

# **PROTECCIÓN A LOS TERCEROS ACREEDORES DE UNA MALA GESTIÓN DE LOS DIRECTORES**

VIVIANA E. CESCUT  
RICARDO SUKIASSIAN

## **ABSTRACT**

En el presente trabajo se resaltan algunos aspectos de la ley de sociedades y de concursos, y se efectúa un análisis del régimen previsto en las mismas sobre la responsabilidad de los administradores y su extensión.

Pretendemos demostrar la necesidad de una futura reforma, que prevea los delitos societarios, como también algún tipo de acción de responsabilidad ante el concurso preventivo de la sociedad.

La trascendencia que reviste la responsabilidad de los administradores es tradicional en el derecho societario, la misma se debe a la gravedad e importancia de los intereses comprometidos. Consideramos que la estructura actual de la normativa que la regula, no cumple con la misión prevista para la misma, en especial con respecto a los terceros que contratan con la sociedad quienes en muchas ocasiones ven frustrados sus créditos debido a la falta de diligencia de los administradores. Esta circunstancia se avizora recién a la hora de reclamar el pago, que es generalmente cuando la sociedad ya se encuentra en

estado de cesación de pagos, motivo por el cual ya no existe alguien patrimonialmente capaz de responder por la mala gestión de los administradores.

## **DESARROLLO**

A fin de desarrollar claramente el presente trabajo, tendremos en cuenta el conjunto de normas que regulan la responsabilidad de los administradores. La Ley de Sociedades se dedica en su Capítulo Primero, Sección VIII, a normas sobre administración y representación, y a través de tres artículos (58 a 60) elabora una normativa general que debe ser completada con las previsiones establecidas para cada tipo societario en particular.

Por su parte la Ley de Concursos regula en la Sección III, en los artículos 173 y siguientes el régimen de Responsabilidad de Terceros, incluyendo en estas disposiciones sobre la extensión de responsabilidad al órgano de administración. Sin embargo corresponde aclarar que este régimen es solamente aplicable en el supuesto de quiebra.

### **1. ENCUADRAMIENTO DE LA FUNCIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN**

La actividad empresarial requiere de actos que implican la toma de decisiones y la consecuente exteriorización de las mismas, esta tarea es realizada a través del órgano de administración, cuya actividad es continuada, ininterrumpida y permanente, y cuya injerencia en las mismas se acentúa o atenúa según el tipo societario del que se trate.

El órgano de administración detenta un área determinada de competencia, la cual se rige por la consecución del objeto social, postura denominada por la doctrina Gestión Social<sup>1</sup>.

Su poder es originario y el mismo posee un contenido mínimo insustituible, que se encontrará a salvo de posibles intromisiones asamblearias, existiendo una clara "supremacía fáctica" entre el mismo y el poder "intermitente" detentado por la reunión de socios<sup>2</sup>.

La función del órgano de administración es imprescindible, necesaria e insustituible, constituyéndose para el administrador, en la única posibilidad fáctica de adoptar decisiones y concretarlas, téngase en cuenta que la sociedad tiene una imposibilidad absoluta de obrar, de tal modo requiere la actuación de este órgano para llevar adelante la actividad social.

Como se ha señalado precedentemente, el rol que cumple el

administrador en el funcionamiento de la sociedad es más que necesario. Sin su actuación, nos encontraríamos ante un hardware sin el software que permita que el sistema produzca el resultado buscado.

**Ante esta realidad se torna imprescindible la existencia de mecanismos regulatorios inmediatos y severos que condenen y hagan responsable a este sujeto ante una conducta que cause tanto un daño a terceros como a la sociedad.**

¿Cuáles son los mecanismos previstos por nuestra legislación, en el ámbito del derecho societario y concursal, tendientes a controlar y sancionar a los administradores que no cumplen con sus deberes y causan con su comportamiento un daño a los terceros?

## 2. RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES

El sistema instaurado por la ley 19.550 a fin de hacer responsable al administrador, requiere como condición básica para la existencia de responsabilidad, la imputación por la comisión u omisión a título doloso o culposo de actos que constituyan un perjuicio que afecte el patrimonio social o el de terceros directamente. Este requisito constituye, el fundamento de la obligación de reparar –solidaria e ilimitada entre administradores y representantes societarios- señalada por los arts. 59 y 274 de la ley citada.

La apreciación de la culpabilidad del administrador en la ley de sociedades se basa en un criterio abstracto, pero éste debe conjugarse con lo estipulado por el Código Civil en su art. 512, donde se gradúa la culpa con un criterio concreto, y donde la misma debe ser interpretada en concordancia con los arts. 902 y 1198 del Código Civil, toda vez que la función del administrador exige una conducta determinada.

Ésta es una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento. Se trata de una obligación de medios, donde el comportamiento tenderá a la obtención de un fin, para lo cual es necesaria la observancia de una conducta prudente y diligente.

El resultado exitoso o no, es ajeno a su compromiso. Sin embargo, en caso de que se acredite la realización de actos prohibidos, quedará demostrado el incumplimiento del deber de lealtad y de diligencia que la ley le exige al administrador.

Son los pilares de la conducta que debe asumir el administrador:

- Lealtad: tiene fundamento en la postergación del interés personal en pos del de la sociedad.
- Diligencia de un buen hombre de negocios: pretende idoneidad, eficacia en el desempeño de sus funciones.

Por su parte, encontramos en el artículo 274 de la Ley 19.550, la especialidad, en la cual sanciona a los administradores por el mal desempeño de su cargo, violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo (entendido como la actuación a sabiendas con intención de dañar, sea por acción u omisión), abuso de facultades (entendido como una alternativa de una conducta dolosa) o culpa grave (entendida como la falta de diligencia elemental que impone la naturaleza de la obligación). En estos casos responden solidaria e ilimitadamente a la sociedad, accionistas y terceros, por los perjuicios causados.

Podemos concluir que la Ley de Sociedades ha establecido una pauta de puro corte objetivo al momento de establecer los presupuestos de imputación de responsabilidad a los administradores, la cual no requiere la configuración de daño. Sin embargo cabe advertir que el principio no es absoluto.

Expresa Mascheroni<sup>3</sup> que en este orden de ideas la reforma del art. 274 mediante la ley 22.903, ha permitido abrir un cauce a una concepción subjetivista de la responsabilidad, atendiendo a la real y efectiva actuación de cada uno de los directores (en concordancia con los arts. 512 y 902 del Código Civil), e imputando la responsabilidad originada en la actuación individual de cada director “cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo a lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”.

La ley no exige de responsabilidad al administrador, sino que distribuye en forma adecuada y equitativa la misma.

Hemos tenido oportunidad de señalar que el régimen de la responsabilidad resarcitoria en el campo de las sociedades comerciales resulta de la norma del art. 59 de la ley 19.550, así como también de los principios de derecho común de los arts. 512, 902, 1198 y -principalmente- 505, inc. 3° del Código Civil. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador societario dará derecho al ejercicio de una acción resarcitoria.

En la esfera de las sociedades, es indispensable la verificación de todos los supuestos exigidos por la ley para ser factible la sanción y resarcir el perjuicio causado. Especialmente, en relación a quién ha sufrido el daño, tanto la jurisprudencia como la doctrina concluyen que en el sujeto habilitado a realizar la acción es el directamente afectado por el accionar del administrador, y no admiten la utilización de esta vía por un daño reflejo.

De tal modo la ley otorga diferentes acciones, tanto la **acción social**, como la **acción individual**, están dirigidas contra los administradores de una sociedad como consecuencia de una conducta negli-

gente, productora de un daño a los intereses de la sociedad y, en su defecto, a los accionistas y acreedores, siendo su finalidad la reparación del daño causado por los directivos en el ejercicio de sus cargos.

La acción social persigue la obtención de la reparación por el daño ocasionado por la administración a la sociedad, la ley autoriza a ser ejercida por la sociedad o por el accionista ante la inacción del representante social. Pero ante el concurso se encuentran habilitados a su ejercicios el síndico y los acreedores de la sociedad. La **acción social** requiere un debate previo por el órgano de gobierno y que éste haya decidido afirmativamente su iniciación.

Por su parte, la **acción individual**, está condicionada a que el accionista o el tercero sufra un perjuicio directo en su patrimonio. Como bien exponía Halperin<sup>4</sup> la acción individual se refiere a daños que el accionista o tercero recibe personalmente y no en forma indirecta por afectación al patrimonio social.

La jurisprudencia acerca de la procedencia de la acción individual de responsabilidad no es numerosa, si bien los precedentes publicados se orientan a la admisión de su autonomía, la conclusión es que el tercero o socio que pretenda basarse en esta acción deberá acreditar un perjuicio concreto en el patrimonio del socio (*GATTI, Ernesto Horacio y otro c/ Bulad, Alfredo Ragueb s/ sumario, CNCom, Sala A 22/10/1999; RIVAS, José C/ CALVO Y RODRÍGUEZ, José Antonio y Otros S/ Sumario, CNCom, Sala B 20710/99*).

En tal sentido, Zaldívar<sup>5</sup> señala que no puede computarse como daño causado a la persona que ejerce esta acción la parte proporcional que le corresponda en el daño causado al patrimonio de la sociedad.

Esta acción configura una tutela directa de los intereses de socios y **terceros**, con motivo del daño patrimonial sufrido por éstos en ciertos y determinados casos, en la perspectiva de quien lo sufrió y quien lo causó.

El principal inconveniente de estas posturas, es que en raras ocasiones se refleja en forma inmediata el daño que directamente el administrador ha ocasionado a los terceros con su comportamiento contrario a la ley. Por el contrario, generalmente una administración deficiente y negligente culmina en un concurso preventivo o en la quiebra de la sociedad, momento en el cual el daño se evidencia.

### 3. RÉGIMEN DE LA LEY DE CONCURSOS

Por su parte, el actual marco legal existente en la Ley de Concursos, en su art. 173, describe dos tipos de conductas. En su primer párrafo se dedica a la responsabilidad de los representantes o quienes

actúan por el deudor, vinculados funcional o contractualmente con él, mientras que en su segundo y último párrafo regula la responsabilidad de todos los terceros que hayan participado de cualquier manera en la disminución del activo o la exageración del pasivo, es decir que no está vinculado con el deudor sino en la acción del deudor.

Frente a estos factores de atribución de responsabilidad, sin perjuicio que la ley los distingue en cada una de sus párrafos, puede concluirse que ambas figuras describen conductas que tienen el mismo resultado final: la insolvencia del deudor.

La ley regula en forma diversa la determinación del sujeto pasivo. Por un lado su enumeración es taxativa en cuanto a los representantes, mientras que para el supuesto de terceros adopta una fórmula genérica. Por este motivo, quedan fuera de la acción establecida para los representantes, los síndicos y los miembros del Consejo de Vigilancia.

Para ambos supuestos se establece que el único factor de atribución de responsabilidad es el dolo, es decir que debe tratarse de un acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar, art. 1072 del C.C.

De este modo se elimina la confusa frase "en infracción a normas inderogables", la cual era interpretada por la doctrina como una modalidad de conducta dolosa.

De esta forma, la acción de responsabilidad concursal se independiza más aún de la acción societaria, ya que se pretende sancionar las conductas que tienden a la insolventación o a la afectación negativa de la responsabilidad del deudor, y no a toda actuación antinormativa y culpable de los administradores societarios. Además alcanza aún a aquellos que no tengan vinculación funcional para actuar por el deudor.

La ley pone en cabeza del síndico, como primer sujeto detentor de la acción, sin perjuicio de la posibilidad de que terceros acreedores puedan iniciarla, después de transcurridos treinta días desde que se haya intimado al funcionario judicial para que la inicie.

A nuestro parecer, resulta drástica la reforma introducida, toda vez que el síndico debe solicitar una autorización previa a los acreedores que representen la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible, hecho que la convierte en impracticable, más aún teniendo en cuenta que la ley dispone el procedimiento para obtener dichas mayorías.

Por otra parte, si la acción es iniciada por un tercero, ante la falta de iniciativa o de mayorías del síndico, éste no puede litigar con beneficio de gastos, debiendo asumir el tributo previo de la acción, cabiendo también la posibilidad que el juez le pida que afiance los

eventuales gastos del proceso.

**Como se advierte el cumplimiento de estos requisitos es una valla infranqueable para la iniciación de acciones de responsabilidad y de esta manera se favorecen a los sujetos que con su conducta o inacción han contribuido a disminuir la masa de bienes del fallido.**

Este retroceso en los requisitos a fin de iniciar la acción de responsabilidad en la quiebra, colabora con la continuación de conductas inescrupulosas de los administradores, que advierten que para verse demandados durante la quiebra el síndico debe reunir la firma de los acreedores, más aun cuando la ley no ha establecido el mecanismo de autorización y teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya ha advertido la necesidad de la firma expresa del acreedor.

La ley concursal en su anterior redacción, ya preveía un régimen de responsabilidad hacia los terceros, sean éstos administradores o no de la sociedad fallida, por su parte la ley 24.522 copió este régimen con algunos agregados.

La inclusión en la reforma de 1970 de la acción de responsabilidad concursal, constituyó como lo señalara Otaegui, una verdadera innovación en el derecho argentino, habilitando el camino para corregir las conductas dañosas de los administradores por las deudas sociales. A pesar de la regulación prevista ya la exposición de Motivos de la ley 19.551 mencionaba que esta institución no era utilizada.

Roitman<sup>6</sup> coincide varios años después con la misma conclusión, que el régimen previsto en el artículo 166 de la ley 19.551 no ha sido utilizado y señala que la dificultad estuvo en la facilidad que presentaba el instituto de la extensión de la quiebra, antes de la reforma de la ley 22.917, y una no muy nítida diferenciación con esta figura.

Por su parte Francisco Junyent Bas,<sup>7</sup> con el cual coincidimos, sostiene que el problema fundamental estuvo y sigue estando en la dificultosa tarea de discernir los daños y perjuicios derivados de estas conductas con el resto de las deudas sociales.

En una palabra, si la doctrina reconocía, tal como ya lo hemos advertido su falta de utilización, hasta la sanción de la ley 19.551 y aún bajo este régimen legal, a partir de la nueva ley, el instituto pasó a ser letra muerta.

A la falta de discriminación de la calificación de conducta, se agrega el estricto sistema de acciones de responsabilidad concursal, las que denotan una intención de irresponsabilidad concursal, que pretende deslindar de toda responsabilidad a los administradores.

Sumado al requisito de autorización previa, el sistema instaurado por la ley 24.522 reitera el grave inconveniente que tenía el régi-

men anterior, en cuanto exige como presupuesto del ejercicio de la acción la determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos para poder conocer si los hechos imputados están o no dentro del período de retroacción establecido por el art. 174.

## CONCLUSIÓN

La ley concursal y la ley societaria han regulado con criterios autónomos dos tipos de acciones de responsabilidad, en atención a la diferencias existentes entre ambos ordenamientos, al tercero damnificado se le dan diferentes instrumentos pero los mecanismos para su utilización son inapropiados.

Tal como hemos expuesto, el daño directo que el administrador le causa a un tercero, se ve reflejado cuando el estado de cesación de pagos aflora en la sociedad, es decir ante un concurso preventivo o un decreto de quiebra.

En el primer caso, su única solución es acreditar la existencia de un daño directo sobre su patrimonio e iniciar la acción individual prevista en la ley de sociedades (art. 279). Ya hemos mencionado lo difícil que resulta probar el daño directo, toda vez que en la mayoría de los casos el mismo surge como conclusión de la negligente administración.

Ante la quiebra las opciones son varias, no sólo que el tercero acreedor conserva las acciones sociales (art. 277 Ley 19.550) sino que la ley de concursos le suministra nuevas herramientas, que si se abusa de ellas se transforman en situaciones insalvables.

De lo manifestado, inferimos que los administradores negligentes y desleales, en un 99% de los casos quedan impunes. Lo transcrito precedentemente no escapa al conocimiento público de cualquier administrador, el cual sabe que resulta cuasi imposible que deba resarcir por los daños y perjuicios que su mal desempeño ha ocasionado.

Se ha quitado la calificación de conducta y en su reemplazo, no se ha dispuesto un régimen integral que sancione al administrador, especialmente en el marco penal.

Por otra parte, advertimos que limitar el amplísimo espectro de actuación de los administradores no es apropiado, ya que no es posible retacear sus actuaciones, lo cual devengaría en una imposibilidad fáctica de gestión social que redundaría en la prosecución del objeto social, siendo la solución apropiada un mecanismo sancionatorio rápido y severo que no sólo condene pecuniariamente al administrador, sino que afecte su libertad física, como sería un delito penal. *De la misma*

*forma otros sistemas ya lo han previsto, como es la ley española de Delito de los Administradores Societarios.*

Es verdad que frente al sistema actual, será una tarea muy ardua la introducción de delitos especiales para los administradores societarios, sin embargo consideramos, que ésta es la única vía posible a fin de prevenir las conductas dañinas que abundan en la actualidad y que generalmente quedan impunes.

## CITAS

1- NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comentada Tomo I. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Año 1996.

2- MARTORELL, Breves estudios societarios. La responsabilidad de los administradores sociales hoy. LL 199.

3- MASCHERONI (3) Régimen Jurídico del Socio. Ed. Astrea, año 1996. Capítulo IV.

4 - HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas", p. 459, Buenos Aires 1974.

5 - ZALDIVAR-MANÓVIL-RAGAZZI-ROVIRA-SAN MILLÁN, "Cuadernos de derecho societario", tomo I, ps. 307 y 308.

6 - ROITMAN, "Responsabilidad de terceros en la quiebra" Revista de la Facultad, N° I, vol. II, 1993.

7 - JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad civil ante los administradores societarios", Ed. Advocatus, Córdoba 1999.