

## **INSOLVENCIA COMO REQUISITO PARA RESPONSABILIZAR A ADMINISTRADORES SOCIETARIOS (un fallo laboral)**

Efraín Hugo RICHARD

**Publicado en Microjuris nº 224 el 24 de noviembre de 2009**

En un interesante fallo, la Cámara Nacional del Trabajo, Sala VIII de la Capital Federal, en la causa "Vaccaro Romina Paola c / Florida Chic S.A. y otros / Despido", con fecha 11 de junio de 2009 rechazó la pretensión de un empleado de que se condenara también al administrador de la sociedad empleadora por diferencias salariales generadas por pago "en negro". Nos hemos referido in extenso al mismo en *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS (Nueva perspectiva a través de fallo laboral)*<sup>1</sup>.

Sin embargo, condenó al administrador a satisfacer los daños que su conducta habían generado a la sociedad. Concretamente multas que se le impusieron por la irregularidad de la contratación laboral.

La resolución genera importantes connotaciones que comentaremos brevemente, pues si bien no están señaladas en el fallo motivan nuestras apreciaciones..

1. En primer lugar, al apartarse de los precedentes jurisprudenciales que en casos de irregularidades en la contratación laboral se condena solidariamente con la sociedad empleadora a sus administradores, limita esa responsabilidad solidaria del administrador en favor del empleado por el total de la deuda, por lo que la jurisprudencia que se deja de lado encontraría justificativo sólo ante la incapacidad patrimonial de la administrada, o sea ante la insolvencia de la sociedad –criterio que no es originario como puede verse en los fallos citados en nota 5-. La Cámara señala que sólo las multas tienen una relación causal con el obrar omisivo del Presidente del Directorio, pues responde por los daños causados a la sociedad. Y esto es original, pues la sociedad no había demandado.

Recordemos que el art. 59 LSC dispone "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión"<sup>2</sup>.

2. En "Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios"<sup>3</sup>, lanzamos como Hipótesis: "En este marco esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad. No sólo por la falta de capacidad de la sociedad para atender sus obligaciones, que impone pensar en la posibilidad de desviar las acciones contra administradores o socios, sino por cuanto entendemos que la operatoria en situación de crisis, indudablemente en insolvencia, puede generar responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis".

3.. En "LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)"<sup>+</sup>, señalamos "La sociedad debe

<sup>1</sup> Publicado en Jurisprudencia Argentina, fascículo 1, 2009-IV pág. 3, Buenos Aires 7 de octubre de 2009.

<sup>2</sup> RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario*, 2ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires 2007 tomo I pág. 294.

<sup>3</sup> En libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70º Aniversario) "La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos" Ed. Legis, Buenos Aires mayo 2009 En el índice se indica pág. 387, pero se inicia a pág. 389.

estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”<sup>4</sup>...4. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso *Daverede*–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente<sup>5</sup>, agregamos que fuera de esa situación no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En ese caso no se intenta aplicar la teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores<sup>6</sup>. En nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se destaca la similar disidencia del Dr. Lorenzetti propiciando tratar el recurso donde se refiere no sólo a la responsabilidad de administradores sino a la aplicación de la teoría de la inoponibilidad: “..... La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación ... Aun en el supuesto de insolvencia de la sociedad demandada<sup>7</sup>, y a los efectos de la aplicación del artículo 54 in fine de la ley 19550 es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial” (En Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo 28 de 2008, “*Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro*”).”

4. Si bien el recaudo de la insolvencia referido lo consideramos relativo por no exigido por la norma resulta obvio para ciertos supuestos por razones prácticos. Y así parecería resultar del caso en examen, donde pese a la conducta culposa del Presidente del Directorio –que lleva a endilgarle los daños causados a la sociedad- no vincula

<sup>4</sup> NISSEN, Ricardo *La importancia del capital social* en libro colectivo “Panorama Actual del Derecho Societario” pág. 29, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2000; MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 112 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005; RIPPE, Siegbert *Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores*, en JA año 1997, pág. 725.

<sup>5</sup> La “doctrina de la penetración” o “teoría de la desestimación de la persona jurídica” puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la “teoría de la penetración” implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad “pantalla” del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la “teoría de la penetración” requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un “socio controlante” de la sociedad “interpuesta”, porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una “pantalla” para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B, 362. - JA, 983-II-549.

<sup>6</sup> CSJN in re “*Daverede Ana M. c Mediconex S.A. y otros*, La Ley IMP. 2007-13 (Julio) 1330.

<sup>7</sup> No se justifica la aplicación del sistema sino ante la incapacidad patrimonial de la sociedad, o en supuestos donde se “usa” la situación de insolvencia para imponer soluciones abusivas. RICHARD, Efraín Hugo *¿Es abusiva una propuesta concursal similar en quita y espera a la formulada por el Gobierno argentino para atender la deuda pública externa?* en Zeuz, Año XXXIV, 10 de diciembre de 2007, tomo 105, pág. 2.

causalmente al reclamo del empleado, quizá –argumento no expresado- por estar el patrimonio de la sociedad en condiciones de satisfacer la sentencia.

En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma. En muchos casos, los administradores ante la insolvencia de la sociedad – generada por su propia decisión de patrimonializarse por la emisión de obligaciones ó de crédito sin recurrir a aportes de los socios-, ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, abusaron de la estructura societaria para so pretexto de ella perjudicar a los acreedores y beneficiar a los socios. Este es un supuesto típico donde sin recurrir a los remedios societarios de capitalizar la sociedad a través de los socios o terceros, la presentan en concursos o pretenden acuerdos preventivos extrajudiciales con quitas y esperas que implican un enriquecimiento para los socios que no asumieron la causal de disolución<sup>8</sup>. Ello importa por un lado la imputación directa a quiénes hicieron posible esa actuación para beneficiarse. Pero además esa insolvencia fue declarada por administradores, fiscalizadores y socios de control para usar abusivamente la sociedad, recurriendo marginalmente al acuerdo concursal o extraconcursal para frustrar los derechos de acreedores y, además, enriquecerse por un medio ajeno al cumplimiento del objeto social, causa lícita del negocio societario y de la constitución de la persona jurídica.

5. Afrontando la crisis y manteniendo la sociedad en solvencia se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de ese patrimonio y de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura formal organizativa, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada, conforme aconsejan las reglas éticas de la Responsabilidad Social Corporativa.

El valor (principios, estándares, bienes, objetivos, reglas con exigencia de justicia, equidad) a proteger a través del sistema jurídico de crisis económico-financiera no es el patrimonio para su valor de reparto (o adjudicación) sino evitar la disociación del mismo en cuanto conjunto de bienes organizados para el cumplimiento de un objeto –causa del negocio de organización-.

Dentro del bien común, dentro del derecho positivo o del bien común temporal, el bien común económico y todo lo relacionado a la productividad, distribución y consumo de bienes, con una más justa distribución, se puede identificar como un valor mantener en estado de solvencia de una sociedad, fuente de empleo. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuable, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador<sup>9</sup>.

Como se verá hemos divagado en torno a los intereses que deben tutelar los administradores societarios que, a nuestro entender, no son otros que los de la sociedad-empresa, pues a través de ellos se tutelan los intereses de los acreedores y de los socios.

6. Otro aspecto es el pago en negro en sí. La Cámara señaló en el fallo que “El recurrente, no ha atacado la decisión, tomada en base a las declaraciones de los testigos, que han coincidido en que el pago "en negro" era llevado a cabo por el Señor Dubiansky, en su propia oficina. Tal participación personal permite concluir que no podían ignorar las irregularidades que caracterizaban al vínculo laboral del demandante en lo que concierne a la registración del salario, desde una noción de buena fe activa y no meramente pasiva que impera en el derecho patrimonial argentino. ...En cuanto al

<sup>8</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

<sup>9</sup> QUINTANA - RICHARD trabajo citado.

monto de condena, la responsabilidad debe ceñirse a las partidas crediticias que guardan relación causal adecuada con la antijuridicidad que se les imputa a título de culpa”.

No obstante esa calificación de actuación culposa, el pago en negro comporta un problema probatorio que ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina<sup>10</sup>. Al margen de ello, de existir implica un supuesto de administración fraudulenta pues permite inferir que los administradores disponen de sumas no contabilizadas que aplican a pagos tampoco registrados, impidiendo así todo control de los socios sobre la administración –al margen de aspectos tributarios-. Un juez laboral que resolviera sobre la existencia de pagos en negro debería pasar los antecedentes a la justicia del crimen para que investigara el supuesto delito de administración fraudulenta (173 inc. 7° CP).

Así lo entendió el fallo de la CNTrabajo, Sala IV, Septiembre 18 de 2008, “B.A.L. contra Italfina y otro sobre despido, ya referido al exponer: “Si la sociedad demandada incurría en la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado (práctica prohibida por el art. 140 LCT y art. 10 de la Ley de Empleo) lo que comúnmente se denomina "pago en negro", tal conducta genera la responsabilidad de los socios y los controlantes en los términos del agregado de la ley 22903 al art. 54 de la ley 19550. ... más allá del incumplimiento que estos últimos actos suponen, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que las pergeñan (arts. 172 y 173 y concordantes del C. Penal)”.

7. Desde el punto de vista procesal y dando respuesta a nuestro anticipo que la sociedad no había reclamado la condena de su administrador, esta aparece sustentada en lo que se expresa en el fallo: “La ley 25.212, de Pacto Federal de Trabajo, que sustituyó a la Ley 18.694 a la que deroga (Anexo II, Art.15, inciso 1°), regla, en su Anexo II el régimen sustantivo general de infracciones a las leyes laborales y constituye el contenido sustantivo del Derecho Penal Laboral. Allí, en el Art. 3° se califica como grave la falta, en los libros de registro de los trabajadores, de alguno de los datos esenciales del contrato o relación de trabajo, hecho que ha acontecido en el caso. Luego, en el artículo 10, titulado "Multas a personas jurídicas", se establece: "En el caso de sanciones con multa a personas jurídicas, éstas serán impuestas en forma solidaria a la entidad y a sus directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho sancionado". La imputación de responsabilidad punitiva, efectuada por la ley 25.212 en su Anexo II, Art. 10, reafirma cuanto he venido diciendo acerca de la responsabilidad patrimonial que se declara respecto de los daños que tienen relación causal con la antijuridicidad que es objeto de reproche. En el mismo sentido se ha pronunciado esta sala en la causa "Quiruelas, Manuel c/ Expreso Diagonal SRL y Otros s/ Despido" [Fallo en extenso: elDial - AA4265], del 28-9-2007, sentencia n° 34487, Expediente N° 11.815/2006."

8. EN RESUMEN. La responsabilidad de los administradores de sociedades se agrava al operar en insolvencia. Por la misma razón se produce un acentuamiento de los intereses afectados, de los de los socios, a los de la sociedad e, indirectamente, de los acreedores. En el caso, al no advertirse ese estado de insolvencia en la sociedad empleadora, el daño del actuar incorrecto del administrador afectó sólo a esta por las multas aplicadas. La sociedad aparece así como legitimada a la reparación del daño por su administrador.

El pago en negro, distinto al caso del trabajador en negro pero que se le paga bajo recibo, comporta una presunción de administración fraudulenta, que debe ser

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ, Claudia R. “La prueba de los pagos en negro en la relación laboral” en Jurisprudencia Argentina, Fascículo 5 2009-I pág. 44.

investigada, y los daños que administradores generan a la sociedad deben ser atribuidos de oficio a sus administradores..