfr. ROITMAN, op. cit.

sentación en concurso preventivo. Recordemos que hasta ese momento el deudor en sus operaciones gozaba de los beneficios de la confidencialidad de sus actos que recién se abre a la investigación con la apertura del concurso³⁶ y, durante la tramitación del concurso el deudor se encuentra bajo la vigilancia del síndico y, en su caso del comité de acreedores, sonde los actos dañosos pueden ser sancionados con la norma prevista en el art. 17 de la actual ley de concursos.

Sostenemos que estas acciones pueden perseguir la reparación del daño hasta que haya acuerdo homologado. A partir de allí los damnificados no podrán invocar el daño producido por la utilización de un remedio legal, ni por la demora ni por la quita y/o espera o por la aplicación de cualquier fórmulas de las admitidas por la ley, cesando en ese caso las acciones de daños que pudieren estar en trámite³⁷. Sería verdaderamente grave para el concurso preventivo que, a pesar de la homologación los acreedores que dieron su conformidad puedan seguir acciones de daños contra administradores, representantes o terceros. Distinto es el caso de quienes no votaron la propuesta que, a nuestro juicio podrán seguir las acciones.

En definitiva postulamos el cese de estas acciones individuales cuando se homologue el acuerdo debiendo resolver el Tribunal sobre la razonabilidad de la demanda para la imposición de costas.

3.2.- EL ROL DE LA SINDICATURA, DEL COMITÉ DE ACREEDORES Y DEL TRIBUNAL DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO PREVENTIVO RESPECTO DE LOS ACTOS DAÑOSOS REALIZADOS POR TERCERO

Hemos perfilado lo que debiera ser el régimen de la responsabilidad de administradores sociales y terceros frente al concurso preventivo y la quiebra. Según nuestra propuesta, que seguramente generará polémica siempre saludable para un congreso, ha quedado definido que, para nosotros, durante el concurso preventivo las acciones son individuales (en el sentido de ser acciones que persiguen un interés individual del socio o del acreedor o de la propia sociedad en las acciones sociales) y no colectivas y que, la homologación del acuerdo no podría generar un hecho resarcible por lo que las acciones individuales debieran cesar ante esta circunstancia.

No estamos satisfechos con la solución porque deja sin resolver el problema de la quiebra posterior. No es posible ser meros observadores de una serie de actos reprochables que podrán ser alcanzados en

³⁶ cfr. GRANADOS, Ernesto. *Derecho y Empresa* -pág. 64- Universidad Austral 1995.

³⁷ En contra RICHARD, ob. cit. pág. 552.

una quiebra posterior por una acción que estará seguramente condenada a ser ineficaz si el tiempo obtenido por la demora injustificada de presentarse en concurso preventivo y el tiempo que transcurra antes de caer en quiebra sirve para que cuando estemos en condiciones de demandar haya poco o nada para reparar el daño. Desgraciadamente hemos visto muy poco respecto a la aplicación de las sanciones previstas en el art. 17 de la ley de concursos.

Por este motivo proponemos que la sindicatura investigue sobre la existencia de este tipo de actos, antes lo hacía para opinar sobre la calificación de conducta y, además opine sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo. Esto no influirá en la homologación o no del acuerdo, como durante la vigencia de la ley 19.551 pero, si existen actos de los descriptos por la ley y hay verosimilitud del derecho y, además hay razonables dudas sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo, se podrán ordenar medidas cautelares a cargo del concursado y se mantendrán hasta que se cumpla definitivamente el concurso preventivo, salvo que con el acuerdo se vote limitar estas medidas.

Sabemos que en muchos concursos se observan impotentes este tipo de situaciones -que los acreedores no han podido descubrir antes de la presentación en concurso- frente a las que, síndicos y Tribunal son meros espectadores, sin poder hacer nada, aún sabiendo que el concurso muy probablemente no se cumpla y la quiebra finalmente llegue mucho tiempo después, donde los derechos de los damnificados se habrán tornado totalmente ilusorios.

La solución que proponemos tiene su analogía en la ley vigente. Efectivamente, por el art. 18 de la ley de concursos se disponen medidas respecto del patrimonio de los socios ilimitadamente responsables y qué duran hasta el cumplimiento del acuerdo salvo que se limiten en el acuerdo conforme lo dispone el art. 45 del mismo cuerpo legal.

CONCLUSIÓN

Estamos expuestos y abiertos a la crítica. Asumimos cierta audacia y posiblemente no sea la mejor solución o haya mucho para polemizar. No obstante creemos hacer un aporte para el debate sobre la forma y la necesidad de responsabilizar a quienes han tenido influencia en la insolvencia, hecho que pregona la doctrina y reclama la sociedad. El concurso preventivo no cumple con el objetivo esperado y pregonado y las más de las veces contribuye a diluir responsabilidades y a desanimar a acreedores, síndicos, jueces, etc. dando una pésima imagen a la sociedad que no puede creer -como tampoco lo hace-

mos nosotros- que no hayan casos significativos donde se identifiquen a verdaderos culpables de la insolvencia y, lo que debiera ser una aspiración social, que seamos eficaces en responsabilizar a los verdaderos culpables. Advertimos finalmente que estamos lejos de una persecución irracional en busca de responsables donde no los hay, coincidiendo con Dobson cuando nos dice que el riesgo empresario en la Argentina de hoy debe ser analizado con los parámetros actuales y desincriminar conductas que encuadran en ese riesgo que hace razonablemente imprevisible que se derive en insolvencia.

Esperamos haber contribuido al debate aún cuando las conclusiones no sean como las proponemos.