

*** RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES
SOCIETARIOS
(Nueva perspectiva a través de fallo laboral)**

Efraín Hugo RICHARD

**Publicado en Jurisprudencia Argentina, fascículo 1, 2009-IV pág. 3,
Buenos Aires 7 de octubre de 2009.**

I – INTRODUCCION. SOBRE UN NUEVO CRITERIO DE LA JUSTICIA
LABORAL

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".

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, a nuestro entender, importantes connotaciones que queremos comentar, 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. La Cámara se limita a señalar que sólo las multas tienen una relación causal con el obrar omisivo del Presidente del Directorio.

En segundo lugar disponiendo que los administradores societarios responden por los daños causados a la sociedad. Este aspecto lo vinculamos no sólo a la limitación expresada en nuestra "primer" consideración, sino a los intereses tutelados a través de la funcionalidad societaria, comprometiendo los deberes de los administradores, pero entendemos que también tiene vinculación con otros aspectos del llamado "pago en negro"..

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"¹.

Con esto podría agotarse el comentario, pero la situación es propicia para formular algunas apostillas-

¹ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario*, 2ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires 2007 tomo I pág. 294.

I – LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS: LA INSOLVENCIA.

En “Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios”, publicado en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial (70° 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., trabajamos en un libro colectivo enfocando la acción individual de responsabilidad de terceros contra administradores societarios. No nos referimos a la acción que pueden intentar la propia sociedad y socios, particularmente los minoritarios, sino los terceros. Respecto a relaciones de trabajo podemos remitir a nuestro artículo “LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales), publicado en en libro colectivo “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundacion para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166, fijando rigurosos criterios en torno a la responsabilidad que asumen en ciertos supuestos los administradores de sociedades.

En el primero de ellos 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”.

2.. En el segundo de esos artículos “LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)”, **hemos señalado en el punto VII** – “ALGUNOS CRITERIOS SOBRE INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA CORTE O SUS MINISTROS”. En el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine de ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas. En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste. Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

- a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente
- b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta, pero también otros múltiples casos.

- c. Infracapitalización material constitutiva
- d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Los dos últimos casos están vinculados a una incapacidad patrimonial o insolvencia genética, y la continuación de operar en estado de cesación de pagos implica, a nuestro entender, actividad ilícita con la consiguiente sanción prevista en el art. 19 LS+.

3. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giuridica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil*², o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el referido caso Palomeque³. Es, a la postre la inoponibilidad del beneficio de la limitación de responsabilidad⁴.

Así quedaría fundada la aplicación de esa norma en los casos laborales que hemos referenciado en otros trabajos⁵. Nissen⁶ afirma que la limitación de la responsabilidad de los accionistas no constituye un principio absoluto en nuestro derecho, y requiere que el negocio societario respete su propia normativa en orden a una adecuada capitalización, ya que, es el capital social la garantía de los acreedores y el reaseguro de un emprendimiento que no es utilizado meramente para deslindar responsabilidades. La infracapitalización, en realidad la infrapatrimonialización, constituye un supuesto que puede generar tanto la aplicabilidad de la teoría de la “inoponibilidad” como la responsabilidad de administradores, pudiendo constituir un presupuesto de ilicitud cuando se contrate con terceros a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones que así se contraigan, que caiga en la previsión del art. 19 LS –actividad ilícita, aunque los actos cumplidos sean lícitos individualmente-. Justamente, como resulta del caso Palomeque, en el caso Daverede, Lorenzetti en su disidencia, punto 8 con cita de aquel fallo, señala in fine “porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenido al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley”, o sea que el desvío debería ser constitutivo y no posterior, con lo que discrepamos.

² MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.

³ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

⁴ 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.

⁵ Nto. “RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR RELACION LABORAL NO REGISTRADA”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, año I n° 4 pág. 59 y ss., y otros posteriores en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

⁶ NISSEN, Ricardo “Un magnífico fallo en materia de la inoponibilidad de la persona jurídica” L.L. Tomo 1999-B, pág. 2 y siguientes.

Como vemos la crisis fundamental de las sociedades es su infrapatrimonialización⁷, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad.

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 insolvente⁸, 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

⁷ La aplicabilidad del art. 54 ter 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, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. 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.

⁸ 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 - ED, 103-165. No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresaria tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho Admitiendo que el origen doctrinario de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales estadounidenses, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado procedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes ; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas ; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción ; tipo de negocio de cada uno de ellas ; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa ; posibilidad de error en al contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. - Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derechos a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. - La doctrina del "disregard" ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y

teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores⁹.

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: “Cabe señalar, respecto de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a indemnizar el daño, la cual es diferente a la del obligado solidario en las obligaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar y ello por cuanto la solidaridad no se presume (art. 701 del Código Civil) y debe ser juzgada en forma restrictiva ... Para imponer la responsabilidad de los directores de la sociedad demandada por omisión en las registración de la actora, resulta necesario demostrar el daño, que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave. Por lo demás, la responsabilidad es por la actuación personal y no alcanza a otras que no correspondan a la gestión. Aquélla ha de juzgarse en concreto, atendiendo a las específicas funciones asignadas personalmente por el estatuto, reglamento o decisión de la asamblea en el área de la empresa propia de su incumbencia. ... Esta Corte ha descalificado la aplicación indiscriminada de la desestimación de la personalidad jurídica y los jueces ordinarios deben conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660; 321:2294, 3201; 325:1515; 326:1138, entre muchos otros) ... En las causas "Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. (en liquidación) y otros" y "Palomeque, Aldo René c. Benemeth S.A. y otro", registradas en Fallos: 325:2817 y 326:1062, respectivamente, esta Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía ... Conforme la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/despido", del 4 de julio de 2003, (Fallos: 326:2156), no es arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley¹⁰ ... La causal de responsabilidad prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 debe interpretarse en forma restrictiva, porque, de lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal

actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo ; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCom, Sala A, 9/8/79, "Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial<%0> Hoy SA", LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

⁹ CSJN in re "Daverede Ana M. c Mediconex S.A. y otros, La Ley IMP. 2007-13 (Julio) 1330.

¹⁰ Sin duda el Dr. Lorenzetti se refiere al equívoco de invocar normas de responsabilidad cuando se intenta aplicar el régimen del art. 54 ter LS, aunque la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad – que si ocurre en ese derecho pero no en el nuestro, ni tampoco la inoponibilidad- son formas de responsabilización, lo que no aparece desatinado, siendo la norma referida una forma de responsabilidad en las relaciones de organización. El criterio no es distinto del seguido en el caso Palomeque. Y a ese criterio respondería el párrafo siguiente que se transcribe del voto del Presidente de la Corte, al referirse al art. 54 ter LS como norma de responsabilidad.

estructurado sobre la base del art. 2^o de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza "para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1^o de la ley 19.550". ... El propósito de la norma prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550 es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley 19550 responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad... 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 demandada¹¹, 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 empresaria ... En Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo 28 de 2008, "Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro".

5. Si bien el recaudo de la insolvencia referido lo consideramos relativo por no exigido por la norma resulta obvio para ciertos supuestos por razones prácticas. 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 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 disolución¹². Ello importa por un lado la imputación directa a quienes 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

¹¹ 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.

¹² RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

medio ajeno al cumplimiento del objeto social, causa lícita del negocio societario y de la constitución de la persona jurídica.

Adviértase entonces la sintonía de la infrapatrimonialización constitutiva, o de la falta de un plan de negocios coherente, para imputar las obligaciones a los controlantes en caso de incapacidad patrimonial de la sociedad, sea constitutiva o devenida si la sociedad no es sometida al proceso de liquidación previsto por la ley, que permita transparentar que la sociedad no fue usada en forma abusiva y la eventual insuficiencia patrimonial resulta del riesgo empresario no imputable ni a los socios ni a los administradores.

“El tercer párrafo del art. 54 de la ley de sociedades hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere concretamente a las actuaciones de la sociedad que encubran la consecución de fines extrasocietarios, constituyan un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, y determina que, en el caso se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Algunas veces no será fácil demostrar que la sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o de violar la ley. ...A los fines de la aplicación del tercer párrafo del artículo 54 de la ley 19550 y en rigor de verdad, no resulta necesaria la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad como escudo de incumplimiento, sino que es suficiente por ejemplo, con la demostración de la violación de las normas de orden público por parte de la sociedad. No es una transformación de la obligación ni tampoco su novación sino una privación parcial de efectos frente a terceros. La sociedad siempre seguirá siendo el sujeto obligado sólo que se extiende la relación pasiva por un accionar abusivo que hace caer su cobertura técnica condicionada que le proporciona esa personalidad limitada”¹³.

6. Adviértase el cambio de criterio con la jurisprudencia que relatamos de seguido, que no podemos sino vincular a la insolvencia.

“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. Tal accionar constituye un recurso para violar la ley, el orden público (arts. 7, 12, 13 y 14 de la LCT), la buena fe (art. 63 LCT) y para frustrar derechos de terceros (el propio trabajador, el sistema de seguridad social, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial)...La práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado constituyen irregularidades que configuran violaciones de la ley y que generan la responsabilidad solidaria de los administradores por los daños ocasionados con su conducta al trabajador, con sustento en los arts. 59, 157 y 274 de la L.S. ...No es lo mismo omitir el pago del salario o no efectuar el depósito de los aportes y contribuciones en tiempo oportuno (que son típicos incumplimientos de índole contractual) que urdir maniobras tendientes a encubrir la relación laboral o a disminuir la antigüedad real, o bien a ocultar toda o una parte de la remuneración...porque, 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 perfeccionan (arts. 172 y 173 y concordantes del C. Penal)...Cabe responsabilizar a los directores codemandados con la sociedad empleadora, con sustento

¹³ CNTrabajo, Sala IV, Marzo 31 de 2008, “Poledo Ricardo Gastón contra Fundación Samuel Germán y otros sobre despido”

en los arts. 54, 59, 157 y 274 de la L.S., en forma solidaria e ilimitada, por los daños que son consecuencia de su conducta fraudulenta (la falta de inscripción y la inscripción defectuosa)...Si no está controvertido en autos que el demandado es presidente del directorio de la sociedad demandada, debe tenerse presente que el artículo 59 de la ley 19550 imputa responsabilidad a los administradores y representantes de la sociedad....En las sociedades por acciones, el principio es que los directores no contraen responsabilidad personal ni solidaria por los actos realizados de conformidad con la ley, el estatuto y las resoluciones asamblearias, y en tanto hayan observado el cumplimiento del objeto social los que en tal caso han de considerarse válidos y legales. Para que tal responsabilidad opere es necesario la existencia de culpa, la cual se erige como fundamento de la responsabilidad, siendo una noción adecuada a cada caso y persona en concreto a apreciar prudencialmente por el juez y dicha apreciación debe hacerse a la luz de las pautas configuradas en los arts. 59 de la ley 19550 y 512 y 902 del Código Civil....Si está demostrada la irregularidad registral del salario de la actora, tal ilicitud constituye un quebrantamiento de la lealtad y la diligencia exigible a un "buen hombre de negocios en los términos de los artículos. 59 y 274 de la ley 19550, por lo cual, si el demandado reviste la condición de presidente del directorio de la sociedad demandada, aquel está incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la primera de las normas citadas. ...La noción de "buen hombre de negocios" previsto por el artículo 59 de la ley 19550 importa una auténtica responsabilidad profesional -capacidad técnica, experiencia y conocimiento- que se evalúa teniendo en cuenta factores tales como la dimensión de la sociedad, su objeto, etc., por lo que devienen aplicables al presente caso los arts. 902 y 909 del Código Civil, estableciendo la primera de dichas normas que "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos", mientras que el art. 909, C. Civ. Establece que "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes"....Cuando una sociedad anónima realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274 de la ley de sociedades;; pero no porque deba caer el velo societario sino porque éstos organizaron maniobras que no sólo estaban dirigidas a incumplir obligaciones contractuales sino, además, a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar al sistema de seguridad social. Esta conducta (dolosa y en violación de la ley) genera la responsabilidad de los directores codemandados en los términos de los citados arts. 54, 59, 157 y 274 de la ley 19550, pero sólo respecto de los perjuicios que sean consecuencia de esa ilicitud que, en el caso, están representados por las indemnizaciones derivadas de las irregularidades registrales y de la ruptura del contrato -motivada, entre otras razones, por la negativa de la demandada a subsanar dicha irregularidad- y ello es así, porque la acción de responsabilidad contra los directores está sujeta a los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, entre los que se encuentra la adecuada relación de causalidad entre la inconducta y el daño causado (del voto del Dr. Guisado)....En las acciones de responsabilidad, la acreditación de la adecuada relación de causalidad entre la inconducta y el daño causado cumple la función de precisar el alcance de la reparación, ya que el daño es indemnizable sólo en la medida en que responde al hecho generador como consecuencia jurídica atribuible al responsable y lo mismo cabe decir de la acción de

responsabilidad contra los socios, máxime cuando, según el texto del citado art. 54 de la L.S., la obligación de responder se limita a "los perjuicios causados" como consecuencia de la actuación ilícita (del voto del Dr. Guisado).” CNTrabajo, Sala IV, Septiembre 18 de 2008, “B.A.L. contra Italfina y otro sobre despido”.

II – DEFINIENDO LA CRISIS SOCIETARIA Y LA ZONA DE RIESGO PARA LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS.

Dentro de la limitación de responsabilidad por cuestiones laborales que introduce el fallo que destacamos, resulta importante referirse a la cesación de pagos de las sociedades, y a los estados de crisis.

La crisis de la sociedad puede no implicar su estado de cesación de pagos. Ello impone algunas aclaraciones en orden a las conductas de los administradores.

1. Pese al postulado de la conservación de la empresa, los propios administradores societarios suelen no tener en cuenta ciertas situaciones del patrimonio societario, al no asumir las conductas que les marca la ley societaria, para paliar la crisis y asegurar aquella conservación, conductas que hoy se encuentran remarcadas por las teorías y códigos éticos devenidos de la “responsabilidad social empresaria” o “responsabilidad social corporativa”.

2. Llevando la cuestión al justo punto Daniel Roque Vítolo¹⁴ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado ... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como *normal* pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como "*ció que segna el con fine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino¹⁵, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos "hace muchos años..." o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificaron de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan”.

3. Continúa Vitolo refiriéndose a la detección del estado de crisis o “zona de insolvencia”: “Parecería que en nuestro régimen jurídico no habría resistencia para que pudiera acogerse el concepto desarrollado por el derecho norteamericano respecto de la *zona de insolvencia*. La ley 24.522, al igual que su anterior 19.551 aceptó el principio del *estado de cesación de pagos* como presupuesto objetivo para la solicitud de un concurso preventivo o la declaración en quiebra. ... parecería *prima facie* que -dentro de nuestro ordenamiento legal- el *test del flujo de caja (cash flow)* sería el más adecuado para ajustarnos a poder determinar el ingreso de la actividad societaria a la *zona de insolvencia*. Sin embargo, a poco que se profundice el análisis podremos

¹⁴ “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207

¹⁵ Justamente a este tema nos referiremos al abrir los trabajos de Comisión en el inmediato “VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, a desenvolverse en Mendoza, República Argentina, a partir del 4 de abril de 2009, que puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

advertir que tanto la incorporación de un concepto amplio, respecto de lo que debe entenderse por estado de *cesación de pagos*, como que el *análisis transaccional* no necesariamente es *revelador* de esa situación sino que sólo puede llegar a serlo, llevan a que -desde nuestro punto de vista se deba recurrir -necesariamente- a los tres análisis simultáneamente: a) balance, b) flujo de caja, y c) evidencia transaccional, para que -de la comparación de los resultados que arrojen los mismos- los administradores de sociedades comerciales puedan determinar claramente si la sociedad está ingresando o ha ingresado en la denominada "zona de insolvencia" o si, por el contrario, se encuentra fuera de ella”.

4. La expresión y alcance de la locución “zona de insolvencia” la han usado Barreiro y Truffat en “*Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*”¹⁶, citando a Lorente –expresión que no se corresponde a nuestras expresiones vinculadas a la operatoria de sociedades ya en “cesación de pagos”-, donde puede resultar alguna aparente desinteligencia entre nuestras posiciones. Ello pareció manifestarse nuevamente en reciente artículo de Lorente en el libro del Instituto Argentino de Derecho Comercial donde tipifica claramente la “zona de insolvencia” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera.

5. Señala Lorente en ese reciente artículo¹⁷. “La difícil noción de la “zona de insolvencia” se convierte en una cuestión espinosa para los administradores sociales, tanto en Estados Unidos como en Argentina”, y ya hemos apuntado las reflexiones de Vitolo sobre ese mismo aspecto.

Sobre este mismo tópico conversábamos hace poco con el jurista rosarino Miguel Raspall¹⁸, que apuntaba que compartiría con nuestras tesis sobre responsabilidad de administradores societarios en supuestos de insolvencia, si nos refiriéramos a obligaciones contraídas en “zona roja” o sea con cesación de pagos, y no en “zona gris” donde no estaba aún claramente definido ese estado. La conversación introdujo la expresión “zona” en ambos colores. Reafirmamos en ese caso que no pensábamos distinto, que siempre nos referíamos en supuestos de obrar claramente en estado de cesación de pagos, y no de crisis –zona gris (zona de insolvencia para Lorente)- donde se impone la planificación, y sólo podía generarse responsabilidad frente a un obrar doloso y no meramente omisivo.

¹⁶ En Doctrina Societaria y Concursal, Octubre 2005, tomo XVII, pág. 1205.

¹⁷ “Una cuestión difícilísima: definir la zona de insolvencia” pag. 333, n° 3.

¹⁸ Miembro también del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, lo hacíamos en el marco de las IV Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República, que organizara esa Academia, el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y la Fundación para Estudios de la Empresa, 16 y 17 de junio de 2009 (ver “Ensayos de Derecho Empesario” n° 5), donde también se formalizó un homenaje a los Profesores Eméritos y Miembros de Número de esa Academia, fallecidos, Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra. El número de Ensayos fue dedicado a homenajear a Mauricio C. Yadarola, caracterizando así a lo que llamamos la Escuela Comercialista de Córdoba.

A su vez, de conversaciones con el distinguido amigo y colega Francisco Junyent Bas sobre estos aspectos, este tratadista entiende que la “zona de insolvencia” no es otra que la recogida por la ley de concursos y quiebras argentina (LCQA) en su art. 174 al extender ciertas responsabilidades “a los actos practicados hasta un año antes desde la fecha inicial de la cesación de pagos”, referida a actos cumplidos por “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido y agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados” (art. 173 LCQA). Esta aguda visión del colega se completa con una visión histórica sobre la reiteración de esta norma en las leyes precedentes del derecho patrio y comparado. Si bien esa responsabilidad en zona de insolvencia se abre sólo en caso de quiebra, significa una adecuada interpretación para cuando corresponda analizar la responsabilidad de administradores por actos cumplidos en cesación de pagos, aunque no medie declaración de quiebra por cuanto lograran homologar un acuerdo.

6. Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil flexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...”¹⁹.

A esas imprecisiones de nuestras conversaciones y apreciaciones agréguese la terminología proveniente de legislaciones o prácticas foráneas. Apunta Truffat correctamente en torno a la importación de soluciones del “derecho comparado”²⁰: “... la asunción acrítica del modelo americano incurrió en la increíble contradicción de importar la flexibilidad y libertad negocial americana, pero dejando en el camino a la clave de bóveda del sistema: el poderoso juez de bancarrotas con que cuenta tal sistema, y que es el supremo garante del *fair play*”²¹.

¹⁹ HART, H.L.A. *Definición y teoría de la ciencia del derecho* en “Derecho y moral. Contribución a su análisis”, trad. Gerardo L. Carrió, Buenos Aires, Depalma; RAMÍREZ, Jorge Alejandro *Esencialismo vs. Convencionalismo. El planteo superador de Hart*, a pág. 99 del Encuentro Nacional de profesores de “Introducción al Derecho” y Teoría General del Derecho”, Vaquerías 2009 – Córdoba, edición de ponencias.

²⁰ TRUFFAT, E. Daniel *LA ABUSIVIDAD DE LA PROPUESTA Y LA MORALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS EN LO ATINENTE –PRECISAMENTE- A LA OFERTA DEL DEUDOR*. citado.

²¹ Cabe apuntar la relatividad de esas normas en el país aunque se invoque el derecho extranjero: “Aún admitiendo que no se haya demostrado en forma apropiada el derecho extranjero alegado en virtud de no haberse aportado el texto material de la ley, lo cierto es que el diferendo suscitado entre las partes y que motiva el litigio debe ser resuelto con sujeción a las indicaciones del derecho nacional, pues resulta inaceptable que una contienda culmine con el rechazo de la demanda por inexistencia de un ordenamiento jurídico. Bajo el régimen de la ley 22.434 el Juez tendrá, ahora, siempre, una ley para aplicar en el proceso; normalmente será la nacional y como excepción la extranjera, a

7. Frente a la crisis financiera-económica, incluso ante la cesación de pagos, de sociedades –lo que algunos llaman “zona de insolvencia” aún sin cesación de pagos- los administradores no pueden dejar de advertir señales tales como la infrapatrimonialización, sobreendeudamiento o insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o para cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena).

Centrando la cuestión que nos preocupa, y debe preocupar a los administradores societarios, expresa Vitolo en su referido trabajo: “La primera pregunta que todos los directores deben hacerse es ¿cuáles son los criterios utilizados para determinar cuándo una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia (también referida como cercanía de insolvencia o insolvencia de hecho)? *III. 2. Las pruebas de insolvencia.* Los tribunales americanos han reconocido tres pruebas financieras generales para determinar si una sociedad se encuentra dentro de la *zona de insolvencia*. Si a una sociedad determinada se aplica cualquiera de ellas, y el resultado es negativo, podrá concluirse -a juicio de dichos tribunales- que la misma ha entrado en *zona de insolvencia*. a) *La prueba del balance* La primera de las pruebas es referida -habitualmente- como la *prueba del balance*. Según ésta, una sociedad ha entrado en la zona de insolvencia cuando su pasivo supera su activo. Esta es una prueba directa -y simple- que muchos tribunales han adoptado. b) *La prueba del flujo de caja (cash flow)* La segunda es una simple prueba de flujo de caja. Básicamente, cuando una sociedad no puede pagar sus deudas a medida que éstas se vuelven exigibles, ha entrado en zona de insolvencia. c) *La prueba del análisis transaccional*. Finalmente, la tercera prueba es un análisis *transaccional*. Cuando una sociedad realiza una transacción de la cual resulta un irrazonable -por pequeño- remanente de capital en dicha sociedad y ésta enfrenta un razonable riesgo de insolvencia, ha entrado en la zona de insolvencia d) *Interacción entre las pruebas*. Cada prueba representa una investigación intensiva de hechos por parte del directorio. Si éste, luego de examinar los medios financieros de una sociedad o el impacto de una potencial transacción, determina que la sociedad no supera cualquiera de las tres pruebas, debe concluir que ésta ha entrado en la zona de insolvencia; aunque esto no determine que la sociedad sea -realmente- insolvente, o que posteriormente se la declare en quiebra”.

8. Adviértase que esas señales coinciden con la generación de causales de disolución de la sociedad: en el balance un pasivo mayor que el activo la causal de pérdida del capital social, un flujo de caja inadecuado para atender las obligaciones ordinarias se suma a lo anterior para tipificar la causal de “imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social”.

9. Debemos apuntar que la jurisprudencia americana sobre la que alerta Lorente las diferenciaciones, no es ajena a ambigüedades²². A ello debe sumarse las referencias terminológicas. Es necesario señalar que en acciones promovidas por accionistas en lo

condición de ser alegado por los justiciables, y su adecuación a nuestro régimen. No existirá problema de carga de la prueba, pues el magistrado deberá concederla. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, Sala C CREDIT SUISSE c/ COREN SCA s/ ORDINARIO SENTENCIA del 21 de Abril de 1989 SAIJ (Sumario. N0002556). En estos supuestos ni siquiera se da la situación que comenta BOGGIANO, Antonio “Curso de Derecho Internacional Privado”, pág.194/5: Cuando se trata de aplicar derecho extranjero, “...Hay que decidir el caso tal como lo solucionaría el juez del país cuyo derecho sería aplicable si tuviese jurisdicción (*foreign court theory*). Hay que imitar la probable sentencia del juez extranjero...Ello conduce a pensar que el juez extranjero, muy probablemente tomará en cuenta y aplicará aquellas proposiciones jurídicas definitivas que desarrollan conceptos de los tipos legales o las consecuencias jurídicas...Todas las clasificaciones normativamente relevantes del derecho extranjero han de ser tenidas en cuenta, como seguramente lo haría el juez del sistema foráneo...”.

que el distinguido amigo llama la “zona de insolvencia” o sea la “red flags”, debe apuntarse que la restrictiva jurisprudencia que se cita de los tribunales de Delaware aceptan la responsabilidad cuando no existe buena fe, o sea dolo –ni siquiera culpa grave- por violación del deber de lealtad (*duty of loyalty*) y no meramente violación de la diligencia –activa u omisiva- (*duty of care*). No es el supuesto de acreedores vinculados en tiempos de cesación de pagos.

Se verá que la cuestión es bien distinta a la que perfila nuestro art. 59 LSA²³, o sea a los factores de atribución de culpa y dolo. La jurisprudencia de Delaware –traída al comentario- rechaza las acciones contra los administradores si no se acreditan circunstancias indicativas de la mala fe, considerada necesaria para hacer valer la responsabilidad de los directores en relación a sus deberes de control²⁴.

10. Parecería que en ciertos casos puede ser difícil distinguir “zona de insolvencia” de cesación de pagos. No debería serlo para los administradores mismos de la sociedad del caso.

Vitolo amonesta sobre el punto continuando sus conclusiones “Advertido esto, dentro de las pautas de conducta que se marcan en el art. 59 de la ley 19.550, *los administradores deberán tomar muy en cuenta los caminos a seguir, ya que su pasividad, tolerancia o la decisión expresa de continuar operando en la zona de insolvencia -sin tomar medidas específicas respecto de ello-, resultarán -necesariamente- elementos generadores de responsabilidad dentro de ese marco tan atípico cual es la responsabilidad societaria;* en especial en el caso de los directores de sociedades anónimas donde la responsabilidad deviene del carácter solidario con que la ley imperativamente sanciona a los integrantes del órgano de administración. Del mismo modo, cuando la conducta en este sentido adquiera carácter doloso, las responsabilidades concursales pertinentes también resultarán aplicables”.

11. Esas manifestaciones patrimoniales implican el mayor conflicto pues involucran la propia existencia de la sociedad al generarse causales de disolución que precipitan la etapa liquidatoria.

Abundando remitimos a lo expresado en el trabajo *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*²⁵.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia actuar para paliarla –

²² ANDRELLI, G. *Doveri di controllo degli amministratori e crisi finanziaria: una decisione della Chancery Court del Delaware* en Rivista delle Società, anno 54°, 2009, marzo-giugno pág. 579.

²³ RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999, pág. 229 y concordantes. RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades”, pág. 407, en Libro colectivo *Nuevas Perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, coordinado por Daniel R. Vitolo y Marta G. Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires abril 2005, también nro. “Responsabilidad de Administradores y Socios por no asumir tempestivamente la crisis” en *Problemas y cuestiones sobre las sociedades*, libro colectivo dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 345, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, Pcia. de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

²⁴ Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964, A ed 206 (Del. Ch. 2009). Si los administradores han organizado un adecuado sistema de control interno.

²⁵ En Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar Buenos Aires septiembre 2009.

planificando²⁶-, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios²⁷, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo²⁸ o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades. No sólo de prevención de la insolvencia, sino aún de resolverla cuando ya se hubiera producido la cesación de pagos.

Ante la crisis un buen administrador debe intentar afrontarla, con una planificación informal o formal, un faro. Y que si continua contratando en cesación de pagos (zona de cesación de pagos), asume responsabilidad frente a esos acreedores. En este aspecto aparece total coincidencia.

III – ¿FRENTE A QUIÉNES RESPONDEN LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES? ¿QUÉ INTERESES DEBE TUTELAR?.

En “LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA”, comunicaión al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, a realizarse en la Ciudad de Montepulciano, organizado por la Prof. Stefania Pacchi de la Universidad de Siena²⁹, nos hemos referido entre otras cosas a “III - INTERESES A TUTELAR”.

Sostenemos que hay que poner en claro que se quiere proteger, si a la empresa en general, la seguridad jurídica, a los administradores o únicamente a la empresa en problemas.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización³⁰, de una sociedad. Desequilibrios quizá transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial.

La cuestión toma interés para el análisis del caso, por la condena que impone la sociedad al Presidente de la sociedad empleadora, que no fue actora en el juicio. O sea que no existía pretensión de la sociedad demandada contra su Presidente. La condena surge de acotar la pretensión del empleado, manteniendo su reclamo frente a la sociedad, rechazándolo contra el Presidente, pero imponiendo a éste el pago de las multas que debió soportar la sociedad no demandante.

1. En un trabajo del maestro Héctor Alegría *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*³¹, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis, tiene a bien hacer una condescendiente

²⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; RICHARD, EFRAÍN HUGO *El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

²⁷ Supuestos extraordinarios pueden imponer que sean los mismos administradores quiénes deben tomar la resolución, como en megaempresas con gran dilución del poder. Pero en tal caso serán los administradores los que decidan la capitalización u otra medida extraordinaria, sin perjuicio de la oportuna ratificación.

²⁸ Porque es un camino llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir –o no pueden- socios y administradores, o incorporarlos a los riesgos de la misma con un plan sustentable.

²⁹ 23/27 de septiembre de 2009, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal del que somos Vicepresidente Académico –ya por dos períodos-, en el que se nos encomendó Presidir la Comisión que lleva el título de nuestro trabajo que puede verse en la citada página electrónica de la Academia.

³⁰ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en La Ley Actualidad, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

³¹ Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la *solución de la crisis*, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores”.

Ello (sin ser textual) representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resultan de informes generales en concursos preventivos que apuntan cesaciones de pago de larga data –como concuerda Vitolo- sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Esa forma de administrar debe serlo desde la constitución de la sociedad.

Sigue el distinguido jurista “ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo *ex post* o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Hemos tranquilizado al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente³². Concretamente debe poner la cuestión en manos de los socios, presentándoles algún plan para afrontar la crisis. Es el mismo criterio previsto por Alegría en el año 1983³³ al pergeñar las soluciones regladas en los hoy derogados arts. 125.1/125.2 de la ley 19551, que sometían la validez de los actos a la razonabilidad de un plan, juzgado recién al fracasar pero con la óptica de ser descartable a la fecha de su presentación.

2. Particularmente en orden al conflicto de intereses que se genera en lo interno de la sociedad, en su dimensión contemporánea para la gran empresa, entre el interés de los socios, de los partícipes –previstos en la nueva legislación italiana y no descartable en el sistema jurídico argentino- y los obligacionistas como inversores institucionales u otros acreedores, se pone el énfasis en las obligaciones de los administradores, respecto a los procedimientos decisionales y organizativos diseñados *ex ante*³⁴.

³² La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en *Responsabilidad de administradores y represenantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¿Se acabó la sequía!*, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

³³ Una formula eficaz que evitaba su análisis inmediato, pero que abría la posibilidad de atacar actos, y sin duda generar responsabilidad, ante su insensatez, generada por la Comisión integrada por Alberti, Alegría, Farina, Quintana Ferreyra y Obeid.

³⁴ CHIAPETTA, Francesco *Finanziamento della società poer azioni e interesse sociale* en *Rivista delle Società* anno 51° / 2006 pág. 668 y ss..

¿Que intereses deben tutelarse frente a la crisis de una organización empresarial-societaria? Vitolo -en el trabajo que nos atrapa- da respuestas que copiamos: “*III. 3. El problema de los intereses representados en la visión del common law.* Una vez que el directorio ha determinado que la sociedad está en zona de insolvencia, la segunda pregunta que deben hacerse los administradores -en el caso de las sociedades anónimas los directores- es ¿qué obligaciones fiduciarias se deben y a quién? En general, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor. Por ejemplo, el Tribunal Concursal del Distrito Norte de Illinois, dispuso que los directores de las sociedades solventes únicamente deben obligaciones fiduciarias a los accionistas ya que son realmente éstos los dueños de la sociedad y el manejo de los activos societarios se encuentra a cargo de los directores. También el tribunal Judicial de Delaware reconoció la regla general referida a que los directores no tienen obligaciones con los acreedores más allá de los términos contractuales relevantes, no existiendo circunstancias especiales tales como la insolvencia. El motivo fundamental de la obligación para con los accionistas es que los acreedores celebren contratos con las sociedades sobre los cuales se basan sus reclamos. Por lo tanto, por definición, una sociedad *solvente* es aquella que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones monetarias contractuales y se presume que los acreedores se encuentran protegidos por los términos de los derechos que emanan de los contratos celebrados con aquélla. Por otra parte, los accionistas dependen de la habilidad gerencial del directorio para lograr un recupero de sus inversiones y consecuentemente la ley le impone a éste un deber fiduciario para con los -según ella "vulnerables"- accionistas”. Sigue Vitolo “Sin embargo, cuando se determina que una sociedad está en zona de insolvencia, los acreedores ya no pueden confiar en lo que establecen sus contratos para asegurar el pago de sus créditos pues, más allá de la letra o el espíritu del instrumento o de la convención, aparece un nuevo elemento cual es el que la sociedad deudora resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones en forma regular. Por lo tanto, cuando una sociedad entra en la zona de insolvencia, el *common law* tiene bien establecido que los deberes fiduciarios del directorio varían para incluir -entre ellos- *la preservación de los activos de la sociedad para beneficio de los acreedores*; un elemento que -hasta ese momento- no se encontraba entre aquellos a ser evaluados por los directores de la sociedad deudora en la conducción de sus actos de administración ordinaria del negocio....Otro motivo para el cambio en los deberes fiduciarios del directorio es la potencial conducta oportunista en tiempos de insolvencia. Tal conducta puede incluir la venta de bienes a precios de liquidación y la irrazonable asunción de riesgos por parte del directorio. En efecto; los tribunales han advertido que la posibilidad de cercana insolvencia puede provocar acciones curiosas para crear incentivos, exponiendo a los acreedores a riesgos de conductas oportunistas como las de apostar con el dinero de los demás, bajo la figura de la *traslación de riesgos*; es decir, cuando los accionistas dejan de tener un valor real respecto de sus derechos sobre el capital, porque han sido desplazados en tal interés por los acreedores, la operación de la sociedad se efectúa sobre la base de la asunción de eventuales pérdidas sólo por los acreedores sociales. Por el contrario, la eventual ganancia, redundará en beneficio de los accionistas si el *equity* se nivela y se torna positivo. El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales”.

3. ¿Interés de los socios, interés de los acreedores e interés en la conservación de la empresa como tutela de los múltiples intereses que en ella convergen?

Entrelíneas que EMBID IRUJO apunta que en la versión del proyecto de ley de sociedades por acciones de España se refería al interés común de los socios, pero con la versión definitiva de la ley se asienta el “interés de la sociedad”, huyéndose así en el Derecho español de planteamientos habituales en el debate sobre el Corporate Governance, como la idea de creación de valor para el accionista (shareholder value), proyectándose así en el art. 127 bis de la ley española “la idea del interés social como interés de la sociedad para desbordar el estricto significado contractual atribuible a la fórmula anterior para proyectarse hacia el ámbito de la empresa social”, y el Directorio se “guió por el interés de la Compañía, entendido como haber máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa, respeto a las leyes y reglamentos, cumplimiento de buena fe de sus obligaciones y contratos –del Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas promovido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España-, sin aludir al mayor valor para los accionistas y subrayando el “interés de la empresa”³⁵. Las reglas de la “responsabilidad social corporativa” asumen conductas que excluyen los procesos concursales en la mayoría de los casos.

Sigue Vitolo, casi atendiendo a las reflexiones que hacemos: “Sin embargo, este cambio de deberes no significa que el directorio no deba considerar otros sectores en su proceso de toma de decisiones. De hecho, los directores se enfrentan con la tarea de considerar a todos los sectores en sus decisiones, incluyendo a los accionistas y a los acreedores, pero no sólo a éstos. ¿Es tan simple la cuestión de reemplazar a los accionistas por los acreedores en relación con la titularidad de los derechos a ser protegidos, o también algo debe hacerse y decirse en relación con la sociedad misma? Frente a la realidad de la empresa y su concepción actual como un subsistema dentro de un sistema social más amplio ¿puede soslayarse tener en cuenta al momento de establecer los deberes fiduciarios de los administradores el interés "social" de la empresa que subyace bajo la figura de la sociedad titular del mismo? O, dicho de otro modo ¿no hay que prestar también atención a la posibilidad de continuidad del emprendimiento relacionando dicha posibilidad con un deber de protección, por parte de los administradores, del mayor valor creado por la organización que revalúa sus activos -especialmente los intangibles a través de la conceptualización de la *empresa en marcha*?. El caso primordial referido a las obligaciones del directorio -en el derecho norteamericano- y que se ocupó de acercar algo de luz al respecto, es el del *Crédit Lyonnais Bank*. En ese caso el Tribunal Judicial de Delaware entendió que cuando una sociedad opera cerca de la insolvencia, el directorio no es simplemente un representante de quienes tienen el riesgo residual, sino que tiene un deber -también- para con la sociedad misma”. Son expresiones que se corresponden a la RSC.

4. Es que la continuidad de la empresa, satisface intereses generales convergentes, incluso de los acreedores, sin descartar los de los socios, como son los de los trabajadores y los de la comunidad donde se inserta la actividad en riesgo.

Afrontando la crisis 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

³⁵ EMBID IRUJO, José Miguel “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas” en Cuadernos de Derecho y Comercio 46, Diciembre de 2006, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid especialmente págs. 25 a 28. A págs. 9 y ss., p. 12 expresa “en la doctrina española se había consolidado en los últimos años un planteamiento, de raíz norteamericana, con arreglo al cual los administradores, en el ejercicio de su función, venían sometidos a dos deberes generales que, al modo de dos grandes categorías básicas, definían y perfilaban un comportamiento: el deber de diligencia (duty of care) y el deber de lealtad (duty of loyalty)

comunidad donde la actividad esta instalada, conforme aconsejan las reglas éticas de la RSC..

5. Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalar: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios³⁶. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial³⁷.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde esta inserta la empresa, etc.. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuyo cumplimiento convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad³⁸ como forma de materializar la "idea de empresa". La legislación de Grecia impone considerar, ante la crisis, los intereses de la sociedad. Igualmente la del Estado de Israel. En Sudáfrica si los directores de una sociedad continúan obteniendo crédito cuando son conscientes de que la sociedad no puede para sus obligaciones, pueden ser responsables en forma personal por las deudas de ésta. Los directores deben también un deber general de actuar en el mejor interés de la sociedad.

En Inglaterra, el director de una sociedad es responsable de la operatoria diaria de la actividad comercial y como tal, tiene bajo su control la administración de los gastos y de las transacciones de la actividad. Los directores tienen un deber principal de diligencia para con la sociedad. Existe una obligación específica de actuar en el mejor interés de la sociedad y de minimizar cualquier pérdida para los acreedores.

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” pueda solucionar su problema.

6. Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe

³⁶ *La conservación de la Empresa* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar. MICELLI, Maria I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

³⁷ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

³⁸ ETCHEVERRY, Raúl Anibal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción.

Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa –como reflexionaremos más adelante-, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos.

El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria.

7. Nuestra inicial posición sobre los remedios que deben aplicar tempranamente los administradores societarios, solitaria, encontró ha pocos años eco en trabajos de los distinguidos juristas Marcelo Barreiro, Javier Lorente y Daniel Truffat, entre otros, de lo que hicimos oportuna crónica³⁹. Barreiro y Truffat recuerdan la posición de Lorente – que contrastaría con la nuestra (¿?), pero influida por el derecho anglosajón, sobre el que alguna jurisprudencia hemos buceado⁴⁰-, señalando dichos autores que “sin olvidar la responsabilización que cupiera por maniobras al inicio de la crisis, en lo que hace hincapié es en la transferencia –a favor de los acreedores- del “equity” cuando la empresa entra en cesación de pagos. Es decir, en alguna medida hay un punto en que el interés de los accionistas⁴¹ debe dejar de ser el norte del obrar de los administradores porque, en ese momento, la sociedad es “de algún modo, en alguna medida” de propiedad de los acreedores y no más de los socios”, para señalar –ellos mismos- más adelante “Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito, deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hemos coincidido totalmente con esto, destacando que Lorente no descarta la acción de responsabilidad-.

Debe buscarse en la propia ley de cada país los principios rectores, los valores protegidos, la axiología concursal, para evitar desbordes que lleven a resultados no queridos, como el apuntado enriquecimiento sin causa y a la alteración de derechos de terceros a través del contrato, como se ha visto en el derecho argentino.

¿Cuáles son los deberes del administrador si la sociedad es patrimonialmente inepta para el cumplimiento del objeto social? Deberá someter la situación orgánicamente a consideración de los socios. La sociedad es un sujeto de derecho – persona jurídica- que el sistema jurídico entrega (como técnica de organización) para que los fundadores de una empresa puedan generar un centro de imputación autogestante⁴² y con responsabilidad limitada. Esa funcionalidad es el bien jurídico tutelado por el sistema societario, que otorga a la autonomía de la voluntad la capacidad jurídica de concebir personas jurídicas. Así aparece fundamental la tutela de la propia

³⁹ Nto. “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

⁴⁰ Entre otros en *Los administradores societarios y la insolvencia* cit., pág. 570/1.

⁴¹ GALGANO, Francesco “Las instituciones de la economía capitalista”, Ed. A, Barcelona 1900, pág. 79 en traducción de Carmen Alborch Bataller: Los empresarios han protagonizado “una existencia cada vez más extensa y apremiante... de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamando como incentivos a la actividad productiva”.

⁴² Centros de imputación no autogestantes lo constituyen los patrimonios destinados a un específico negocio incorporado en Italia (BIANCA, Mirzia *La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales* LL 20 junio 2005), y que se encuentran regulados en la mal llamada sociedad accidental o en participación en el art. 361 de la ley de sociedades argentina.

sociedad. A su vez se ha venido gestando la tutela de los acreedores no informados a través de la información, perfilando claramente lo que son las obligaciones de los administradores⁴³.

8. El interés a tutelar esta vinculado a una axiología de la empresa y de los sistemas jurídicos societario y particularmente el concursal como solución residual.

Sobre la axiología de la crisis nos hemos expedido⁴⁴: el valor es restituir a la empresa –o la sociedad- su viabilidad funcional.

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-.

“El principio de conservación de la empresa como razón de orden social y en especial en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza, constituye un presupuesto insoslayable en una interpretación finalista de la ley. Dicho de otro modo, sin actividad o –cuanto menos- potencial efectivo y evidente para el giro, no habría empresa que tutelar, ni fuente de trabajo que conservar”. Esta frase de Lidia Vaiser, Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (presidido ahora honorariamente por Sanguino Sanchez) ilumina la cuestión.

Esta referencia a la empresa acota también la reflexión en torno a concursos de sociedades que desenvuelven un objeto social como empresa, sumado a concursos de organizaciones con actividades que se entienda conveniente conservar –entidades deportivas, sociales y/o comunicacionales), con clara distinción de otro grupo de concursos de consumidores donde el principal objetivo es liberar un patrimonio ínfimo de las consecuencias de un endeudamiento inapropiado.

Centraremos nuestra atención únicamente en el primer grupo, atento justamente a la preclara prevención de Vaiser.

Si el objetivo es evitar la disociación del patrimonio eliminando el estado de cesación de pagos, la hipótesis que podríamos arriesgar es que la “axiología” del sistema sería asegurar el mantenimiento de la eficiencia de la actividad empresarial, evitando la disgregación del patrimonio, asegurando su consistencia para el cumplimiento del objeto –causa de constitución- de la organización empresarial o a proteger. Y deberíamos apuntar que ello debería acaecer desde el nacimiento de ese patrimonio afectado y durante toda la funcionalidad de la “empresa”.

9. 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. Dentro de nuestra sociedad, el mantenimiento de la fuente de trabajo, de lo que crea riqueza distribuible, de lo que genera bienes y servicios, aparecen como un bien común económico apreciable, tutelable como finalidad del legislador⁴⁵.

Devolver la potencialidad productiva puede aparecer como un bien común. Eliminar los factores que impiden que se generen bienes, se multipliquen las relaciones

⁴³ SPOLIDORO, Marco Saverio “Il capital sociale”, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993 pág. 99.

⁴⁴ AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), y RDCO Ensayo sobre la axiología del derecho concursal en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009

⁴⁵ QUINTANA - RICHARD trabajo citado.

jurídicas de contenido económico conforme el efecto multiplicador de las mismas, esparciendo riqueza y libre de los riesgos de incumplimiento, resulta tutelable. Esto aparece compuesto por el proceso concursal] conforme los efectos de su apertura, por las posibilidades de concertación y colaboración con los acreedores a través del acuerdo, o con la continuación de la empresa, o con el avenimiento, o con la liquidación de la empresa, libre del estado de cesación de pagos y del empresario que generó y no pudo resolver ese estado de cosas.

Representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México -publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”. Marca dos etapas la de conciliación y la de quiebra. El art. 3º reitera ese fin señalando que “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos...”, y conforme al art. 4º inc. 1º se entenderá por “Acreedores reconocidos, a aquéllos que adquieran tal carácter por virtud de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos”. Este es un tema muy importante pues importa una cuestión de legitimación substancial y procesal, que regla las relaciones entre los acreedores convocados y concurrentes a este proceso de reorganización. En el derecho portugués de la última década señala la Ordenanza respectiva en el párrafo primero: “el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferencia especialmente dirigida a la conservación de la empresa”.

La “conservación de la empresa” aparece así como declaración de interés público, y objetivo normativo-legislativo. Más limitadamente la ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

10. Nos preocupa –como venimos desarrollando- la comprensión de la expresión “conservación de la empresa”, usado latamente particularmente por alguna doctrina concursalista⁴⁶, y recogida sin mayores explicaciones –o peor aún justificación para el caso concreto- por la jurisprudencia.

Conservar la empresa no es lo mismo que reactivarla. Aquél es un aspecto societario interno. Un objetivo central debe ser “conservarla”, evitar que caiga en crisis. La crisis es un disvalor, que puede generar daños y si hay daños pueden existir responsables. Reactivar la empresa en crisis aparece un imperativo del derecho concursal. Al no haber podido conservar la empresa eficiente, al no haber podido superar la crisis por los medios normales al alcance de toda organización, debe intentarse la reactivación que aparece como un imperativo de la legislación concursal. Y diferencia entre conservación y reactivación parece justificar la apertura de procedimientos de crisis ante la mera avizoración de la crisis, conservando así la empresa y no meramente reactivándola.

⁴⁶ Volviendo a las referencias de Maffia: “Instituto” en el Diccionario de la Real Academia sólo encuentra una insinuación en “Finalidad, objetivo, competencia”, y Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual “Norma, regla o constitución de índole práctica en la vida en general, en la organización de una entidad, en la enseñanza, etc..”, debiendo vincularse a “Instituta” o “Compendio de derecho civil romano, basado especialmente en la jurisprudencia como expresión ésta de la opinión de los más famosos jurisperitos o jurisconsultos”.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento –limitados a la decisión empresaria que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”⁴⁷.

11. “Conservación” como principio axiológico o normativo resulta un imperativo impersonal. Es fundamental atribuir una “acción”, la que por tanto debe ser “conservar” la empresa. Luego atribuir el deber, obligación o función. Esa atribución recae indubitablemente en el legitimado para operar ese patrimonio, su propietario o su administrador. O sea que el titular de la propiedad o administración de los bienes, no sólo tiene derecho sobre los mismos, sino que tiene deberes en función de los intereses en juego y de la axiología generada. Debe conservar la empresa. Así como existe autonomía de la voluntad para generar patrimonios auto o heterogestantes, fijando la causa de esa gestación en el cumplimiento de un objeto u empresa, aportando los bienes para asegurar la eficiencia del nuevo centro de imputación, esos gestantes o las personas a quienes delegaron la conducción y administración “deben” conservar la empresa.

Es fundamental esta visión personalizada del deber de “conservar” la empresa, pues ello impone asumir la crisis tempestivamente, por los medios previstos en la legislación específica de ese centro imputativo (sociedad, asociación, fundación, fideicomiso...) y eventualmente a través del sistema concursal.

La lectura de la legislación concursal colombiana nos da pistas universales. Normalmente dentro de un patrimonio que actúa en el mercado existe una organización: una empresa, gran empresa, pequeña empresa o microempresa.

Referirse a “conservación” es impersonal y genera una suerte de dilución de roles. La empresa está vinculada a sujetos, pues es actividad generada y organizada por alguien, y por tanto les imponen la acción de conservar los medios, evaluando continuamente su posibilidad, para mantener la empresa viable. Conlleva el deber de asegurar su funcionalidad. Como deber frente a los intereses concurrentes. Aún en la idea primaria que el patrimonio gestado es la prenda común de los acreedores, patrimonio que tuvieron en cuenta al contratar.

Esta visión implica claramente poner acciones y deberes en los propietarios o en los administradores de la sociedad o ente, que actuando como “buenos hombres de negocios” deben adoptar las acciones para mantener viable la empresa –para que sea tal-, alejándose de actitudes omisivas frente a la crisis. Acciones u omisiones pueden derivar en responsabilidad, tema ajeno a este ensayo.

Esa reciente ley colombiana del 27.12.2006 establece el “Régimen de insolvencia empresarial”, declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”.

Fija claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, o sea de conservación de la empresa. Esta legislación es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la

⁴⁷ ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

insolvencia... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafos.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del art. 10º que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

Deberá presentarse conforme el art. 13 ap. 6 “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

El empresario –individual o social- afronta en su actividad un riesgo típico e inmanente, sujeto a la eventualidad de errores de gestión o de eventos externos más o menos previsibles comprometiendo el pleno y correcto desenvolvimiento del programa empresario adoptado y el alcance de los resultados esperados. Cuando el riesgo acaece, y no se pone pronto remedio, es inevitable que la actividad vaya hacia su propia declinación. Y justamente el derecho concursal se ocupa de la empresa en crisis y el presupuesto de activación de los procedimientos concursales se basa en la incapacidad, actual o en algunos casos sólo potencial, del empresario de asumir regularmente las obligaciones contraídas⁴⁸. Se trata, como titulan esos autores, una crisis de la organización.

Desde la teoría de la empresa, de una de sus formas de organización: el derecho societario, hemos tratado de construir –y ahora lo reiteramos- un sistema congruente de tratamiento de las crisis, conforme el pensamiento que orientaron grandes juristas.

“Conservar” la empresa constituye una acción de sus titulares y administradores, node los acreedores y de los jueces.

El alcance de la llamada "conservación de la empresa" y la posibilidad de extender la protección a su continuidad al frente de la empresa, debe hacerse en análisis de viabilidad para determinar el merecimiento de una tutela. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*.

Descartada esa viabilidad debe estudiarse la posibilidad de escindir ese patrimonio separando la porción de bienes (materiales e inmateriales) organizados para el cumplimiento de alguna de las actividades u objeto sociales (ya que el patrimonio podría albergar a varias "empresas"). Y en vista de esa escisión, que de no ser voluntaria debe llevar a la quiebra como forma de escisión coactiva, debe determinarse si existe alguna "empresa" viable, dentro de ese patrimonio. La viabilidad estará determinada por la constatación de los dos atributos que hacen a la existencia misma de una empresa desde el punto de vista económico y político, su economicidad y su solidaridad, pues

⁴⁸ ABRIATTI, N.; CALVOSA, L.; FERRI jr, G.; GIANNELLI, G.; GUERRERA, F.; GUIZZI, G.; MOTTI, C.; NOTARI, M.; PACCIELLO, A.; PISCITELLO, P.; REGOLI, D.; RESCIO, G.A.; ROSAPEPE, R.; ROSSI, R.; STELLA RICHTER jr, M. y TOFFOLETTO A. *Diritto Fallimentare*, Ed. Giuffrè, 2008, págs. 3/4..

una empresa no sólo debe ser una organización económica⁴⁹, sino solidaria⁵⁰, lícita y viable.

La empresa que no es autosustentable no es empresa⁵¹.

Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica⁵². Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores –art. 197 LSA-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

12. 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. Ha existido una sobrevaluación de los intereses de los socios, particularmente a través de las soluciones concursales, homologándose propuestas de quita y espera que empobrecen a los acreedores y enriquecen a los socios, muchas veces sin que exista un plan de negocios formalizado por administradores y socios que permita presumir la corrección de aquel cuestionable sacrificio.

IV - EL PAGO EN NEGRO Y ADEMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.

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 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”.

⁴⁹ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. "La conservación de la empresa" cit..

⁵⁰ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos* Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, cap. "La empresa.

⁵¹ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

⁵² Cfme. QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19550 y de concursos 19.551* en RDCO 1978-1376.

.No obstante esa calificación de actuación culposa, el pago en negro comporta un problema probatorio que ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina⁵³.

Al margen de ello, de existir implica un supuesto de administración fraudulenta pues implica 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)”.

Desde el punto de vista procesal, la condena 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: eIDial - AA4265], del 28-9-2007, sentencia n ° 34487, Expediente N° 11.815/2006."

V - EN RESUMEN.

La responsabilidad de los administradores de sociedades se agrava al operar en zona de insolvencia o cesación de pagos, en principio sólo 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.

⁵³ RODRÍGUEZ, Claudia R. “La prueba de los pagos en negro en la relación laboral” en Jurisprudencia Argentina, Fascículo 5 2009-I pág. 44.

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 investigada.

**** Vaccaro Romina Paola c/ Florida Chic S.A. y otros / Despido"**

Fallo provisto por elDial.com

RESPONSABILIDAD PERSONAL DE SOCIOS y/o ADMINISTRADORES. Presidente de sociedad anónima. Registro de una remuneración inferior a la realmente percibida por el trabajador. Responsabilidad fundada en los Arts. 59, 157 y 274 de la Ley 19.550.

Limitación de la responsabilidad a las multas fijadas con fundamento en los Arts. 10 y 15 Ley 24.013

Expte. 22.197/2.007 S. 36233 - "Vaccaro Romina Paola c / Florida Chic S.A. y otros / Despido" - CNTRAB - SALA VIII - 11/06/2009

"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 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."

"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: eIDial - AA4265], del 28-9-2007, sentencia n° 34487, Expediente N° 11.815/2006."

"Por lo expuesto, la condena de Fabio Gabriel Dubiansky se limitará al quantum de las multas fijadas con fundamento en los artículos 10 y 15 L.E."

copyright © 2007 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

Texto completo Tamaño de texto

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 11 días del mes de junio de 2009, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR LUIS A. CATARDO DIJO:

I.- La sentencia de primera instancia, que admitió en lo principal que decide, las pretensiones articuladas en el inicio, es apelada por la actora, la sociedad demandada, el co-demandado Dubiansky, y por la perito contadora.//-

II.- El recurso presentado por la parte actora, que persigue la admisión de la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25345, ha sido mal concedido, toda vez que el valor que se intenta cuestionar, que asciende a \$ 3.900.- (\$ 1.300.- x 3), no excede el valor previsto en el art. 106 L.O., (\$ 15 x 300 = \$ 4.500.-).-

III.- Respecto de las manifestaciones expresadas por Florida Chic S.A., contra las declaraciones de la testigo Martinez, se advierte que las razones del distracto ocurrido entre su parte y la testigo, son ajenas a esta litis;; y que la interpretación de las intenciones de aquélla, que se expone, no () constituye una impugnación eficaz.-

La actora ha denunciado que el valor inserto en los recibos de sueldo, no reflejaba el total de las remuneraciones efectivamente percibidas, que las diferencias eran abonadas directamente por el co-demandado Fabio Dubiansky, sin figurar en aquéllos, que esa diferencia se componía de comisiones y ascendía a \$ 1.300.-

El análisis de la prueba testimonial, revela que todos los testigos que declararon a instancias de la parte actora han coincidido, de modo preciso, en la existencia de una modalidad, implementada por la empleadora para el pago de aquéllas comisiones, que consistía en abonarlas directamente en la oficina del Señor Fabio (identificado por los declarantes, como el empleador), sin que figuraran en los recibos de sueldo.-

Asimismo, si bien los valores declarados por Martinez y Díaz, pueden no ser exactos a los que surgen de la demanda, lo cierto es que no hay ninguna razón para pensar que todos cobraban la misma suma, y lo relevante es que todos cobraban con el mismo método. Por otro lado, el salario reconocido, además de ser menor al mencionado por Martinez, resulta razonable, en atención a las tareas y honorarios cumplidos por la actora.-

En cambio, la demandada no ha podido ofrecer ningún testigo que pudiera aportar al

proceso, datos sobre la modalidad de la cobranza (ver fs. 197/201)

En definitiva, encuentro razonable confirmar este aspecto del decisorio.-

IV. Igual suerte habrá de obtener el agravio referido a la procedencia de las horas extras.-

Vuelve a insistir el apelante en el rencor que habría animado las declaraciones de Martínez y Díaz, palabra que excede la voluntad de favorecer a un amigo, ex compañero etc., que es lo que normalmente sustenta las impugnaciones, y por lo tanto genera la inquietud de conocer por qué, ex empleados de Florida Chic S.A. le guardan rencor.-

Más allá de lo expuesto, lo concreto es que la impugnación de esta cuestión, repara nuevamente en cuestiones ajenas a esta litis, como son las tareas que cumplía y el horario de trabajo del testigo Díaz, y soslaya la crítica certera y precisa de las razones que funda la decisión que ataca.-

Nótese que se contrapone a lo resuelto, "lo declarado en tal sentido por las deponentes Amighini y Bonano" sin efectuar el análisis de lo depuesto, enfrentándolo con lo resuelto.-

En definitiva, no encuentro motivos como para dejar sin efecto la condena por horas extras.-

V. La queja relativa a la liberación del codemandado Dubiansky, merece una parcial recepción. El señor Fabio Gabriel Dubiansky es el presidente del ente colectivo y su responsabilidad se emplaza en lo normado por los artículos 59, 157 y 274 de la ley de sociedades comerciales, pues la ilicitud consistente en el pago de salarios fuera de registro no podía ser ignorada por él, cuya actuación debe ser valorada conforme a la pauta del buen hombre de negocios.-

A mayor abundamiento, se advierte 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 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.-

La responsabilidad que se declara y que compromete el patrimonio personal tanto del administrador como del socio autor intelectual de la gestión, sin límite en su aporte, tiene en la disciplina laboral un fundamento que sobrepasa los parámetros ordinarios del régimen de responsabilidad del derecho privado.-

Efectivamente, 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", del 28-9-2007, sentencia n° 34487, Expediente N° 11.815/2006.-

Por lo expuesto, la condena de Fabio Gabriel Dubiansky se limitará al quantum de las multas fijadas con fundamento en los artículos 10 y 15 L.E.-

VI. En virtud de lo dispuesto en el art. 279 CPCCN, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios.-

VII.- Por lo expuesto propongo, se confirme la sentencia apelada en tanto pronuncia condena contra Florida Chic S.A., y se la modifique en relación con la responsabilidad patrimonial de Fabio Gabriel Dubiansky, limitándola a \$ 4.654,67.-; se deje sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios; se impongan las costas de ambas instancias a la codemandada Florida Chic S.A., que resultó vencida en la acción dirigida contra ella; se impongan las costas de ambas instancias, en lo concerniente a la acción dirigida contra el codemandado Dubiansky, en el orden causado, en atención a que la participación directa del demandado, en lo concerniente al pago de los salarios, pudo llevar a la actora a considerarse con derecho a litigar como lo hizo; por la acción dirigida contra Florida Chic S.A., se regulen los honorarios de la representación letrada de la parte actora por su total actuación, de los co demandados Florida Chic S.A. por su actuación hasta fs. 112, y por su actuación desde fs. 112 hasta el presente, y del perito contador, en el 18%, 8%, 8% y 7% del monto de condena, incluidos capital e intereses; por la acción dirigida contra Dubiansky, se regulen los honorarios de la representación letrada de la parte actora, y del patrocinio letrado de Fabio Gabriel Dubiansky por su actuación en ambas instancias, hasta fs. 112 y desde allí hasta el presente en \$ 1.200.-; \$ 600.- y \$ 600.-, respectivamente (artículos 279, 68 y 71 CPCCN; 6°, 7° y 14 de la Ley 21.839, art. 3° DL 16638/57);

EL DOCTOR JUAN CARLOS E. MORANDO DIJO:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.-

LA DOCTORA GABRIELA ALEJANDRA VAZQUEZ no vota (artículo 125 Ley 18345).-

Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en tanto pronuncia condena contra Florida Chic S.A., y se la modifique en relación con la responsabilidad patrimonial de Fabio Gabriel Dubiansky, limitándola respecto de éste a \$ 4.654,67.-;
- 2) Dejar sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios;
- 3) Imponer las costas de ambas instancias por la acción dirigida contra Florida Chic S.A., a la demandada;
- 4) Imponer las costas de ambas instancias, en lo concerniente a la acción dirigida contra el codemandado Dubiansky, en el orden causado;
- 5) Regular los honorarios derivados de la acción dirigida contra Florida Chic S.A., correspondientes a la representación letrada de la parte actora por su total actuación, de los co demandados Florida Chic S.A. por su actuación hasta fs. 112, y por su actuación desde fs. 112 hasta el presente, y del perito contador, en el 18%, 8%, 8% y 7% del monto de condena, incluidos capital e intereses;;
- 6) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, y del patrocinio letrado de Fabio Gabriel Dubiansky por su actuación en ambas instancias, hasta fs. 112 y desde allí hasta el presente, en la acción dirigida contra Dubiansky, en \$ 1.200.- \$ 600.- y \$ 600.-, respectivamente.-

Regístrese, notifíquese, y oportunamente, devuélvase.//-

FDO.: LUIS A. CATARDO - JUAN CARLOS E. MORANDO
Ante mí: ALICIA E. MESERI, SECRETARIA