

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DISOLUTA DE SOCIEDAD Y GENERACION DE IMPORTANTE DOCTRINA JUDICIAL.

Efraín Hugo Richard¹

I - EL FALLO.

Ante la preocupación por la ineficacia práctica de la legislación concursal, revelada a través de los paupérrimos acuerdos que los acreedores suscriben de hasta menos del 40%, con largos plazos de gracia, que atribuimos a la falta de tempestividad en la adopción de las medidas que el sistema jurídico otorga por parte de los administradores y socios de las sociedades concursadas, que han llevado a las mismas a una profundización terminal de la crisis unida a maniobras sobre su patrimonio, resulta reconfortante el fallo de la Cámara Nacional Comercial Sala D en la CAUSA 74654/95 - "Kleio SA s/ quiebra c/ Iglesias, Rogelio s/ ordinario" del 07/05/2003, causa procedente del Juzgado 18 del fuero (Secretaría 36)),

II - ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SIN AUTORIZACION EN LA QUIEBRA.

En este proceso se promovieron acciones de responsabilidad iniciadas por la sindicatura de la quiebra de Kleio SA contra: "a) los directores de la fallida, y b) contra Víctor Enrique Antonio, quien era el único accionista de la sociedad al tiempo de ser aprobados los balances cuyos resultados reflejaban las irregularidades en que incurrieron los directores." No se vinculan esas acciones con la norma del art. 173 LQ, que habría exigido la conformidad de la mayoría simple de los acreedores quirografarios verificados –que no es la mayoría absoluta o su mayoría (mas del 50%)-, sino que se justifica la atribución de responsabilidad en la violación de la previsión del art. 54 LS que incluye también la culpa –y no sólo el dolo como restringe la norma concursal- e impone la solidaridad de sus autores, impidiéndoles la alegación de compensación “con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios”.

Venimos propugnando la promoción de acciones de responsabilidad independientes de las previstas concursalmente, incluso por vía extraconcursal y, por supuesto, sin requerir la conformidad prevista en el art. 119 LQ.

La sentencia de primera instancia admitió la demanda promovida contra los sucesivos administradores de la sociedad, aunque rechazó la dirigida contra el único accionista. Por el parcial rechazo de la demanda y la consecuente decisión sobre costas generaron la apelación del funcionario concursal. Subrayamos que la señora Fiscal de Cámara, quien dictaminó que la apelación sub examine debía ser desestimada.-

III - OBLIGACION DE MEDIOS O DE RESULTADOS

Como punto inicial resulta no controvertible si la gestión de los administradores constituye una obligación de medios o de resultados², aunque la doctrina expresa que debe formalizarse alguna puntualización para no ingresar en una abstracción. En las obligaciones de medios el objeto de la obligación está formado por una conducta del

¹ Agradeceremos los aportes críticos a richardjuris@arnet.com.ar

² RIVERA, Julio César *Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos* en Revista de Daños 2001-3, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe diciembre 2001, p. 39 y ss., en especial 45 y 62, donde se indican algunas obligaciones de resultado.

obligado (administrador) dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzado³. Nadie se obliga simplemente a un esfuerzo a una diligencia abstracta, sino que conforme a una conducta planificada, de actuar como buen hombre de negocios, para el cumplimiento del objeto social, y no dar a sabiendas ni a la sociedad, ni a los socios y menos a los terceros.

No puede considerarse obligado el administrador simplemente a un esfuerzo o a una diligencia abstractos, sino que se obliga a través de una conducta a alcanzar, en el caso, el cumplimiento del objeto de la sociedad. Agregamos que ello debe ser sin dañar a terceros, a través del ente personificado concebido por la autonomía de la voluntad de los socios.

Esa visión contrasta con la inexistencia de un plan de empresa o con la posibilidad que la misma desarrolle su actividad en cesación de pagos durante un tiempo extenso.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia recogen estos criterios en relación a los administradores, y la de segunda subraya la conducta antijurídica del único socio, en el mismo sentido.

Lentamente, dentro de la decadencia ética de nuestra comunidad, se ha infiltrado una posición permisiva que tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar.

Se generó la idea de que los administradores societarios pueden continuar ininterrumpidamente la actividad de la sociedad pese a estar en insolvencia, sin planificación coherente, tratando de obtener más créditos o reciclar el existente, con la misma modalidad que los administradores públicos afrontaron la deuda externa en la década pasada.

La prolongación de una situación agónica con el aval de un acuerdo homologado sólo deriva en un aumento de los daños con el evidente perjuicio para todos los intereses involucrados⁴.

Pero si esa funcionalidad es alterada puede generarse responsabilidad de esos administradores y socios con responsabilidad limitada. “El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”⁵

Sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades en insolvencia, eventualmente del o de los controlantes, ensayamos una posición⁶. El administrador

³ cfme. BUERES, Alberto J. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, tomo 17 “Responsabilidad contractual I” p. 95 y ss., en especial p. 109, a quién seguimos: el objeto de la obligación, cualquiera sea su especie, es un plan de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En el caso ese plan esta descripto en el art. 59 LS que configura la conducta diligente del administrador (deudor de la obligación).

⁴ BERGEL, Darío Salvador *Los daños individuales y sociales generados por la insolvencia* en el libro colectivo “DERECHO DE DAÑOS. ECONOMÍA. MERCADO. DERECHOS PERSONALÍSIMOS” coordinado por Carlos A. Ghersi, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 199, pág. 141 y ss, en especial 144 y 157.

⁵ CNAT, Sala III, in re “Silvero, Victor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L.y otro s/embargo preventivo-despido”, SD60.913.

⁶ *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en Doctrina Societaria y Concursal, n° 172 marzo 2002 tomo XIII p. 887 y ss.; también en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, año V n° II Marzo-abril 2003 *Responsabilidad de administradores societarios* p. 31. LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES INSOLVENTES pág. 35 en libro colectivo: PRIMERAS JORNADAS

societario que contrata en estado de cesación de pagos con terceros, obteniendo una prestación que incorpora al patrimonio social en plena conciencia de que la misma no podrá cumplir sus obligaciones, actúa dolosamente y por tanto asume responsabilidad. Esta es nuestra opinión, que reiteramos para dar un nuevo avance en torno a la actividad societaria en insolvencia.

En esa situación de insolvencia 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 LS.. Esa antijuridicidad es objetiva y concreta, pero corresponde a actos culposos o dolosos. A ello se suma el factor subjetivo o factor de atribución: la culpa, cuando no el dolo civil.

En muchos concursos se advierte una planificación dolosa, cual es adquirir stock por sobre el normal, requiriendo más bienes y/o servicios financiados, cuando ya se habían incumplido obligaciones o se advertía la imposibilidad de seguir con el giro normal de los negocios o sea satisfaciendo con medios corrientes las obligaciones. Es más, conforme el informe general del síndico se advierte que éste remonta a muchos años anteriores el estado de insolvencia de la concursada, situación que no es juzgada frente a la aprobación de un acuerdo irrisorio.

¿Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, dejando al acreedor insatisfecho, implica generar un daño directo a ese acreedor?

Gaudencio Esteban Velasco⁷ da las pautas para la respuesta, debiendo determinarse 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...”, que “... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad⁸ 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...”.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para tender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico,

CONCURSALES INTERDISCIPLINARIAS DEL CENTRO DE LA REPÚBLICA, Editorial Advocatus, Córdoba diciembre 2002, publicación del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa. *El administrador societario y la insolvencia* en GACETA JUDICIAL AÑO 7 número 153 del 28 de febrero al 14 de marzo de 2003, Santo Domingo, República Dominicana, pág. 36 y ss..

⁷ 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 acción individual*, transcribimos Pag. 1698 DAÑO DIRECTO. También puede verse MOYA JIMÉNEZ, Antonio *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición Bosch, España, y GÓMEZ CALERO, Juan *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales* Ed. Dykinson Madrid 1998.

⁸ Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido”⁹, a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”¹⁰.

En el derecho comparado, ante los abusos generados, viene perfilándose una doctrina calificando la responsabilidad de los administradores sociales. En el derecho inglés se han fijado criterios en la *Insolvency Act* de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (*wrongful trading*) consiste en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales¹¹.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores¹². En base a la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”¹³. Se expresa¹⁴ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal...”. Y ello es anterior al caso Enron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

IV - LA DOCTRINA JUDICIAL.

1. El fallo de primera instancia, en consideración que recepta la Cámara, “que la responsabilidad patrimonial de los directores se había generado a partir de los varios hechos detallados en el considerando 2º de ese acto jurisdiccional, entre ellos: la existencia de créditos de la sociedad contra los directores y contra los accionistas, por un monto total de \$ 481.726,56.”

El Dr. Cuartero juzgó que “esos retiros de fondos por los administradores de la entidad y por sus accionistas, no tienen justificación alguna en derecho, y se presentan como contrarios a los principios que informan a las previsiones de la ley 19.550: art. 68 -en lo que respecta a los accionistas- y art. 261 -en lo referido a los directores-“, surgiendo que los directores “no explicaron los fundamentos que autorizarían la generación de esos débitos de ellos mismos y de los accionistas para con la sociedad, y

⁹ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, José María *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición Marcial Pons cit. pág. 191 nota 89.

¹⁰ Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho n° 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

¹¹ Cfme. DOBSON, Juan M. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, tomo V p. 191, específicamente. pág. 106.

¹² VICARI, Andrea *I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense*, en Rivista delle Società 1999 p. 1244 y ss.-.

¹³ cfme. DOBSON trabajo citado específicamente pag. 105..

¹⁴ GIBNEY, Frank *El milagro programado 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

que -en definitiva- los administradores han sido patrimonialmente responsabilizados por la existencia de ese insoluto crédito de la sociedad hoy fallida”.

La Sala entendió a través del mismo vocal que *“La responsabilidad por el retiro de fondos sin justificación, y existencia de insoluto crédito de la sociedad fallida, no alcanza sólo a los directores, sino también al accionista que con su único voto aprobó los balances que reflejaban la injustificada generación de esos créditos contra ellos mismos y contra los accionistas.... Ello así, porque la responsabilidad no nace sólo para quien obra irregularmente, sino también para quien aprueba lo obrado irregularmente -cuando, claro, tiene la posibilidad de desaprobado y reprochar la irregular gestión, e incluso desplazar a los administradores que incurrieron en esa gestión-; nótese que esa aprobación consolida la irregularidad, de modo que integra y en cierto modo perfecciona el acto irregular.”*

Los administradores societarios deben asumir su rol en la funcionalidad societaria, so riesgo de generar algún daño y caer en la previsión del art. 59 LS.. No se pretende ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial, pero señalamos el riesgo de que se les impute responsabilidad si no aseguran la autosuficiencia de la sociedad, 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. La empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales¹⁵.

2. En España el tema ha sido afrontado en la legislación societaria, como anticipamos. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5 LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).”¹⁶. “Con el artículo 262.5, la Ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de

¹⁵Nto. 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. .

¹⁶ BELTRAN SANCHEZ, Emilio *La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución* pág. 133 en 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.

agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”¹⁷.

3. El accionista demandando, en su contestación a la demanda, no negó haber aprobado esos balances -aunque negó haber aprobado algún balance irregular; señalando el Dr. Cuartero “recuérdese que en estricto, la irregularidad se ubica en la actuación de los administradores, reflejada en el balance”, imputándosele contradicciones en su absolución de posiciones, particularmente por haberse amparado en el no recuerdo de su gestión societaria, que Cuartero califica que “es sencillamente inverosímil e inaceptable, pues era carga del absolvente hacerse de la información necesaria respecto de todos los hechos conducentes para la solución del litigio; consecuentemente, procede tenerlo por confeso respecto de esa aprobación de los balances”.-

Enfatiza el vocal “que la generación de ese crédito de la sociedad contra sus directores y accionistas afectó la posición financiera de la entidad -que en lugar de tener fondos líquidos y disponibles, pasó a tener créditos insolutos-, lo cual pudo generar y seguramente agravó y prolongó la cesación de pagos de Kleio SA. El daño causado a la sociedad, y por consecuencia a los acreedores de la sociedad fallida, es del todo evidente.” Este es un aspecto sobre el que venimos alertando, pues implica una actividad dolosa: las nuevas acreencias son contraídas a sabiendas que no podrán ser satisfechas normalmente, comprometiendo así la responsabilidad de administradores y socios, en forma específica en relación a esos acreedores, y también a la sociedad por la aplicación de la normativa del art. 19 LS, pues una sociedad actuando en insolvencia atenta no sólo contra sus acreedores, sino contra sus competidores. Ante la recesión general es ineficaz el sistema concursal argentino para evitar la ampliación de las crisis, resultando incluso que puede generalizarla, por lo que debe observarse el régimen societario para que la sociedad cumpla su rol funcional¹⁸. La contaminación resulta de que los acuerdos concursales no sobrepasan el pago del 50% del crédito.

Cabe apuntar que una disposición de fondos de una sociedad a favor de sus directores al margen de las previsiones sobre sus honorarios contenidas en el art. 261 LS, o a favor del socio no como dividendo en los términos que determina el art. 68 LS, importa una liberalidad y se encuadraría también en el segundo párrafo del art. 54 LS “El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedades las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”, ratificando así lo expresado en el párrafo primero de prohibición de compensación. En el caso no sólo hubo daño a la sociedad (1er. Párrafo del art. 54 LS), poniéndola en insolvencia a través de esos retiros, y obviamente a sus acreedores –que en Francia autorizaría la acción de “*comblement du passif*” contra los socios y administradores-, importó una aplicación ilegal de fondos (2do. Párrafo del art. 54 LS), que autoriza una acción reparadora del daño, sino de

¹⁷ En los mismos trabajos citados en nota anterior: Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez p. 2481 La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima, por Luis Suarez-Llanos Gómez, especialmente pág. 2496. Sobre la *responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los Estatutos Sentencia del 30 de octubre de 2000 Tribunal Supremo Sala en lo Civil p. 1687 Tribunal Constitucional Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000 p. 169.*

¹⁸ Sobre el tema y otros vinculados puede verse en la página electrónica de la Academia <http://comunidad.vlex.com/acader> Continuamos esa posición publicando en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba nto. *Ineficacia de la ley concursal* en tomo XXXIX Año Académico 2000 tomo I pág. 293 y También nto. *Ineficacia de la ley concursal* en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss..intentando seguir las enseñanzas de los recordados 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.

integración de utilidades obtenidas –que de no determinarse impondrían por lo menos la integración de intereses moratorios-. Todo ello sin perjuicio de la previsión del art. 94 inc. 8° LS, normas todas coincidentes en la sanción al accionista que aprobó el balance que acreditaba la ilegítima disposición de fondos, a favor de los administradores y ese socio.

Remarcamos que, en el caso, el Dr. Cuartero no aplicó las normas del art. 54 in fine de imputación a los controlantes torpes, sino la primera parte de dicha norma: "Dispone la ley 19550 en su artículo 54 que el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios, provoca en sus autores la obligación de indemnizar ese daño. Es inequívoco que, en el caso, el accionista que aprobó un balance irregular actuó con culpa -cuanto menos-, como lo demuestra el hecho que ni siquiera intentó justificar su decisión de aprobar una gestión irregular y dañosa para la entidad gestionada."

Ante esas consideraciones la Cámara modifica la decisión adoptada en esa sentencia sobre las costas, y declarar a los directores demandados solidariamente responsables "por el pasivo insoluto verificado en la quiebra, "pasivo cuyo monto se ignora en autos pero que -como se verá- no es menester averiguarlo, la que se hará extensiva -con el carácter de obligación solidaria- al accionista ..., por el monto del "pasivo insoluto verificado en los autos de la quiebra, o por el monto de \$ 481.726,56, el que sea menor, porque no advierto motivo por el cual el accionista deba responder por el monto de los desaparecidos bienes muebles que tenía la sociedad: esos muebles estaban confiados a la conservación y custodia de los administradores de Kleio SA, y no a la del accionista -que sólo responderá por su aprobación del balance que evidenciaba la irregular gestión de los directores: Antonio pudo y debió controlar esa actuación, pero no el destino que los administradores dieron a esos bienes luego de concursada la sociedad"-

El meduloso voto del Juez Cuartero obtuvo la adhesión del otro miembro de la Sala, el señor Juez Rotman.

V - IMPORTANTE NOVEDAD EN LA RESPONSABILIDAD DEL ACCIONISTA POR NULIDAD DE RESOLUCIÓN SOBRE BALANCE.

1. Adviértase que no se recurrió a la norma del art. 94 inc. 8° LS, pues haciendo referencia que el socio que aprobó el balance era el único a esa fecha, podía corresponderle aplicar que "será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas", que en cuanto resultar insolutas por la quiebra de la sociedad, quizá habría permitido llegar a la misma conclusión.

Justamente, el señor vocal agrega otra norma a favor de la imposición de responsabilidad del accionista: el art. 254 LS, que "establece que los socios que voten favorablemente una resolución luego declarada nula, responden ilimitada y solidariamente por las consecuencias dañosas derivadas de esa resolución".

Resulta interesantísimo el argumento y como recomendación para evitar las conductas ambiguas de socios "Esta segunda regla es aplicable aquí por analogía, puesto que si bien en el caso no se ha declarado la nulidad de la decisión aprobatoria de los balances -innecesario es hacerlo-, está suficientemente demostrada en derecho la irregularidad de esa decisión y el daño que para la sociedad y para sus acreedores resultó de la gestión administrativa aprobada por el accionista ..." condenado.

El pragmatismo y realismo del fallo es evidente en varios aspectos. Evidencia la nulidad de la resolución que aprobó balances que introducían operaciones ilegítimas, y colige la responsabilidad consiguiente del accionista que actuó en forma contraria a la ley.

Se actúa con criterio substancialista, despojándose de hipergarantismos que vienen deformando la administración de justicia y la sanción a los incumplidores, lo que se remarca en el punto siguiente.

2. Evidenciado el daño parece adecuada la aplicación acumulativa de las previsiones normativas contra la actuación antifuncional de los órganos societarios: el de administración violando el art. 59 LS, y el de los socios evidenciado en el irregular uso de su fundamental derecho de voto dentro del órgano de gobierno. El argumento es novedoso, rompe posiciones restrictivas de la responsabilidad de los accionistas sin recurrir a “descorrer el velo de la personalidad”, adentrándose en que la sociedad es un recurso técnico de generar un centro imputativo autogestante para el desarrollo de una empresa (objeto social), que el sistema de derecho positivo pone a disposición de la autonomía de la voluntad de los constituyentes para separar patrimonio y cumplir aquella funcionalidad, pero no como instrumento para dañar, protegiendo a administradores y socios en las formas cumplidas, para que quién intenta sostener la responsabilidad de ellos se vea limitado por argucias formales internas de la sociedad o procesales en la acción que se proponga. El principio del sistema societario de no responsabilidad del administrador societario, implica que el mismo no asume el riesgo de gestión o el resultado de los negocios. Sólo asume una obligación de medios descrita por el art. 59 de la ley de sociedades: actuar como un “buen hombre de negocios”, o sea mantener la empresa en operatividad. No se trata sólo de hacer negocios individualmente buenos, sino en asegurar la “empresa” viable, como actividades económicas lícitas.

Justamente, el voto pasa por alto algunos preciosismos formales con los que se suele trabar la solución en justicia¹⁹, empalideciendo la gestión judicial ante la comunidad por liberar a los responsables por argucias procesales que no hacen al derecho de defensa, afirmando que “Ciertamente -y como lo señaló el Ministerio Público en su dictamen-, esas previsiones de la ley 19.550: 54 y 254 no fueron invocadas por la sindicatura en su escrito de demanda, ni tampoco en el escrito de “rectificación” de fs. 36.- Empero, en esa segunda presentación, el funcionario concursal explicó que demandaba a Antonio “por haber aprobado como único accionista un balance absolutamente irregular a tenor de lo expuesto en la demanda...” (fs. 36 vta., apartado “b”).- Es decir: en autos se expuso concretamente la razón fáctica del reclamo, de modo que la omisión de cita legal es indiferente, no constituye defecto procesal alguno y no compromete el derecho de defensa: el hecho en que se funda la pretensión (haber aprobado un balance irregular) está expuesto claramente -como lo manda el cpr 330: 4º-, y en todo caso corresponde al órgano jurisdiccional -que, según máxima tradicional, conoce el derecho- proveer la regulación legal aplicable a ese hecho.”-

Se trata de un mensaje claro dado por la Justicia. Se emite indirectamente para proteger a administradores, advirtiéndoles del riesgo, en medios de mensajes economicistas, salvaguardando a los empresarios en medio de argumentos confusos y usos societarios abusivos, particularmente en cuanto que todo es válido so pretexto del aumento del valor de las acciones, cuando lo que se intenta es beneficiar al grupo de control. La cuestión puede llevar al efecto contrario: los abusos de los administradores alentarán la proliferación de juicios y la extensión de responsabilidad como reacción a los vaciamientos societarios, aún en casos en que sólo se trate de insolvencia inimputable. No dudábamos que en virtud de los escándalos que vienen haciéndose públicos en el mundo entero, y que sin duda revelan conductas mucho más cotidianas e

¹⁹ Nto. La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la Justicia en EL DERECHO diario del 16 de abril de 2003, nota a fallo pág. 1.

ilegales que las que se suponen, se producirían reacciones como las que se advierten en este fallo.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali²⁰ señaló como “ció que segna el confine tra fisiología e patología 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.

3. La insolvencia, si ha sido advertida por los administradores 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. Se corresponde al deber de los administradores de llevar contabilidad y una eficiente administración, dividiendo las obligaciones en corrientes y no corrientes.

El fallo refuerza el contenido ético que se suele eludir con un economicismo ajurídico, por lo que no se sanciona hoy a las sociedades que siguen operando en el mercado en insolvencia, afectando al mismo y a las empresas que en el actúan rompiendo el principio de la competencia leal, y afectando a los contratantes con los que contraen obligaciones que no cumplirán... Es la ruptura del contenido ético general el que nos ha llevado a tolerar este estado de cosas –y otras muchas que aquejan a nuestro país-, para aceptar luego que la sociedad que actuó en insolvencia ofrezca pagar –quizá ni siquiera cumplirá eso- el 40% -con la nueva reforma quizá menos- a muchísimos años, lo que significa expropiar el crédito sin contraprestación.

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 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 dolo ni actividad ilícita.

Venimos aconsejando el análisis de la actuación en cesación de pagos para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 LS, lo que complementará la legislación concursal²¹. 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 es la planificación responsable y la conciencia que si se daña se debe reparar.

VI - CONCLUSION.

Toda solución 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 afectada²² y devolver la riqueza al circuito económico.

²⁰ PROVINCIALI, Renzo Trattato di diritto fallimentare I p. 324 nota 80.

²¹ En *SOCIEDAD EN INSOLVENCIA Y ACTIVIDAD ILÍCITA* en Doctrina Societaria y Concursal n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV.

²² Ver en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, nto. trabajo *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)* p. 779.

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.

El fallo que analizamos da un respuesta positiva a esa preocupación, y hará repensar a los asesores jurídicos y contables²³ los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades –y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar del principio societario de la irresponsabilidad.

²³ No se abre juicio en el fallo de actividad de profesional, sea como síndico, auditor o certificador del balance, que podría justificar una acción de responsabilidad del accionista único condenado –de no ser un hábil hombre de negocios- contra quién no le alertó de esa responsabilidad, debiendo hacerlo.