

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR PRESENTACION TARDIA EN CONCURSO, AUN MEDIANDO HOMOLOGACION

Efraín Hugo Richard

Como espejo de la comunicación sobre la relación Capital - Objeto, donde planteamos una posición intermedia funcional, afrontamos ahora dilucidar la responsabilidad que se genera a administradores societarios por continuar el giro contratando en insolvencia y no afrontar la situación de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, en forma similar a como lo hiciéramos en el último Congreso, donde habíamos adelantado nuestra posición sobre responsabilidad de administradores cuando operan la sociedad largo tiempo en insolvencia, aún cuando consigan luego aprobar un acuerdo concursal, salvo que medie capitalización del pasivo.

No se trata en forma alguna de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario.

1. En reciente ilustrado y lúcido trabajo del maestro y jurista Héctor Alegría, *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia* ⁽¹⁾, en último capítulo (X) al referirse a los administradores de las sociedades en crisis ("El rol de los administradores ante la situación de insolvencia"), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: *"Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales,*

(1) L.L. del 9/5/07, ps. 1 a 10.

administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores” -que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos -que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Sigue el distinguido jurista más adelante: *“La exposición completa de estos temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinales, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”*.

2. La realidad muestra otras situaciones, muchas veces linderas a lo delictual son advertibles en concursos y quiebras, cuando no en acuerdos extrajudiciales, al operar en cesación de pagos sin poner la cuestión en manos de los socios, asumiendo las soluciones que prevé la Ley de Sociedades, afectando la continuidad de la propia empresa -como señala Alegría en el Capítulo VII punto 2.1 o a terceros con quienes contrata a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento normal.

Alegría expresaba ⁽²⁾: *“El concurso preventivo se demora, porque nuestros medios comerciales y financieros conceden crédito, muchas a veces a ciegas, mientras el deudor sigue aparentando una posición dinámica y solvente, aunque en realidad resulte después que era solamente un espejismo”*.

(2) Alegría, Héctor, en *Estructura y principios de la reforma concursal*, p. 59, “Algunas cuestiones de derecho concursal”, Bs. As., Abaco 1975.

Coherente con ello siempre hemos sostenido que es más seguro otorgar crédito a una sociedad que asume la crisis, extrajudicial o judicialmente como preveían los arts. 125.1 y 125.2, en cuya redacción tuvo protagonismo decisivo el pensamiento de este gran jurista argentino. Hoy nuevamente recalca en el análisis de la magnitud de la crisis que habilita la aplicación de la legislación concursal. Recordamos la modificación que introdujo en la legislación concursal desde la Comisión Reformadora al incorporar aquellos arts. 125.1 y 125.2 reformando la ley 19.551 con los acuerdos preconcursales, la necesidad de contar con una cierta planificación expuesta y la eficacia de los actos mientras no mediara irrazonabilidad. Esas normas motivaron nuestras primeras reflexiones sobre la necesidad de un plan de explotación o “plan de empresa”.

Basados en ello iniciamos nuestra cruzada de sostener que los administradores societarios debían afrontar la crisis tempestivamente, particularmente poniendo la cuestión en manos de los socios, siendo generar de responsabilidad la contratación con terceros en estado de cesación de pagos, y que la cuestión debía ser analizada por lo menos primariamente en la Memoria..

La preocupación de Alegría es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primera polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en septiembre de 2005 en Errepar ⁽³⁾, aparecida mientras hacíamos una de esas giras, sosteniendo cierto extremismo en nuestra postura, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!* ⁽⁴⁾ como también tranquilizamos a Alegría.

(3) Barreiro, Marcelo G. - Truffat, E. Daniel, *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

(4) *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!* (En torno a la insolvencia societaria) en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Bs. As., diciembre 2005, N° 217, t. XVII, p. 1.532.

La cuestión es que -como señalan Lorente, Barreiro y Truffat con quienes coincidimos en ese aspecto- los administradores deben afrontar la crisis, preparando medidas y de ser necesario poner la cuestión en manos de los socios, y ante el desinterés de los accionistas de nuevos aportes, la capitalización del pasivo (art. 197 L.S.) no es sólo una forma de salir de la insolvencia, patrimonializando a la sociedad, sino que soluciona aspectos tales como la responsabilidad de deudores solidarios, fiadores, y por daño, y requerimientos impositivos de aplicar el impuesto a las ganancias⁽⁵⁾. La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios⁽⁶⁾.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo requerible a un buen hombre de negocios, que si continúa operando contagiando la insolvencia actúa con deslealtad.

La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁽⁷⁾.

3. Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el

(5) Richard, Efraín Hugo, *Insolvencia societaria*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

(6) Miola, Massimo, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Giuffré, Milán, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6º, p. 1.199.

(7) Ntro. *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos*, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO, 1978, p.1.373; *La conservación de la empresa*, Anales de la Academia Nacional de Derecho, t. XXV, p.107 y ss..

daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo.

En el anterior Congreso nos hemos referido a la *Responsabilidad de administración de sociedad en concurso preventivo* ⁽⁸⁾ y referíamos las buenas normas que sugería el Anteproyecto 2003 de Reformas a la Ley de Sociedades (Anaya-Bergel-Etcheverry) en similar sentido.

La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculos con ella (como si fuera portador de HIV). La base de la contratación no dolosa (arts. 902, 931 y 1072 C.C. argentino) es que no exista una reticencia o falsa información, como que uno de los contratantes no se encuentra ya en condiciones de cumplir el contrato. En el actual contexto económico, caracterizado por la apertura y la competitividad, la confianza presenta un valor económico indudable. Como recurso productivo es acumulable, y conlleva un fuerte ahorro en los costos de transacción especialmente en situaciones caracterizadas por la información asimétrica, esto es, cuando una de las partes involucradas en un contrato no dispone de toda la información relevante acerca de las características del otro contratante ⁽⁹⁾.

En el Código Civil argentino se declara que: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin" (art. 931) El art. 932 determina las condiciones para que el dolo anule el acto. "La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa" (art. 933). Se trata de un error inducido, causando un menoscabo económico, y aunque no haya sido causa del contrato, será un dolo incidental que obliga al que lo cometiere a resarcir los daños causados.

Se imponen distinguir entre acreedores informados y acreedores débiles. Los primeros, en muchos casos conocen al contratar la crisis

(8) T. II, p. 689, Tucumán, 2004.

(9) Bebczuk, Ricardo N., *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 9 y s..

y hasta la alimentan imponiendo tasas de riesgo o garantías suplementarias que, a la postre, pueden perjudicar a los acreedores no informados.

Los administradores societarios deben asumir su rol en la funcionalidad societaria, so riesgo de generar algún daño y caer en la previsión del art. 59 L.S.. No se pretende ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial, pero podrá imputárseles responsabilidad si no aseguran la autosuficiencia de la sociedad, generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; o la viabilidad de la empresa. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales ⁽¹⁰⁾.

Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales. Los acreedores sociales que acrediten: a) haber sufrido daño -por el impago o la quita en el acuerdo homologado-; b) por el accionar de administradores de sociedades que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos; c) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

Esas acciones son extraconcursales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal.

Parecería que lo expuesto no es tema controvertido, pero de ello poco se habla en la doctrina, y menos se aplica, por la aparente absorción del sistema concursal sobre los sistemas generales, a través del cual -en Argentina- se comenten grandes abusos con propuestas de quita y espera confiscatorias para los acreedores y que enriquecen a los socios de las sociedades concursadas.

(10) Ntro. *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos*, con Francisco Quintana Ferreyra, RDCO, 1978, p. 1.373; *La conservación de la empresa*, Anales de la Academia Nacuinak de Derecho de Córdoba, t. XXV, p.107 y ss..

Acción individual de responsabilidad

Desde el derecho societario se intenta acotar esa acción individual de responsabilidad incoada por terceros contra los administradores cuando el daño ha sido generado a través de la sociedad, pese a la autorizada opinión de Nissen ⁽¹¹⁾. La posibilidad de una acción directa esta contestada indirectamente por juez Eduardo Favier Dubois (h) en fallo donde indica la aplicabilidad del art. 1109 C.C. ⁽¹²⁾ en circunstancias semejantes. Se impone preguntar ¿Cuándo hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?

La cuestión, centrada en la teoría general, impone determinar si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del buen hombre de negocios (art. 59 L.S.), y de ello resulta daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. ¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor? Gaudencio Esteban Velasco ⁽¹³⁾ da pautas determinando la *“incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social...”*, que *“... también parece producirse para los nuevos acreedores de la*

(11) Nissen, Ricardo, *El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales* en “Derechos Patrimoniales”, libro en homenaje a Efraín Hugo Richard, dirigido por Laura Filippi y María Laura Juárez, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 655, donde sostiene que el requisito del daño directo no esta impuesto en la ley societaria argentina, bastando el nexo de causalidad.

(12) “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, L.L., 1996-C, fallo 94.379, comentado por Conil Paz, Alberto, *Responsabilidad de representantes sociales y quiebra*, confirmado por la CNCom., Sala E, apoyando la doctrina del dictamen del fiscal de Cámara, E.D., 168-496.

(13) En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, t. II, Derecho de Sociedades, Civitas, Madrid, 1996, p. 1.679; *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acciono por no promoción o remoción de la disolución* por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente, p. 1.683; *Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción individual*, p. 1.698, Daño directo.

sociedad ⁽¹⁴⁾ *surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso...”.*

No ingresamos en el derecho comparado. Las conclusiones no serán diferentes en ningún sistema jurídico.

En tales supuestos se produce daño directo al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amen de infracción a normas de la ley societaria sobre viabilidad y liquidación.

Los administradores *“... que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”*⁽¹⁵⁾. Subraya Halperín que es *“un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”*⁽¹⁶⁾.

Coincidimos que *“Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”*⁽¹⁷⁾,

(14) Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

(15) Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado Halperín, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

(16) Halperín, ob. cit., ps. 452/3.

(17) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo

solución expresa del derecho español que no debería ser extraña a cualquier sistema.

En primer lugar, la sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infracapitalizada materialmente en forma genética autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el caso “Palomeque”, como lo señaláramos en Tucumán en el 2004.

En el proceso que estamos analizando de la crisis de sociedades, se pueden advertir dos etapas de producción de daño, vinculado a la responsabilidad de administradores -y también socios-:

A. el generado por actuar en cesación de pagos, entendiéndose que la mera presentación tempestiva en concurso no genera responsabilidad por vincularse a un riesgo empresario. Aunque sin duda, como veremos, presentarse en concurso sin afrontar las soluciones societarias no parece vinculado al obrar de un buen hombre de negocios;

B. el generado a los acreedores en virtud del acuerdo que se gesta e impone, cuando a través del mismo se enriquece a los socios o accionistas, normalmente agravado por la continuidad operando en cesación de pagos que ha dañado irreparablemente el patrimonio social, imponiendo quitas confiscatorias...

Si bien se ha habilitado la apertura rápida -tempestiva- del concurso ante la constatación de la crisis, la presentación tardía en concurso de una sociedad en nuestro derecho es admisible y debe tramitar. Pero la idea transmitida sobre que no se generan efectos o sanciones si el acuerdo es aprobado es una afirmación errónea, pues

General del Notariado, Madrid, 2000, p. 154, “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”, Nta. ponencia al Congreso: “Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado”, Primer Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001, sobre *Sociedades comerciales y personalidad jurídica.*, donde nos referimos a “Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica), ... Y en los concursos teoría de la extensión de la quiebra, extensión de responsabilidad, *comblement du passif*”.

el efecto novatorio de la homologación no alcanza ni a fiadores ni a quienes generaron el daño que son terceros no concursados, y comporta otra obligación.

La capitalización del pasivo atenuaría esos aspectos, así como otros derivados de la ganancia que implica para los socios la aprobación de un acuerdo con quita, que mejora el patrimonio social en beneficio de sus socios o accionistas. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C del 8.11.2005 causa "Banco Société Générale c/ Indómito, Mario B.", publicado en LL 23.3.06, 7, al señalar que "La propuesta presentada por el deudor principal -Garbis S.A.- consistió en la capitalización del 100% de los créditos, adquiriendo los acreedores la calidad de accionistas de la sociedad.- Si bien, como principio, el acuerdo alcanzado no enerva la acción que el acreedor le compete por esta vía, ya que las renunciaciones o remisiones de la deuda al deudor principal realizadas en acuerdo de acreedores no extinguen la fianza y por tanto no alcanza a los fiadores ni a los otros codeudores solidarios (esta Sala, 22.10.99, en autos "Banco Río de la Plata c/ Galuci, Antonio s/ ejecutivo"), en el caso, la modalidad de pago aceptada y cumplida, que involucró también al accionante que la resistió (art. 56 de la ley 24.522), extinguió la obligación. Es que si el acreedor conviene con uno de los deudores que a cambio de un objeto se le deberá otro, como los deudores ajenos al convenio no quedan comprometidos a suministrar ese nuevo objeto, quedan liberados aún con respecto al objeto primitivo que ha salido de la pretensión del acreedor, que no podría con un solo título aprovechar dos pagos, de uno y otro objeto (Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, t. II, p. 543 N° 1239 II). En virtud de las reglas de la solidaridad, el pago realizado por Garbin S.A., mediante la capitalización del crédito quirografario verificado en acciones nominativas preferidas, extinguió por cambio de la prestación el crédito reclamado en autos (esta Sala, 13/9/05, en "Banco Francés S.A. c/ Cornejo, Víctor Horacio s/ ejecutivo").