

Responsabilidad de Directores ante la insolvencia de la sociedad

Efraín Hugo Richard¹

Conferencia dentro del curso de Posgrado en Derecho Societario de la Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho.

En el anterior panel se han referido a la representación, ahora lo haremos en torno a la imputabilidad de responsabilidad, partiendo del principio fundamental de las sociedades de capital que ni los directores ni los socios responden, pues las obligaciones son asumidas por la persona jurídica sociedad y su patrimonio, que tiene impermeabilidad patrimonial perfecta. En otras legislaciones este es el rasgo para determinar la existencia de una persona jurídica. Tampoco asumen responsabilidad por riesgo empresario.

No nos referiremos a infracapitalización pues es un tema que abordará Daniel Roque Vitolo en próxima conferencia dentro de este curso, aunque el tema que nos han asignado se vincula, pero no se confunde como verán.

Las acciones de responsabilidad social contra administradores societarios rara vez se ejercen, pues normalmente son designados y responden al grupo de control interno de derecho que ejercen los socios que los eligen y respaldan en todo momento. En los últimos tiempos se advierte una proliferación de acciones de responsabilidad contra administradores, que a veces incluyen socios no administradores, en causas laborales, particularmente por enrostrarse daños por contratación o pagos parciales en negro.

La cuestión tiene una connotación que la justicia laboral no ha evaluado, y que tiene la obligación de asumir por un principio de coherencia y por evidenciarse un delito. En efecto, si existen pagos en negro realmente, significa que los administradores societarios manejan fondos no contabilizados, y por tanto están realizando una administración fraudulenta, en perjuicio de la sociedad, los socios –y eventualmente si los de control lo conocen en contra de los minoritarios-, y contra organismos fiscales y previsionales. Y si hay presunción de haberse cometido un delito hay obligación de pasar los antecedentes al conocimiento de la justicia del crimen.

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar. Referencias a este mismo tema y conexos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

El incumplimiento de obligaciones fiscales y previsiones importa también atentar contra los publicitados principios de autoregulación empresaria denominados dentro de los títulos “Responsabilidad social empresaria”, “Responsabilidad social corporativa”, reglas del “Corporate Government”.

Pero abordemos la problemática de casos de responsabilidad cuando la insolvencia es reconocida jurídicamente a través de la apertura de un juicio concursal, de quiebra en primer lugar y de concurso preventivo al final de esta exposición para incursionar en área no trabajada en el compromiso con tan selecta audiencia profesional interdisciplinaria y de alumnos avanzados.

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. Expresión de “mayoría simple”, que señalamos al pasar, no es equivalente a “mayoría” de los mismos, ni “mayoría absoluta”, pues presupone la expresión “mayoría simple” la existencia de un colegio para expresar la voluntad, colegio propio de la concurrencia masiva de acreedores, pues de no hubiera bastado referirse a “mayoría” o requerirse “mayoría absoluta”. Obviamente que pueden promoverse o continuarse las acciones sociales de responsabilidad autorizadas por los arts. 59 y 254 LS por el Síndico o por acreedores.

No abundaré en ello pues es un campo suficientemente tratado por la doctrina nacional.

Sólo queremos recalcar en ciertos supuestos clásicos del “dolo” que no son señalados adecuadamente por esa doctrina, que se limita a recordar que se requiere dolo para que pueda ejercitarse la acción del art. 173 LCQ.

Interrumpimos el tratamiento de ese aspecto para centrar nuestra atención en cual 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 a 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.

¿Cuál es ese bien jurídico tutelado?

Ustedes sugieren que la conservación de la empresa, el crédito, son elementos tutelables. ¿Pero cual es el valor concreto? Lo que puede determinarse claramente es el antivalor: el estado de cesación de pagos que impone la aplicación del régimen de excepción para tratar que no se difunda. Así el bien jurídico tutelado es el autofinanciamiento de las empresas, su conservación, la eliminación del estado de cesación de pagos. No es empresa la organización económica que no es autosustentable.

Tan clara es la determinación del antivalor, que se propone 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. Ello ya era sostenido por Yadarola en el año 1925, y constituye un eje del desarrollo de la escuela comercialista de Córdoba.

Ante ello, 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”. Nadie contrataría con una sociedad en conocimiento que la misma tiene dificultades en cumplir sus compromisos, dificultades que no resultarán de hechos futuros, sino que son advertibles por los administradores en el momento de contratar. 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.. Para los acreedores es mucho más seguro contratar con una sociedad en concurso que con una en cesación de pagos.

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 LCQ.

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 cuando puede existir responsabilidad por culpa, sea por acciones u omisiones, dentro del parámetro del art. 59 LS del deber de actuar como un “buen hombre de negocios”.

Creo que la situación actual de las empresas en crisis se genera por abandonar esas conductas propias del buen hombre de negocios y la funcionalidad interna societaria, no atendiendo al principio básico del derecho concursal que impone su aplicación tan pronto la crisis no puede ser resuelta dentro de la funcionalidad societaria. Esta es la clave, el equilibrio de la normativa general y especial sobre el punto.

Son claros los deberes de los administradores societarios frente a la sociedad y los socios, pero ante situaciones de crisis los mismos se expanden en relación a terceros –no contaminar como responsabilidad social de los empresarios-. Una forma de contaminación es operar en cesación de pagos, transmitir la insolvencia a los terceros con quienes se contrata en ese estado dolosamente, y en desleal competencia frente a otros terceros que compiten en el mercado cumpliendo con todas las obligaciones impositivas y previsionales.

A ese obrar doloso, contratando con terceros estando su administrada en cesación de pagos, sin recurrir oportunamente a los excepcionales remedios concursales, se advierte que no se cumplen con obligaciones internas para asegurar el cumplimiento del objeto social: no se llama a los socios a reintegrar o aumentar el capital social, a modificar la forma operativa o a capitalizar deudas.

No se advierte que la doctrina se refiera a los deberes de los administradores societarios frente a terceros. Se olvidan los principios fundamentales del sistema concursal, y

se concentra la cuestión en victimizar a los acreedores por diversos medios a fin de asegurar la aprobación del acuerdo:

Se excluye a acreedores de la votación del acuerdo, sea no declarándolos, no publicando edictos en los lugares donde se han generado deudas, obstaculizando la verificación en la supuesta inexistencia de causa de títulos valores. En una supuesta ineficacia en el concurso preventivo se requiere de acreedores la entrega de créditos contra terceros cedidos en garantía, en prenda o fideicomiso. Se modifican los convenios laborales en perjuicio de trabajadores a quienes se les debe injustificadamente salarios y se incumple el pronto pago revelando incapacidad de organización para generar sobranes de explotación pese a no pagar a nadie. Respecto a la no verificación de créditos registrados en títulos valores, amén de señalar que sólo se requiere que el acreedor indique la causa de adquisición –puede ser de un tercero–, la declaración de inadmisibilidad por supuesta connivencia, por coherencia debería acompañarse con la designación de un coadministrador (por lo menos para suscribir títulos valores), pues la misma administración societaria puede estar realizando idéntica operatoria en período post concursal.

Se suma a ello la inexistencia de programación previa a la presentación en concurso, en la presentación, en la justificación de la imposibilidad de pronto pago, y en la justificación de las quitas y esperas que se proponen en los acuerdos depredatorios propuestos, tanto para acreditar que es lo mínimo que se requiere para conservar la empresa, como para justificar que ello se podrá pagar con la explotación normal de la empresa.

Se potencia esa situación con la aparición de terceros cesionarios o subrogados de acreedores verificados, incluso con garantías reales hipotecarias y prendarias, sin justificar los títulos de adquisición de esos créditos, ni cumplir con las normas que imponen los pagos a través de medios bancarizados de pagos de más de mil pesos so pena de nulidad. Supuestos acreedores que sospechosamente renuncian a privilegios y aceptan las quitas y esperas depredatorias, alejándose así de la causa, o finalidad económica jurídica del negocio, que podría justificar su interés como acreedores concurrentes, rompiendo todo sinalagma y afectando el orden público, la moral y las buenas costumbres –art. 21 C.C.–, al aparecer en la respectiva categoría de quirografario para lograr la mayoría e imponer el acuerdo a acreedores que no han votado a favor, dolientes a los que deben sumarse todos aquellos acreedores que no lograron a ese tiempo

hacer reconocer sus créditos, masa real –y no aparente que se toma en cuenta- de los que deben ser defendidos por el sistema judicial. Esos supuestos acreedores, actúan sin duda en conflicto de intereses con los acreedores concurrentes, no han sido sometidos a un proceso de verificación y no puede admitirse que voten.

El castigo a acreedores se potencia al tratar que no verifiquen tempestivamente sus créditos, o sean declarados inadmisibles, imponiéndoles costas en los procesos incidentales respectivos, los que se regulan en proporción al valor nominal del crédito que se pretendía verificar, y no al valor actual real y concreto que el mismo tiene al estar homologado un acuerdo depredatorio. Esto es claramente inconstitucional pues implica mandar a pagar más que lo cobrarán –si es que lo cobran-.

Incoherentemente no se advierte en la presentación en concurso, ratificado ello en el informe general del síndico –pieza maestra del concurso conforme art. 39 LCQ-, no se realizaron en el seno de la sociedad ninguno de los actos previstos por la funcionalidad societaria y por la conducta de un buen hombre de negocios:

Se constata en ese informe que la cesación de pagos se ha producido indubitablemente hace muchos años –de lo que ustedes señalan en este momento un promedio de cinco años-, que en ninguna Memoria anual se señaló esa situación, limitándose a referencias vagas a problemas del mercado, contracción, restricción financiera en forma genérica. En ningún momento se cumplió con las previsiones legales de advertir si el capital social era suficiente para la evolución normal llamando a su aumento, y en caso de pérdida a su reintegro. Se nos dirá que desde el año 2002 y por ahora hasta el 12 de diciembre de 2005 esta suspendida como causal de disolución la de pérdida del capital social, pero no esta suspendida la obligación de considerar como causal de disolución la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, o sea de llevar adelante normalmente la empresa, ni se ha eximido a los administradores de llamar a los socios al aumento de capital social, y si estos no tuvieren interés llamando a los acreedores a capitalizar pasivo como expresamente señala el art. 197 ap. 2º LS.

Por el contrario se suele advertir que en ese período se siguió pagando honorarios al directorio, aunque fuere dentro del 5% en relación a resultados no asignados, que no se corresponden con utilidades líquidas y realizadas, o con remuneraciones en exceso fundadas en actividades especiales, como se señaló en la conferencia inmediatamente precedente. Es más a veces aparece no aprobado un aumento de capital y

devuelto un aporte irrevocable correspondiente a alguien vinculado a la sociedad, y la devolución de préstamos o cancelación de cuentas personales acreedoras de administradores, socios o parientes.

Justamente el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades y Contratos Asociativos del año 2005 introduce para paliar tales abusos seis tímidas reformas en este mismo sentido, que atiende a evitar la insolvencia de la sociedad, particularmente ante el sistema de capital fijo de nuestras normas que permite disimular las crisis, pues no imponen un “insolvency test”, por lo menos anual, aunque a mi entender ello esta ínsito en lo que debe contener una Memoria anual y los deberes de los administradores.

Pero volvamos al Derecho Societario: ¿como debieron actuar los administradores de la sociedad en cesación de pagos al advertir la situación y operando como buenos hombres de negocios?

En la vida interna de la sociedad debieron acaecer actos propios de la técnica de la administración. Un inmediato estudio de los administradores para afrontar la situación en orden a la explotación de la empresa, contemporáneamente a una convocatoria a los socios para tratar la cuestión, a través de un aumento de capital si no se advierten otras soluciones.

Normalmente no se formaliza ningún despliegue interno funcional en los libros de Actas de la Sociedad, ni del órgano de administración ni en el de reuniones de socios o Asambleas. La cuestión estaría calificando la actuación de los administradores e inmediatamente la de los socios que aprueben una presentación en concurso y posteriormente una propuesta de acuerdo con quitas y esperas despojatorias, sin haber intentando siquiera capitalizar pasivos como autoriza la ley societaria. El informe general del síndico certifica estas prácticas omisivas, constituyendo una prueba importantísima de un obrar omisivo, por lo menos.

Ante cuestionamientos a la homologación la jurisprudencia suele referirse limitadamente a:

Que el legislador ha eliminado todo límite a las quitas, por lo que no aparece ilegal una quita mayor al 40%.

Que ese es el mínimo necesario que se requiere para conservar la empresa.

Que en la liquidación percibirían menos los acreedores quirografarios.

Claro que:

No se formaliza ningún estudio sobre si existen normas fuera del concurso que impiden tales quitas a los acreedores quirografarios, como la del art. 505 C.C., o la jurisprudencia de la CSJN que limita al 33% del total del crédito el pago de costas. Y en estos casos existe una justa causa que es el honorario profesional y pese a ello lo limita para asegurar el derecho constitucional de propiedad.

No existe ningún estudio que asegure que se mantendrá la empresa, ni que exista otro método para obtener el mismo resultado patrimonial.

Sólo una suma y resta presuntiva permite inmediatamente determinar que en la liquidación se percibirá menos, pero nada asegura que se cumplirá efectivamente el acuerdo a tan largo plazo, ni se cuantifica la quita que representan más de 10 años de espera.

Si se homologa un acuerdo depredatorio se consumará un despojo a los acreedores y un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad, y correlativamente de los socios. Ello ha llevado al estudio impositivo de la situación, como ocurrirá en la Jornada que se acaba de anunciar a realizar aquí en Mendoza. ¿Por qué se han de enriquecer los socios a costa de los acreedores?

El juez tiene la obligación de velar por los intereses de los acreedores que votaron negativamente o se abstuvieron, o que no pueden votar por estar en trámite de revisión o que han incidentado tardíamente.

Así las cosas, que debería hacer un Juez:

1°. Si tiene la convicción que mediando esas quitas y esperas se asegura la continuidad de la empresa, debe homologar a través de la tercera vía imponiendo el esfuerzo compartido, la solución que fija el art. 197 2° párrafo LS, capitalizando los créditos de los acreedores quirografarios, a fin que no sólo sean socios en las pérdidas sino en las utilidades. O sea que los socios que llevaron la sociedad a ese estado de cosas no pueden resultar beneficiados con las quitas y esperas a los acreedores.

Nada impide a la sociedad el cumplimiento de ese acuerdo: los créditos podía pagarlos de esa forma, y la modalidad de composición de su accionariado, de los propietarios del capital, no afecta para nada a la sociedad, a la conservación de la empresa y asegura una “absolute priority rule” del derecho americano que me ha recordado Lorente: ante las quitas a los acreedores no pueden mantener propiedad los accionistas.

2°. Eventualmente el Juez podría hacer consideraciones sobre la homologación y su efecto despojatorio y anticonstitucional, y dar posibilidad que la sociedad y los socios propongan el esfuerzo compartido.

3°. En último caso, si el Tribunal entiende que debe homologar, debería hacer estas consideraciones y asegurar la seriedad de su intervención inhibiendo la transferencia de bienes y de participaciones sociales hasta que se cumpla el acuerdo, a fin de posibilitar acciones de recuperación patrimonial y asegurar que cuando venzan los plazos interminables de la espera la sociedad no se encuentre vaciada.

¿Y a que acciones patrimoniales me estoy refiriendo?

Aquí arribamos al título de nuestra disertación. En primer lugar a acciones individuales de responsabilidad contra los administradores societarios.

Para autorizar acciones individuales de responsabilidad, la doctrina y jurisprudencia sostiene que debe existir un daño directo al acreedor, no generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad. Originariamente hasta fines de los 90 se sostenía que esa acción era de biblioteca, pues no podía generarse daño a un tercero en forma directa en cumplimiento de funciones orgánicas, y si era por actuación no orgánica estábamos frente a una acción de responsabilidad común (aquiliana) y no social.

Bastará recordar lo que referimos en torno a la contratación de la sociedad con terceros, sabiendo los administradores sociales que se contrata en cesación de pagos, para advertir que un acto orgánico causa daño directo al tercero por la reticencia al contratar o incumplimiento de funciones internas, si la prestación no es luego satisfecha al acreedor.

Hoy la jurisprudencia y doctrina es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad.

Esta acción es extraconcursal pues no está concursado el legitimado pasivo. Tampoco ejerce efectos sobre la misma la novación de la obligación principal en el concurso de la sociedad.

La cuestión ofrece aristas más interesantes, pero me limitaré a pensar en acciones promovidas por acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la indubitable fecha de cesación de pagos.

La prueba aportada por el informe general del síndico, aunque no se haya fijado la fecha definitiva, será prácticamente decisiva –superando a una pericial contable- para

determinar el dolo de los administradores sociales, calificado con la inexistencia de acciones internas en la sociedad para superar la crisis.

En el caso del acuerdo preventivo extrajudicial cumplirá un rol similar la fecha de incumplimiento de los créditos que se acrediten, lo que hace presumir desde que momento los administradores societarios siguieron operando con dolo, en su caso.

En caso de quiebra la situación es similar, pues no se atraerán las acciones individuales de responsabilidad social promovidas contra alguno o algunos administradores por algunos acreedores.

Finalmente avizoro un tema no incluido en el título de esta conferencia: ¿se podrán promover en similar situación acciones contra los controlantes internos de derecho? Dejo de lado otras posibilidades contra otros legitimados pasivos. La respuesta parece afirmativa ante lo dispuesto por el art. 54 tercer párrafo LS. 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, y luego formularon o autorizaron una propuesta depredatoria de quita y espera a los créditos quirografarios que significaba el aumento increíble del valor de sus participaciones, 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.

La acción de “inoponibilidad” no es afectada por la novación de los créditos contra la sociedad generada por la homologación del acuerdo, es extraconcursal. En caso de quiebra podrá ser ejercitada a favor de todos los acreedores por el síndico, o sólo por algunos de los acreedores en su beneficio, caso en que se ejercitará extraconcursalmente. Esta acción es más efectiva que la de extensión de quiebra, cubriendo supuestos no autorizados por este último régimen y evitando la subordinación de créditos que impone y que hace improbable el efectivo cobro aunque triunfe la acción.

Llegamos al final, el objetivo que me guió no fue convencerlos ni que piensen lo mismo que expuse, sino que de aquí en más no se agobien con pensamientos limitados, en ciertos planteos hipócritas que sólo atienden a la fachada formal de ciertas normas que se alejan de los principios de justicia y equidad únicos justificativos del orden jurídico.

Si esta noche se ven tentados a una reflexión sobre lo que esta ocurriendo en los concursos y el examen del sistema jurídico que se les ha presentado en esta exposición, el

tiempo dedicado por ustedes quedará justificado, y me sentiré gozoso de mi faena, pues juntos estaremos contribuyendo a devolver las cosas a su carril: la preconcursalidad debe ser afrontada en lo interno de la sociedad y ante su fracaso deben abrirse oportunamente las vías concursales, lo que permitirá que la empresa no tenga un deterioro terminal y no haya contagiado a la comunidad, logrando su recuperación con un pequeño esfuerzo compartido.