

RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y SOCIOS FRENTE AL CONCURSO Y A LA QUIEBRA

FERNANDO RAÚL MANUEL ZURETA

CONCLUSIONES

1) La exclusión del art. 173 actual de la L.C.Q. de la referencia a la violación de normas inderogables y con ello de la culpa como factor de atribución de responsabilidad de los representantes resulta reprochable, ya que ha restringido considerablemente la deducción de esta acción de responsabilidad en desmedro de los intereses del concurso en general y de los socios o terceros perjudicados en particular.

2) Se propone de *lege ferenda* la ampliación de los casos en que opere la norma, incluyéndose en forma expresa los casos de culpa, sin hacer referencia a sus grados, puesto que la graduación de la culpa es una tesis ya superada en nuestro derecho. En consecuencia proponemos la siguiente redacción: "*Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que con dolo o culpa hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados*".

3) La postura que sostenemos concuerda con el *standard* jurídico del "buen hombre de negocios" contemplado en el art. 59 de la ley

19.550, que deberá ser tenido en cuenta para juzgar la conducta de los representantes y administradores de la sociedad, en este caso fallida. A estos funcionarios, en función de sus capacidades y experiencia negocial, y por ser custodios de bienes e intereses ajenos, se les exige mayores recaudos y diligencias que al hombre común. Por lo tanto, nada justifica que se excluya a la conducta culposa como atributiva de responsabilidad por daños provocados a terceros y que sólo deban responder en caso de dolo. Esta tesis por otra parte, coloca en armonía la responsabilidad prevista para los administradores en la Ley de Sociedades Comerciales y la contemplada en la Ley de Concursos y Quiebras.

4) En consonancia con la propuesta de interpretación amplia del art. 173 L.C.Q. entendemos que el concepto de dolo a tomarse es el que brinda el art. 931 del Cód. Civil, es decir, “toda aserción de lo que es falso, disimulación de lo que es verdadero o cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

5) A los inconvenientes señalados para el ejercicio de la acción de responsabilidad concursal se agrega un aspecto práctico que consideramos fundamental. Y es que la Ley de Sociedades Comerciales contempla en su art. 278 la acción de responsabilidad en caso de quiebra con apreciables ventajas respecto de aquella.

En efecto, al ser los presupuestos de procedencia de esta acción los establecidos para la llamada acción social de responsabilidad (arts. 59 y 274 L.S.), ya no será necesaria la demostración de dolo en la conducta del representante o administrador, bastando que éste haya actuado abusando de sus facultades o con culpa grave. Tampoco deberá contarse con la conformidad ni la mayoría de acreedores quirografarios que exige el art. 173 L.C.Q., y ni siquiera necesita de una decisión asamblearia que habilite su promoción.

6) El acreedor que desee intentar obtener la satisfacción de su crédito antes de que se declare la quiebra, es decir en la etapa de concurso, podrá ejercer la acción individual de responsabilidad del art. 279 L.S. en contra de los administradores que con su conducta hubieren permitido, facilitado o agravado la capacidad económica y financiera de la concursada.

7) En situaciones de concurso entendemos que *prima facie* el daño se encontraría acreditado. Esto por cuanto la sola apertura del concurso provoca en el patrimonio de los acreedores una modificación *in peius*. En este sentido, baste reparar en los efectos de la apertura del concurso y en lo que habitualmente acontece en los mismos y se concluirá que tal daño se presenta desde un primer momento. Tenemos así: la suspensión del curso de los intereses (art. 19 L.C.Q.); la nece-

sidad de verificar el crédito en el concurso; la indefectible demora que se producirá para la percepción del crédito, consecuencia de la larga tramitación de los concursos en nuestro país; la obligación para los acreedores que han iniciado demandas contra el hoy concursado de ir a litigar ante el juez del concurso, merced del fuero de atracción.

8) Si bien el art. 279 L.S. no prevé la responsabilidad de quienes de cualquier forma hubieren contribuido con su accionar u omisión con la situación de insolvencia del concursado, ello no significa que quienes hayan provocado, facilitado o determinado el estado de insolvencia del deudor, queden exentos de toda responsabilidad. En efecto, el sistema de responsabilidad diseñado por la ley 19.550 de ninguna manera excluye el régimen de responsabilidad contemplado en el Código Civil. De esta forma podrá por ejemplo intentarse la reparación de los perjuicios que el concurso ha irrogado al acreedor contra los socios no administradores mediante el ejercicio de acciones reguladas en el ordenamiento civil; todo con fundamento en la **genérica obligación de no causar daño a otro** y de reparar todo perjuicio que tenga origen en incumplimientos contractuales o en hechos ilícitos.

I.- PLANTEO DEL TEMA

El objeto de esta ponencia es brindar un panorama de las acciones que un tercero acreedor de la sociedad concursada o fallida tiene a su disposición para intentar el resarcimiento de los daños que esta sociedad le ha ocasionado, a partir de la imputación de los mismos a los administradores o socios del ente.

La inquietud surge a partir del escenario al que asistimos en nuestro país en materia de crisis empresaria. Sabido es, y todos los autores concursalistas lo han puesto de resalto, que los concursos se arbitran, no para intentar salvar la empresa de su falencia, sino – en la mayoría de los casos – son utilizados como herramientas destinadas a licuar pasivos y evitar el pago íntegro de las obligaciones asumidas por el concursado. En este sentido, el Dr. Anich nos dice que: “El derecho concursal no está dando respuesta adecuada a los fines que se persigue. Pese a los denodados esfuerzos de legisladores, doctrinarios, jueces y demás funcionarios, los procesos concursales tramitan habitualmente viciados de una serie de irregularidades que no se compadecen con los principios legales o bienes jurídicos a tutelar, como tampoco con las cotidianas expresiones de quienes reflexionan sobre esta

especialidad”¹.

Esta situación conlleva que gran parte de los acreedores que logran verificar su crédito en el concurso no perciban ni un centavo, dado que una de las más usuales conductas “espúreas” que se observan en quienes se presentan en concurso es la generación de su propia insolvencia con anterioridad a la solicitud de la apertura de aquél, razón por la cual la experiencia nos muestra que la gran mayoría de los concursos devienen en quiebra y con un pasivo considerablemente mayor que el activo.

A esto se suma que contamos con una deficiente legislación que en su redacción actual ha eliminado el instituto de la calificación de conducta que, a criterio de quien escribe estas líneas, resultaba útil como medio disuasivo de actitudes fraudulentas y antijurídicas.

Estas circunstancias obligan a los magistrados y a los operadores del derecho a ensayar posibles soluciones o paleativos a las defraudaciones que a diario observamos, con el objeto de evitar que nuestro sistema jurídico falencial haga de cómplice de aquellos deudores inescrupulosos que encuentran en la ley soluciones patrimoniales y financieras personales, a despecho de los reales intereses que se persiguen satisfacer con un régimen concursal, esto es, la continuidad de la empresa, la salvaguarda de los puestos de trabajo y el derecho de crédito de todos los acreedores.

II.- ACCIÓN CONCURSAL DE RESPONSABILIDAD DE REPRESENTANTES Y TERCEROS (ART. 173 L.C.Q.)-

La acción que se desprende del art. 173 L.C.Q. es una típica acción concursal, dado que se presenta únicamente en la quiebra y requiere de ciertos presupuestos que se configuran sólo en este ámbito.

Si bien esta no es una acción que puedan utilizar directamente los terceros acreedores del concursado, dado que la legitimación activa inicial está en cabeza del síndico, el art. 176 L.C.Q., por reenvío al art. 120 del ordenamiento concursal, admite la posibilidad de que esta acción sea entablada por cualquier acreedor interesado en caso de inacción de aquel y con los recaudos que la norma señala. De ahí que le encontremos importancia a los fines de esta exposición.

La norma aludida establece en su primer párrafo que: *“Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, de-*

¹ ANICH. Juan: “Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas”, Buenos Aires, agosto de 2.000 (Trabajo de investigación).

ben indemnizar los perjuicios causados”.

A lo largo de esta exposición se demostrará la poca aplicabilidad práctica que tiene esta norma, en razón de las dificultades que encontramos en el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la misma y porque existen otros medios por los que puede llegarse al mismo resultado sin necesidad de cumplir los exigentes recaudos de la norma que comentamos.

El primer obstáculo que debe afrontar el acreedor perjudicado por la quiebra de la sociedad deudora es la necesidad impuesta por la norma de tener que probar el dolo para poder responsabilizar a los sujetos que ella menciona por la producción, facilitación, permisón o agravamiento de la situación patrimonial del fallido o de su insolvencia.

Con el texto anterior (art. 166, ley 19.551) existía otro supuesto de atribución de responsabilidad: la infracción a normas inderogables de la ley, que admitía implícitamente la culpa. Con lo cual, se veían mejoradas sustancialmente las posibilidades de su interposición y procedencia. Así, el maestro Otaegui², analizando en viejo art. 166 de la ley 19.551 explicaba que uno de los supuestos en que se configuraba la responsabilidad del administrador societario se presentaba cuando hayan violado normas inderogables de la ley con dolo, culpa grave o culpa leve *in abstracto*.

Con la nueva redacción se excluyen los supuestos de culpa de los administradores o representantes, y necesariamente debe probarse el dolo, circunstancia harto difícil, máxime si se sigue el concepto de dolo que nos dan la mayoría de los autores, cual es el del art. 1072 de nuestro Código Civil, esto es, “el acto ilícito ejecutado a sabiendas o con la intención de dañar la persona o los derechos de otro”³.

La exclusión de la culpa como factor de atribución de responsabilidad de los representantes en caso de verificarse los supuestos contemplados en el art. 173 L.C.Q. resulta reprochable, ya que ha restringido considerablemente la deducción de esta acción de responsabilidad en desmedro de los intereses del concurso en general y de los socios o terceros perjudicados en particular.

En virtud de ello es que proponemos de *lege ferenda* la ampliación de los casos en que opere la norma, incluyéndose en forma expresa los casos de culpa, sin hacer referencia a sus grados puesto que la graduación de la culpa es una tesis ya superada en nuestro derecho.

En consecuencia proponemos la siguiente redacción: “*Los re-*

² OTAEGUI, Julio - Administración Societaria, Ed. Abaco.

³ En este sentido: DASSO, Ariel (El Concurso Preventivo y la Quiebra, T. II, Ed. Ad-Hoc, pág. 800); ROULLION, Adolfo (Régimen de Concursos y Quiebras, Ed. Astrea, pág. 242).

presentantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que con dolo o culpa hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados”.

Esta postura por otra parte coincide con la *standard* jurídico del “buen hombre de negocios” contemplado en el art. 59 de la ley 19.550, que deberá ser tenido en cuenta para juzgar la conducta de los representantes y administradores de la sociedad, en este caso fallida. A estos funcionarios, en función de sus capacidades y experiencia comercial, se les exige mayores recaudos y diligencias que al hombre común. Por lo tanto, nada justifica que se excluya a la conducta culposa como atributiva de responsabilidad por daños provocados a terceros.

Ellos (administradores y representantes) son custodios de bienes ajenos y, al decir de Nissen⁴, esto los obliga, entre otras cosas, a conservar los bienes de la sociedad, manteniéndolos en el patrimonio social y justificando su enajenación o transmisión y evitar, a través de una política comercial prudente, el agravamiento de la responsabilidad patrimonial de la sociedad.

Así, jurisprudencialmente se ha resuelto que: *“La obligación de conservar el activo y de informar sobre el destino dado a los bienes interesa, por un lado, a la sociedad administrada y a sus socios, y por otro lado a los terceros ajenos a esa sociedad pero acreedores de la misma, que tienen interés en la conservación de la llamada prenda común que garantiza y permite el cobro de sus créditos”* (Ccom., sala D, setiembre 10-992 – Phonotone Co. S.R.L. s/quiebra s/resp. de terceros – L.L. 1993-B, pág. 279).

Esta tesitura coloca en armonía la regulación de la responsabilidad de los representantes sociales contenida en la Ley de Sociedades Comerciales y la de la Ley de Concursos y Quiebras. En efecto, nada justifica que para responsabilizar a los administradores o representantes societarios en el marco de las acciones de responsabilidad previstas en la ley 19.550 baste con probar su culpa, y que, en cambio, para que esta responsabilidad opere en el ámbito falencial se requiera la demostración del dolo.

Según lo apuntado la redacción actual del art. 173 L.C.Q. se aparta incomprensiblemente del parámetro de conducta establecido por la Ley de Sociedades Comerciales para los representantes o administradores, hecho éste que no concuerda con la debida armonía que debe imperar en un sistema jurídico y por ello debe ser adecuado el texto del artículo bajo comentario.

⁴ NISSEN, Ricardo A. – Ley de Sociedades Comerciales, Comentada, Concordada y Anotada, T. 2, Ed. Abaco, pág. 47).

Respecto del concepto de dolo a tomarse, propiciamos la interpretación de Barbieri, citada por Grispo⁵, quien entiende que en este caso se aplica la definición de dolo que brinda el art. 931 del Cód. Civil, es decir, “toda aserción de lo que es falso, disimulación de lo que es verdadero o cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

Consideramos que esta interpretación concuerda mas con la tesitura que adoptamos en este trabajo, cual es adoptar un criterio amplio para la aplicación de la norma. En efecto, indudablemente será mas fácil demostrar las conductas indicadas en el art. 931 del Cód. Civil que las enunciadas en el art. 1.072 del mismo cuerpo legal.

Otro inconveniente con el que se encontrará el síndico (sujeto legitimado activo para el planteamiento de esta acción, sin perjuicio de la potestad de los acreedores de instarla para el caso de inacción de aquél) radica en la necesidad de reunir previamente a la promoción de la acción, las mayorías previstas en el tercer párrafo del art. 119 L.C.Q., es decir, la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible, lo que en quiebras con gran cantidad de acreedores muchas veces se constituirá en un verdadero óbice para la procedencia e interposición de la acción que venimos comentando.

También es dable destacar que el segundo párrafo del art. 173 L.C.Q. legitima pasivamente a cualquier tercero (representante o no) que hubiera participado, también dolosamente, en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo. Tenemos aquí a aquel sujeto que haya aparecido como autor, cómplice o partícipe de los actos que en definitiva provocaron una disminución en la garantía patrimonial del fallido frente a los acreedores.

Así las cosas, pueden resultar sujetos pasivos los propios socios (aunque no fueran miembros del órgano de administración de la sociedad), el síndico o incluso algún acreedor que a través de su conducta (dolosa) hubiere producido, facilitado o agravado la insolvencia de la sociedad fallida (ej.: un banco en la errónea concesión de un crédito de envergadura importante según el giro comercial de la fallida o cuando no analizó adecuadamente sus antecedentes).

A los inconvenientes señalados para el ejercicio de la acción de responsabilidad concursal se agrega un aspecto práctico que consideramos fundamental. Y es que la Ley de Sociedades Comerciales contempla en su art. 278 la acción de responsabilidad en caso de quiebra con apreciables ventajas respecto de aquella.

En efecto, los presupuestos de procedencia de esta acción son

⁵ GRISPO, Jorge Daniel – Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras, Comentada, Anotada y Concordada, T. 4, Ed. Ad-Hoc, pág. 368).

los establecidos para la llamada acción social de responsabilidad, para lo cual debemos remitirnos a los arts. 59 y 274 L.S.. Y de la lectura de las normas citadas tenemos que ya no será necesaria la demostración de dolo en la conducta del representante o administrador, bastando que éste haya actuado abusando de sus facultades o con culpa grave.

Respecto de la culpa grave seguimos la opinión de Nissen⁶, quien nos dice que esa referencia no encuentra suficiente explicación ya que nuestro ordenamiento civil ha abandonado la clasificación de la culpa, unificando la misma dentro del concepto del art. 513 del Cód. Civil. En virtud, de ello no queda descartada la culpa leve y será en definitiva el juez quien de acuerdo a las pautas que nos brinda el art. 512 del Cód. Civil decidirá si ella existió o no.

Tampoco esta norma exige conformidad ni mayoría alguna para su iniciación. En efecto, no se exigen las conformidades de la mayoría simple de acreedores quirografarios como en el caso de la acción concursal y ni siquiera necesita de una decisión asamblearia que habilite su promoción. Así, compartimos el criterio de Alberti⁷ quien entiende que no tendría sentido su celebración, pues una decisión negativa de los accionistas no podría inhibir de promoverla al síndico concursal o, en su caso, por los acreedores afectados.

II.- ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD REGULADA EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES – POSIBLES SOLUCIONES PARA SATISFACCIÓN DE CRÉDITOS EN CASOS DE CONCURSO O QUIEBRA.

Según se explicó supra, luego de la modificación por la ley 24.522 de las condiciones de procedencia de la acción concursal de responsabilidad, su aplicabilidad en la práctica se ha visto sensiblemente reducida.

Es por ello que el acreedor perjudicado en sus intereses por la insatisfacción de su crédito que importa la apertura del concurso de su deudor o, peor aún, su quiebra, debe encontrar la forma de cubrir su crédito a través del ejercicio de otras acciones mediante las cuales logre afectar en garantía de su crédito el patrimonio de quienes de alguna forma llevaron a la sociedad deudora a la situación de insolvencia.

En este marco nos encontramos con la acción prevista en el art. 279 de la L.S. que establece que: “Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.

⁶ NISSEN, Ricardo A. – Ob. Cit, pág. 376.

⁷ ALBERTI, E. Concursos, T. 3, pág. 259.

A través de esta acción los terceros perjudicados podrán intentar la satisfacción de su crédito antes de que se decrete la quiebra de su deudor. Es decir que a diferencia de los casos antes tratados el acreedor podrá intentar cobrarse de los eventuales responsables en la etapa de concurso.

Para la procedencia de esta acción, y ante la falta de disposiciones específicas, debemos regirnos por las reglas establecidas en nuestro Código Civil. Así, primeramente deberá probarse el daño concreto en el patrimonio del actor.

En situaciones de concurso entendemos que *prima facie* este daño se encontraría acreditado. Y decimos esto por cuanto la sola apertura del concurso provoca en el patrimonio de los acreedores una modificación *in peius*. El concurso del deudor importa de por sí un perjuicio en el patrimonio de quien ostenta un crédito en su contra. En este sentido, baste reparar en los efectos de la apertura del concurso y en lo que habitualmente acontece en los mismos y se concluirá que tal daño se presenta desde un primer momento. Tenemos así: la suspensión del curso de los intereses (art. 19 L.C.Q.); la necesidad de verificar el crédito en el concurso; la indefectible demora que se producirá para la percepción del crédito, consecuencia de la larga tramitación de los concursos en nuestro país; la obligación para los acreedores que han iniciado demandas contra el hoy concursado de ir a litigar ante el juez del concurso, merced del fuero de atracción.

Al elenco anterior también podrían agregarse perjuicios o daños que surgen ya no como efectos propios de la apertura del concurso pero sí durante su sustanciación. Así tenemos: la posibilidad de que las medidas precautorias trabadas sobre bienes del concursado sean levantadas por decisión del juez por considerar esos bienes como necesarios para la continuación del giro normal de la empresa; la quita que experimentará en el monto de su crédito y la prolongación en el tiempo para su efectiva percepción. Respecto de esto último sabemos que la mayoría de las propuestas que hoy en día se ofrecen consisten en el pago del 40 % del crédito con un plazo de gracia importante y el saldo en cuotas.

De lo expuesto queda claro que el acreedor que ha interpuesto la acción del 279 L.S. no deberá realizar grandes esfuerzos en probar el daño, ya que – como manifestáramos – la sola apertura del concurso del deudor importa un daño para el acreedor.

Otro de los factores que deberán presentarse para que opere la responsabilidad del director demandado será su culpa o el dolo. Entendemos que, al igual que para el caso de las acciones explicadas anteriormente, basta la culpa leve según las circunstancias del caso

para que pueda darse su responsabilidad. En cuanto al dolo, consideramos que la definición a tenerse en cuenta debe ser la proporcionada por el art. 931 del Cód. Civil y que la prueba de presunciones graves, precisas y concordantes debe ser admitida para tenerlo como acreditado.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la acción de responsabilidad concursal y en el de la acción del 278 L.S., aquí no se encuentra prevista la responsabilidad de quienes de cualquier forma hubieren contribuido con su accionar u omisión con la situación de insolvencia del concursado.

Sin embargo, ello no significa que quienes hayan provocado, facilitado o determinado el estado de insolvencia del deudor, queden exentos de toda responsabilidad por no encontrarse prevista la figura en el ordenamiento societario. En efecto, el sistema de responsabilidad diseñado por la ley 19.550 de ninguna manera excluye el régimen de responsabilidad contemplado en el Código Civil.

De esta manera podrá por ejemplo intentarse la reparación de los perjuicios que el concurso ha irrogado al acreedor contra los socios no administradores mediante el ejercicio de acciones reguladas en el ordenamiento civil; todo con fundamento en la genérica obligación de no causar daño a otro y de reparar todo perjuicio que tenga origen en incumplimientos contractuales o en hechos ilícitos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- DASSO, Ariel Angel - *"El Concurso Preventivo y la Quiebra"*, Editorial Ad-Hoc. (año 2.000).
- Fassi - Gebhardt - *"Concursos y Quiebras"*, Editorial Astrea (año 1996).
- GAGLIARDO, Mariano - *"Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas"*, Editorial Abeledo Perrot (año 1981).
- GRISPO, Jorge Daniel - *"Tratado sobre la ley de Concursos y Quiebras"*, Editorial Ad-Hoc (año 2.000).
- OTAEGUI, Julio - *"Administración Societaria"*, Editorial Abaco (año 1979).
- ROULLION, Adolfo - *"Régimen de Concursos y Quiebras, Revisado y Comentado"*, Editorial Astrea (año 1999).

CONTABLE