

RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES POR LA FALTA DE PREVISION ANTE LAS DIFICULTADES FINANCIERAS DE LA SOCIEDAD

María Laura Patrón Petraglia

Resumen

Existe un reconocimiento tardío por parte de administradores y directores de que su empresa se encuentra en dificultades económicas y un retraso en la toma de decisiones que llevan a agravar la situación de ésta.

La falta de previsión, la omisión de planificación adecuada de los negocios y la conducta negligente de administradores y directores que contrataron con los terceros a pesar de la situación de crisis de la sociedad generan responsabilidad de éstos y deberán responder por los daños causados a la sociedad y a los terceros que contrataron con ella.

Algunos países han adoptado nuevos instrumentos de prevención y alerta temprana de dificultades financieras, con la finalidad de dar apoyo a las empresas en dificultades y a través de un proceso de supervisión y monitoreo dar la alerta temprana cuando proceda y prevenir el posterior deterioramiento de la sociedad.

I. Introducción

La actuación de las sociedades, no es otra cosa que la actuación de sus órganos constituidos por personas, cuyos resultados conlleva efectos jurídicos imputables a las primeras.

Sin embargo, la conducta imputable a las sociedades no pone punto final a la responsabilidad personal de quienes han tenido injerencia en la determinación de la voluntad de aquella y que han causado un daño al patrimonio social y a los terceros con quienes han contratado.

Durante la vida de las sociedades, se encuentra latente la posibilidad de que éstas sufran crisis económico-financieras. Crisis éstas, que en algunos casos se supera mediante la reestructuración de la empresa u otro mecanismo salvatorio, pero que en algunos casos, la falta de previsión por parte de administradores o directores llevan a la sociedad a una situación prácticamente irreversible.

Lamentablemente existe un reconocimiento tardío por parte de administradores y directores de que su empresa se encuentra en dificultades económicas y un retraso en la toma de decisiones que llevan a agravar la situación de ésta, la que repercute sobre el patrimonio de la sociedad pero también sobre el patrimonio de sus principales proveedores.

Sin lugar a dudas, el éxito de los procesos concursales preventivos y por consiguiente la continuación de la empresa viable, se basa principalmente en el convencimiento por parte del deudor de que su empresa se encuentra en dificultades financieras y de que una resolución a tiempo por quienes tienen el timón de la sociedad evita la quiebra de la misma.

Contrario a éste ideal, la mayoría de las sociedades de nuestro país espera a encontrarse en situación de quiebra para recién recurrir al Instituto del Concordato y de ésta manera alargar un resultado de deterioro irreversible, que ya era conocido por todos los involucrados en la crisis de ésta sociedad. O lo que es peor cierran el local comercial y cesan en la explotación del giro comercial sin pagar las deudas y sin liquidar legalmente a la sociedad.

Desde el punto de vista económico y social ésta omisión o falta de previsión por parte de administradores y directores trae perjuicios graves que afectan la estabilidad del crédito, elemento indispensable para el desarrollo del comercio.

La quiebra, lesiona un triple orden de intereses: el de los acreedores, el de la sociedad, el del comercio en general y del comerciante en particular ⁽¹⁾.

El objetivo del presente trabajo consiste en determinar la responsabilidad de administradores o directores por su actuación

(1) Scarano, Emilio, *Tratado Teórico-Práctico de la Quiebra*, Claudio García & Cía., Montevideo, 1939, t. I, p. 41 y ss.

personal frente a la crisis por la que atraviesa la sociedad y una breve mención a los mecanismos alternativos de alerta temprana previstas en otras legislaciones.

II. Falta de previsión. Conducta omisiva y negligente

La realidad demuestra que los acreedores de una sociedad en crisis son los únicos que soportan las pérdidas de ésta. Se encuentran en la situación de "inversores sin derecho" por cuanto contrataron sin ésta información y antes que la crisis de la sociedad se produjera ⁽²⁾. Son el grupo más desfavorecido, víctimas del desenfreno incontrolable de directores sin escrúpulos ⁽³⁾.

Frente a éste daño que se le causa a terceros es importante determinar si quienes forman la voluntad de la sociedad, actuaron en forma diligente adoptando las resoluciones en concordancia con el estándar de un buen hombre de negocios y por lo tanto utilizando las herramientas que la ley de Sociedades Comerciales prevé como mecanismo para evitar la liquidación de la sociedad o si por el contrario no actuaron con diligencia y continuaron ocasionando perjuicios a la sociedad y a los terceros que contrataron con ella.

No se trata de cuestionar el riesgo empresario sino la conducta negligente de los administradores y directores, quienes ante la crisis económica financiera de la sociedad, deberían actuar con diligencia y proyectar un plan de negocios de manera de causar el menor daño posible a quienes se encuentran directa o indirectamente involucrados con su actividad comercial.

(2) Richard, Efraín H. "Responsabilidad de administradores y socios por no asumir tempestivamente la crisis" XIII Jornadas de Instituto de Derecho Comercial de la República Argentina Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, los días 26 y 27 de octubre de 2006, publicado en www.acader.unc.edu.ar, quién cita a Stanghellini, Lorenzo "Proprietá e controllo dell impresa in crisi en "Rivista delle Societá", settembre-octobre 2004, p. 1079.

(3) Rodríguez Mascardi, Teresita y Venturini, Beatriz, "Un tema de actualidad. La responsabilidad de los Administradores de Empresas insolventes" en ADCU, t. XXIX, p. 574.

De esta manera una sociedad en cesación de pagos puede continuar operando, en cuanto mediante su actuación no afecte la competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá ⁽⁴⁾.

El director o administrador no puede actuar con ligereza y despreocupación por cuanto se trata de la administración de bienes ajenos. Una cosa es el riesgo empresarial y otra cosa es el abuso reiterado de situaciones de insolvencia, a veces claramente buscada ⁽⁵⁾.

Siguiendo al prestigioso autor argentino Efraín H. Richard: «*Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto*» ⁽⁶⁾.

Entiende el referido autor que ante las dificultades económicas de la sociedad los administradores deben recurrir a las soluciones previstas en las normas de derecho societario ya sea a través del aumento de capital, la adecuación de la actividad al patrimonio disponible o la disolución y liquidación de la sociedad y que quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades no es merecedor de «las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones».

Contrario a éste ideal, no existe en muchas sociedades una adecuada planificación de los negocios por parte de los administradores y directores, así como tampoco un reconocimiento a tiempo a situación de crisis por la que atraviesan y por el contrario continúan contratando y realizando negocios con terceros

En lugar de un plan de negocios lo que se advierte en éstas situaciones es una especie de plan de insolvencia, afirma el Dr. Richard, que «*ha sido puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes*» ⁽⁷⁾.

Por lo tanto entendemos que en éstas situaciones existe por parte de los administradores una conducta omisiva y negligente. El maestro Eduardo J. Couture define a la omisión como «*abandono, descuido,*

(4) Richard, Efraín, ob. cit.

(5) Rodríguez Mascardi, Teresita y Venturini, Beatriz, ob. cit., p. 574.

(6) Richard, Efraín, Hugo, «Las relaciones de organización - El sistema jurídico del derecho privado», *Insolvencia societaria y responsabilidad*, Advocatus, Cba., 2002, p. 481. Y afirma: «Una demorada presentación concursal implica responsabilidad»

(7) Richard, Hugo E., ob. cit.

falta de realización oportuna de los deberes inherentes a un cometido o función” y a la negligencia como “abandono, descuido o falta de diligencia en la realización de un acto, ya sea en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber” (8).

La falta de previsión en la adopción de mecanismos salvatorios, la omisión de planificación adecuada de los negocios y la conducta negligente de los administradores y directores que contrataron con los terceros a pesar de la situación de crisis por la que atraviesa la sociedad generan responsabilidad frente a los terceros y frente a la propia sociedad, por lo que entendemos que deberán responder por los daños causados estos.

III. Responsabilidad por omisión y negligencia - falta de diligencia de un buen hombre de negocios

El art. 391 de la Ley 16.060 (Sociedades Comerciales) establece que “el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave”.

“Como toda responsabilidad civil la misma requiere para hacerse efectiva en primer lugar la producción de un acto o hecho jurídico que reúne determinadas características de ilicitud; segundo, una consecuencia o resultado dañoso y finalmente la existencia acreditada, fehaciente, de un nexo causal entre el hecho o acto jurídico cometido y el resultado dañoso” (9).

Por su parte la Dra. Nuri Rodríguez por el contrario entiende que *“cuando se viola la ley o el contrato, los administradores o los directores responden siempre, aunque no exista dolo, ni abuso de*

(8) Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, 1960.

(9) Miller, Alejandro en *Análisis exegético de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales*, t. II, p. 194, FCU, 1993, y en *Sociedades Anónimas - Directorio - Sindico*, AMF, p. 105.

facultades, ni culpa grave, es decir aún mediando culpa leve o negligencia y aunque su actuación sea de buena fe. Sólo quedaría excluida la responsabilidad por casos fortuitos o de fuerza mayor”⁽¹⁰⁾.

El artículo 83 de la Ley de Sociedades Comerciales (16.060) establece: «Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios...».

Como indica Sagunto F. Pérez Fontana, «*el concepto de un buen hombre de negocios es un estándar de conducta, una pauta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar esa responsabilidad. En cada caso, el juez determinará si existe causa de responsabilidad, teniendo en cuenta circunstancias tales como la clase de los negocios, y si ese incumplimiento tuvo por efecto causar un perjuicio que sea causa de responsabilidad*”⁽¹¹⁾.

Sobre el particular las Dras. Alicia Ferrer Montenegro y Teresita Rodríguez Mascardi, han sostenido que el concepto del buen hombre de negocios difiere del concepto consagrado en el art. 1344 del Cód. Civil, pues «la conducta exigida, no es tan solo la diligencia normal de un buen padre de familia, si no una diligencia más severa que se rige por pautas peculiares primando una mayor rigurosidad en la apreciación de la conducta, diligencia y pericia del deudor». Si bien detrás de la fórmula introducida por la ley 16.060 está subsistente la idea de culpa, su imputación basada en lo que establece el art. 83, parte de un modelo de comparación» la figura del hombre medio capaz en esta especialidad⁽¹²⁾.

Según Halperín habrá de apreciarse la conducta de los administradores y directores en cada caso concreto debiéndose tener en cuenta; la dimensión de la sociedades, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como administrador o directores y las

(10) Rodríguez, Nuri, *Curso de sociedades comerciales*, t. II, vol. II, FCU, 1990, p. 66.

(11) Pérez Fontana, Sagunto, *Sociedades Anónimas – comentarios a la Ley 16.060*, 1ª ed., 1991, p. 200.

(12) Ferrer Montenegro, Alicia y Rodríguez Mascardi, Teresita, “La noción del buen hombre de negocios en la ley N° 16.060”, *Anuario de Derecho comercial*, tomo 5.

específicas que se le hubieran confiado, las circunstancias en que debió actuar, y como cumplió su deber de diligencia ⁽¹³⁾.

En consecuencia, el director o administrador deberá actuar con lealtad y buena fe, debiendo de conjugar dicho comportamiento con una gestión “hábil” e «inteligente», obligándose a un “comportamiento o actividad diligente, sin que esto signifique que no se persigue un fin: concretamente la buena marcha de la sociedad».

“Los administradores serán responsables por sus actos ilícitos, antiestatutarios o negligentes siempre que estén relacionados causalmente al perjuicio sufrido por la sociedad, sus accionistas o por los terceros” ⁽¹⁴⁾.

La omisión por la falta de un adecuado plan de negocios que permitiría afrontar la crisis oportunamente de la sociedad así como operar en cesación de pagos con los terceros genera una conducta dolosa que hace pasible las acciones sociales de responsabilidad contra directores y administradores.

El actuar diligente del buen hombre de negocios con relación a su obrar como director significa aplicar los mejores criterios en la toma de decisiones para gerenciar la crisis, sin que pueda imputársele responsabilidad por el mero fracaso empresarial ⁽¹⁵⁾.

Así deberá en primer lugar, convocar a la asamblea a fin de que la misma tome conocimiento de la situación de pérdidas por la que atraviesa la sociedad y adopte las medidas que entienda pertinente ⁽¹⁶⁾, ya sea a través de la consideración de aumento del capital, el reintegro total o parcial, o la reducción del capital o en definitiva el reconocimiento de una causal de disolución.

Por lo tanto en caso de situación de crisis económico-financiera de la sociedad se impone al director o administrador, el deber previo de informar a los accionistas a fin de que éstos puedan considerar las mencionadas alternativas o de lo contrario acudir a un proceso concursal.

(13) Rippe, Siegbert, *Sociedades Comerciales, Texto y Contexto*, FCU, Montevideo, 1989, p. 55.

(14) Miller, Alejandro en *Análisis exegético*, ob. cit., p. 195.

(15) Rodríguez Mascardi, Teresita y Venturini, Beatriz, ob. cit., p. 580.

(16) Miller, Alejandro, *Sociedades Anónimas - Directorio - Síndico*, AMF, 2005, p. 142.

De ésta manera el administrador o director actúa conforme a las pautas del buen hombre de negocios, y conforme el deber legal de cumplir con el marco normativo vigente, afirma Miller, debe procurar las soluciones que el derecho concursal le ofrece.

IV. Detección temprana de dificultades financieras

Como ya mencionamos, existe un reconocimiento tardío de los empresarios que no pueden dar crédito al hecho de que su empresa esté en apuros y cuando finalmente son reconocidos, por más apropiada que sea la decisión tomada resulta demasiado tarde para salvar la sociedad.

Para lograr la presentación en tiempo de los deudores, algunos países han adoptado nuevas figuras tendientes a lograr acuerdos que hagan innecesario el recurso tradicional del concurso y previendo mecanismos de alerta de la empresa en dificultades.

De ésta manera se viene consolidando distintos instrumentos de prevención y alerta temprana de dificultades financieras a cargo de organizaciones o instituciones con la finalidad de dar apoyo a las empresas en dificultades y a través de un proceso de supervisión y monitoreo dar la alerta temprana cuando proceda y de ésta manera prevenir el posterior deterioramiento de la sociedad.

Se trata de procedimientos cuyo principio se basa en la recuperación de la empresa viable en vez de su liquidación. Pero no persiguen mantener las empresas en existencia si éstas no tienen una razón de ser en el mercado.

De esta forma en Polonia se creó la Red nacional de servicios a las PUME (KSU) con 150 centros de orientación empresarial de todo el país sin fines de lucro (agencias de desarrollo regional y local, centros de apoyo empresarial, cámaras de comercio e industria y fundaciones y asociaciones locales). Los servicios KSU consisten en: análisis financiero, planes de empresa, planes de reestructuración, estrategias de comercialización, etc. Al tener acceso a todos los datos financieros de las empresas que solicitan éste servicio, éstos pueden advertir el riesgo de la quiebra.

En la misma línea, Finlandia creó los "Centros T&E (Centros de Empleo y Desarrollo Económico), de asesoramiento gratuitos que se encargan de promover las empresas, principalmente las PYME, y de mejorar sus condiciones de funcionamiento, su desarrollo tecnológico

y su internacionalización, mediante la prestación de servicios financieros, de formación, de desarrollo y otros.”

Por su parte, la Ley Holandesa prevé un mecanismo por el cual ante la denuncia de algún interesado, se designa un experto, cuando se verifique que la empresa se encuentra en una situación determinada como la existencia de varios juicios, el cierre de las cuentas corrientes bancarias, salarios adeudados, etc. De ésta manera el experto, que podrá ser un contador, elabora un informe en el cual fundamenta la situación que dio lugar a la denuncia y convoca a asamblea extraordinaria. Si no se soluciona la situación, se termina éste trámite y se abre un proceso concursal.

Por su parte el ordenamiento jurídico francés regula los siguientes procedimientos de carácter preventivo previos a la insolvencia: “*Procédure d’alerte*” (procedimiento de alerta) : si el censor de cuentas descubre hechos que pueden poner en peligro la continuidad de la actividad empresarial, debe ponerlos en conocimiento del presidente o el gerente de la empresa. A falta de una respuesta satisfactoria, solicitará una reunión del consejo de administración, informando de su solicitud al presidente del tribunal de comercio. Debe informarse de la reunión al comité de empresa. En caso de que persistan las dificultades, el censor elabora un informe para su presentación en la siguiente Junta General. Si la decisión de la Junta General sigue sin garantizar la continuidad de la empresa, el censor de cuentas informa de nuevo al presidente del tribunal de comercio. *Mandat ad hoc* (mandato *ad hoc*): a petición de cualquier interesado, el presidente del tribunal nombra un administrador «*ad hoc*», cuya misión, tanto en lo que respecta a su objeto como a su duración, determina discrecionalmente”.

El reconocimiento tardío y la falta de publicación de la información, son causas subyacentes de los distintos mecanismos de “alerta o detección precoz”. Tanto la contabilidad como otras herramientas informativas deberían constituir verdaderas parámetros de información acerca de la situación económico-financiera para la propia empresa.

V. Mecanismos de prevención previstos en el proyecto de ley concursal

Actualmente se encuentra en estudio de los legisladores un proyecto de Ley de los Dres. Olivera García, Rippe y Creimer

denominado: “Ley de Concursos y de Reorganización Empresarial”, que busca incentivar a los administradores y directores al reconocimiento a tiempo de la situación de crisis por la que atraviesa la sociedad y la presentación temprana a concurso, el cual si bien difiere de los mecanismo preferentemente extrajudiciales referidos anteriormente, podría constituir una aproximación a la necesidad de legislar sobre indicadores de alerta de las empresas en dificultades.

De la exposición de motivos surge: “El proyecto incorpora también una serie de alertas tempranas basadas en elementos objetivos para iniciar los procedimientos (artículo 4º y 5º). Estas establecen una serie de criterios que señalan una posible, o segura, situación de insolvencia empresarial, y son una referencia para las partes y para el Juez a la hora de aplicación de la legislación.

Todos estos elementos flexibilizan, facilitan y agilitan el inicio de los procedimientos concursales, procedimientos en los cuales la detección pronta de una situación de dificultad es clave para una solución que evite la destrucción de valor“.

Asimismo diversas disposiciones contenidas en éste proyecto de Ley buscan el efecto referido, es decir la adopción de una resolución a tiempo por parte de administradores y directores, como instrumento idóneo para efectivamente evitar la quiebra de la sociedad:

1. Prevé la obligación de los administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno de solicitar el concurso de la sociedad dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. La presunción de conocimiento de la situación de insolvencia es absoluta cuando existe la obligación de llevar contabilidad. (Art. 10 Proyecto).

2. Embargo preventivo de sus bienes y derechos cuando el activo no es suficiente para satisfacer el pasivo en el concurso necesario, pudiendo extenderse el embargo a ex administradores siempre que de un examen preliminar de los derechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora.

3. La inhabilitación de los administradores por un período de cinco a veinte años, cuando el concurso sea calificado como culpable (art. 203.3)

4. La condena, en caso de que el concurso hubiera sido calificado como culpable, a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho o integrantes del órgano de control interno a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva, entre otros.

Bibliografía

- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Montevideo, 1960.
- MILLER, Alejandro, *Sociedades anónimas. Directorio. Síndico*, AMF, 2005.
- MILLER, Alejandro y otros, *Análisis exegetico de la ley 16.060. Sociedades comerciales*, ts. I y II, F.C.U., 1993.
- FERRER MONTENEGRO, Alicia y CAFFERA, Gerardo, *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, FCU, 2006.
- PEREZ FONTANA, Sagunto, *Sociedades anónimas. Comentarios a la ley 16.060*, 1ª ed., 1991.
- FERRER MONTENEGRO, Alicia y RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita, "La noción del buen hombre de negocios en la ley N° 16.060", *Anuario de Derecho Comercial*, t. 5.
- RICHARD, Efraín H., "Responsabilidad de administradores y socios por no asumir tempestivamente la crisis", XIII Jornadas de Instituto de Derecho Comercial de la República Argentina, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, los días 26 y 27 de octubre de 2006, publicado en www.acader.unc.edu.ar, quien cita a Stanghellini, Lorenzo, "Proprietá e controllo dell'impresa in crisi en "Rivista delle Società", settembre-ottobre 2004.
- "Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado", *Insolvencia societaria y responsabilidad*, Advocatus, Cba., 2002. Y afirma: "Una demorada presentación concursal implica responsabilidad".
- RIPPE, Siegbert, *Sociedades comerciales. Texto y contexto*, FCU, Mdeo, 1989.
- RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y VENTURINI, Beatriz, "Un tema de actualidad. La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes" en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIX.
- RODRIGUEZ, Nuri, *Curso de sociedades comerciales*, FCU, 1990, t. II, vol. II.
- SCARANO, Emilio, *Tratado teórico-práctico de la quiebra*, t. I, Claudio García & Cía., Montevideo, 1939.