

LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL ADMINISTRADOR Y/O EL ACCIONISTA POR ACTUACION EN LA ZONA DE INSOLVENCIA SON DE INDOLE CONCURSAL Y NO SOCIETARIA

Ariel G. Dasso y Javier A. Dasso

Sumario

Si se admite la posibilidad de iniciar acciones por parte de acreedores que se crean damnificados como consecuencia del accionar de administradores, representantes o accionistas en la "zona de insolvencia" sin necesidad de declaración de quiebra, estas acciones son de naturaleza concursal.

No cabe duda que existen acciones de responsabilidad contra directores, accionistas y terceros, por daños causados a los acreedores, en el marco de una quiebra declarada.

Estas se encuentran expresamente contenidas en los art. 173 y 175 de la ley concursal

Son acciones cuyo legitimado activo es el síndico en principio, en defensa de los intereses de la masa y de la ley. Y en subsidio, el acreedor, previa intimación a la sindicatura.

La acción requiere consulta previa a los acreedores (art. 176 L.C.Q. *in fine*, por la remisión a los arts. 119 y 120 L.C.Q.) y obtenida ésta, autorización judicial.

El producido de la misma, revierte a favor de la masa, y no de ningún acreedor en particular.

Se ha dicho que esta acción es la misma acción societaria contenida en los arts. 279, y 59, y que, estando disuelta la sociedad, ésta es ejercida por el síndico.

En realidad las acciones son similares, en cuanto a la causa de las mismas. Pero no son idénticas.

La figura parecen incluir tanto la acción "social", como la *uti singuli*, esto es el daño ocurrido a la sociedad o al tercero, en este

caso acreedor, por el incumplimiento de los deberes del administrador, o en su caso por la responsabilidad de o los accionistas en ciertos casos, como votar favorablemente decisiones que a la postre hubieran resultado dañosas (nos preguntamos si previamente esas decisiones no deben ser declaradas nulas), *siempre y cuando* estas decisiones hubiesen derivado en alguna de las conductas previstas en el texto del 173 L.C.Q. (dolosamente producir, facilitar, permitir, o agravar, la situación patrimonial -es decir la insolvencia- del deudor, o quienes de cualquier manera participen en forma dolosa de actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de la quiebra)

Como vemos, la similitud no es total, ya que as acciones societarias se refieren a incumplimientos de los deberes de administradores o representantes, y las conductas descriptas en estos acápite de la ley concursal parecen ser más precisas.

Por otro lado, el proceso de habilitación de la acción no requiere del íter societario previo.

Esto es razonable desde que la sociedad se encuentra liquidada y sus órganos no están funcionando. La representación de la sociedad es asumida por el síndico.

Sin embargo, una acción societaria no requeriría ni la participación de los acreedores, ni la autorización judicial. Tan sólo el agotamiento de las vías internas.

Por otrà parte, el resultado de la acción concursal ingresa al activo de la masa, y nunca al eventual damnificado, para el caso que se tratara de una acción "individual". Caso en el cual, aparentemente, la legitimación igualmente habría de ser ejercida por la sindicatura, aun cuando podría darse el caso de que existiendo acciones pendientes, el síndico pudiera asumir el carácter de parte coadyuvante. De todos modos, y aún cuando éste no fuera el caso, el art. 175 *in fine* determina el fuero de atracción para estas acciones en curso.

Por ello parece que nos encontramos ante acciones de daño, en el marco del proceso falencial, con una habilitación específica, con causales propias y diferenciadas (en realidad calificadas) y un proceso de autorización peculiar, muy distinto del societario.

De manera tal que, hay acción de responsabilidad contra administradores, y representantes e incluso accionistas en la quiebra, por las causas del derecho común, es decir con los parámetros del derecho de daños, y por las conductas previstas en la ley societaria,

siempre y cuando las mismas hayan influido en el estado de insolvencia, pero con un régimen específico y peculiar, en razón del estado de quiebra decretado.

Más confuso, sin embargo es el panorama de la posibilidad del ejercicio de estas acciones mientras transcurre el trámite del concurso preventivo, hasta la eventual homologación del acuerdo, y posteriormente a éste.

En esta etapa los órganos societarios están funcionando, sólo sujetos a un régimen de administración y disposición de bienes controlado, de acuerdo a los parámetros del art. 16 y ss. L.C.Q.. Y sólo a salvo de que hubieren sido desplazados por infringir este régimen, de acuerdo a lo previsto por el art. 17 L.C.Q..

Sin embargo la situación no es tan clara como en el caso de quiebra. En el régimen concursal preventivo, no hay previsión alguna en la ley, sobre la responsabilidad del directorio y administración, más allá de aquellas derivadas de las infracciones al régimen de los arts 16 y ss.. Y nada dice de la responsabilidad de accionistas y terceros.

Muchas veces hemos visto como la doctrina, y la jurisprudencia se han negado a aplicar institutos que en principio podrían resultar aplicables tanto al concurso como a la quiebra, por no estar previstos en el otro régimen. Así por ejemplo la prescripción del art. 56 *in fine* L.C.Q., la imposibilidad de iniciar acciones de ineficacia o revocatorias durante el período preventivo, el fuero de atracción diferenciado, entre otras.

Si utilizáramos este criterio interpretativo, la ley no prevé la posibilidad de ejercicio de acciones de este tipo en la etapa concursal, y por ende no deberían admitirse.

Pero de ninguna manera podemos pensar que el ingreso en la situación concursal, prive a los accionistas del ejercicio de acciones previstas en el ordenamiento societario, por mal desempeño en las funciones de los integrantes de sus órganos ejecutivos.

Sin embargo la pregunta es si frente a la situación concursal, el tercero (acreedor de la sociedad) conserva la acción *uti singuli* de responsabilidad frente a los administradores y los accionistas, por el daño provocado como consecuencia del incumplimiento de la concursada de la obligación que se ha verificado en el concurso.

Debemos intentar entender cuál es la causa de acción del tercero contra los administradores, y esta parece ser la responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes. Sin embargo el administrador no

tiene con el tercero una relación que permita una acción directa. El tercero ha contratado con la sociedad, no con el administrador.

Pero el tercero le atribuye al administrador la culpa que la sociedad lo haya dañado.

Y cómo es que la sociedad lo ha dañado: incumpliendo la obligación, (en el marco de un estado de insolvencia generalizado) que le ha permitido al deudor presentarse en concurso preventivo y al tercero (acreedor) verificar su crédito contra la sociedad.

Pero la mala gestión no provoca el incumplimiento individual del tercero que reclama, sino la insolvencia generalizada del ente concursado. La misma mala gestión que perjudica al tercero que pretende accionar, provocó el daño a todos los acreedores, y no a este solo acreedor a título individual.

He aquí un punto sobre el cual merece detenerse un poco, para volver a él, un poco más tarde.

Por otra parte, si bien la acción es de origen societario, no deja de ser una acción de daño, que requiere la existencia de un hecho dañoso, y la vinculación causal entre el sujeto dañado y el demandado. Como vemos no existe relación directa entre el administrador y el acreedor. La vinculación radica en la obligación que la sociedad tenía para con el acreedor, pero no en la relación societaria. Si quisiéramos fijar esta relación en la posibilidad que la ley societaria acuerda al tercero de la acción individual de daño, resulta imprescindible mantener la cadena causal

Y ésta se torna brumosa.

El administrador no contrató con el tercero.

Tampoco causó el incumplimiento individual, sino, eventualmente la insolvencia.

La insolvencia no es el hecho dañoso para el tercero. El hecho dañoso es el siniestro, o sea, el incumplimiento, y el daño es la falta de cobro de su crédito, o, en su caso, si la propuesta resulta aprobada, en el menor valor obtenido como consecuencia del sacrificio asumido por el acreedor al aceptar, ya voluntariamente, ya por vía de la aplicación *erga omnes* de la propuesta homologada, ese sacrificio.

Y aquí se plantean varias dificultades adicionales.

Primero, si el concurso está en marcha, si bien ya se tiene clara noción de incumplimiento, todavía no se sabe a ciencia cierta si ha habido daño, ya que esto dependerá de si el deudor hace o no una propuesta, y si esta propuesta contiene o no una quita.

En segundo lugar, en el trámite de un concurso preventivo, a diferencia de la quiebra, si bien se informa acerca de la posible fecha de inicio del estado de cesación de pagos, en el Informe general de la sindicatura previsto por el art. 39 inc. 6 L.C.Q..

Pero, a pesar que el informe queda a disposición de los acreedores, e incluso se prevé un período de observaciones al mismo, en el cual esa fecha podría ser discutida por el concursado o por los acreedores, lo cierto es que éstas no se sustancian, y la fecha de inicio del estado de cesación de pagos, no se determina, sino en caso de quiebra (art. 115 L.C.Q.).

Y esto es así, porque la determinación del inicio de la fecha del estado de cesación de pagos, no se necesita sino para el inicio de las acciones de recomposición patrimonial previstas en el 118 y ss. L.C.Q., la extensión de quiebra, eventualmente la responsabilidad de terceros y administradores, con el agregado que para este caso no rige el límite de retroacción de dos años, sino que tiene su propia retroacción que es la de hasta un año antes de la fecha de inicio del estado de cesación de pagos, y con un plazo de prescripción propio, que es el de dos años.

Pero sólo para el caso de quiebra.

En tercer lugar, en caso de concurso aprobado, si éste fuere homologado, aparece otra dificultad: la novación del crédito, único nexo causal entre el acreedor dañado y la sociedad.

Es cierto que la novación del crédito es a la sociedad, y no a los administradores ni a los accionistas. Y que la novación es de la relación obligacional crediticia, y no la del deber de indemnizar por mala gestión o la responsabilidad por votar decisiones societarias dañosas.

Pero de todos modos, si no existiera la obligación, no se hubiera producido relación entre el acreedor damnificado y el administrador.

Este crédito, por efecto de la novación, se extingue, y con él todos sus accesorios. A menos que pretendamos que la responsabilidad del administrador, representante o accionista en este caso es objetiva (lo que ya ha sido suficientemente rechazado por nuestra doctrina) o bien la de quien afianza. Y entonces, aplicar respecto de esta responsabilidad la excepción que al efecto novatorio impone el código civil para el caso de concurso. Nos parece excesivo, ya que no hay aquí contrato de fianza alguno

Existe, sin embargo entre los deberes de los administradores algún deber, como por ejemplo, los tan mentados deberes fiduciarios del buen hombre de negocios.

En ese caso, de todas maneras, la relación entre el incumplimiento de esos deberes y el daño se da en la relación crediticia, porque no hay otra posible para asignar el daño al tercero.

Y extinguida esta, pues no parece haber otra relación entre el tercero y el administrador o el accionista

Por otro lado, admitir una acción individual de daño basado en la insolvencia en el caso de concurso, y en particular con el concurso homologado, a un acreedor individual, que buscaría por esta vía compensar el daño que significaría la pérdida parcial del valor de su crédito representada por la quita relativa de la propuesta aprobada, es admitir una especie de violación al tratamiento igualitario a los acreedores, ya que esa indemnización no iría a la masa, sino al acreedor que acciona.

Y esto no parece justo.

Porque coordinadamente con lo que venimos sosteniendo, el siniestro (la obligación incumplida) ha sido novado. No existe más.

Pero entonces, no hay responsabilidad por el mal desempeño en la zona de insolvencia?

¿Se saldrán los pícaros con la suya?

No, porque sí que la hay.

Pero no bajo las normas del derecho societario, sino aplicando las del derecho concursal, extendiendo las acciones similares en la quiebra al caso de concurso aprobado, en los casos en que pueda probarse, claro está la comisión de un hecho ilícito y dañoso por parte de administradores o accionistas.

Y aquí sí podemos hablar de una acción basada en los deberes fiduciarios de los administradores frente a la comunidad toda. Y el siniestro no es el incumplimiento, sino la insolvencia. Y la insolvencia no perjudica a un acreedor solo, sino a todos.

Porque a los deberes fiduciarios corresponden no acciones individuales sino acciones de clase. Y en nuestro derecho no hay acciones de clase.

¿O sí?

No las hay en el derecho común, ni en el derecho societario.

Pero sí las hay en el derecho concursal. Y estas son las de los arts. 118 y 172 L.C.Q..

Son acciones ejercidas por el síndico en defensa de una clase: los acreedores. Y no en nombre y representación de ellos, sino en defensa de sus intereses, que en este caso, coinciden con los de la comunidad

toda, al otorgar a un deudor en dificultades un régimen de excepción bajo reglas de justicia distributiva, y no conmutativa.

De manera tal que, una vez que hayamos superado las dificultades de orden procesal, como determinar la efectiva existencia de un inicio del estado de cesación de pagos en el estadio concursal, (lo que requeriría de un pronunciamiento específico), una vez aprobada y homologada la propuesta, (porque de lo contrario no conoceríamos la existencia, y la cuantía del daño, y probada la existencia de un hecho ilícito en la conducta o inconducta de administradores, representantes y accionistas, y comprobados los demás elementos del derecho de daños, que es la atribución subjetiva de la responsabilidad, la existencia del daño y el nexo causal, en este caso, y excluidos todos los demás elementos que la excluyen, como la culpa concurrente de la víctima (como por ejemplo el caso del dador de crédito imprudente, sobre todo si es un profesional, la negligencia de la víctima, el análisis adecuado, individual y pormenorizado del caso concreto, según el cual no es posible tratar de la misma manera a un acreedor voluntario de uno involuntario), habrá acciones de responsabilidad contra los administradores, representantes y eventualmente accionistas, por actuación dañosa en la zona de insolvencia, en el marco de un concurso, incluso con propuesta aprobada.

Pero esa acción deberá ser ejercida en el marco del concurso, por el síndico y ante el mismo juez del concurso, y su producido, es decir la indemnización, deberá cubrir el daño producido, es decir el menor valor del crédito representado por la quita y la espera de la propuesta, pero en beneficio del conjunto de los acreedores.

Y eso resulta además coherente con la idea de que el sistema concursal es respecto del régimen común, e incluso del societario, un régimen especial y posterior, de aplicación prioritaria y excluyente de todos los demás, por su carácter excepcional, y de orden público.