

LA PRUEBA DEL DOLO EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD FALIMENTARIAS CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. LA DESAPARICION DE ACTIVOS

Gabriela F. Boquín y Daniel E. Balonas

Ponencia

La desaparición de activos de la fallida debe resultar una presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo en el actuar de los administradores sociales.

Fundamento

La ley 24.522 modificó las acciones de responsabilidad que pueden articularse en la quiebra contra quienes han producido, facilitado, permitido o agravado el estado de cesación de pagos del deudor. El texto del art. 173 formula una referencia concreta a la responsabilidad de quienes han sido actores de conductas productoras de la insolvencia como así también de aquellas tendientes a disminuir la responsabilidad patrimonial del deudor.

Entre las transformaciones realizadas al viejo sistema del art. 166 y concordantes de la ley 19.551 encontramos la necesidad de que el síndico cuente con la autorización de la mayoría de los acreedores quirografarios para iniciar la acción, la perención de la instancia en el plazo de seis meses, el término de prescripción, el elenco de los sujetos pasivos de la acción.

Pero la reforma más cuestionable fue la referida al factor de atribución de responsabilidad. Hoy solamente lo será el dolo y ya no la "infracción a normas inderogables de la ley" como lo sancionaba la norma antecesora. El nuevo texto legal requiere de la intención de dañar a las personas o derechos del otro. Ante la carencia de previsión

concurzal la exégesis se hará conforme la acepción del dolo civil ⁽¹⁾, implicando por ende la intencionalidad plena del sujeto pasivo de la acción con representación consciente y querida del resultado. Ello por aplicación del 1072 del Código Civil, requiriéndose por ende de un acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar.

Con este nuevo esquema normativo a partir de 1995 la Jurisprudencia se fue apartando de la interpretación que se había logrado a través de fallos trascendentes en la materia como "Phonotone S.R.L. s/ quiebra - responsabilidad de terceros" ⁽²⁾, que consideró que el incumplimiento del art. 59 de la Ley de Sociedades era una norma inderogable que consagraba una estándar de conducta de alto contenido moral requerido a los administradores sociales que estaba destinado a la protección de los terceros que contrataban con la sociedad deudora. Esta elucidación fue bien recibida entonces por los doctrinarios que consideraban que la misma implicaba un adecuada axiología en la interpretación de la ley concursal ⁽³⁾.

La modificación fue profunda, no olvidemos que según la concepción societarista la infracción a la pauta del art. 59 L.S. puede darse tanto por una conducta culposa como fraudulenta o dolosa .-

Es por ello que luego de la reforma los autores consideraron que la definición del factor de atribución, exclusivamente a título doloso implicaba una "irresponsabilización" que no se correspondería con el actual derecho de daños que privilegia tutelar los intereses de la víctima y buscar reparar la injusticia del evento dañoso ⁽⁴⁾.

La Jurisprudencia más cercana en el tiempo a la sanción de la ley 24.522 fue fatal y el rechazo de las acciones de responsabilidad era casi la regla ⁽⁵⁾.

(1) Confr. Moro, Carlos Emilio, "Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra", ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, 2000, t. II, ps. 637/ 664.

(2) CNCom., Sala D, 10/9/92; L.L. 1993-B, p. 280.

(3) Martorell, Ernesto, "Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad", L.L., 1993- B, p. 279.

(4) Junyent Bas, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, 2000, t. II, ps. 511/519.

(5) Véase a modo de ejemplo: CNCom., Sala B, 26/12/1997, "Cía. Azucarera del Norte s/ quiebra s/ incidente de acción de responsabilidad";

Así, las dificultades probatorias ⁽⁶⁾, han llevado a que las tendencias fluctúen a lo largo del tiempo y se debatan entre privilegiar más a una de las partes que a otras, dificultando este tipo de acciones o interpretando las pruebas con mayor flexibilidad.

Afortunadamente, en los últimos tiempos se evidencia una marcada tendencia a evitar abusos y mayores injusticias, en oposición al exacerbado liberalismo de la década pasada ⁽⁷⁾, donde prevalecía la letra fría de la ley y una interpretación literal que ha sido fuente de constantes iniquidades especialmente por parte de los administradores sociales de la fallida. Este cambio también comienza a reflejarse en las decisiones relacionadas con las acciones de recomposición patrimonial ⁽⁸⁾.

El fallo "Harsin S.A. s/ quiebra c/ Ho Sheng Hsiung y otro s/ ordinario" ⁽⁹⁾, que más abajo se comenta, es una clara muestra, de que la desaparición del activo junto con la falta de libros o explicaciones de los administradores resulta suficiente prueba para presumir *iuris tantum* el dolo de los administradores.

La desaparición de los activos, salvo prueba en contrario, implica una actividad dolosa, y no cabe imputarle el dolo a otras personas que a sus custodios, o sea los administradores. Sería ilógico cargar al

CNCom., Sala C, 4/8/99, "Catua S.A. s/ quiebra c/ Bolo, Fernando H. s/ Ordinario".

(6) CNCom., Sala C, 30/6/98, "Furbia S.A. y otra c/ Carlo, Jorge Raúl y Otra s/ acción de responsabilidad": "... Para que cobre operatividad la norma que sanciona el obrar ilícito de los representantes de la quiebra, debe acreditarse el dolo específico y concreto en el obrar de éstos, no siendo suficientes a tales fines la presunción de fraude que pueda derivarse de la no presentación de los libros o documentación contable o la falta de activo".

(7) Evidencian esta tendencia, las desestimaciones de acuerdos abusivos -primero jurisprudenciales y luego receptadas por la reforma del año 2002- el abandono de la taxatividad en la interpretación de las exclusiones de voto del art. 45, la exclusión del acreedor hostil, las críticas -por ahora sólo en doctrina- a las cesiones de créditos, el llamado *cramdown power*, la creación jurisprudencial de la llamada "tercera vía", etc..

(8) Como veremos más adelante, la menor exigencia en cuanto a la prueba contundente del dolo, la flexibilidad en cuanto a obtener las conformidades del art. 119 *in fine*, el adecuado alcance de la declaración de ineficacia, etc..

(9) CNCom., Sala A, 21/7/06.

síndico o a los acreedores con la obligación de probar la intención de dañar, cuando los administradores no presentan libros o acreditan el destino que dieron a los bienes que habiendo estado bajo su custodia no fueron entregados al síndico.

Un poco más allá Efraín Hugo Richard considera: *“el administrador que continua la gestión de la sociedad en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionarlo en lo interno y afectando a terceros, tiene un actuar doloso (art. 931 del Código Civil) y en el caso particular ello se califica por generar una apariencia de solvencia de la sociedad con bienes que el sostenían eran suyos, retirándolos pocos tiempo antes de declararse la quiebra de la sociedad, pero después de varios años de operar en estado de cesación de pagos. El punto central vuelve a los aspectos de la tempestividad u oportunidad de la presentación en concurso”*⁽¹⁰⁾.

Es cierto que tras estas tendencias siempre se esconden los fantasmas de la inseguridad jurídica. Pero hasta ahora, en la mayor parte de los fallos no se ha advertido ningún exceso. En los casos tratados resulta público y notorio la intención dañosa.

En autos: “Harsin S.A. s/ Quiebra c/ Ho Sheng Hsiung y otro s/ Ordinario” en primera instancia se hizo lugar a la acción de responsabilidad condenando a directores de la fallida (presidente y vicepresidente) a pagar a la fallida el importe de dos créditos verificados por operaciones de compra venta de mercaderías que desaparecieron.

Con documentación se acreditó la calidad de directores de los demandados, y que la fallida adquirió la mercadería, que luego no fue puesta a disposición de la sindicatura.

Los demandados no se presentaron, por lo que la defensoría asumió su defensa, basándose en que no se había probado la efectiva entrega de la mercadería, sino tan sólo su compra.

Ese planteo fue rechazado por cuanto en la etapa informativa, la fallida no observó los créditos verificados por los vendedores de dicha mercadería, con lo cual ahora no podrían discutir tal entrega, que de algún modo consintieron.

(10) Richard, Efraín Hugo, “El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba)”, RCyO Nº 216, enero-febrero 2006, p. 188.

Por otro lado se consideró que la inexistencia de libros comerciales u otros elementos que pudieran dar razón del destino de los bienes, son una presunción en contra de los demandados.

Se rescata un párrafo del fallo de primera instancia citado por la fiscal, en el que se afirma que *“comprobados los elementos que configuran la responsabilidad prevista en el artículo 173 de la ley 2522, se crea una presunción iuris tantum contra los demandados, que solamente podría ser desvirtuada por medio de la acreditación de alguna causal eximente de responsabilidad... que no se produjo en autos”*.

Con ello, la CNCom., Sala A, el 21/7/06 confirmó la sentencia de primera instancia.

Más allá de las particularidades del caso, resulta muy importante la doctrina judicial sentada, en cuanto a *que acreditado el daño, y ante fuertes presunciones en contra de los administradores* -desaparición del activo, falta de libros y documentación, falta de explicaciones, no impugnación del crédito del acreedor- *se presume iuris tantum el dolo*, quedando a cargo de éste demostrar alguna causa que los exima de tal responsabilidad.

Debe ser bienvenida esta tendencia de los últimos años ⁽¹¹⁾, que vuelve a interpretar al derecho concursal como una rama más dentro del derecho, no alejada de los principios generales (emanados esencialmente del Código Civil), Particularmente de los axiomas aplicables a la cuestión:

- No debe dañarse a otro ⁽¹²⁾.
- Todo aquel que produzca un daño tiene la obligación de repararlo ⁽¹³⁾.
- Cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos ⁽¹⁴⁾.

(11) En idéntico sentido; Juzg. en lo Civil y Comercial de Córdoba N° 5, 29ª Nom., 9/9/05, “Sindicatura en Eddicom c/ Rossetto, Eduardo J. y otros s/ acción ordinaria - acción de responsabilidad”, con nota de Efraín H. Richard, DCyO N° 216, p.149.

(12) Art. 1109 C.C..

(13) Art. 1109 C.C..

(14) Art. 902 C.C..

Conclusiones

La actual jurisprudencia comercial capitalina tiende, en el marco que las limitaciones que la ley concursal impone, a facilitar las acciones tendientes a recomponer la masa falimentaria en beneficio de los acreedores.

Creemos que un párrafo del dictamen fiscal del fallo "Belli, Ricardo Norberto c/ Amondaray, Enrique Oscar y otros s/ Ordinario"⁽¹⁵⁾ es el que resume esta saludable tendencia, por lo que nos permitimos reproducirlo: "***... Debe interpretarse la norma de modo tal que se propenda a la conservación del ejercicio de esta acción de recomposición patrimonial y, correlativamente, que no debe adoptarse un criterio que tienda a restringir o hacer más dificultosa para la sindicatura la tarea previa, exigida en el ordenamiento vigente***".

Los vientos están cambiando. La ley 24.522 esta siendo reinterpretada. Seamos partícipes en la jurisdicción bonaerense de esta saludable tendencia...

(15) CNCom., Sala B, 13/3/06.