

La Crisis Empresarial y los Regimenes de Responsabilidades



Tesina para la
obtención del
Titulo:

Especialización
en Sindicatura
Concursal

Autor: Nélide
Olga Martin

Febrero 2008

Universidad Abierta Interamericana
Facultad de Ciencias Empresariales

***LA CRISIS EMPRESARIAL Y LOS REGIMENES DE
RESPONSABILIDADES***

Martin Nálida Olga

TUTOR: LUIS MARIA GHIGLIONE

Contenidos

Conceptos Preliminares.....	1
-----------------------------	---

CAPITULO I

Crisis Empresarial

1.- Concepto.....	2
2.- Causas Generadoras.....	3
3.- Clasificaciones.....	4
4.- Diferencia entre Insolvencia y Fracaso Empresarial.....	6
5.- La Infracapitalización.....	8

CAPITULO II

Las Responsabilidades ante la Insolvencia

1.- Concepto.....	12
2.- Tipo de Acciones.....	15

CAPITULO III

Algunos aspectos de la Doctrina Judicial en materia de Responsabilidad

1.- Consideraciones	22
2.- Responsabilidad de los Administradores.....	24
3.- Responsabilidad de Terceros.....	28
4.- Disposiciones comunes a ambos tipos de Responsabilidades.....	29

CAPITULO IV

Responsabilidades derivadas de otras Normas Legales

1.- Las derivadas de la Ley de Sociedades.....	31
2.- Normas de la Legislación Civil.....	36
3.- Normas Penales.....	36
4.- Normas Administrativo Tributarias.....	38
5.- Normas Laborales.....	40
6.- Normas Penales Tributarias.....	40
7.- Normas de Actuación Profesional.....	41
8.- Normas Bancarias.....	42
9.- Supuestos Especiales de Responsabilidad.....	42

Opinión.....	44
--------------	----

Bibliografía.....	50
-------------------	----

CONCEPTOS PRELIMINARES

En lo que a este trabajo interesa, intentaré describir la evolución del derecho en la materia del régimen de responsabilidades por daños para después analizar cómo funciona con relación a los integrantes de sociedades comerciales y otros responsables y qué propuesta de modificación estimo corresponder.

Para ello analizaré el concepto de crisis empresarial, sus tipos y las causas generadoras, diferenciando las que se manifiestan por un estado de insolvencia, la infracapitalización empresarial y el concepto de fracaso empresarial.

CAPITULO I

CRISIS EMPRESARIAL

1.- CONCEPTO

“Una crisis es un estado temporal de trastorno y desorganización, caracterizado -principalmente- por la incapacidad del individuo para abordar las situaciones particulares utilizando métodos acostumbrados para la solución de problemas, y por el potencial para obtener un resultado radicalmente positivo o negativo, caracterizado por excesivos costos de financiamiento, de gastos operativos, la inmovilización del patrimonio y en muchos casos la falta de una lectura adecuada del rumbo de la economía a los efectos de adaptar la mecánica de la empresa a los nuevos desafíos, todo ello producto de los errores de dirección, estrategia y administración de la empresa” (Daniel Roque Vítolo ¹).

La crisis empresarial se manifiesta con una impotencia patrimonial y organizativa para poder enfrentar el desequilibrio y los trastornos que la afectan; su equilibrio se encuentra alterado, y el destino final -si no se interviene y se toman ciertas decisiones a tiempo- será la frustración y fracaso del emprendimiento y la liquidación total de éste a través de un procedimiento de quiebra.

“La persistencia de resultados negativos que pudiendo ser advertidos por la gerencia u órgano de gobierno y administración no lo es, con consecuencias perjudiciales para el corto y mediano plazo de la vida empresarial; la insuficiencia de capital de trabajo propio para sostener normalmente la actividad y coadyuvar a su expansión y una combinación de ambos factores, determinan la situación de crisis financiera que se traduce en una situación de cesación de pagos lo cual derivará en un proceso de concurso preventivo o de quiebra” (Carlos Alberto Ferro ²).

¹ Daniel Roque Vítolo, *“Posicionamiento de Empresas en crisis. La crisis después de la crisis”*

² Carlos Alberto Ferro, *“Algunos aspectos sobre las causas de desequilibrio económico de las Empresas”*

2.- CAUSAS GENERADORAS

Las causas generadoras de las crisis pueden ser internas y/o externas. Entre las primeras se pueden mencionar: comerciales, de producción, de calidad, inadecuada estructura de costos, obsolescencia, dificultades económico financieras, problemas de dirección, falta de misión y de visión, de sucesión y humanas con todo el espectro que abarcan las relaciones de este tipo, tanto a nivel horizontal como vertical.

Por su parte, entre las externas, corresponde citar cambios en el mercado, el fenómeno de la globalización, cambios de paradigma, influencia de competidores, cambios en el marco legal general y fiscal, proveedores, cambio en los gustos de la clientela, cambios en la tecnología de producción, proceso de concentración, etc.-

Las circunstancias hacen peligrar su permanencia en el mercado y es aquí donde debe determinarse su grado de viabilidad.

Podemos afirmar que la crisis se vincula con la escasez ya sea de crecimiento, de fondos, de recursos humanos, de planificación, de tecnología y/o de suministros.

Por ello, la crisis se identifica como una disfunción en el capital, en la creatividad o en el mercado.

Pero conviene resaltar que existen otros factores externos o exógenos que pueden llevar a idéntica situación tales como el desfasaje financiero producido por los cambios habidos en el entorno ó ubicación donde se desenvuelve la empresa; la imposibilidad de encontrar actividades alternativas y rentables, y un retroceso pronunciado en el pago por parte de los deudores de sus acreencias, esto con el agravante que supone la falta de un plan de contingencia crediticia, a lo que debe sumarse una legislación perjudicial que puede colocar en crisis a actividades intrínsecamente rentables

(vgr. Régimen de retenciones y subsidios transnacionales que atenten contra el mercado exportador, las normas que en nuestro país instauraron el denominado “corralito financiero”, etc.) y otras derivadas de las políticas económicas (recesión, hiperinflación, entre otras).

También podemos identificar aquellos aspectos que hacen a la existencia de una crisis para las denominadas pequeñas y medianas empresas:

- Problemas de coordinación.
- Errores que terminan en gastos y pérdidas.
- Falta de eficiencia y creatividad.
- Excesiva carga de trabajo en algunos puestos.
- El empresario tiene problemas para seguir monopolizando funciones.
- No existe un sistema de información.
- No existe delegación, consecuentemente se observa una mayor complejidad en las líneas de coordinación.

3.- CLASIFICACIONES

El estado de crisis puede ser temporario o permanente dependiendo de los recursos adaptativos que tenga la empresa para afrontarla o superarla.

La situación de crisis no está siempre relacionada con un estado de insolvencia. En efecto, distintos son los factores que intervienen en uno y otro caso.

Existirá “crisis sin insolvencia” cuando concurren factores tales como la falta de capital propio, el tipo social adoptado no resulta adecuado para la actividad desarrollada dada su falta de flexibilidad, la necesidad de reestructurar los activos o las actividades en función de los mercados y los costos operativos, la necesidad de reducir estos últimos.

La "Crisis por insolvencia" se presenta donde las causales principales son la falta de capital, los excesivos costos -tanto fijos como variables- la existencia de capital ocioso. Esta insolvencia cuando se extiende en el tiempo tarde o temprano derivará en un estado de cesación de pagos entendida como el estado de impotencia patrimonial que afecta de manera regular y permanente a las obligaciones exigibles que lo gravan. El presupuesto objetivo para la apertura concursal importa un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos y como la imposibilidad de que la empresa pueda atender a tiempo y forma los compromisos exigibles con los recursos ordinarios.

Existen tres formas principales de determinar si una empresa ha entrado en estado de crisis por insolvencia.

Una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia cuando su pasivo supera su activo. Ésta es una prueba directa -y simple- que muchos tribunales han adoptado.

La segunda es una simple prueba de flujo de caja o "cash flow" y consiste en advertir que cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles ha entrado en la zona de insolvencia.

La tercera prueba es un análisis transaccional. Cuando una sociedad realiza una transacción, de la cual resulta un irrazonable -por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad, y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia.

También podemos agregar los denominados "sistemas mixtos" en donde tiene relevancia el análisis de todos los valores que intervienen mediante el cruzamiento de información ya que éstos sistemas se apoyan en la diversidad del análisis y de los problemas de fondo y en donde juega un papel importante la infracapitalización a la que me referiré más adelante.

Una sociedad ingresa a una *zona de insolvencia* cuando sus flujos se insinúan como insuficientes para poder responder al volumen y características del giro sin que se avizoren circunstancias de factible acaecimiento durante éste pronóstico.

Vale destacar que la cesación de pagos no se identifica con las llamadas dificultades económicas que se vinculan con el resultado de una actividad empresarial en tanto el cuadro económico denote que la empresa ha obtenido o no ganancias, de lo cual puede concluirse que pueden existir dichas dificultades aunque no haya problemas de caja o de pagos.

En otro orden debemos mencionar a las “dificultades financieras” que son distintas posiciones de disponibilidad y caja donde quedan incluidos la cartera de cheques de terceros, los valores al cobro, la disponibilidad financiera más el crédito disponible a lo que debemos agregar la posibilidad de acceder al crédito en el mercado financiero a costos viables.

De allí que puede tenerse una situación económica y patrimonial sana, por una parte, y dificultades financieras por el otro como consecuencia de una mala distribución de activos y pasivos en relación a los plazos de vencimiento de las obligaciones o el régimen temporal de financiamiento.

4.- DIFERENCIA ENTRE INSOLVENCIA Y FRACASO EMPRESARIAL

Una empresa es solvente cuando carece de deudas o las tiene, pero es capaz de satisfacerlas; dicho de otro modo, un sujeto o una empresa se vuelven insolventes cuando se torna imposible hacer frente al pago de sus obligaciones, situación que de prolongarse en el tiempo deviene en la cesación de pagos y el preanuncio de un quebranto.

No obstante ello, existen diferentes tipos de insolvencia según sea la situación que la origine. Por ejemplo, como consecuencia de una mala gestión de tesorería puede darse el caso de una insolvencia de tipo financiera pero no patrimonial, ya que la empresa cuenta con un pasivo exigible inferior al activo.

Se suele caracterizar esta situación como de insolvencia técnica o transitoria. Contrariamente, si enfrentáramos una situación patrimonial negativa, es decir cuando el total del activo de una empresa es insuficiente para atender al total del pasivo, estaríamos frente de lo que podemos denominar como insolvencia económica.

El concepto de “fracaso empresarial” es más abarcativo que el de insolvencia, ya que entre ambos existe una relación género especie; es decir, toda situación de insolvencia sigue a un fracaso empresarial, pero no necesariamente los fracasos empresariales devienen en estados de insolvencia.

Ya dije que una empresa se vuelve insolvente cuando no puede hacer frente a sus obligaciones, pero una empresa fracasa no sólo en ese momento, sino cuando es incapaz de alcanzar los objetivos establecidos, sean éstos económicos, de comercialización o de responsabilidad social, según sea la importancia relativa de cada uno de ellos.

El poder detectar e interpretar a tiempo los síntomas de la crisis, sea definitiva o técnica, ha sido y es motivo de atención de los directivos de las empresas y de aquellas otras organizaciones que interactúan con ellas.

Un estado de situación patrimonial y un estado de resultados constituyen una imagen estática de la situación de la empresa durante un lapso determinado. Los índices o ratios que surgen de esos estados resultan de gran utilidad, toda vez que se extraen en sucesivos períodos y se realizan comparaciones entre ellos. La utilización de ratios en el análisis financiero debe estar encuadrada en un marco bien definido de teoría decisoria, en correspondencia con la realidad imperante.

Una de las áreas en la cual se ha desarrollado un enfoque moderno ha sido en la predicción de fracasos financieros de empresas, donde se utilizan los ratios obtenidos en técnicas estadísticas multivariantes como el *análisis discriminante*.

El análisis discriminante constituye una técnica estadística multivariante mediante la cual se cataloga una observación en un grupo

determinado definido previamente. Esta modalidad permite avanzar más allá del análisis financiero tradicional, logrando una realimentación del exterior de la empresa”.

5.- LA INFRACAPITALIZACION

Como antes se señaló, uno de los elementos mas trascendentes a tener en cuenta al momento de analizar la crisis empresarial es la referente a la infracapitalización.

El Dr. Vítolo ³, expresa: “El capital social constituye un requisito común a todo contrato de sociedad mercantil”; es de los llamados requisitos “no tipificantes” y su ausencia en el contrato constitutivo vicia de anulabilidad el contrato de sociedad, aunque dicho vicio es subsanable hasta su impugnación judicial.

Tradicionalmente se han asignado al capital social tres funciones de importancia:

- a) de productividad, función de contenido típicamente económico, en virtud del cual el capital sirve como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial;
- b) de determinación de la posición del socio en la entidad, pues mediante el capital social se mide matemáticamente la participación -con todos los derechos derivados de ello, tanto al dividendo, de voto, a la cuota liquidatoria, de compensación por receso, entre otros- y eventualmente la responsabilidad de los socios o accionistas;
- c) de garantía frente a los acreedores sociales. Se ha señalado que, de todas estas funciones, la de garantía frente a los acreedores es la que asume el papel más destacado.

³ Daniel Roque Vítolo, “Apuntes sobre el problema de la Infracapitalización empresarial”

Para el desenvolvimiento del crédito, resulta fundamental conocer, por parte de quienes lo otorgan, cuáles son los mecanismos de recuperación y cuáles son las posibilidades ciertas de percepción de dicho crédito; y allí es donde los sistemas jurídicos que regulan la actividad económica dan respuesta, según sean los medios que prevén para dilucidar los conflictos.

El acreedor financiero, el comercial, el consumidor, el tercero perjudicado por responsabilidad extracontractual, parecen mostrar -frente a la sociedad - un modo diferente de relacionarse obligacionalmente. Esto llevaría a plantear una cuestión, cual es la de determinar si el capital social resguarda como garantía a todos los acreedores por igual o no; y si ello es su función específica siempre.

La importancia del contenido de la respuesta no es menor en la medida que, frente a fenómenos de insuficiencia de capital o de activo para afrontar las obligaciones sociales, podrían existir visiones disímiles con relación a si I) la sociedad tomada en cuenta está realmente subcapitalizada y, en caso afirmativo, II) respecto de quién o de quiénes.

Debe adelantarse que la generalización de las sociedades que no actúan con un capital adecuado a su objeto social resta eficacia a las normas tuitivas de los acreedores, que giran precisamente sobre la noción de capital social. Por otro lado, el estudio de la infracapitalización en la sociedades ha permitido que se llame la atención sobre la distinta posición que tienen algunos acreedores -los llamados institucionales, con un mayor poder económico en el mercado que les permite autotutelar sus intereses-, frente a otros -los extracontractuales y los pequeños acreedores-, más indefensos frente al fenómeno de la infracapitalización y, en general frente a las operaciones societarias en las que pueden verse peligrosamente afectados aquellos intereses.

El autor citado continua diciendo: “Una parte de la doctrina ha levantado el guante del desafío descalificando el planteo y oponiendo reparos a

dicho argumento de asimetría de información, al señalar que si los acreedores efectivamente contratan con la sociedad sin informarse o informándose insuficientemente acerca de su estructura financiera es porque, con todo, esa información no les interesa o les conviene y si es así, esa información es eficiente, salvo el caso de dolo o fraude. De allí que si bien es deseable que los acreedores puedan confiar en que la sociedad está correctamente capitalizada, la protección por parte del ordenamiento a esa confianza supondría, no que la sociedad tenga necesariamente que estarlo, sino que tendría el deber de notificar a los acreedores acerca de sus pautas inusuales de capitalización”.

Una de las funciones del capital social es el de garantía de los acreedores. De este modo el capital nominal, mención estatutaria, actúa como cifra de retención sobre el patrimonio social en garantía de los acreedores. El capital no constituye verdaderamente una garantía en sentido técnico, sino que tal función se consigue de forma indirecta, dando a esta cifra un valor de retención sobre una parte ideal del capital social que se hace indisponible.

Habrà infracapitalización sustancial o material cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos necesarios para afrontar el giro social y habrá infracapitalización nominal -por el contrario- cuando los socios suministran los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente pero bajo un título diverso del correspondiente de aporte que corresponde a su condición de tales.

Es decir que -en este último caso- los accionistas en lugar de contribuir a la conformación y aumento del capital social hasta los niveles operativos exigidos utilizando el mecanismo natural que es el incremento en el capital, recurren a proveer los recursos mediante créditos o préstamos por ellos mismos generados a favor de la sociedad de modo que, en caso de crisis, concurso, o quiebra podrán acceder como acreedores al recupero de dichos recursos en lugar de que los mismos queden subordinados al pago del resto de los acreedores sociales; como ocurre con los aportes que han conformado el capital social.

En palabras de un profesor español: un buen método para la construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles tales como la maximización del beneficio con minimización del riesgo.

CAPITULO II

LAS RESPONSABILIDADES ANTE LA INSOLVENCIA

1.- CONCEPTO

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, Ley de Concursos modificada por la Ley 24.522, podemos diferenciar distintos tipo de situaciones frente a la insolvencia.

Por un lado tendremos las denominadas soluciones “preconcursoales” que se traducen en arribar con los acreedores a un acuerdo preventivo extrajudicial.

Paralelamente están las vías concursales propiamente dichas que pueden ser, a su vez, de dos tipos:

- Las soluciones concursales “conservatorias” tales como el Concurso Preventivo, el Acuerdo Preventivo y el Salvataje Empresario derivado de la intervención de terceros.
- La soluciones “liquidativas” como la quiebra con o sin continuidad.

Delimitado ello, pasaré a analizar la cuestión atinente a la responsabilidad de los directores en situación de insolvencia de la sociedad, siguiendo los lineamientos fijados por Efraín Hugo Richard ⁴.

Tratándose de sociedades por acciones, nuestra legislación sienta el principio de que ni los directores ni los socios responden por las obligaciones de la sociedad que representan o integran respectivamente pues las obligaciones son asumidas por la persona jurídica sociedad y su patrimonio, que tiene impermeabilidad patrimonial, no se ve afectado por la deudas de

⁴ Efraín Hugo Richard, exposición brindada por dicho catedrático, en oportunidad de la “*Conferencia correspondiente al Curso de Posgrado en Derecho Societario*”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

aquella, a lo que debe agregarse que tampoco asumen responsabilidad alguna por riesgo empresario.

El autor mencionado sostiene: “Se tipifica la responsabilidad – en la quiebra- de administradores y directores societarios, también de ciertos terceros, por ciertos actos dolosos cumplidos desde un año antes de la fecha de la efectiva cesación de pagos de la sociedad deudora (Art. 173 LCQ), sometiendo la acción a una previa autorización de los acreedores que representen la mayoría simple de créditos quirografarios verificados y declarados admisibles”.

Continúa el expositor diciendo que: “Debemos centrar nuestra atención en cuál es el bien jurídico tutelado por el derecho concursal, o sea la razón por la que se justifica impedir que los acreedores puedan ejercitar sus derechos constitucionales de propiedad para exigir individualmente la satisfacción de las obligaciones incumplidas por el deudor, obligándolos a suspender acciones y concurrir al juicio universal, pudiendo ser sometidos además -de las dilaciones del trámite- a un sistema de reconocimiento y a la posibilidad de sufrir quitas sin límites en sus créditos y nuevas esperas por tiempos que superan a cualquier plazo de mercado”.

Así, el mismo será el autofinanciamiento de las empresas, su conservación y la eliminación del estado de cesación de pagos.

Quiere decir entonces que podemos identificar al bien jurídico tutelado desde la óptica del antivalor pues *“No es empresa la organización económica que no es auto sustentable”*

Uno de los criterios que se propone es la actuación anticipatoria en el seno de la empresa, o sea la adopción de medidas ante la mera crisis, como lo fijó la legislación del año 1983: dificultad financiera o dificultad económica general, autorizaban medidas concursales preventivas a pedido del deudor y en donde resulta importante referir ciertos supuestos de dolo en la actuación de

los administradores de una sociedad respecto de terceros. Contratar con terceros encontrándose la sociedad administrada en cesación de pagos importa una acción dolosa, pues hay una disimulación de lo verdadero.

Tal conducta Importa configurar la previsión del Art. 931 C.C.. Sin duda el ejercicio del derecho de contratar en tales circunstancias importa un abuso de derecho, pues excede los límites impuestos por la buena fe (Art. 1071 C.C.), y sin duda habrá daño calificante del acto ilícito punible (Art. 1067 CC) configurando un delito civil (Art. 1072 C.C.). Quedaría en claro entonces que si la sociedad ha contratado en cesación de pagos, por lo menos sus administradores que así actuaron han quedado incurso en la acción de responsabilidad que autoriza el Art. 173 L.C.Q..

Pero la insolvencia o la cesación de pagos no se vinculan solamente con la quiebra, sino fundamentalmente con los concursos preventivos, extrajudiciales o judiciales, donde parece olvidado todo lo referido a la tempestividad en la presentación, en la necesidad de actuar inmediatamente de advertida la crisis para evitar mayor daño a la propia empresa explotada por la sociedad, y para evitar el contagio en el mercado, o situaciones de deslealtad en la concurrencia.

Se advierte rápidamente, ante la práctica, la ineficiencia del sistema concursal, ante las quitas y esperas depredatorias que es dable advertir en los acuerdos que se homologan, imponiéndose la necesidad de revisar la funcionalidad societaria, recalando en el derecho societario, para incluso determinar cuándo puede existir responsabilidad por culpa, sea por acciones u omisiones, dentro del parámetro del Art. 59 L.S.C. del deber de actuar como un *“buen hombre de negocios”*.

Es por ello que contratar con terceros en un estado de insolvencia o de cesación de pagos y sin recurrir a los remedios previstos en la ley concursal implica un obrar doloso.

Ahora bien para autorizar acciones individuales de responsabilidad, la doctrina y jurisprudencia sostienen que debe existir un daño directo al acreedor, generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad.

Ello así en la medida que se sostenía que no podía generarse daño a un tercero en forma directa en cumplimiento de funciones orgánicas, y si era por actuación no orgánica (obrar fuera de los límites del estatuto y en flagrante violación del objeto social) estábamos frente a una acción de responsabilidad común (aquiliana) y no social”.

El mismo autor sostiene que “En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización- que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

2.- TIPO DE ACCIONES

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren -como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal. Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta para una obligación de medios.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el 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. 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 ley de sociedades destina a ésta cuestión un solo artículo, el 279 L.S.C., que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido. La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos.

La jurisprudencia ("Cervecería Estrella de Galicia S.A. s/quiebra s/ acción de responsabilidad" – C.N.Com. - Sala A - 12/10/2000), ha dicho que la acción de responsabilidad prevista por el artículo 279 de la ley 19550 requiere la invocación de lesión al patrimonio personal de los actores, señalando nosotros que la mera mención carecerá de entidad si luego no se aprueban los recaudos que hacen a la viabilidad de la responsabilidad: acción individual de responsabilidad y acción social de responsabilidad; las que pueden ejercitarse con el recurso o en forma simultánea o sucesiva (balances falsos u otra documentación), acción individual de responsabilidad de los administradores y acción de responsabilidad de la sociedad (los actos ilícitos de los administradores en ejercicio de la función se imputan a la sociedad, si bien los socios y terceros pueden además ejercer una acción individual contra los administradores).

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultando a éstos la situación difícil de la sociedad.

El Art. 173 de la ley 24.522, puede llevar a la misma solución calificándose de dolosa la actitud del administrador que contrae obligaciones para la sociedad a sabiendas que no podrá satisfacerlas. La acción oblicua (Revocatoria) abrirá el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrán ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del Art. 59 de la ley 19.550, y si de ello resulta un 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, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para liberar a su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de un buen hombre de negocios. Es esclarecedora la opinión que se refiere a 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.

Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del Art. 59 de la ley 19.550, haya causado perjuicio al acreedor social. Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, que es el standard que fija el Art. 59 L.S.C., imponiendo de seguido que *"Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión"*.

Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social o sea la inviabilidad de la empresa fundando una causal de responsabilidad de los administradores (Art. 59 y 99 L.S.C.).

En la inserción de la cuestión dentro de la teoría general de los administradores de sociedades, no aparecen limitaciones como las que presenta el Art. 173 de la ley 24.522, que sólo autoriza el resarcimiento de los daños causados por las conductas descritas en la norma, además de limitar el factor de atribución al dolo.

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad u objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones. La no advertencia de esa insuficiencia por los administradores a los socios, perjudicando a la sociedad y a éstos generan acciones sociales de responsabilidad, que podrán ser ejercitadas oblicuamente por los acreedores sociales.

Conforme la noción de daño directo que hemos destacado como presupuesto de la habilitación de la acción individual de responsabilidad, la sociedad no queda desimputada. El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad.

Posiblemente la prueba de la cesación de pagos y del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal. Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores y ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

En la situación en análisis se acredita la autoría de actos u omisiones imputables a administradores societarios, en conducta antijurídica pues tienden a enriquecer sin causa a la sociedad lesionando derechos de los acreedores. Esas conductas son antijurídicas pues violan las conductas legalmente previsibles en los términos del Art. 59 L.S.C.. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil. El dolo implica la ejecución del acto a sabiendas y con la intención de dañar. Es un engaño, fraude, simulación. Es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas, como es el contratar a sabiendas que no se va a satisfacer la contraprestación comprometida.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento (Art. 1107 C.C.). 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 C.C.). El Art. 932 C.C. 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 C.C.). 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.

En el Derecho Mercantil, el viejo Código sostenía que los administradores de las sociedades anónimas respondían de las negociaciones dolosas, por falta de comprobante o indebidos inventarios (ex Art. 364), y responsabilidad similar alcanza al socio colectivo que abusare de la firma social (ex Art. 307); y todo socio responde por los daños causados por dolo a los intereses de la sociedad (ex Art. 413).

Parecería atenuarse el dolo civil en el mercantil por el impulso lucrativo que impera en el comercio. No obstante el estándar de buen hombre de negocios que ejerce la administración societaria, a través de lo dispuesto en el Art. 59 L.S.C., descarta la posibilidad del ardid o de las maniobras tendientes a perjudicar.

El Art. 173 de la ley 24.522 alcanza también a terceros lo cual es una extensión del concepto de administrador. La teoría general de la responsabilidad de administradores societarios también se extiende ante la evidencia de algunas actuaciones elusivas de responsabilidad, particularmente en los casos de grupos societarios.

El Art. 278 L.S.C. autoriza que en caso de quiebra la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente, norma que no es alterada por el Art. 175 de la ley 24.522, no estando sujeta su continuación o promoción a ninguna autorización como sostiene alguna doctrina.

La ley 24.522, en su artículo 175, se refiere a las acciones de responsabilidad del tipo societario, previstas en el artículo 278 de la ley 19.550, que son comprensivas de la responsabilidad contractual, así como derivadas del incumplimiento de las funciones propias de los órganos de administración y fiscalización. Dicha responsabilidad contractual no comprende tan sólo casos producidos por el incumplimiento de un contrato, sino que se hace extensiva a las obligaciones emergentes de la ley y, en consecuencia, el plazo de prescripción de tales acciones es el decenal del artículo 846 del Código de Comercio, en la medida en que el síndico es un tercero en relación con la sociedad y actúa en representación de la masa.

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la sociedad controlante.

La cuestión se refiere en relación al ejercicio de una acción de responsabilidad por el accionista o acreedor de la controlada, en forma directa contra la controlante por los daños generados al patrimonio de aquella.

La L.C.Q. brindaría una respuesta afirmativa a éste interrogante cuando concurriera alguno de los presupuestos contemplados en el Art. 161.

De todo ello puede concluirse que los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

CAPITULO III

ALGUNOS ASPECTOS DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

1.- CONSIDERACIONES

El criterio arriba expresado -delimitación de la responsabilidad de la sociedad en la propia esfera de su integración patrimonial- ha ido variando para nuestros Tribunales y hoy la jurisprudencia y doctrina es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad.

Podemos apreciar que la Justicia Nacional del Trabajo ha hecho extensiva la responsabilidad patrimonial respecto de los administradores de las sociedades por acciones cuando se configuran supuestos de fraudes laborales, es decir, la contratación de dependientes bajo figuras jurídicas no laborativas (*monotributistas, asociados de cooperativas de trabajo, etc.*) , para sustraerse al pago de los aportes previsionales y fiscales derivados de ella o bien cuando la inscripción registral del dependiente se efectuara mucho tiempo después de la real fecha de ingreso en virtud de lo normado por los Art. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, haciendo extensiva la responsabilidad aún a los miembros de los órganos controlantes cuando existen pagos “*en negro*” pues ello conlleva una evasión al sistema de seguridad social.

También mediante la denominada “teoría de la penetración” la justicia laboral ha hecho extensiva la responsabilidad a los directores de sociedades cuando se ha probado en la causa que se emplearon las ganancias de la sociedad para adquirir bienes personales.

El presidente del directorio de una sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios (Art. 54 de la ley 19.550, párrafo agregado por ley 22.903) responde ilimitada y solidariamente ante los terceros por la violación de la ley en base a las disposiciones emanadas del Art. 274 del citado cuerpo legal.

El principio de separación patrimonial de la sociedad respecto de sus integrantes debe anteponerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el Art. 2º de la Ley 19.550.

En cambio si la actuación del gerente de la sociedad fue siempre en tal carácter, sin que medie ningún elemento que permita considerar que el vínculo existente entre él y la sociedad excediera el propio de su actividad funcional como responsable máximo en la organización de tareas, y así ignorar la personería jurídica autónoma del ente ideal con respecto a la de sus integrantes y autoridades, no cabe hacer extensiva la responsabilidad de aquél.

Podemos afirmar, de acuerdo con la letra del Art. 54, tercer párrafo de la L.S.C., que la responsabilidad también debe hacerse extensiva a las personas que ejercen la función de contralor interna de la empresa pues si los socios de control toleraron la actuación de los administradores por ellos designados, si no son ellos mismos, ratificando todo lo actuado antifuncionalmente cuando aprobaron la presentación en concurso sin haber intentando los remedios internos - no hay duda que la actuación de la sociedad constituyó un mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe, frustrando derechos de sus acreedores.

En estos casos la acción de “inoponibilidad” no es afectada por la novación de los créditos contra la sociedad generada por la homologación del acuerdo, pues tal responsabilidad es extraconcursal.

Darío J. Grazaibile ⁵, indica que “La responsabilidad de terceros en la quiebra nace a partir de la realidad de que otros sujetos intervienen en la actividad de la fallida comprometiéndola patrimonialmente y causando su insolvencia.

⁵ Darío J. Grazaibile, “*Acciones de responsabilidad en la quiebra*”, Revista de las Sociedades y Concursos N° 41.

Tales terceros podrán ser personas físicas que forman parte de órganos de personas jurídicas o quienes se desempeñan como representantes de otra persona física o jurídica”.

Estos terceros, sujetos distintos a la fallida, han originado o contribuyeron a provocar la quiebra por lo que sus actos antijurídicos tienen relación de causalidad con ella y el daño que produce a los acreedores debe ser indemnizado por los responsables, que es la denominada responsabilidad civil.

Sostiene este autor que la reforma a la Ley concursal establecida por la 24.522 ha sido un intento de regular dicho sistema de responsabilidad aunque, opina, que la norma no alcanza para lograr todo el fin propuesto.

Dice que el sistema de responsabilidad de la Ley Concursal prevé acciones no excluyentes entre ellas:

Una dirigida a la que ella denomina “representantes” que incluye a otros integrantes de órganos sociales o de la estructura funcional de la empresa.

Otra que alcanza a los “terceros” propiamente dichos, es decir, a aquellos que no forman parte de la organización empresarial interna del fallido.

Ellas integran el conjunto de acciones de responsabilidad civil de carácter exclusivamente patrimonial.

El Art. 174 L.C.Q. finalmente prevé la ineficacia de los actos realizados dentro del denominado período de sospecha.

2.- RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

La acción de responsabilidad civil contra representantes está contemplada en el primer párrafo del Art. 173 L.C.Q. y en donde se incluye a todos aquellos sujetos (personas físicas) que forman parte de la actividad patrimonial y empresarial del fallido ya sea en forma funcional (administrador, miembro del directorio, socio gerente, etc.), contractual (mandatario, factor de

comercio, gestor de negocios, etc.) o legal (representante, presidente del directorio, etc.) y en general aquellos que han tenido poder de decisión y disposición sobre los bienes del quebrado incluyendo al interventor, administrador, padres de menores, tutores, encargados y curadores que administren el patrimonio de sus representados, representantes sociales, administrador de la sucesión, interventores, fiduciarios, etc. La enumeración no es taxativa.

Deben quedar incluidos los administradores no sólo de *jure* sino también los *de hecho* ya que la norma no hace ninguna distinción al respecto, resultando irrelevante que tales sujetos ocupen cargos o funciones al momento de la quiebra ya que lo importante es que hayan contribuido con las conductas dañosas que la provocaron.

Quedarían excluidos de ésta categoría las personas que no participaron en la administración de los bienes de la fallida, tal el caso de síndicos, miembros del consejo de vigilancia o del órgano de fiscalización social.

Ahora bien, dicha acción de responsabilidad quedará neutralizada si se ha promovido el procedimiento de extensión de la quiebra contra los mismos ya que en tal caso sus patrimonios quedarán afectados a dicho proceso.

Para que exista tal responsabilidad deben configurarse los elementos que hacen al régimen de responsabilidad civil: una conducta antijurídica, un factor de atribución, una relación de causalidad y un daño.

Por supuesto que tales conductas deberán haber sido realizadas con libertad y discernimiento sin lo cual no habría responsabilidad salvo en la medida del enriquecimiento.

Las conductas que por acción u omisión establece la norma son producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial o la insolvencia del fallido.

Según la doctrina nacional cada concepto tiene los siguientes alcances:

- “*producir*” importa una actuación directa tendiente a originar, ocasionar, causar o aportar una condición *sine qua non* al resultado dañoso;
- “*facilitar*” denota complicidad y es hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin, coadyuvar a generar la insolvencia;
- “*agravar*” es extender el resultado dañoso, permitir una conducta de omisión consistente en no impedir lo que pudo evitar, abandono de obligaciones legales o de tareas;
- “*prolongar*” queda incurso en la permisión y la agravación.

Debe aclararse que la responsabilidad en estos casos será frente a terceros si existió connivencia con el fallido, caso contrario también tendrán responsabilidad frente a éste último.

Teniendo en cuenta que sin daño no hay responsabilidad (Art. 1967 y 511 del Código Civil) el régimen queda sujeto a las reglas de la responsabilidad civil.

La extensión del resarcimiento, cuando se trata de un actuar consistente en provocar el estado falencial, tendrá como límite el efectivo daño sufrido a fin de no producir un enriquecimiento indebido del acreedor y tendrá como límite el monto impago de todos los créditos no cubiertos por el producido de la liquidación falencial luego de producida la distribución final. Ello incluye capital, intereses y gastos causídicos y para poder hacer posible tal percepción deberá admitirse el reintegro al patrimonio del fallido de los bienes en poder del tercero detentador que lo hubiere obtenido de mala fe o mediante acto simulado o viciado.

En cambio en los supuestos de un obrar que implique un agravamiento de la situación patrimonial la extensión del resarcimiento quedará conformada por el valor equivalente a la disminución del activo o al aumento del pasivo producido por dicha conducta.

Se discute la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal para encuadrarla en contractual o extracontractual.

Si se la califica de extracontractual la responsabilidad alcanzará las consecuencias inmediatas o directas (Art. 903 Cód. Civil) y las mediatas que se hayan previsto o se pudieran prever (Art. 904 y 905 C.C.).

En cambio si le asignamos naturaleza contractual la responsabilidad comprende las consecuencias inmediatas y las mediatas aún no previstas (Art. 521 C.C.).

El autor citado ubica este régimen dentro de las responsabilidades extracontractuales pues dice que no existe relación contractual alguna entre los acreedores y los representantes o administradores de la fallida.

Ahora bien, tal distinción cabe asimismo respecto de la vinculación entre la sociedad persona jurídica y las personas físicas que las integran.

Francisco Junyent Bas ⁶, sostiene la siguiente postura: “Desde nuestro interés por discernir la naturaleza de la responsabilidad societaria, queda claro que la designación constituye un acto corporativo o societario de carácter interno, que si bien es un acto jurídico (Art. 944, Código Civil), no constituye una relación contractual que vincula al administrador con la sociedad, pues esta vinculación se caracteriza por su aspecto eminentemente orgánico”.

En nuestra doctrina, los autores parecen ubicarse en una posición intermedia o ecléctica. Así, Otaegui entiende que, si bien la gestión del administrador es funcional y orgánica y tiene origen legal, la aceptación para desempeñar el cargo *"configura en sentido amplio un contrato, artículo 1037 del Código Civil"*.

⁶ Francisco Junyent Bas, *"Aristas polémicas sobre la caracterología de las Responsabilidades Societarias"*.

Por nuestra parte, entendemos -expresa éste autor- que la discusión es puramente dogmática pero que, indudablemente, está mejor construida la tesis que sostiene que la designación es un acto interno de carácter societario, aun cuando sea un acto jurídico (Art. 944, Código Civil) y que su aceptación por parte del administrador no configura un contrato, sino que es la condición de eficacia para la incorporación del funcionario al Órgano societario.

En definitiva, la relación se encuentra tipificada por su carácter orgánico y funcional, pues cualquier cláusula convencional debe ajustarse a las normas legales que rigen la posición jurídica del administrador”.

Para zanjar tales diferencias sostiene la necesidad de separar el régimen de la responsabilidad societaria del ámbito del derecho civil, dada su especialidad.

3.- RESPONSABILIDAD DE TERCEROS

El Art. 173, segunda parte L.C.Q. establece *“Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o la exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”*.

Esta norma regula la responsabilidad patrimonial de cualquier tercero en calidad de autor, cómplice o partícipe ejecutare dolosamente alguna de las conductas descritas en la norma.

Tienen tal carácter cualquier persona -a excepción del propio fallido- que fuere representante o no de éste último, el Síndico societario, el Síndico Concursal (Art. 18 L.C.Q.), y el administrador falencial por actos posteriores al proceso concursal (Art. 182 L.C.Q.), un acreedor, etc.

Esta acción puede ser iniciada tanto en el caso de quiebra de personas físicas como jurídicas.

Las conductas de terceros a quienes se extienda la responsabilidad pueden haberse producido antes o después de la quiebra ya que quedan incursas conductas tales como la disminución del activo, la exageración del pasivo, la colaboración con el deudor para que oculte bienes afectados al desapoderamiento para que no puedan ser incautados, en suma, toda disminución del patrimonio del deudor que desencadene en la insolvencia.

De conformidad con los principios de la responsabilidad civil, el artículo exige que todas las de este tipo deben haberse ejecutado con dolo, quedando excluidas aquellas realizadas por culpa o negligencia y dado que la norma habla de “actos” los terceros no asumirían responsabilidad por omisiones aunque sean éstas dolosas.

En lo referente a las acciones sociales de responsabilidad la L.C.Q. se remite a lo que regula la Ley de Sociedades 19.550 sobre el particular.

Si bien cierto es que dicha norma sólo las trata en la sección correspondiente a los directores de la sociedades anónimas, por analogía se le aplican a todos los tipos sociales.

4.- DISPOSICIONES COMUNES A AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDADES

A su vez el Art. 174 L.C.Q. en su primera parte determina: *“La responsabilidad prevista en el artículo anterior se extiende a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se declara y determina en proceso que corresponde deducir al Síndico. La acción tramitará por las reglas del juicio ordinario”*.

Previamente a iniciar ésta acción debe el Síndico requerir y obtener autorización de acreedores que signifiquen mayoría simple del capital quirografario, verificado y admitido.

En defecto de la actuación de éste, puede accionar cualquier acreedor interesado de la manera indicada por el Art. 120 de la L.C.Q., que prevé la posibilidad de que cualquier acreedor a su costa inicie la acción

tendiente a obtener la declaración judicial de ineficacia de los actos jurídicos otorgados en el período de sospecha.

Como vemos, el Art.174 L.C.Q. no contiene mención expresa en el supuesto de que el síndico omitiera iniciar esta acción.

Por aplicación analógica de las disposiciones contenidas en el Art. 120 L.C.Q. y Art. 278 L.S.C. se admite que en tal caso la misma pueda ser ejercida por los acreedores.

El Art. 175 L.C.Q. confiere facultad al Síndico para promover la acción de responsabilidad. Esto es un verdadero poder-deber derivado de la propia legislación concursal y ese deber importa que la falta de promoción por parte del funcionario público cuando debió hacerlo podrá ser considerada como causal de mal desempeño de su función (Art. 255 L.C.Q.).

“Para que proceda la misma se requiere la presencia de dolo pues la norma derogó la culpa que queda vigente para responsabilidades extraconcursoales. Este criterio resulta coherente con LCQ conforme al texto de la ley 24522 que derogó el instituto de la calificación de conducta y reformuló los antiguos artículos 240 y 246, resultando aplicable (Art. 173) a los genuinos cómplices, quienes nada podrán reclamar en el concurso”. (Marcelo L. Perciavalle ⁷).

⁷ Marcelo L. Perciavalle, “Acción de Responsabilidad de Administradores y Síndicos Societarios”.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE OTRAS NORMAS LEGALES

1.- LAS DERIVADAS DE LA LEY DE SOCIEDADES

En nuestro derecho positivo vigente, *en materia societaria*, la responsabilidad de los administradores sociales está prevista en las disposiciones de los artículos 59 y 274 a 279 de la ley 19550, y sus modificaciones.

Estas previsiones han sido tenidas en cuenta de modo unánime por la jurisprudencia y la doctrina para aplicarlas en forma analógica a los demás tipos sociales, incluso la cooperativa y el fideicomiso (Art. 6, Ley 24441).

En principio, toda *la responsabilidad* de los administradores sociales es *solidaria* entre todos los que integran el órgano, salvo que, conforme lo autoriza el artículo 274, segundo párrafo, se haya efectuado una asignación de funciones de acuerdo con el estatuto o decisión de la asamblea y ello se encontrare inscripto en el Registro Público de Comercio. Eso impedirá que el asignado responda por los actos de los demás tratándose de sociedades de capitales (sociedades anónimas, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada).

En cambio, respecto de las sociedades de personas (sociedad colectiva, de capital e industria, accidental o en participación e irregulares) Julio C. Otaegui ⁸, sostiene que “En el supuesto de culpa mediando pluralidad de administradores, será responsable el administrador actuante por culpa *in commitendo*, y los restantes administradores por culpa *in vigilando*, esta última generada en el incumplimiento del deber de diligencia”.

⁸ Julio C. Otaegui, “*Administración Societaria*”. Ed. Abaco de Rodolfo Desalma, Pág. 386.

Pero también esa responsabilidad es *subjetiva*. En general, podemos afirmar que la *culpa* figura como *factor de atribución* de esa responsabilidad, sin dejar de tener en cuenta los demás factores previstos por el artículo 274 como son el mal desempeño del cargo, violación de la ley, estatuto o reglamento, y abuso de facultades.

Para que quede comprometida la responsabilidad es preciso que *haya habido culpa o dolo*, medidas ambas en comparación del parámetro general de la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, que impone el artículo 59 de la ley de sociedades comerciales, sin distinción de grados de esta última, bastando acreditar la *culpa leve* para disparar el sistema de responsabilidad, aunque esto último reconoce algunas objeciones doctrinarias aún no dilucidadas totalmente, pero tengo para mí su procedencia pues caeríamos en contradicción entre esta norma y la del artículo 274 de la ley de sociedades comerciales, pues se estaría exigiendo mayor diligencia e imponiendo mayor responsabilidad a los administradores de las sociedades personalistas, donde los socios tienen responsabilidad solidaria e ilimitada y el control de la administración es más directo, por parte del socio, que en las sociedades de capital donde la responsabilidad de éstos es absolutamente limitada y el control de la administración, tanto más.

Para hacer un breve análisis de la insolvencia, debemos partir de un concepto previo que es el de la necesidad de que toda sociedad cuente, desde su comienzo, con un capital social, conformado éste por el aporte de los socios, y afectado a su giro comercial, el cual sirve como prenda común a sus propios acreedores.

Ante supuestos de infracapitalización se sostiene que “Con acierto se ha señalado que las dificultades que encierra determinar en la práctica cuándo una sociedad comercial está infracapitalizada los problemas relacionados con el fundamento de la responsabilidad personal y subsidiaria del socio, así como las cuestiones relativas a la deducción de la responsabilidad por infracapitalización en las que sigue ocupando un lugar destacado la doctrina de los actos propios -*venire contra factum proprium*- derivada del principio general

de buena fe, son otras tantas razones que expresan bien a las claras la necesidad de una disciplina legal que, dentro del proceso de reforma de las sociedades de capitales, debe ser extraído para proceder a un nuevo análisis y producto de una nueva regulación” (Daniel Roque Vítolo ⁹).

La ley de sociedades comerciales trata detalladamente la acción social de responsabilidad (Art. 276 L.S.C.), ejercida por la sociedad, la acción social ejercida por los accionistas minoritarios que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275 (Art. 276, ap. 2) y la acción individual de responsabilidad que compete siempre a los acreedores y accionistas (Art. 279 L.S.C.).

La sociedad es la titular natural de la acción social, la cual debe dirigirse contra uno o más directores incursos en causales antinormativas (Art. 276 y Agr. Art. 274, ap. 2 L.S.C.) y se ejercitará previa decisión asamblearia. Se trata de un precepto de derecho necesario y por ello el estatuto de la sociedad no podría disminuir o atenuar las garantías de la sociedad en la materia.

En consecuencia, deberá tenerse presente que el acuerdo asambleario de iniciar la acción social de responsabilidad (Art. 234, inc. 3) constituye un supuesto de cumplimiento ineludible y hace, precisamente, a su procedencia.

Corresponde a la asamblea ordinaria, siendo indelegable naturalmente en otro órgano (Art. 234, inc. 3), el tratamiento del tema de la responsabilidad de los directores. Aquélla puede ser convocada:

- a) por el directorio;
- b) por el síndico societario;
- c) por el consejo de vigilancia;

⁹ Daniel Roque Vítolo, Discurso inaugural correspondiente al “V Congreso Argentino de Derecho Concursal y II Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, Mar del Plata, 30 y 31 de Octubre y 1º de Noviembre de 2003.

- d) a requerimiento de accionistas que representan el cinco por ciento del capital social, salvo que el estatuto fijara una representación menor (Art. 236, ap. 1);
- e) por la autoridad de contralor;
- f) por la autoridad judicial;

La sociedad puede optar ante la ilicitud de sus administradores por alguna de las siguientes alternativas:

1. Decidir e iniciar la acción social de reparación, en cuyo caso nada cabe distinguir.
2. A pesar de la decisión asamblearia en el sentido precitado, la sociedad puede permanecer inerte e inactiva. En dichas circunstancias el directorio debe considerarse identificado con la sociedad, pues su condición de elemento estructural de la entidad jurídica no le asigna carácter independiente, motivo por el cual, a fin de evitar soluciones dolosas, los accionistas, transcurridos tres meses de la fecha de la asamblea que resuelve el ejercicio de la acción, quedan legitimados de manera derivada para sustituir procesalmente a la sociedad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la resolución general (I.G.J.) 13/2006, se le dio legitimación al director o a los directores para solicitar dicha convocatoria.

Mariano Gagliardo ¹⁰, sostiene que “El ejercicio de la acción social por parte de los accionistas no produce sino los mismos efectos que la demanda interpuesta por la sociedad, pues aquellos no prevalecen sino en la medida en que sean actores.

Es perfectamente factible que los accionistas minoritarios o bien individuales acumulen a la acción social de responsabilidad la derivada del daño causado a su propio patrimonio (Art. 279, L.S.C.). Esta solución fue antiguamente admitida y consideramos que dichas conclusiones son igualmente aplicables a pesar de las modificaciones legislativas”.

¹⁰ Mariano Gagliardo, “Responsabilidad de los Directores de S.A.”.

Los directores, como pauta genérica, no responden a la ejecución o inejecución de las obligaciones nacidas de contratos contraídos entre terceros y la sociedad en la hipótesis de que el contrato haya sido celebrado por los directivos en nombre y por cuenta de la entidad. Si la sociedad, por ejemplo, por intermedio de su representante, adquiere bienes y no paga el precio, el tercero acreedor del precio carece de acción para reclamar al director, pues su deudora es la sociedad.

No obstante, en determinadas circunstancias, independientemente del marco de la acción social y sus matices, se acuerda a los acreedores, no acreedores y socios, en cuanto terceros, una acción individual tendiente a reparar los perjuicios directos -y no meramente reflejos- sufridos en su patrimonio, y aquélla puede ejercitarse sin necesidad de requerimiento alguno previo a la sociedad.

Más allá de las previstas por la normativa de la ley de sociedades comerciales 19550 (L.S.C.), a los responsables les alcanzan las responsabilidades de derecho común, las de índole administrativa (Art. 302 y 305 de la misma norma legal) las derivadas de la administración fraudulenta (Art. 173, inc. 6, C.P.) y aun las que derivan de la insolvencia y quiebra de la sociedad.

El síndico societario es un sujeto a quien se le confía una función de tutela, preponderantemente económica, en beneficio de intereses ajenos. En el derecho societario es, además, un funcionario con atribuciones y deberes de "fiscalizador".

La naturaleza de sus tareas está impuesta por la ley de sociedades comerciales, pudiendo mencionarse entre ellas:

- a) la revisión de los libros y documentos al menos una vez cada tres meses;
- b) la asistencia con voz y sin voto a las asambleas, reuniones de directorio y del comité ejecutivo;
- c) informar a los accionistas que representen no menos del 2% del capital y;

d) presentar el informe de la sindicatura a la asamblea de accionistas.

La ley de sociedades regula la responsabilidad del síndico con normas generales -Art. 296, conccs. 274 y 297, L.S.C.- y algunas previsiones particulares -Art. 271 y 272, L.S.C.-. Estableciéndose como regla general que *"los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les impone la ley, el estatuto y el reglamento..."* y *"también son responsables solidariamente con los directores por los hechos u omisiones de éstos, cuando el daño no se hubiera producido si hubieren actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias"*.

2.- NORMAS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Cabe distinguir, en primer lugar, la responsabilidad de origen contractual atribuida al deudor incumplidor por el artículo 511 del Código Civil, y configurada por la negligencia descrita en el artículo 512.

Es la llamada culpa en concreto, consistente en la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Se aplica al incumplimiento de contratos celebrados por el administrador con terceros, de los cuales solo podrá ser responsabilizado personalmente en caso de *mala praxis*.

Puede luego atenderse a la responsabilidad extracontractual o legal, prevista en el artículo 1109 del mismo Código atribuida a la "culpa o negligencia" del autor del hecho, que incluye también a la imprudencia o exceso en el accionar del sujeto.

3.- NORMAS PENALES

A su vez el artículo 178 del Código Penal dispone en su primera parte: *Cuando se trate de la quiebra de una sociedad comercial o de una*

persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiera abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso.

Se ocupa pues de los casos de responsabilidad de los directores y administradores por la quiebra de la sociedad administrada, es decir, que el responsable penalmente no es el ente fallido, sino quienes por su mal desempeño lo llevaron a la quiebra.

Esta figura se bifurca en dos subespecies: Si la conducta del director ha sido dolosa su responsabilidad penal será la de la bancarrota fraudulenta del artículo 176 C.P.

Si la conducta ha sido culposa, su responsabilidad será la del artículo 177 C.P.

El sobreendeudamiento tiene lugar cuando una sociedad ha generado pasivos que no puede afrontar con las disponibilidades propias de su giro ni con el producido de la explotación *"ni con los bienes normalmente realizables en el momento de afrontar el pago"*

Puede ser consecuencia de acudir al crédito temerariamente por sobre las posibilidades razonables de repago.

El sobreendeudamiento es una típica causal de cesación de pagos que puede llevar a la quiebra culpable y a la bancarrota impropia del artículo 178 del Código Penal al administrador que haya ocurrido en ella.

Distinta es la conducta del administrador que a sabiendas de que su empresa se encuentra en cesación de pagos, sigue contrayendo deudas en perjuicio de terceros, cuya conducta maliciosa podría recaer en la figura del artículo 172 del Código Penal". (Eduardo M. Favier Dubois (p) ¹¹).

El Artículo 300 inc. 3º del Código Penal dispone: "*Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años.....El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.*

Por su parte el Art. 301 del mismo ordenamiento legal establece: "*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado*".

4.- NORMAS ADMINISTRATIVO TRIBUTARIAS

Dispone el artículo 6 de la Ley de Procedimientos Fiscales 11.683 y modif. que los responsables del cumplimiento de la deuda ajena "*...Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la obligación tributaria de sus representados....en la forma y oportunidad que rijan para aquellos o que especialmente se fijen para tales responsables, bajo pena de las sanciones de*

¹¹ Eduardo M. Favier Dubois (p), "*Culpa o mala praxis en el Management Empresario*".

esta ley: los directores, gerentes y demás representantes de las personas jurídicas, sociedades... (inc. d)".

El artículo 8 de la L.P.F. establece: *"Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas: a) todos los responsables enumerados en los primeros cinco incisos del artículo 6 cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaren oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del artículo 17 (15 días). No existirá, sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la Administración Federal de Ingresos Públicos que sus representados, mandantes, etc. los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales".*

El artículo 17 de la L.P.F. se refiere al procedimiento a seguir en la determinación de oficio del impuesto y dispone que el mismo *"deberá ser cumplido también respecto de aquellos en quienes se quiera efectivizar la responsabilidad solidaria del artículo 8"*.

Dichas normas se aplican a los directores titulares designados y debidamente inscriptos ante el Registro Público de Comercio, que ejercieron sus funciones en el período correspondiente al vencimiento de la obligación tributaria.

Se requiere además, que dichos directores hayan tenido a su cargo y en ese momento, la percepción, administración y disposición de los recursos y bienes sociales.

No se trata de una responsabilidad objetiva y la misma no surge por el simple hecho de "ser director".

Por el contrario, a más de director, presupone que el mencionado: 1) haya incumplido con los deberes a su cargo; y 2) haya tenido la posibilidad de administrar, percibir y disponer de los recursos y bienes de la sociedad con los que debe hacer frente al pago de las obligaciones tributarias, pero que sin embargo no cumplió con la misma.

De manera tal que el factor de atribución es subjetivo, lo que presupone el incumplimiento de un deber a cargo del administrador y la imputación de dicho incumplimiento a título de dolo o culpa.

“El administrador no es "el deudor" del tributo, sino que es "el responsable" de su ingreso. No se trata de una única obligación de pago, que la Administración Federal de Ingresos Públicos puede exigir simultáneamente a la sociedad y al director.

La obligación de la sociedad es la principal, mientras que la del director es accesoria, de garantía". (Alejandro Yódice ¹²).

5.- NORMAS LABORALES

Respecto de las responsabilidades derivadas de las relaciones laborales me remito a lo supra desarrollado sobre el particular.

6.- NORMAS PENALES TRIBUTARIAS

El Art. 14 de la Ley Penal Tributaria sienta: *“Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, un mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el*

¹² Alejandro Yódice, “Responsabilidad del Director de S.A. por incumplimiento de Obligaciones Tributarias”.

hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

La ley 24.769, en su artículo 15 se refiere al profesional. Su referencia, en lo atinente al contador público, si bien no lo menciona en forma taxativa, tal como lo hacía su antecesora, lo trata desde un punto de vista independiente a su intervención como administrador de una sociedad; síndico en sociedades; síndico en concursos y quiebras, donde la eventual conducta punitiva está enfocada desde un ángulo distinto.

Dicho artículo textualmente dice: *"El que a sabiendas, dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos jurídicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de los delitos previstos en esta ley, será pasible, además de las penas correspondientes por su participación criminal en el hecho, de la pena de inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena".*

La figura de balance falso está penalmente reprimida por el artículo 300, inciso 3), del Código Penal. El cual sanciona con una pena que va de seis meses a dos años de prisión actos ilícitos cometidos por contadores pero en su gestión específica de: fundador, liquidador, administrador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa.

7.- NORMAS DE ACTUACIÓN PROFESIONAL

El Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal ha estudiado el tema de la responsabilidad penal emergente del instituto de la sindicatura societaria estableciendo una serie de recomendaciones para los matriculados que se encuentren desempeñando dichas funciones:

- 1) La conducta del síndico societario sólo resultará penalmente punible en la medida que responda a una actuación dolosa, es decir, con intención y voluntad de violar el bien jurídico tutelado por la normativa penal tributaria.
- 2) Dado que su función está constreñida al "control formal de legalidad" no puede asumir acción delictual propiamente dicha, por resultar este

tipo de acciones sólo posible por el órgano de administración y representación.

- 3) La culpabilidad del síndico sólo estaría referida a una presunta actitud omisiva propia de su actividad fiscalizadora.
- 4) Los síndicos societarios no están obligados a formalizar denuncia penal por presuntos delitos que adviertan en el desempeño de su función. Sólo tienen obligación de expresar el resultado de su fiscalización en el modo y forma establecidos por la ley de sociedades y en las normas de auditoría.

8.- NORMAS BANCARIAS

Por su parte, la Ley de Entidades Financieras (Nº 21.526) establece que los directores de una entidad financiera responden a la sociedad, los socios y los terceros por el mal desempeño en el cargo. Tal responsabilidad se extiende frente al Banco Central, que es el que otorga la autorización para operar a estas entidades financieras.

Ante este panorama el director dueño involucrará su patrimonio personal ya que las consecuencias de una mala administración lo afectaran directamente.

9.- SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

Finalmente cabe mencionar que existen regímenes específicos de responsabilidad de directores y administradores contemplados en la Ley 13.959 (Régimen Penal Cambiario), así como la 20.680 (Abastecimiento), 20.840 (Seguridad Nacional) y 22.415 (Código Aduanero) para los despachantes de aduana, importadores y exportadores, entre otras leyes.

El régimen legal de las asociaciones civiles sin fines de lucro o fundaciones (Ley 19.836) contiene en su Art. 8 una disposición relativa a la responsabilidad de los socios fundadores y administradores y cuyo texto dice: *“Los fundadores y administradores de la fundación son ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones contraídas hasta haber obtenido la autorización, salvo su recurso contra ella, si hubiere lugar”*.

Ahora bien, la norma nada dice acerca de dos supuestos que podrían producirse luego de obtenida la personería jurídica.

La jurisprudencia no es uniforme pero el criterio imperante indica que en caso de revocación de la personería por parte del órgano de contralor resulta aplicable la norma antedicha ya que el ente quedaría asimilado a las sociedades de hecho reguladas en el Código Civil donde no existe separación de patrimonio entre la misma y cada uno de sus integrantes.

La misma solución correspondería en caso de quiebra cuando se produzca la clausura del procedimiento por falta de activo.

En ambos supuestos los socios fundadores y los miembros de los órganos de administración serían solidariamente responsables de los daños producidos por la actividad de la asociación.

OPINIÓN

De su lectura surge claramente que el régimen de responsabilidades encuentra regulación en normas de lo más dispersas, tales como los Códigos de Comercio y Civil, la Ley de Concursos y Quiebras, la Ley de Sociedades, el Código Penal, la Ley Penal Tributaria y Previsional y las normas que regulan el desenvolvimiento de cada tipo social en particular.

Este panorama hizo que la doctrina y la jurisprudencia efectuaran una impresionante labor intelectual para delimitar los alcances de la responsabilidad así como lo referente a las personas físicas a quienes involucra.

Considero que todo el plexo normativo debería perseguir la unificación de criterios en base al principio que expresa que el derecho es uno sólo y que sus distintas clasificaciones son ramas de un mismo tronco (la Constitución Nacional) y por lo tanto cada instituto jurídico no puede ser ni analizado ni tratado aisladamente sino en un contexto global acorde a cada rama del derecho para no caer en contradicciones insalvables y soluciones a veces injustas e inconstitucionales.

La primera referencia que haré está referida a la clásica distinción entre los principios contenidos en el Código de Comercio y el Código Civil.

Vimos en el desarrollo de éste trabajo que autores como Otaegui propugnan “zanjar tales diferencias” separando el régimen de responsabilidades societarias del derecho civil, proponiendo una categorización que regule el sistema de responsabilidades en forma autónoma y en base al criterio de especialización.

En principio me parece acertada tal afirmación pero vale destacar que los juristas han ido mucho más allá en este objetivo y desde hace muchos años se viene madurando la idea – como sucede en el derecho comparado tales los casos de Suiza, Italia, Perú, Taiwán, China, Holanda- de unificar en un

solo texto legal los principios de ambas ramas del derecho mediante el dictado de un código único que involucre las instituciones civiles y comerciales.

Prestigiosos juristas como Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Horacio Roitman entre otros, han elaborado un proyecto de código unificado en el año 1999.

En la nota de elevación de dicho proyecto hacen mención a las palabras de Eduardo Acevedo -redactor del Código de Comercio- quien reconoció que muchas instituciones allí contenidas (tal el caso de las obligaciones solidarias derivadas de los contratos mercantiles) no fueron motivo de regulación ya que las mismas estaban debidamente tratadas en el Código Civil el cual era de aplicación supletoria. El fenómeno de la unificación de la regulación de las obligaciones derivadas de los contratos civiles y comerciales tiene vigencia en el contexto de la Unión Europea.

En nuestra legislación ha existido un acercamiento que elimina toda distinción al admitir el concurso tanto de comerciantes como no comerciantes (Art. 2º Ley 24.522).

Históricamente el derecho de daños fue considerado como una deuda de responsabilidad o generadora de una deuda de indemnización del perjuicio causado. Era lo que se conocía como la *teoría de la culpa*.

El criterio de la responsabilidad y sus efectos ha variado pues ya no se analiza la cuestión desde el punto de vista del autor o victimario sino lo que importa es la antijuridicidad del daño, mucho más que la injusticia de la conducta generadora, lo cual implica mirar el problema desde el lado de la víctima.

Esta postura ya fue consagrada en 1986 por la Corte Suprema en el famoso caso "Santa Coloma c/ EFA" donde sentó el principio del *alterun non laedere* que implica volver las cosas a su estado anterior y que persigue la reparación integral del daño causado injustamente sin importar el elemento subjetivo (culpa o dolo) el cual dice tiene raigambre constitucional.

El proyecto arriba mencionado hace suyos tales principios y siguiendo la tendencia moderna en materia de daños en cuanto a encarar el problema enfocado desde la situación de la víctima deja de lado el criterio subjetivo para prescindir de la intencionalidad o no del autor.

También prescinde en muchos casos del origen del daño resultando irrelevante que sea éste consecuencia de una relación contractual o extracontractual, aún cuando no elimina dicha división.

Habíamos visto que decretada la quiebra de la sociedad tanto la Ley de Concursos y Quiebras y la Ley de Sociedades establecen el marco normativo de delimitación y alcances de la responsabilidad como consecuencia de daños a terceros producto del estado de insolvencia. Siguiendo el criterio clásico del sistema establecido por el Código Civil lo primero que se trata de determinar es el elemento subjetivo del autor del daño para establecer si su conducta u omisión fue dolosa o culposa para luego determinar qué tipo de vinculación existe entre los responsables y los damnificados, es decir si encuadra en la órbita contractual o extracontractual.

La importancia de tales distinciones apunta principalmente a dos cuestiones: la primera se relaciona con los *alcances* de la indemnización y la segunda con los plazos de *prescripción* de la acción de daños y perjuicios.

El Código Civil establece que los hechos generadores de daños realizados por culpa o negligencia abarcan a los efectos inmediatos y mediatos del hecho ilícito. Los realizados con intencionalidad o dolo a su vez pueden abarcar los efectos remotos que tengan con el hecho ilícito una relación de causalidad.

En materia de prescripción el Art. 4037 del Cód. Civil lo establece en el término de dos años para la responsabilidad civil extracontractual, siendo de diez años para las obligaciones contractuales (Art. 4023).

A ello debemos sumarle que el Código de Comercio establece plazos más breves de prescripción en materia de contratos mercantiles así como los derivados en casos particulares de responsabilidad por daños (Ej. Art. 848

sobre daños marítimos y 855 sobre transporte de personas y cosas que lo fija en un año).

La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los terceros es ontológicamente idéntica y no existe fundamento para diferenciarla en contractual y extracontractual. Nace de la violación de los deberes propios del cargo de administrador, en el ejercicio de la función orgánica, competencia y obligaciones originados en la ley y en la tipicidad funcional más que en la convención, pese al carácter bilateral del acuerdo de designación.

En una palabra, la ley societaria no distingue entre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores y el modo de configuración de sus deberes trasciende dicha distinción. En todos los casos, a la fuente generadora de responsabilidad, como también al factor de atribución, los constituye la violación de los artículos 59 y 274 LSC. Cuando, al incumplir las obligaciones del cargo, el administrador causa un daño, viola un deber de conducta específico y una prohibición específica de dañar.

Soy de la opinión de que aún cuando existan innumerables fallos judiciales que han delineado un criterio uniforme, tal el caso de los Plenarios, la evolución tanto del derecho como de la economía y de la sociedad y la cada vez mayor complejidad de los nuevos tipos contractuales (franquicia, contratos informáticos, leasing, etc.) tornan ineludible una modernización y adecuación del derecho a estas nuevas realidades.

Si partimos del criterio de la reparación integral vista desde la óptica de la víctima, salvo para casos muy particulares, resultará ocioso delimitar si la responsabilidad de los directores y demás responsables de los daños causados como consecuencia de la insolvencia empresarial ha tenido como causa u origen la culpa o dolo del autor sino que el factor de atribución estaría dado por el incumplimiento de las obligaciones legales y por el deber genérico y de raíz constitucional de no dañar a otro.

Estimo que asimismo deberían unificarse criterios en cuanto los plazos de prescripción sean los hechos generadores de daños de naturaleza

civil o comercial, siendo los términos legales una decisión pura y exclusiva de política legislativa. El proyecto que nos ocupa prevé un plazo común de prescripción liberatoria de cuatro años sea el hecho generador de origen contractual o extracontractual, civil o comercial.

En otro orden, conforme la Exposición de Motivos de la ley 19.551 expresaba que los valores que la ley intenta proteger son la conservación de la empresa, la protección del crédito y del comercio en general. La calificación de conducta encontraba su fundamento en el interés público, *“ya que la quiebra por afectar en forma directa al comercio, trasciende a quienes son los acreedores y se proyecta a la sociedad toda. No es que la calificación no persiga también la protección de los derechos de los acreedores, pero lo que es trascendente es la conservación de la empresa como fuente productora de bienes y servicios y como fuente de trabajo”*.

Este instituto fue derogado por la reforma introducida a la LCQ por la Ley 24.522.

En el contexto legal argentino y que surge del análisis realizado en el presente trabajo, resultó acertada la eliminación de la atribución del Juez concursal en dictar una resolución calificatoria de la conducta del fallido que sólo se mantiene para el caso de clausura del procedimiento concursal por falta de activo.

Ahora bien, si tomamos como ejemplo la regulación normativa existente en los países de la Unión Europea, tal el caso de la Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 surge que en dicho ordenamiento jurídico aparecen dos situaciones cuya determinación le compete al Juez concursal tal el caso de calificar al concurso o a la quiebra como “fortuita” o “culpable”.

El concurso, para el derecho español, se considerará culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho y cuando concurren supuestos como no llevar contabilidad, o la misma fuera intencionalmente irregular, ocultamiento de documentación o

presentación en el proceso de documentos falsos, ante ocultamiento de bienes y en todos aquellos casos en que el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

De tal forma que la legislación bajo análisis enumera las conductas tipificantes de los actos u omisiones que deben calificarse como dolosos (Art. 165 Ley de Concursos española).

A su vez ese derecho determina que en tales supuestos la persona que obró con dolo –o su equivalente la culpa grave- tendrá un efecto muy severo ya que la ley establece el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En decir que en la actual legislación argentina no existe una previa calificación del Juez concursal acerca del carácter doloso de la quiebra como presupuesto para remitir la causa al Juez penal como ocurre en España.

Opino que la normativa nacional debería ser objeto de una modificación que faculte al Juez concursal a calificar (en el caso de personas jurídicas donde exista separación de patrimonios con las personas que la integran) la quiebra como dolosa y a los efectos de afectar el patrimonio particular de los responsables para atender aquellas deudas que de otro modo quedarían insatisfechas con el producto de la liquidación del activo de la fallida si éste fuera insuficiente y sin depender de la promoción de una acción en tal sentido por parte quien se sienta afectado.

BIBLIOGRAFIA

Eduardo M. Favier Dubois (p), "***Culpa o mala praxis en el Management Empresario***").

Carlos Alberto Ferro, "***Algunos aspectos sobre las causas de desequilibrio económico de las empresas***"

Mariano Gagliardo, "***Responsabilidad de los directores de S.A.***"

Darío J. Grazaibile "***Acciones de responsabilidad en la quiebra***", Revista de las Sociedades y Concursos n° 41.

Francisco Junyent Bas, "***Aristas polémicas sobre la caracterología de las responsabilidades societarias***".

Julio C. Otaegui, "***Administración Societaria***", Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Pág. 386.

Marcelo L. Perciavalle, "***Acción de responsabilidad de administradores y síndicos societarios***"

Efraín Hugo Richard, Exposición brindada por dicho catedrático en oportunidad de la "***Conferencia correspondiente al Curso de Posgrado en Derecho Societario***", de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

Daniel Roque Vítolo, "***Posfinanciamiento de empresas en crisis. La crisis después de la crisis***"

"***Apuntes sobre el problema de la infracapitalización empresaria***".

Discurso inaugural correspondiente al "***V Congreso Argentino de Derecho Concursal y II Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia***", Mar del Plata, 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre de 2003.

Alejandro Yódice, "***Responsabilidad del Director de SA por incumplimiento de obligaciones tributarias***".

OTRAS FUENTES

Roque F. Garrido y Jorge A. Zago "**Contratos Civiles y Comerciales**", Ed. Universidad, Pág. 53 y sgtes.

Matilde Zavala de González "**Resarcimiento de Daños**", Ed. Hammurabi, Pág. 115 y sgtes.