

**X JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
(11/12 de Septiembre de 2003, Sierras de Córdoba)**

TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACION EN CONCURSO

Efraín Hugo Richard¹

**¿Genera algún efecto la presentación intempestiva en concurso preventivo?
Aparentemente no. Pero tratamos de aventar esa apariencia para que la legislación
concursal pueda cumplir sus efectos, y se limite la generación de daños.**

**No ingresaremos en técnicas jurídicas que podrían ser incorporadas en una
reforma –que las hay-, sino en lo que resulta de aplicar la actual legislación.**

I- ¿Que es la tempestividad? Según el Diccionario de la Real Academia es la “calidad de tempestivo”, que a su vez es lo “oportuno, que viene a tiempo y ocasión”. Guillermo Cabanellas² le da el significado de “con oportunidad, a su tiempo, dentro del plazo”, fijando en esta última versión su procesalidad; tempestivo es definido como “a tiempo, oportuno”. En el derecho concursal esa tempestividad puede analizarse desde distintos puntos de vista.

1º. En un aspecto como una referencia al requisito substancial para promover juicio o procedimiento universal que convoque a los acreedores, o sea desde la determinación de cuando se puede abrir un concurso o quiebra: al producirse la insolvencia, el desbalance, la cesación de pagos, o solo una crisis económica³ o financiera general que precede a los anteriores. Se trata de la oportunidad respecto al estado patrimonial que habilita la apertura de un concurso.

La doctrina y el derecho comparado, al igual que el nacional, aconsejan el uso de las técnicas concursales tempestivamente, apenas atisbada la crisis, para evitar que la misma sea insuperable y sea factible la conservación de la actividad o empresa. La cuestión también puede extenderse a los requisitos para exhibir (prueba) que el presupuesto objetivo se ha producido y se justifica el procedimiento de excepción.

2º. Otro aborde, procesal, refiere a los plazos dentro de los cuales la empresa, particularmente la organizada societariamente, puede usar de los remedios preventivos. O sea “dentro del plazo” en que puede exhibirse aquel presupuesto objetivo para la apertura de un procedimiento de excepción. La legislación clásica⁴ imponía la apertura

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar

² en su Diccionario de Derecho Usual (tomo III pág. 664).

³ “En el Anteproyecto de 1983 se pretendió formular un nuevo presupuesto objetivo, el “estado de crisis económica”, concepto manifestamente abstracto, sin tradición alguna en el Derecho concursal español, pero que intentaba conseguir que la apertura del juicio universal tuviera lugar oportunamente”: ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” dirigido por Ángel ROJO, específicamente a pág. 115, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003.

⁴ La actual legislación eliminó la norma del art. 10 de la ley 19551 (ya dejado en desuso con la reforma del 83 sobre la calificación de la quiebra), que imponía la oportunidad para requerir el concurso preventivo dentro del tercer día después que el deudor haya conocido su estado de cesación de pagos, norma que no impedía la presentación posterior, superando así la interpretación de normas como la española que permitían rechazar la pretensión de suspensión de pagos presentada extemporáneamente. Méjico imponía la presentación dentro de los tres días, criterio que existía en nuestra ley 4156 que consideraba perentorio el plazo, lo que fue luego dejado de lado, y ahora mucho más. Cámara (Concurso Preventivo y Quiebra, tomo I pág. 397, Buenos Aires Ed. Depalma) cita a Bonfanti y Garrone sobre la utopía que presenta en nuestra sociedad que una sociedad o un comerciante se presente dentro de ese plazo. Destaca que legislaciones como Bolivia y Paraguay declaran improcedente el acuerdo o la apertura del concurso si existe un pedido de quiebra, aún rechazado, si el deudor no se presentó dentro del plazo (Bolivia 15 días). El Líbano admite el concurso antes de la cesación de pagos o dentro de los 15 días de producido.

de procedimientos cautelares no liquidatorios, dentro de un plazo perentorio a la advertencia de la cesación de pagos (o presupuesto objetivo)⁵.

3°. Como técnica jurídica para alentar la temporalidad de la petición de apertura con la advertencia del presupuesto objetivo y el respeto a un plazo no perentorio, se preveía sancionar –particularmente al administrador societario– que no requiriera oportunamente esa apertura. Pero al mismo tiempo esta tendencia se corresponde con la flexibilización de los plazos, permitiéndose la presentación en cualquier término –y así alejándose del principio señalado–, bajo el único recaudo de posibilitar la aplicación de una sanción posteriormente, y sólo si hubiere quiebra (lo que se aleja para las sociedades con el llamado *crown down*, etc.). En Estados Unidos se dice que las únicas sanciones al deudor son “el insomnio, las úlceras y el valium”⁶.

4°. Otra perspectiva resulta desde aspectos de la responsabilidad, pero sólo en la quiebra, que lleva a sancionar actuaciones anteriores hasta en un año de la efectiva y real fecha de cesación de pagos (art. 163 LQ), acción muy condicionada en el derecho actual, al dolo, a casos específicos y tasados, y a la autorización que otorguen los acreedores para promover esa acción al síndico⁷. Tampoco es congruente este aspecto con el señalado en el punto 1°.

II - Revisemos esas técnicas jurídicas. No habría dudas, basados en el punto 1° precedente, que todo es conteste en que los procedimientos concursales (extrajudiciales o judiciales) deben iniciarse en la forma más temporánea posible para facilitar la recuperación de la empresa⁸.

Se ha abandonado la dialéctica de la insolvencia y de la liquidez, para pasar el centro de gravedad a la situación de crisis, económica o financiera, o sea a aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos⁹. Observar, sanear y curar deberían ser las piezas básicas de un ordenamiento concursal.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Ángel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo– diagnosticar a la mayor

⁵ Históricamente con el objetivo de asegurar que la “empresa” pudiera ser salvada con el sacrificio mínimo de los acreedores (espera y/o quita), o a través de planes de reorganización, y que la crisis no fuera insalvable, se aconsejó flexibilizar el presupuesto objetivo, considerando las etapas económicas que indubitadamente precedían a la cesación de pagos. Contemporáneamente se desarrolló una tendencia a remover esos plazos, en la doctrina y derecho comparado. No parece que exista congruencia entre ambas tendencias.

⁶ ARROYO MARTÍNEZ, ob. cit. p. 127/9.

⁷ Cfme. BERGEL, Salvador Darío *Los daños individuales y sociales generados por la insolvencia*, pág. 141 y ss. del libro colectivo dirigido por Carlos A. GHERSI “Derecho de daños. Economía. Mercado. Derechos personalísimos” Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, específicamente pág. 153 “los principales responsables de la insolvencia o del agravamiento de la situación patrimonial de la fallida quedan al margen de toda sanción; tanto en el orden criminal como en el civil”, concluyendo a pág. 157 “Así a la crisis de la empresa se sumó la crisis de los procedimientos concursales... Con este panorama, los daños individuales y sociales provocados por la insolvencia tienden a agravarse... Si observamos atentamente nuestro sistema legal judicial desde esa perspectiva no hace falta profundizar el análisis para admitir que no responde a ninguno de los dos objetivos señalados”.

⁸ Cfme. ESCUTI, Ignacio A. El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado, en RDCO 200 p. 720 Así afrontamos nro. *La ineficacia de la ley de concursos*, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000, e *Ineficiencia de la ley concursal* publicación en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss., intentando seguir las enseñanzas de los Profesores Eméritos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, nos pronunciábamos sobre la necesidad que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia, en concordancia con Bergel cit. en nota anterior.

⁹ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “DERECHO MERCANTIL DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA” Estudios en homenaje a José Girón Tena, Editorial Civitas, Madrid 1991, pág. 119 y ss., específicamente p. 123.

brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez¹⁰. Ya citando directamente al maestro español, este rescata que “En la doctrina científica contemporánea del Derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del “tiempo” de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del Derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al Derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”¹¹.

Parte de ese efecto se intenta obtener legitimando a otros sujetos, y no sólo al deudor o a los administradores de la sociedad deudora, a solicitar la apertura del concurso, facultando al Juez para actuar con la máxima celeridad, declarando el concurso tan pronto aparecen los primeros síntomas de la crisis, en el plano de la oportunidad, lejos de la idea de sanción. El juez no está llamado a emitir una declaración de mérito sobre si el empresario merece o no la apertura del concurso, lo importante es abrir el proceso.

Ricardo Olivera García¹² subraya “El Proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.

La experiencia del Derecho comparado enseña diversas técnicas jurídicas, advirtiéndose una tendencia a encontrarlas fuera del derecho concursal, ante la incongruencia de sus normas al recepcionar la idea de crisis para la apertura del concurso, sin exigir ni sancionar a los administradores que se alejan de esas soluciones. Las mismas tienden a aparecer en el derecho societario y en la contabilidad, imponiendo criterios de previsibilidad al “buen hombre de negocios” y a la calidad de la información contable, particularmente en orden al rol de fiscalizadores y auditores¹³.

III - El fijar como presupuesto objetivo de la apertura de un procedimiento concursal, extrajudicial o judicial, algo más anticipatorio de la cesación de pagos en la situación patrimonial-financiera de un sujeto –particularmente de una sociedad–, importa la necesidad de afrontar la situación en sus primeras manifestaciones para evitar el daño propio y a terceros, y que la profundización del estado de cesación de pagos –su permanencia en el tiempo– haga irreversible la situación, implique una quiebra virtual –aunque se tramite un concurso–, y genere daños a los terceros, que la eventual continuidad de la empresa para su liquidación en marcha se haya convertido en una utopía.

Puede aceptarse en un sistema despenalizar la presentación tardía –con poca coherencia–, o sea cuando la quiebra es irreversible o cuando un permisionismo

¹⁰ ARROYO MARTINEZ ob. cit. p. 126/7.

¹¹ ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” citado, específicamente a pág. 113.

¹² En su Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay –ed. Universidad de Montevideo 1999– a pág. 310.

¹³ Nto. trabajo *Responsabilidad de administradores de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial Errepar, Marzo 2002, tomo XIII p. 887 y ss..

excesivo de las normas concursales o de su aplicación, llevan a la aprobación de acuerdos impensables, que implican trasladar la insolvencia a muchos de los acreedores. Pero no es coherente y racional colegir de ello que no existe responsabilidad alguna para administradores que no planificaron, que no se dieron cuenta que durante años estaban en cesación de pagos contrariando la idea del buen hombre de negocios o que planificaron su insolvencia y la salida concursal ruinosa para sus acreedores.

Las técnicas habilitan la apertura ante la mera existencia de una crisis, pero no aseguran la presentación del pedido, y sería un error pensar que el concurso es una patente de corso del empresario deudor. Una cosa es que se defienda el patrimonio y que se eviten tormentos y otra que la persona del mal administrador o del empresario no sufra consecuencia alguna¹⁴. Particularmente cuando se trata de un administrador societario¹⁵.

Se nos dirá que las acciones de responsabilidad en los concursos sólo se generan ante la quiebra, como así también la reconstrucción patrimonial ante actos lesivos que la legislación tacha de inoponibles, como la necesidad de que los acreedores autoricen por mayoría la promoción de esas acciones al Síndico.

Esto tampoco es coherente, responde a la idea de una autosuficiencia o sistema cerrado del derecho concursal, que se confunde con la unidad procedimental del sistema en relación al sujeto, pero omite la existencia de un sistema jurídico integral que exorbita al sistema concursal, donde éste debe ser insertado armónicamente.

Es claro que hoy no existe norma alguna que imponga una presentación tempestiva, ni condiciona la apertura a la presentación oportuna, permitiendo incluso la conversión de la quiebra en concurso, ni generando sanción calificatoria alguna.

De allí la falta de teleología de la estructura de la ley, la falta de una política legislativa, la falta de técnicas jurídicas para asegurar o intentar un resultado pretendido: la conservación de la empresa, o el menor daño a los acreedores, o la absolución real del estado de cesación de pagos¹⁶.

Venimos formalizado comunicaciones¹⁷ incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales¹⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento¹⁹.

¹⁴ ARROYO MARTINEZ ob. cit. p. 130.

¹⁵ BERGEL ob. cit. pág. 152 "Hoy día la gran mayoría de las empresas que actúan en la actividad económica lo hacen bajo la forma de sociedades".

¹⁶ nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss.; *Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)* p. 2 número especial de Jurisprudencia Argentina "Perspectivas actuales del Derecho Concursal", 7 de agosto de 2002, JA 2002-III fascículo n. 6) coordinado por Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval. El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la "empresa" puede solucionar su problema.

¹⁷ En "DE LA INSOLVENCIA", 3 tomos, libros In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4º. *En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto*. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, Tomo III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://comunidad.vlex.com/academ>

¹⁸ Cfme. nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X. Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista) p. 457, en especial el parágrafo VI "La problemática concursal" a pág. 474..

¹⁹ Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios. Ello llevó a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos– que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se ha venido registrando en los últimos años una reacción. Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciale (Trattato I p. 324 nota 80) señaló como "ció que segna el confine tra fisiologia e patologia nella vita del patrimonio", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores –salvo prueba indubitable en contrario– no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad (imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social), debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

¿Como paliar este estado de cosas?

La ley 24.522 no exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador). Se defiende la concepción que la exigencia de presentar un plan demoraría la apertura del concurso, agravaría sus costos y generaría recurribilidad en torno a su apreciación por el juez.

Ello conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías²⁰. Si no hay planificación se afecta el standard de “buen hombre de negocios”.

IV - La cuestión impone que los administradores societarios asuman su rol en la funcionalidad societaria. No se trata de ampliar la responsabilidad de ellos en cuanto al riesgo empresario. La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable²¹. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe pensarse en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores y/o terceros controlantes abusivos.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica²²), 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.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un

²⁰ En “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III p’. 1187 *El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario*. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent y Muiño (*Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?* conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág-525 y ss.), y recalco la cuestión Alberti (ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado en nota anterior.), quien señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica”.

²¹ Nto. LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO año 1978 Pág.1373; LA CONSERVACION DE LA EMPRESA, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss. .

²² nta. comunicación sobre “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA *Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes*” (*Una propuesta metodológica*)..

instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción. En el derecho argentino se ha facilitado herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial²³. Transfiriendo el sistema de preconcursabilidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”²⁴.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores²⁵.

Es herramienta de la frustración de derechos de acreedores y trabajadores la desaparición de los establecimientos sociales, como manifestación moderna de la fuga del deudor, aunque cierta jurisprudencia haya negado esa situación²⁶.

V - Se afirma²⁷ : “En la literatura especializada sobre auditoría, y hasta muy recientemente –mediados de los años ochenta-, no se presenta como problemática la relación entre auditores y la dirección en lo referente al papel y responsabilidad de unos y otros en la detección y revelación de situaciones de peligro para la continuidad de la empresa social. Tras la eclosión del tema de la “responsabilidad social” del auditor, y ante la evidencia empírica y notoria de la falta de compromiso de la profesión con la detección anticipada de señales de peligro en empresas que luego resultaron insolventes, la cuestión del reparto de responsabilidades se planteó con toda crudeza.

VI - Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o 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 suficiente²⁸ 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 acarrear a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones.

Los acreedores sociales que acrediten: (a) haber sufrido daño (b) por el accionar de administradores de sociedades (c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, (d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

²³ ALEGRÍA, Héctor *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT VÉLEZ, Francisco *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

²⁴ *LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL*, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000, a pág. 154 “5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES E INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD.

²⁵ Sobre el punto también hemos trabajado con anterioridad, p.ej. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JURISPRUDENCIA ARGENTINA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2002, 2ª ed. Advocatus, 1ª edición Córdoba 2000 de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

²⁶ Cám. Apel. Rosario Civil y Comercial IVG Juris t. 38 p. 3: “La fuga u ocultación del deudor no constituye de por sí prueba de la cesación de pagos, y menos cuando el hecho se refiere al presidente de una sociedad que sigue contando con apropiada representación.

²⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis *Sobre la preconcursabilidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*, p. 9 y ss. en libro colectivo citado “La reforma de la legislación concursal” dirigido por Ángel ROJO, específicamente a pág. 49.

²⁸ “...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible...” Veca Constructora S.R.L.” Fallo del Dr. Butty LL.-1980-D-pag. 464 y ss.

¿Cuando hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?²⁹

Es esclarecedor la opinión³⁰ 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.... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. 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 (véase Bonelli, Responsabilidad, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento....”.

VIII - Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal³¹.

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, 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. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

No se trata de cuestionar el riesgo empresario, sino la actuación dolosa. Una sociedad en cesación de pagos podrá continuar operando, en cuanto no afecta la

²⁹ Nto. ; *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades* en libro colectivo “El derecho de daños en el Derecho Público y en el Derecho Privado” libro colectivo Serie II obras Número 30 de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires abril de 2002, a pág. 163 a 192.

³⁰ En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR DAÑO DIRECTO. LA ACCION Individual, transcribimos Pag. 1698 DAÑO DIRECTO

³¹ *Daños generados por la insolvencia societaria (Vías no concursales de reparación)* Capítulo XXVII, p. 657 a 714 en libro colectivo en homenaje a Halperin y Zavala Rodríguez, Editorial La Rocca junio 2002 “DERECHO DE DAÑOS”, Quinta parte.

competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá. Los trabajos a fazón y otras formas de actividad no estarán reñidas con una planificación de los administradores para evitar la presentación en concurso. Allí no habrá dolo³².

La actuación en cesación de pagos debe ser analizada seriamente para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 LS, lo que complementará la legislación concursal³³.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

XII - CONCLUSION.

Los negocios en nuestro país se verán sometidos a un alto costo, si la legislación directa –concursal- y la jurisprudencia, apuntalada a veces doctrinariamente, alienta la inseguridad jurídica permitiendo la actuación prolongada y antifuncional de sociedades en insolvencia, no sancionando luego ni a los administradores ni a los socios, pese a que el sistema normativo ofrece soluciones.

Se intenta acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

Claro que, como conclusión, todo es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna, lo que implicaría volver al viejo corazón del derecho mercantil: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia rápida para disuadir del incumplimiento programado, para restablecer la relación afectada³⁴ y devolver la riqueza al circuito económico.

Las acciones tempestivas de los administradores son las que pueden paliar las crisis sistémicas y los riesgos empresarios, acotándolos a su justo límite, y no expandiéndolo y contagiándolo hasta límites inaceptables. Esa actuación tempestiva ante la dificultad económica se corresponde con la planificación responsable y la conciencia que si se daña se debe reparar. La no presentación tempestiva conlleva la responsabilidad fijada en el art. 59 LS para los administradores que siguieron obligando a la sociedad con terceros.

El concurso tardío es también una forma del abuso de derecho. El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros, y algún resto del tradicional sistema de reconstrucción patrimonial de la fallida a través de la ineficacia.

Es rol de los juristas auditar el sistema jurídico como unidad. Abordamos sistémicamente la cuestión en el XI Encuentro de Academias Nacionales de Derecho, realizado en Córdoba el año 1995³⁵, resaltando que “Es centro de debate la eficiencia

³² *En el Derecho Civil es dolosa 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 o de la ignorancia ajena; en el incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales. Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C.Civil.*

³³ Sociedad en insolvencia y actividad ilícita en Doctrina Societaria y Concursal n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV.

³⁴ Ver en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, nto. trabajo *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)* p. 779.

³⁵ Nto. *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos* libro colectivo “Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996,

del sistema jurídico” y que “El tema se encuentra vinculado a la ineficiencia del derecho que facilita una actitud masiva de incumplimiento”.

Córdoba, agosto de 2003.