

EL QUE DAÑA REPARA
(en torno a un disuasivo fallo de un Juez Concursal de Córdoba)
Efraín Hugo RICHARDⁱ

Uno de los temas que vienen preocupando, en cuanto afectan la seguridad jurídica y el principio rector del derecho concursal de que las soluciones deben adoptarse en la forma más temprana posible para acotar el daño, es la actuación durante muchos años de sociedades en cesación de pagos.

1. En el caso la cuestión es afrontada duramente. El distinguido comercialista Ricardo Bianciotti, Juez especializado en Sociedades y Concursos de la Ciudad de Córdoba, con fecha nueve de septiembre de dos mil cinco, en los autos “SINDICATURA EN EDDICOM c/ ROSSETTO, EDUARDO JOSE Y OTRO - ACCION ORDINARIA – ACCION DE RESPONSABILIDAD” (Expte. N° 786458/36), resuelve un interesante caso de responsabilidad de administradores societarios en los términos y con los alcances del art. 173 y correlativos de la ley 24.522, conforme la acción promovida por el síndico para que se condene a los codemandados a pagar en forma solidaria al concurso de EDDICOM SA, una suma en concepto de daños y perjuicios, que corresponde al pasivo verificado, bajo el criterio que los demandados, sin lugar a duda alguna han participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo de la fallida produciendo y agravando la situación patrimonial de la sociedad y su insolvencia.

A todas luces se acreditó el obrar doloso de uno de los demandados, determinando su responsabilidad y descartando la del otro. En todo el obrar imputable aparece la conducta del administrador que operó la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo.

El tribunal, en el considerando 11^a se plantea sobre el monto del daño, con interesantísimas reflexiones que ameritan su lectura, acotando conceptualmente la reparación al monto de bienes desahfectados, desaparecidos y cobros indebidamente realizados, sin determinar su cuantía que difiere para ejecución de sentencia, y que a la postre quizá no difiera cuantitativamente de la pretensión del síndico.

2. Lo central, en estos casos, es que el administrador que continúa la gestión de la sociedad en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionarlo en lo interno y afectando a terceros, tiene un actuar doloso (art. 931 C.C.), y en el caso en particular ello se califica por generar una apariencia de solvencia de la sociedad con bienes que él sostenía eran suyos, retirándolos poco tiempo antes de declararse la quiebra de la sociedad, pero después de varios años de operar en cesación de pagos. El punto central vuelve a los aspectos de la tempestividad u oportunidad en la presentación en concursoⁱⁱ.

El juez, en su erudita sentencia, expresa sobre aspectos dolosos “Conforme a lo relacionado precedentemente respecto a los bienes sociales retirados (considerando séptimo a) y faltantes (considerando séptimo b) del patrimonio social de la fallida a la fecha de declaración de quiebra (05.08.97), a la transferencia de los automotores de propiedad de la sociedad (considerando octavo) y a los pagos percibidos por el presidente del Directorio, con posterioridad a la fecha de la declaración de quiebra (considerando noveno) y surgiendo prima facie la probable comisión de los delitos contemplados en los arts. 173,

inc. 7° y 178 del Código Penal, remítase copia certificada de las presentes actuaciones al Sr. Fiscal de Instrucción en lo Penal Económico de la ciudad de Córdoba, a sus efectos”.

Claro que esto acaeció en 1997, pues de no caería en el ilícito penal del art. 174 inc. 6° del Código Penal, pues esa conducta se concilia con la que Carlos Palacio Lajeⁱⁱⁱ sostiene que ha existido en estos casos “la planificación de la insolvencia”, punible penalmente conforme el art. 174 inc. 6°, bajo la visión englobante de “Delitos de vaciamiento de empresa” –que es el título de su libro-, con la sanción de la ley 25602, por la que “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento ...), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”. Dicho autor se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que se califica como “ardid”.

El Juez de la causa, ha encuadrado la acción de responsabilidad y la conducta punible civilmente en la norma del art. 173 LCQ.

3. En el Considerando Undécimo asume la siempre espinosa tarea de cuantificar el daño.

Allí, desafía mi prejuicio: “Richard ha conceptualizado las aristas que hacen a la difícil determinación y percepción del monto de la reparación. La prueba del daño es de por sí una cuestión ligada al hipergarantismo. Quien dañó se escuda en ese exceso de formalismo y tutelas. El que reclama debe probar más allá de los usos sociales y comerciales la existencia del daño. Incluso de lo que considera correcto el común de la gente. Se exige una prueba que no es connatural con los usuales proceder, todo acreditado por medios fehacientes. Y cuanto obtenida una sentencia condenatoria de cierta importancia, quien dañó y se escudó en el hipergarantismo se escuda en un proceso concursal por la supuesta insolvencia que le causa la sentencia, y a cuyo fin se preparó por años transfiriendo u ocultando bienes o deslizando la actividad hacia otra sociedad donde continúa el ciclo de perjuicios futuros. (Richard, Efraín H.; “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 2000, p. 465/6).”.

Y de inmediato demuestra la capacidad judicial para superar el problema y las argucias de la demandada, y si bien no la extiende a lo conceptualmente solicitado, es posible que la satisfacción de todos los créditos se alcance a través de los parámetros que fija el juez.

Esta demostración, me alienta en mi vocación de la Justicia, de la asunción del rol de “hacer” Justicia. Estamos en el mismo camino y la demostración de que esto es posible es una forma de recuperar el sentido de la misma, superando cualquier criterio formalista. Mi agradecimiento por la referencia y por mostrar lo que es posible.

No es del caso reiterar el análisis que hace el Juez, que puede sintetizarse en que “*el daño se cuantifica fácticamente según el activo perdido por las acciones u omisiones antijurídicas y dolosas sancionadas por el artículo 173 de la nueva ley falencial y esto es*

materia probatoria que variará según las circunstancias de cada caso”, “debe ser fijado en el monto del valor de los bienes no habidos y de ignoto destino; el cual debe ser establecido en el monto de los precios de sus adquisiciones.” (CNCom., Sala D, 10/09/92, “Phonotone Co. S.R.L. – Quiebra”; LL – 1993 – B – 280)”. Determina así la sentencia que “La valuación de los daños deberá diferirse para la etapa de ejecución de sentencia, imponiéndose a la Sindicatura la obligación de acompañar al Juzgado la planilla de capital e intereses respectiva. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la acción de responsabilidad concursal entablada por la Sindicatura de la quiebra de Eddicom S.A. en contra del demandado Sr. Eduardo José Rossetto, en el carácter de presidente del directorio de la sociedad fallida, en los términos del art. 173, 1º párr., LCQ, y en consecuencia, condenarlo a pagar a la quiebra de Eddicom S.A. los daños y perjuicios equivalentes al valor de los bienes sociales retirados (considerando séptimo a), faltantes (considerando séptimo b) del patrimonio social a la fecha de declaración de quiebra (05.08.97), al de los automotores transferidos (considerando octavo) y al de los pagos percibidos con posterioridad a la fecha de la declaración de quiebra (considerando noveno), conforme a los parámetros establecidos ut supra, con mas los intereses que correspondan hasta la fecha de su efectivo pago, difiriendo su determinación para la etapa de ejecución de sentencia, estimación que estará a cargo de la Sindicatura como parte actora (art. 334, CPCC)”.

4. La no presentación tempestiva, como el incumplimiento a los deberes internos en la funcionalidad societaria ante la insolvencia o presunción de insolvencia, en el derecho español genera “la presunción iuris tantum de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados... puede condenar a los administradores o liquidadores de la sociedad a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente, el importe de sus créditos no satisfechos”. Esto es en caso de quiebra, como el supuesto de autos. Pero “al margen de la Ley Concursal, la infracción del deber legal de solicitar el concurso puede generar la responsabilidad de los administradores por todas las deudas sociales cuando concurren los presupuestos establecidos en las leyes sobre sociedades de capital”^{iv}. Los administradores societarios tienen dos meses para actuar tanto en lo interno como en lo externo de la sociedad, como así también la “prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio”.

Aquí la sociedad operó varios años en cesación de pagos, sin que se advierta el intento de corregir internamente la situación. O sea que se generó una operatoria antifuncional.

Con su actitud, el demandado continuó con la gestión societaria en cesación de pagos, generó la apariencia de solvencia con los bienes que dijo que eran de su propiedad pero con los que operaba la sociedad, con la presunción por parte de los acreedores de la solvencia, por lo que mantuvieron la contratación hasta pocos días antes de declararse la quiebra, cuando retiró los bienes marcando una actuación de mala fe, sobre la solvencia de la sociedad, cuya cesación de pagos sólo él conocía.

5. Conformen resoluciones como la que comento, que desmienten la apreciación sobre la ineficiencia del sistema judicial-concursal, y la victimización de los acreedores.

La contratación en cesación de pagos es de por sí atributiva de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, pues por esa vía se genera un daño directo al

tercero que contrata con la sociedad en estado de cesación de pagos, lo que autoriza la acción individual de responsabilidad.

Ese dolo, en el caso (art. 931 C.C.), se ha calificado por las otras acciones del administrador y representante de la sociedad.

El judicante merituó la posibilidad de daños mediatos vinculados causalmente a la infracción. Y en este punto deberíamos pensar si la reparación del daño no podría alcanzar a satisfacer todo el pasivo, particularmente si este se contrajo en cesación de pagos y ostentando solvencia a través del uso de los bienes luego sustraídos al giro comercial, lo que no surge de la sentencia.

En ese sentido considero que se abre la posibilidad a ciertos acreedores de promover acciones individuales de responsabilidad contra el legitimado pasivo en la acción de responsabilidad concursal del art. 173 LCQ ejercitada en los autos donde se dictó sentencia.

6. Claro que la sentencia, con su ejemplar sanción, no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad. Ella requiere daño directo a los terceros, conforme lo señala la doctrina y jurisprudencia, no generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad.

Es esclarecedora la opinión^v 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^{vi} 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.

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 se estaría frente a una acción de responsabilidad común, aquiliana, y no social.

La contratación de la sociedad con terceros, sabiendo los administradores sociales que se la hace en cesación de pagos es dolosa en los términos de los arts. 931, 1071 y 1072 y concordantes del C.C.. Ese acto orgánico causa daño directo al tercero, por la reticencia informativa de los administradores al contratar o incumplimiento de deberes de lealtad, si la prestación no es luego satisfecha al tercero.

Hoy la jurisprudencia y doctrina extranjera es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad. No es del caso referirme a la responsabilidad de administradores en Alemania, Francia, Italia y España, que es congruente con la posición que mantengo y el esfuerzo compartido.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio^{vii}”,

siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria^{viii}.

La previsión de cumplimiento de la obligación al tiempo de contraerlo es elemento substancial de la buena fe contractual. Ello es coherente con la planificación del administrador societario.

Debe preguntarse ¿Cuándo hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?

La cuestión, centrada en la teoría general, impone determinar si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de 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 acreedores^{ix}. 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^x. Se expresa^{xi} “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal ”

Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios “Cuándo ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios^{xii}”.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse una modalidad frecuente: 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, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido^{xiii}, 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^{xiv}”. Adhiero a las disquisiciones precedentes.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social. Obviamente que esa responsabilidad esta basada en los principios generales de la responsabilidad civil de base subjetiva, conectándola con la actuación expresa del causante como administrador societario que representa una actuación

cualificada como de “buen hombre de negocios”. Por tanto debe existir un comportamiento antijurídico del administrador y una actuación ilícita contraria a ese estándar de cómo debe comportarse frente a la propia sociedad, los socios y los terceros. La antijuridicidad y la actuación ilícita se engloban en el incumplimiento de ese estándar por un administrador societario. El daño y la relación de causalidad con esa actuación ilícita, sea por culpa o dolo, importa el cierre de la imputación de responsabilidad.

7. Hemos dicho que “Una doctrina judicial que sancione esas conductas suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad”, en esa orientación se ubica la importante sentencia cuyo comentario apenas insinuamos, sugiriendo así su completa lectura.

ⁱ Agradeceremos críticas y comentarios a richardjuris@arnet.com.ar. Otros trabajos sobre la misma problemática pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

ⁱⁱ Sobre estos aspectos vengo trabajando hace muchos años, tratando de devolver su eficacia al sistema concursal, pudiendo verse sobre el punto trabajos incluidos en la página electrónica citada en nota anterior.

ⁱⁱⁱ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

^{iv} ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, pag. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal”, dirigido por el mismo, específicamente pag. 113.

^v 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, y pag. 1698 DAÑO DIRECTO

^{vi} Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

^{vii} ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

^{viii} Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

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

^x cfme. DOBSON *No hay responsabilidad...* cit. pag. 105.

^{xi} GIBNEY, Frank *El milagro programado* 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

^{xii} SÁNCHEZ CALERO, Fernando *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra 2005, Ed. Aranzadi S.A. Thomson Civitas, pág. 289.

^{xiii} 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.

^{xiv} Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho n° 534, marzo 1989, cit por 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.