

Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios

Efraín Hugo RICHARD¹

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.

INDICE: 1. Objetivos. 2. Hipótesis. 3. Punto de partida. I – INTRODUCCIÓN (anticipando el desarrollo y las conclusiones). II – ORGANIZACIÓN SOCIETARIA Y CRISIS. 1. EMPRESA EN CRISIS – CAUSALES DE DISOLUCIÓN SOCIETARIA. 2. LA ASUNCIÓN TEMPESTIVA DE LA CRISIS. 3. ¿RESPONSABILIDAD? 4. ¿ACTIVIDAD ILÍCITA? 5. ¿CÓMO AFRONTAR LA CRISIS?. 6. LA CUESTIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES. 7. LA CUESTIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL. III – RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS. 1. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y CONCURSAL. 2. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA. 3. ¿DAÑO DIRECTO? 4. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA CONTROLANTE. ACCIONES DERIVATIVAS. 5. ACUERDO HOMOLOGADO Y ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. 6. EXTRACONCURSALIDAD DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL. 7. DERECHO COMPARADO. IV – CONCLUSIONES.

1. Objetivo:

En este libro colectivo enfocaremos la acción individual de responsabilidad de terceros contra administradores societarios. No nos referiremos a la acción que pueden intentar la propia sociedad y socios, particularmente los minoritarios.

2. Hipótesis:

En este marco esa acción toma razón ante la insolvencia de la sociedad. No sólo por la falta de capacidad de la sociedad para atender sus obligaciones, que impone pensar en la posibilidad de desviar las acciones contra administradores o socios, sino por cuanto entendemos que la operatoria en situación de crisis, indudablemente en insolvencia, puede generar responsabilidades a los administradores de la sociedad que así continúe su actuación sin que se asuma la crisis.

3. Punto de partida.

Reconocer:

- 3.1. La capacidad de la autonomía de la voluntad de constituir y ordenar la funcionalidad de sociedades comerciales.
- 3.2. Las facultades y deberes de los administradores societarios para asegurar esa funcionalidad y afrontar las causales de disolución, conforme normas imperativas de la legislación específica.
- 3.3. Las normas del derecho societario para afrontar los problemas de conservación de la empresa, generando un verdadero derecho preconcursal, y determinando la posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra administradores de sociedades que hubieren operado en cesación de pagos, aunque se hubiere homologado judicialmente un acuerdo concursal.

I – INTRODUCCIÓN (anticipando el desarrollo y las conclusiones).

¹ Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba y Miembro de Número de la misma, Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Emérito de esta Universidad, Miembro Honorario del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Se agradecerán comentarios a: ehrichard@amet.com.ar. Otros trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar

1. Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización², su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa, al decir de Colombres y Girón Tena). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad³.

2. Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, debe con diligencia poner la cuestión en conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración del capital social, aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

3. No asumida la crisis a través de los medios societarios y continuando la actividad societaria en conciencia de la dificultad de cumplir las obligaciones que en el futuro se contraigan, se está generando daño a terceros, y a todos los intereses vinculados a la empresa, y no sólo a los socios.

4. El posterior concurso de la sociedad puede concluir en la presentación y homologación de un acuerdo con quitas y esperas predatorias⁴ –en la práctica el 80% de quita con esperas de 5 años y luego pago en largas cuotas que alcanzan los 20 años-, con la participación de terceros cesionarios de créditos afectados. Siempre que hay quitas y esperas se beneficia a los socios, perjudicando a los acreedores alcanzados por el acuerdo homologado, sin respetar ningún “esfuerzo compartido”, y el concurso intenta satisfacer todos los intereses, y no sólo beneficiar a los socios⁵.

Esa situación otorga derecho a acreedores nacidos con posterioridad a la crisis –particularmente acreedores no profesionales- para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron la crisis por los medios societarios y descargaron el problema sobre esos acreedores.

5. El factor de atribución es subjetivo, basado en la actuación culposa –cuando no dolosa- y en la relación de causalidad de esa actuación y el perjuicio generado a los acreedores a través de haber contratado en crisis y luego obtenido un acuerdo que soluciona el conflicto societario a través de la pérdida patrimonial de los acreedores.

La apreciación es de lege lata desde la legislación argentina, pero entendemos extensible a otras⁶.

6. La posibilidad de la promoción de esas acciones generará una previsión cautelar en administradores societarios para prevenir la crisis, anticiparse a la insolvencia en soluciones extrajudiciales y judiciales societarias, y recién fracasadas éstas presentarse tempestivamente en concurso. El administrador societario dispone hoy mundialmente de herramientas para el seguimiento *on line* de los flujos de caja, posición de caja, financiera y bancaria, *ratios*, *test*, etc..

II - ORGANIZACIÓN SOCIETARIA Y CRISIS.

La empresa está normalmente organizada como sociedad con socios de responsabilidad limitada donde, frente a la crisis, no adoptan las medidas previstas por la ley societaria por entender que ellas no son obligatorias, ni se presentan tempestivamente en concurso por considerar que han sido eliminadas las sanciones por no hacerlo.

² 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.

³ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Sistemas de prevención de la insolvencia – Responsabilidad de administradores societarios frente a la insolvencia” Comunicación al IV Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Buenos Aires 5 y 6 de junio de 2008, en www.acaderc.org.ar

⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

⁵ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Axiología 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) www.acaderc.org.ar, y 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.

⁶ Una mejor justificación puede encontrarse en RICHARD *Insolvencia societaria*, citado.

Pero lejos de llamar a los acreedores para dar una solución coherente y dejar en manos de éstos la empresa que no saben conducir, adoptan otras soluciones.

1. EMPRESA EN CRISIS – CAUSALES DE DISOLUCIÓN SOCIETARIA.

Cuando una sociedad se encuentra sobreendeudada, particularmente comprometido su pasivo corriente, frente a las disponibilidades del activo corriente o de los flujos de caja, podemos sostener que la misma se encuentra en crisis.

Normalmente se equipara a una infracapitalización material, no formal, pero el problema es siempre patrimonial.

Un deber inmediato de los administradores debería ser determinar la profundidad de la crisis, si la misma se mantendrá, y la comunicación a los socios, que desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de la metodología de la relación costo-beneficio es probable que no arriesguen más capital, incluso que se desinteresen del giro social si no se les asegura la posibilidad de un beneficio mediante la reorganización de la empresa.

Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como un objetivo de la legislación concursal, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo⁷. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad⁸.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho⁹, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹⁰. Insistimos: cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndolos.

Se trata de pensar en la responsabilidad de los socios por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida¹¹.

Una de esas conductas se tipifica cuando desisten de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo, el recurso esta previsto en la ley de sociedades: la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo.

El planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Pero lo descartamos en esta situación para calar más en los

⁷ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, LORENZO “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

⁸ MAZZONI, ALBERTO “L’impresa tra diritto ed economia” en *Rivista delle Società* anno 53°/ 2008 pág. 668, especialmente 666.

⁹ STANGUPELLINI ob. cit. pág. 1079

¹⁰ STANGHELLINI ob. cit. específicamente pág. 1072.

¹¹ “Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung” ” en *Notizie Rivista delle Società* luglio-agosto 2005 pág. 942.

problemas patrimoniales y funcionales de la sociedad. Obviamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema.

De no capitalizar los socios, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

De todo ello resulta la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores, y a los demás intereses afectados por el giro empresarial..

No hacerlo implica faltar a su deber de buen hombre de negocios.

Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.)..

El administrador de una sociedad tiene que formalizar un plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión¹². Los encargados de tomar decisiones de financiamiento o de planificar la funcionalidad de la sociedad, deben tener muy en cuenta ciertos *ratios* sobre la estructura del capital y del endeudamiento, que hacen a la salud financiera y funcionalidad de la sociedad, *ratios* sobre los que se ha acreditado empíricamente su utilidad¹³, fundamentalmente para facilitar la apreciación de los acreedores. El no uso de esos *ratios*, particularmente cuanto se ha utilizado aportes irrevocables incorporándolos a la cuenta patrimonial y no al pasivo, altera esos *ratios* o índices que todo empresario debe tener en cuenta¹⁴, para determinar la viabilidad de la empresa, pero utilizando esos aportes con su incorporación al patrimonio neto y no al pasivo en la necesidad de mantener *ratios* óptimos y balances *maquillados*, a los efectos de mostrar a la sociedad saneada ante la mirada de acreedores.

Formalizado un plan o advertida la existencia de la pérdida total o parcial del capital social, o de la imposibilidad sobreviniente de continuar el giro, los administradores deben convocar a asamblea o reunión de socios para asumir la crisis, reintegrando el capital social, aumentarlo o disolver la sociedad en caso negativo.

Claro que ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución del art. 197 LS de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control.

Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no esta gravada por la AFIP, que en cambio aplica el impuesto a las ganancias sobre quitas y esperas concursales.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios¹⁵.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis –en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de la responsabilidad de los administradores sociales¹⁶.

Pruebas contables como el insolvency test o el balance sheet test son las recomendaciones técnicas usadas en el mundo globalizado para determinar fehacientemente el estado de la sociedad, sea por pérdida de capital social o de patrimonio para asumir el pasivo corriente.

¹² MARZAL ANTONIO *Empresa y Democracia económica* Ed. Argot, Barcelona 1983.

¹³ BEAVER, WILLIAM “Financial Ratios and Predictors of Failure”, en *Empirical Research in Accounting, Selected Studies*, suplemento del Journal of Accounti research, 1966, 77-111, donde se comparan los ratios financieros de 79 empresas que posteriormente fracasaron – ingresando en procedimientos concursales- con los ratios de 79 sociedades que permanecieron solventes, concluyendo que las 79 primeras registraban ratios de endeudamiento mayores que las otras 79 que permanecieron solventes.

¹⁴ CASADIO MARTINEZ, CLAUDIO ALFREDO en LA LEY 2007-C, 560.

¹⁵ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

¹⁶ MIOLA ob. y pag. cit. pág. 1310..

La infracapitalización¹⁷ aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social –a veces no aparece una pérdida del capital estatutario- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. O la responsabilidad de los administradores sociales por no adoptar las medidas congruentes a la situación societaria, y frente a terceros por infringirles daño al contraer obligaciones con el conocimiento genético de no poder satisfacerlas. O la responsabilidad de los controlantes de derecho o de hecho por el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios, el control torpe o abusivo para actuar en fraude de terceros. Son tres caras de un mismo fenómeno que tienen distintas respuestas del sistema normativo o de la jurisprudencia ante los casos planteados.

2. LA ASUNCION TEMPESTIVA DE LA CRISIS

Conforme el texto desgajado del artículo 10 ley 24522, el deudor podría presentarse en concurso preventivo cuando quiera. Parecería que es un derecho del deudor, una vez en cesación de pagos su patrimonio, elegir el momento en que puede convocar a sus acreedores. Particularmente en cuanto declarada la quiebra, a pedido de tercero o a su propio pedido, cabe la conversión del proceso en concurso preventivo.

En relación a una sociedad en insolvencia, sujetos respecto a las que centraremos el comentario, parecería que los administradores de la misma pueden hacer esa elección. ¿Hasta donde pueden manejar el arbitrio? ¿Demorar la presentación es congruente con sus deberes de “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” (estándar del art. 59 LS¹⁸).

Si no existe plazo para la presentación en concurso, incluso el mismo podría solicitarse cuando existe pedido de quiebra. El acceso al concurso preventivo es irrestricto. Directo aunque haya pedido de quiebra, indirecto si la quiebra ha sido declarada por la vía de la conversión –aceptando incluso hoy ante la quiebra declarada a pedido del propio deudor-. La cuestión es meramente procedimental, con reflejos en la regulación de honorarios a los profesionales intervinientes¹⁹.

Coherentemente con ello se han eliminado las sanciones concursales por la falta de presentación tempestiva –oportuna- en concurso, a través de lo que era la “calificación de la conducta en la quiebra”.

El tema, simple en el caso del concurso de una persona física, tiene especiales características en el caso de concurso de personas jurídicas, particularmente de sociedades.

Acaecida la cesación de pagos en forma irreversible y anticipada por épocas de crisis: ¿pueden los administradores de una sociedad no actuar tempestivamente para afrontar el problema?

Conforme a esa norma se entiende que no existe sanción alguna en el caso que sociedades continúen operando en cesación de pagos durante largo tiempo.

Consideramos esa conclusión disvaliosa y equivocada²⁰.

Resulta fundamental tener como postulado que las crisis económico financieras de sociedades comerciales pueden resolverse por aplicación de la normativa específica societaria –es más, las causales

¹⁷ RACCIATTI, HERNÁN RACCIATTI(H); RICHARD, EFRAÍN HUGO Y ROMANO, ALBERTO ANTONIO “Sumetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los préstamos de los socios y de ls entregas a cuentaa de futuros aumentos de capital, tomo III pág. 383. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; RICHARD, EFRAÍN HUGO “La infracapitalización, la insolvencia societaria y la responsabilidad de sus administradores”, parte A pág. 51 a 60 del *Libro de Comunicaciones. A VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial*, San Martín de Los Andes, 12/14 de noviembre de 1998.

¹⁸ 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 RICHARD, EFRAÍN HUGO “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.

¹⁹ Tratado exhaustivamente por HEREDIA, PABLO D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal – La ley 24522 y modificatorias – Comentada, anotada y concordada*. Editorial Ábaco, Buenos Aires 1998, tomo I pág. 360.

²⁰ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Técnicas para lograr la eficiencia del sistema concursal” en *Anuario VII 2002-3 Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Ed. Lerner, Córdoba 2005, págs. 153 y ss..

de disolución así lo imponen- y que, eventualmente, la presentación en concurso debe ser tempestiva al no haber podido solucionar la cuestión a través de aquella normativa.

3. ¿RESPONSABILIDAD?

En ese orden, y fundamentalmente, debe entenderse que la tempestividad económica-jurídica que debe guiar las acciones de los administradores societarios no ha sido eliminada de los deberes fiduciarios de ellos por el derecho concursal. Partiendo del presupuesto objetivo y bien jurídico tutelado por la legislación concursal²¹ -integrando las relaciones de organización- al permitir alterar las relaciones bilaterales con sus acreedores, no presentándose oportunamente actúan abusivamente, afectando el normal funcionamiento del mercado.

Desde ese punto de vista, ese estado de cosas del patrimonio de la sociedad si bien puede ser paliado por las quitas y esperas que se impongan –voluntaria o coactivamente a los acreedores-, si no existe una compensación para estos en el enriquecimiento que se produce para los socios, autorizaría una acción individual de responsabilidad contra los administradores, y –eventualmente- una acción de imputación o de responsabilidad contra los controlantes socios o no. Fuertes corrientes doctrinarias, y también legislativas, se enrolan en las sanciones por la actuación en cesación de pagos, pero en el concurso preventivo aparece desdibujada esa sanción y por ello las conductas reñidas de actuación de acreedores conniventes.

Si los administradores, en su caso el representante legal, sigue contratando a sabiendas del estado de cesación de pagos y de la imposibilidad de cumplimiento, estarían generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad²². Sobre este esquema de *lege lata* anticipamos nuestra posición desarrollada desde hace más de diez años, particularmente habilitando la posibilidad que ante acuerdos depredatorios homologados, los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos pueden promover esas acciones individuales contra los administradores de la sociedad deudora.

La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados que no participan en la negociación ni en el acuerdo, cuando el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

4. ¿ACTIVIDAD ILÍCITA?

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado, contagiando su estado de cesación de pagos para pretender que ella luego sea paliada por los acreedores, cuya situación aparece convertida anticonstitucionalmente, obligándolos a asumir pérdidas que los socios deberían paliar. Y esa asunción se impone sin que tengan expectativa alguna de recibir ganancias. Si una sociedad actúa prolongadamente en insolvencia, con conocimiento de los administradores –o que debió ser conocida por los administradores-, quedaría atrapada con la sanción por actividad ilícita, y el uso antifuncional de esa persona jurídica podría expandirse a todos los socios, imponiendo que sólo se liberen quienes acrediten buena fe. El informe general del Síndico en un concurso preventivo permitirá al juez actuar de oficio, o a los acreedores solicitar la sanción.

Recuérdese que conforme el sistema de nuestra ley el estado de cesación de pagos constituye un presupuesto objetivo que debe quedar acreditado, si solicita la quiebra un acreedor, por un hecho revelador de la cesación de pagos, pues no se trata de probar el estado de cesación de pagos –art. 83 LCQ-, entre las que está la mora en el cumplimiento de las obligaciones²³, por lo que los administradores correrán un gran riesgo de asumir responsabilidad si generado un hecho revelador y no pudiendo eliminarlo, no ponen la cuestión a consideración de los socios, pues se estarán afrontando probablemente también causales disolutorias de la sociedad.

5. ¿CÓMO AFRONTAR LA CRISIS?

²¹ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Axiología del derecho concursal” ...citado.

²² RICHARD, EFRAÍN HUGO “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, capítulo XLIX tomo I pág. 811 en libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005.

²³ C3ª CCCba 24 de junio 2008 sentencia 53 “Buonacucinañ, Mónica s/ quiebra pedida simple” Exp. 1072882/36, en “Semanario Jurídico” del 16 de octubre de 2008 año XXI pág. 521.

Es general la tendencia a tratar –por diversos medios- de actuar anticipatoriamente a que se instale la cesación de pagos en un patrimonio, por los efectos nocivos que genera en ese patrimonio y en todos los que al mismo se vinculan, incluso a la colectividad donde esta inserta la actividad empresaria en dificultades.

Pero al margen de la solución que pueda afrontarse en la normativa concursal, siempre insuficiente ante la realidad, la impericia o la picardía, es dentro de la legislación societaria y la funcionalidad de las sociedades donde debe encontrarse el equilibrio y la solución, con la adopción de las “medidas de saneamiento” referidas en la Exposición de Motivos de la ley de concursos.

Esas expresiones del legislador nos permiten señalar la corrección de la eliminación del plazo, pero en el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante “la imposibilidad sobrevenida de cumplir el objeto social” o continuar el giro normal de los negocios, reintegrando o aumentando el capital por aporte de los socios²⁴, capitalizando el pasivo²⁵ o de terceros, o constatada la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante el exhaustivo y correcto de la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

La ley de sociedades argentina trae las soluciones para afrontar la crisis financiera o económica de las sociedades. Lo necesario es leerla adecuadamente²⁶. Similares soluciones contienen todas las legislaciones que hemos consultado.

La primera cuestión es planificar. Normalmente –afirmamos-, ningún deudor puede ser tomado por sorpresa ante la aparición de la cesación de pagos, salvo por circunstancias sólo a él imputables (desidia culpable en la administración). De tal manera, que en el ámbito de una organización comercial adecuada, el elemento “sorpresa” no es admisible”. Hasta aquí la afirmación que lleva como consecuencia que de no haber desidia hay dolo si se continúa contratando en estado de cesación de pagos. La Resolución 6/2006 de IGJN sobre el contenido de la Memoria –si bien hoy suspendida- pone las cosas en su lugar²⁷.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los socios deben formalizar una previsión, un plan con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérica. Los directores, administradores y fiscalizadores deben tener un plan, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del “estándar” de buen hombre de negocios en su conducta.

Señalan Barreiro y Truffat²⁸ que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. En lo que coincidimos.

Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros. Verónica Martínez –jurista cordobesa, profesora y Juez con competencia especial en Concursos y Sociedades- imputó responsabilidad por la totalidad del pasivo verificado ante la acreditación “que los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros” (Sentencia n° 272, 25 julio 2006 en “Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción

²⁴ HAGGI, GRACIELA y RICHARD, EFRAÍN HUGO “La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución” en libro colectivo *La actuación societaria* Director con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005 dirigido con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 229.

²⁵ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

²⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Hacia la privatización de las crisis: la conservación de la empresa” en Libro colectivo *La insolvencia en el Derecho Concursal Iberoamericano* coordinado por Lidia Vaiser, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 31.

²⁷ RICHARD, EFRAÍN H. “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1994, t. III, p. 1187;...”.

²⁸ BARREIRO, MARCELO G. TRUFFAT, E. DANIEL “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?” en *Doctrina Societaria y Concursal*, oct. 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

de responsabilidad”), citando a su vez a Julia Villanueva²⁹ subrayando que “no se trata de responsabilidad objetiva, sino de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresarial en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresarial o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)”, continuando luego de esta misma autora “Sobre la base de parecidas consideraciones, autorizada doctrina sostiene que, cuando la sociedad se halla en *zona de insolvencia*, los administradores deben cumplir su deber fiduciario primordialmente a favor de los acreedores, evitando trasladar sobre éstos las pérdidas o dificultades que afecten a la sociedad”³⁰.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontarla externamente, sea con la liquidación o la convocatoria de de la sociedad.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, la prevista en la legislación societaria.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al sólo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa.

6. LA CUESTIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES.

Hemos señalado ciertas debilidades³¹ del Anteproyecto de Ley de Sociedades del año 2005, en aspectos estructurales que aumentan la inseguridad, pues permitirán que deudores inescrupulosos puedan simular o hacer aparecer inesperadamente “sociedades” no publicitadas, eligiendo- cuando no gestando- los acreedores que tendrán privilegio sobre los bienes y subordinando a otros acreedores. Pero al mismo tiempo, remarcamos algunas propuestas que hacen a los deberes fiduciarios de los administradores societarios para asegurar la funcionalidad de la administrada, en los cuales debemos reparar³², para que junto a otras normas colaboren en la obtención de una mayor seguridad jurídica, tornando más eficiente el sistema concursal argentino: a.- La planificación como un elemento necesario tendiente a la concreción de una política de empresa sólida, El art. 66, apartado 6 del ARLS abre el camino en el sentido expuesto: “La política empresarial proyectada y los aspectos relevantes de su planificación y financiación con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar”. Se plasma en art. 66 ap. 6° ALS.- b.- el art. 34, 2ª parte hace responsable ante terceros al socio que “...difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la concesión de recursos o de crédito.” - c.- El art. 94, apartado 4° ARLS avanza sobre lo dispuesto por la ley vigente al disponer que la sociedad se disuelve “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...”, lo que es obvio en casos de insuficiencia patrimonial. - d.- En lo relativo a la previsión de conductas grupales, el art. 54 cuenta con un agregado, el que dispone que “...En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal, en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada”. - e.- El art. 190 en su nueva redacción previendo la restitución por parte de los prestamistas de las sumas de dinero que les fueron devueltas durante el año que precede a la insolvencia de la sociedad, cuando se trate de préstamos hechos por un accionista o vinculados. - f.- Al acotar la adquisición de acciones propias por la sociedad regulada en el art. 220, en su apartado 4, al disponer que será excepcionalmente, para evitar un daño grave a la sociedad con sendos informes de los órganos de

²⁹ VILLANUEVA, JULIA “Breve introducción al estudio de las acciones de responsabilidad patrimonial en la quiebra” en *Conflictos en la insolvencia* Directores Nissen-Vitolo, Edición Ad. Hoc., Bs. As. 2005 pág. 281 y ss..

³⁰ VILLANUEVA ob. cit. pág. 282, con cita a nosotros *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO n° 203, set. 2003, pág. 553 y ss., y también RICHARD, EFRAÍN HUGO “Responsabilidad de administrador de sociedad en concurso preventivo” en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. II pág. 689 y ss..

³¹ “Tempestividad en la presentación en concurso”, pag. 309 y ss. en libro *X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial*, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

³² RICHARD, EFRAÍN HUGO; RODRÍGUEZ, PABLO JAVIER Y VÉLEZ, HÉCTOR G. “Responsabilidad de administradores societarios...” cit.

vigilancia y control, ... sin afectar la solvencia y liquidez de la sociedad. - g.- También el nuevo art. 261 cuando prevé la hipótesis de insolvencia y regula que los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos deben restituir las remuneraciones recibidas en el curso de los dos (2) últimos ejercicios.

7. LA CUESTIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL.

En la realidad argentina el dislate es mayúsculo: se pretende que la libertad para decidir la oportunidad de presentar una sociedad en concurso, pese arrastrarse en cesación de pagos, no acarrea ninguna responsabilidad a los administradores. Y acabamos de hacer una aproximación al punto que ahora profundizamos.

Un penalista³³ refiere a las sociedades que operan con patrimonio inadecuado o se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo...,(donde) los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un *gran patrimonio*, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, tipificando así el obrar del que “maliciosamente afecta el normal desenvolvimiento” de una “empresa”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores³⁴. Ese obrar es considerado delictual a tenor de la ley 25602, que suprimió el delito de subversión económica.

En general se trata de evitar los delitos que imponen la existencia de quiebra declarada, tales como el del art. 176.6 CP de trasvasamiento de empresa o de insolvencia fraudulenta del 179.2 CP.

Dicha ley impuso una figura más plástica, aplicable a supuestos donde se ha trabajado sobre una “insolvencia prolongada” o un “plan de insolvencia”, a través de la figura descrita en la nueva norma del art. 174.6 primera parte CP puniendo a “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de un servicio”, como afectación al patrimonio como prenda común de los acreedores³⁵.

El conocimiento de esta figura disuadirá a muchos administradores de continuar el giro de la sociedad administrada en insolvencia, facilitando su recuperación con una actuación temprana, por aplicación de las técnicas societarias o/y concursales.

III – RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS.

1. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y CONCURSAL

Un interesante caso de jurisprudencia define el tipo de acción de responsabilidad contra administradores societarios³⁶:

“3.... A diferencia de la acción social de responsabilidad regulada por el art. 274 y ss. de la LSC, la acción prevista en la Ley concursal respecto a los representantes de la sociedad, no consagra una responsabilidad ilimitada y solidaria, de lo que se colige que estamos frente a una obligación no solidaria, personal e individual. Si de responsabilidad concursal se trata conforme el art. 173 de la LCQ, la solidaria sólo se concibe si el hecho sancionado hubiese sido cometido en conjunto, existiendo coautoría en el hecho ilícito. Ahora bien, si eso no ocurre, si no media autoría de un hecho ilícito personal, o coautoría, no hay solidaridad, porque falta del presupuesto fundamental de la responsabilidad civil: la conducta antijurídica (Cfr. Rivera, Julio C.: “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, Ed. A.P. Bs.As., 1990, pág. 339). 4.... B) Los representantes y administradores –en la medida que realicen las conductas típicas descriptas en el art. 173 LCQ-, incursionarán en una responsabilidad patrimonial concursal, cuyos presupuestos de procedencia se

³³ PALACIO LAJE, CARLOS *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

³⁴ PALACIO LAJE, ob. cit. especialmente pág. 59. Se refiere al delito previsto en el art. 174 inc. 6° CP.

³⁵ PALACIO LAJE ob. cit. pág. 85 y ss..

³⁶ Del voto de la Camarista Dra. Beatriz Mansilla de Mosquera de la Cámara 3ª Civil y Comercial de Córdoba en sentencia del 10.6.08 en “Sindicatura en Eddicom C/ Rosetto, Eduardo José y otro – Acción de responsabilidad”, Zeus Córdoba pág. 217 año VII, tomo 13, diario del 19 de agosto de 2008.

regirán *prima facie* por lo dispuesto en la Ley de Concursos y Quiebras, sin perjuicio de que, por tratarse de un supuesto de responsabilidad civil, también estará informada por los principios generales sobre los cuales se sustenta el derecho de daños. Si bien bajo el amparo de la ley 19551 se discutía si la culpa o el dolo exclusivamente era el factor de atribución para responsabilizar la conducta de los sujetos pasivos de la acción, la normativa actual del art. 173 restringe el factor de atribución al dolo. Se trata de un supuesto extraordinario de responsabilidad que tiene su origen en el proceso falencial. El dolo mencionado en la norma debe entenderse como referido al dolo civil, lo que implica intencionalidad plena, con representación consciente y querida del resultado como se lee en el art. 1072 del Código Civil.- Precizando lo anterior, los elementos que condicionan el nacimiento del deber resarcitorio pueden resumirse del siguiente modo: a) el daño injusto, cierto y personal (actual o potencial); b) la relación de causalidad entre el perjuicio y el evento fuente de aquél; c) un factor de atribución contra el responsable; y d) la antijuridicidad de la conducta lesiva (en el caso se trata de una lesión al derecho de crédito que se torna total o parcialmente irrecuperable). La responsabilidad que emerge del ordenamiento concursal (art. 173 de la LCQ) es, entre otras, patrimonial y personal, pues tiende a reparar las pérdidas sufridas por la quiebra, siendo el factor subjetivo núcleo sobre el que se sustenta el deber resarcitorio (Cfr. Gagliardo, Mariano “Responsabilidad Falencial” Ed. J.A. 1999-IV-178). Distinto sucede cuando se trata de una acción social de responsabilidad seguida contra el director cuyo factor de atribución es la culpa, cuando se incurra en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, siguiendo como pauta genérica para desempeñarse en el cargo, la conducta de un buen hombre de negocios (art. 59 de la LS), y que puede ser ejercida por el Síndico de la quiebra conforme lo contempla el art. 175 de la LCQ. – c) La conducta desplegada Indica una real intención de apoderarse de bienes cuya presunción de propiedad juega a favor de la fallida, actitud que producía una disminución en el patrimonio de la sociedad en quiebra que no podía ignorar. Aún cuando sean de escaso valor no deja de ser un daño cierto y concreto. Otro tanto sucede con los bienes que han sido retirados del inmueble luego de ser incautados por el Síndico. En todo caso si entendía el director que le asistía derecho sobre aquéllos, debió presentarse a la quiebra requiriendo la devolución tras acreditar la propiedad. Pero no sólo no tuvo tal actitud desde un inicio, sino que en la presente acción tampoco logró corroborar la propiedad invocada. También se aprecia que la recepción de los pagos de terceros luego de declarada la quiebra, implica una abierta violación a la prohibición de la manda legal del art. 88 inc. 5° de la LCQ, que acarrea necesariamente la declaración de ineficacia que efectúa el sentenciante, lo que hace responsable al demandado de la disminución que provocó con su conducta en el patrimonio de la sociedad, debiendo devolver lo incorrectamente recibido, como se ordena.- En mi consideración, no podrá decirse que no exista intención dolosa en las conductas hasta aquí analizadas, entiendo que el director no podía desconocer que con los actos descriptos se producía una disminución en el patrimonio de la sociedad en desmedro de los acreedores.... 5. Arribo así al agravio que expone la Sindicatura en relación al *quantum* de la condena, lo que tiene directa relación con el nexo causal que debe existir entre la conducta dolosa y el daño producido. La funcionaria insiste en que el resarcimiento debe corresponderse con el pasivo insoluto, cuestionando en este aspecto el criterio del inferior... La Ley Concursal no hace precisiones sobre el daño resarcible, por el contrario, se limita sólo a puntualizar que se deben indemnizar los perjuicios causados, que las conductas antijurídicas se vinculan a la insolvencia o a la situación patrimonio del deudor al tiempo de la quiebra. También atribuye responsabilidad por el pasivo de la quiebra como lo hacen otros ordenamientos. Como consecuencia del silencio legal, el daño resarcible estará sometido a las reglas ordinarias de la responsabilidad civil. De allí, que si el daño es la insolvencia, esto es, el agente es responsable de haber causado la cesación de pagos y por ello la quiebra, deberá pagar a los acreedores una suma equivalente a la diferencia entre masa activa y pasiva de la quiebra de modo que aquéllos encuentren satisfacción íntegra de sus acreencias incluidos intereses y gastos, pero si el daño atribuible es una concreta disminución patrimonial (la inexistencia de un bien en el activo) la indemnización será equivalente al valor de esos bienes que han desaparecido del activo (Cfr. Rivera, Julio C. “Instituciones de Derecho Concursal”, T. II, año 2002, págs. 125/6). - de manera que el *quantum* de la indemnización debe circunscribirse al perjuicio efectivamente sufrido por la mengua del patrimonio, que no puede ser otro que el valor de las cosas sustraídas del activo...”.

A la postre, en ciertos casos de actuación dañosa de Directores que, a su vez, sean accionistas integrantes del grupo de control, la acción podría confundirse con una de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

2. RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

Prácticamente hemos delineado la situación y nuestra opinión. Ingreseemos ahora en aspectos corroborantes.

Responsabilidad individual y responsabilidad social se distingue conforme resulte afectado por la conducta imputable al administrador. La primera es procedente cuando se produce una lesión³⁷ a socios o terceros, de carácter civil, de naturaleza extracontractual (Ragusa Maggiore, con opiniones diversas), o contractual, según el vínculo negocial existente, respecto de terceros y contractual respecto de los socios. Farina³⁸ sostiene que esta acción sólo puede intentarse cuando el patrimonio de la sociedad es insuficiente, sosteniendo con cita de Brunetti que se trata de una acción directa y autónoma y no subrogatoria de la sociedad.

Si la ley ha otorgado legitimación al accionista para promover una acción invocando el daño sufrido por la sociedad, y en beneficio de ésta, a fortiori debe estar legitimado para reclamar a título personal el resarcimiento de los perjuicios. Se sostiene que la pretensión de resarcimiento reconocida a los acreedores sociales cubre el caso en que los administradores, al tener o recibir el apoyo del “control” societario de la sociedad, no temen respecto a una sociedad de responsabilidad³⁹, la que podría ser ejercida por los acreedores por vía subrogatoria en los casos que la sociedad no la ejercita. El daño que genera responsabilidad es aquel causado al acreedor que ve frustrado su crédito por la conducta del director y el impacto negativo en el patrimonio social⁴⁰. Son supuestos de insolvencia que también autorizarían una acción contra los controlantes abusivos por su conducta desviada y tolerante.

La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 LS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido⁴¹.

La acción individual de responsabilidad puede ser promovida por un socio o un tercero por los daños ocasionados en forma particular a su patrimonio, art. 279 de la ley 19.550.

Esta última es la vía que tienen los trabajadores, como acreedores de la sociedad, para reclamar a los administradores el daño causado en su patrimonio por la clandestinidad laboral.

Esta acción es propia del derecho de daños y no está sometida a recaudo societario alguno.

La imputabilidad de los actos de los administradores está sujeta en principio al régimen del art. 58 LSA que hace responsable únicamente a la sociedad, pero ello no impide que también pueda atribuirse al administrador, tal como en el caso del mandatario que excede los límites de su mandato, cuando este administrador viola la pauta de conducta de los arts. 59 y 274 LSA y en función de la acción individual del art. 279 LSA. Las mismas prevenciones caben respecto de la responsabilidad individual del administrador de la sociedad⁴².

Estos actos ilícitos se imputan por dolo o culpa, siendo al respecto innecesario introducir un nuevo factor de responsabilidad, pues el fraude laboral, insito en la situación de empleo en negro, constituye una conducta abusiva que viola derechamente la pauta del buen hombre de negocios de todo administrador societario.

Para que proceda la acción de responsabilidad no basta demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su desempeño: para que se configure su responsabilidad deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, esto es, probar que aquel incumplimiento o comportamiento culposos genero un

³⁷ GAGLIARDO, MARIANO *Responsabilidad de directores de sociedades anónimas*, 4ª Edición, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, tomo II pág. 1042.

³⁸ FARINA, JUAN M. *Sociedades Anónimas*, Zeus Rosario 1973 p. 237.

³⁹ GALGANO, FRANCESCO *Diritto civile e commerciale*, vol III “L’impresa e le società”, t. II, 3ª ed. Cedam, Padua, 1991, pág. 291.

⁴⁰ AMORÍN, MARIANO “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. El factor de atribución” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (RDCO), n° 229 marzo/abril 2008, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 473 y ss., esp. pág. 488ob. cit. pág. 477.

⁴¹ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” en *DERECHOS PATRIMONIALES Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 652.

⁴² CSJ. Santa Fe, 19/9/1991, “Bertalot, Eduardo R. c/Pavicon S.R.L.”, Informática Jurídica Documento N° 18.7484 Corte Santa Fe; CSJ Bs. As., 10/3/1998, “Delhec S.R.L. c/Loureiro, Delfor y otros s/Acción de responsabilidad”, BA B24327.

prejuicio al patrimonio social, así como la adecuada relación de causalidad entre tal conducta y el daño causado (Ley 19550 –LSA-, arts. 59 y 274; Código Civil, arts. 506, 511, 512, 519, 520 y 521)⁴³.

3. ¿DAÑO DIRECTO?

Ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera. “El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”⁴⁴

El hablar de daño directo impone señalar que se trata simplemente de daño causado a una persona. Las relaciones de organización imponen pensar en el daño generado a los acreedores por afectación al patrimonio de la sociedad deudora.

Esa responsabilidad impondría el *daño directo a los terceros*, según señala doctrina y jurisprudencia mayoritaria, no generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad. Originariamente hasta fines de los 90 se sostenía que esa acción era de biblioteca, pues no podía generarse daño a un tercero en forma directa en cumplimiento de funciones orgánicas, y si era por actuación no orgánica se estaría frente a una acción de responsabilidad común, aquiliana, y no social.

Desde el derecho societario se intenta acotar la acción individual de responsabilidad incoada por terceros contra los administradores cuando el daño ha sido generado a través de la sociedad, pese a la autorizada opinión de Nissen ⁴⁵.

Se impone preguntar ¿Cuándo hay un daño a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora? Daño que llamaríamos directo, pues el indirecto se cubriría a través de una acción subrogatoria u oblicua. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. También resolvería uno de los problemas intragrupo, actuando como una suerte de acción derivativa. Las acciones derivadas aparecen como una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua⁴⁶.

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

Hoy la jurisprudencia y doctrina extranjera es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad. No es del caso referirme a la responsabilidad de administradores en Alemania, Francia, Italia y España, que es congruente con la posición que mantenemos y el esfuerzo compartido, como referiremos más adelante, aunque introduciremos ya en nuestros comentarios doctrina y jurisprudencia coincidente con nuestras normas.

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

⁴³ CNCom. Sala "C", 22/5/1987, "*Kuckiewicz, Irene c/Establecimiento Metalúrgico Cavanna S.A. s/Ordinario*", Informática Jurídica Documento N° 11.2887 C.Nac.Com.; CNCiv. Com.Fed. Sala 1°, 27/8/1998, "*Banco Hipotecario Nacional c/Planobra S.A. y otros s/Proceso de Ejecución. Causa N° 115/93*", Informática Jurídica Documento N° 7.4216 C.Nac.Civ. y Com.Fed.

⁴⁴ CNAcT, Sala III, in re “Silvero, Víctor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L. y otro s/embargo preventivo-despido”, SD60.913.

⁴⁵ NISSEN, RICARDO A. “El daño resarcible en las acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales” en FILIPPI, Laura - JUÁREZ, María L. (dirs.), *Derechos patrimoniales*, libro en homenaje a Efraín Hugo Richard”, Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, p. 655, donde sostiene que el requisito del daño directo no está impuesto en la ley societaria argentina, bastando el nexo de causalidad.

⁴⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo IX “Francionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración”, parágrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426.

ejemplarizada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio⁴⁷, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”⁴⁸.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente y no depende ningún trámite previo. El acreedor social dispone de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales cuando estos contraen la obligación por la sociedad en estado de cesación de pagos, aunque la sociedad abra su concurso o se produzca la quiebra de la misma.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir un daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad⁴⁹.

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

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

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

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

¿Y el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que esta inserta la administrada? Una doctrina restrictiva puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria. La cuestión ofrece aristas interesantes, pero son indubitables las acciones que pueden promover acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la indubitable fecha de cesación de pagos. La prueba aportada por el informe general del síndico, aunque no se haya fijado la fecha definitiva, será de un valor incalculable –superando a una pericial contable- para determinar junto con la inexistencia de acciones internas en la sociedad para superar la crisis, el dolo de los administradores sociales.

Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios “Cuando ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios⁵⁰. También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos

⁴⁷ ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

⁴⁸ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

⁴⁹ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la Editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra 2005, Ed. Aranzadi S.A. Thomson Civitas, pág. 289.

eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento.

Entre supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse una modalidad frecuente: la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido⁵¹, a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79 Ley Sociedades Anónimas española), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia”⁵².

El incumplimiento de deberes fiduciarios, de diligencia, de lealtad, de actuar con buena fe, por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social. Obviamente que esa responsabilidad esta basada en los principios generales de la responsabilidad civil de base subjetiva, conectándola con la actuación expresa del causante como administrador societario que representa una actuación cualificada como de “buen hombre de negocios”. Por tanto debe existir un comportamiento antijurídico del administrador y una actuación ilícita contraria a ese estándar de cómo debe comportarse frente a la propia sociedad, los socios y los terceros. La antijuridicidad y la actuación ilícita se engloban en el incumplimiento de ese estándar por un administrador societario. El daño y la relación de causalidad con esa actuación ilícita, sea por culpa o dolo, importa el cierre de la imputación de responsabilidad.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de “buen hombre de negocios”.

Es esclarecedora la opinión⁵³ que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. . Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso.

En tales supuestos hay daño (directo) al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amen de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

⁵¹ Sentencia de la Apelación de Valencia Sec. 6ª del 8.4.93 en Revista del Derecho de las Sociedades p. 301, y también puede verse a GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* 4ª edición Marcial Pons cit. pág. 191 nota 89.

⁵² Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho nº 534, marzo 1989, cit por GARRETA p. 200 nota 103.

⁵³ ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución” en AAVV *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996” págs. 1679, 1683, 1698, 1699

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad⁵⁴, ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada⁵⁵.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el standard que fija el art. 59 LS⁵⁶, imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperin que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos)... la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”⁵⁷.

4. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA CONTROLANTE. ACCIONES DERIVATIVAS.

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la controlante. Manóvil⁵⁸ asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

La cuestión se repite en relación al ejercicio de una acción de responsabilidad por el accionista o acreedor de la controlada, en forma directa contra la controlante por los daños generados al patrimonio de aquella, a lo que ya hemos hecho alguna referencia.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad –obviamente a los socios al mejorar el patrimonio del ente- y perjudica al tercero. El tema es más urticante cuando lo hace beneficiando a la sociedad controlante, y ésta no autoriza la promoción de una acción social de responsabilidad. En tal caso: ¿Debe obligarse a promover una acción social en minoría para que los fondos se incorporen al patrimonio social y luego accionar para obtener que una asamblea le distribuya el presunto beneficio? Sería un exagerado rigorismo formal. Las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían la acción directa.

Se sostiene⁵⁹, ratificando el criterio que hemos sustentado y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad... Como los directores son electos por la mayoría... las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas... Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta –al no repararse- la causación de daños a los socios y a terceros. Por el contrario, la impunidad fáctica de los directores –que es una forma de decir, en la mayor parte de los casos, la impunidad de los accionistas mayoritarios- dificulta el surgimiento y expansión de sociedades

⁵⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)” en *De la Insolvencia* Tomo III pág. 579, Editorial Advocatus, Córdoba 2000..

⁵⁵ El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, ANTONIO *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

⁵⁶ Sobre la inteligencia de la locución puede verse HALPERIN, ISAAC *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

⁵⁷ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

⁵⁸ En su libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

⁵⁹ ROUGUES, JULIO M. V “Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”” p. 537 tomo II del *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*.

sólidas..... el principal y más frecuente perjuicio que pueden sufrir los accionistas, es el menoscabo del patrimonio de la sociedad de la que son socios.... las acciones individuales de responsabilidad no pueden fundarse en el perjuicio –al que califican de indirecto- derivado de la disminución del patrimonio de la sociedad, sino en daños directos causados a los accionistas y terceros... De entenderse que los accionistas carecen de la acción individual de responsabilidad por los daños causados a su patrimonio... existirán casos en que los accionistas, por no tener a su disposición la acción individual ni la social, no podrán obtener reparación alguna.... A nuestro entender, las renunciaciones –que, decididas por los accionistas mayoritarios en la asamblea, afectan a todos los socios- deben ser interpretadas restrictivamente.... Previsiblemente, la asamblea que decida la renuncia resolverá que no existe violación a la ley o al estatuto. En tal caso, se ha interpretado que el accionista disconforme debe impugnar la decisión en el término fijado por el art. 251 de la ley 19.550⁶⁰....a) Si triunfa en ambas acciones, lo que se obtenga ingresará al patrimonio de la sociedad controlada por los accionistas mayoritarios que designaron a los administradores responsables..... c) El hecho de que prospere la impugnación de la decisión asamblearia no determina el progreso automático de la demanda de responsabilidad, pues son distintos los sujetos pasivos (en el primer caso la sociedad, en el segundo el administrador de hecho).... e) Si se acumulan ambas acciones.... el producido de su reclamo resarcitorio ingresase al patrimonio del litigante vencido.... En primer lugar, por qué el daño derivado del menoscabo –en ocasiones la volatilización- del patrimonio social es calificado como indirecto? Se trata de una afirmación dogmática tantas veces descalificada por la Corte Suprema de la Nación con sustento en la doctrina de la arbitrariedad.

Esta “acción derivada” aparece autorizada por el art. 73 del Dto. 677/2001 sobre transparencia contra los actos o contratos con partes relacionadas, prevé en la última parte que la acción sea promovida por “un accionista” que “demanda resarcimiento de los perjuicios ocasionados”, o sea que no se trataría de demandar los perjuicios sufridos por la sociedad, sino los correspondientes a ese accionista. Si se entendiera que el daño que debe reclamar el accionista es el total y lo es en beneficio de la sociedad, lo que se habría consagrado no es el ejercicio de una acción derivada, sino la promoción de una “acción en representación”, lo que es bien distinto⁶¹. La norma dispone una inversión de la carga probatoria, imponiendo “a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”.

5. ACUERDO HOMOLOGADO Y ACCIONES DE RESPONSABILIDAD.

Existe la suposición que el acuerdo homologado extingue o impide nacer acciones de responsabilidad, en la idea que la legislación concursal sustituye el régimen del Código Civil y la Ley de Sociedades, y que en el concurso no se autoriza ninguna acción de responsabilidad. Pero ya se habla de otras fronteras en torno a los acuerdos abusivos, sobre lo que no abundaremos, limitándonos a señalar que ante ese estado de cosas la reorganización societaria debería pasar por la capitalización de las deudas, en esfuerzo compartido –cuño jurisprudencial y doctrinario aceptado ante la emergencia económica- entre socios y acreedores para conservar la empresa, como acaece en la legislación y jurisprudencia americana.

Claro que ello no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad.

Mientras no se adopte una solución clara, debe recrearse la responsabilidad de los administradores, con una inteligencia plena de la técnica societaria de organización de la empresa⁶²: estamos sugiriendo el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de sociedades concursadas, ejercitadas por acreedores por causa posterior a la cesación de pagos, extraconcursalmente.

Ello supone daño directo causado a los acreedores por los administradores en el ejercicio de su representación o administración. Esta acreditado que contratar en estado de cesación de pagos es doloso, en los términos del art. 931 C.C., o sea que el administrador beneficiando a la sociedad causa daño directo a los terceros que contratan sin conocer esa situación.

6. EXTRACONCURSALIDAD DE LA ACCION INDIVIDUAL.

⁶⁰ CNCom. Sala B 15.122.89 Barbará, Alfredo y otra c/ Maryland S.A. y otros ED 141 127 citado por Otaegui en la actualización de Halperin *Sociedades Anónimas* p. 558.

⁶¹ Sobre ambas acciones puede verse el Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia 465/91 que integráramos, en el Título I, Capítulo Primero, sección IV “De ciertas acciones” arts. 21 a 26, Ed. Astrea.

⁶² “Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente” en *Doctrina societaria y concursal*, Errepar Marzo 2002 p. 887.

El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros.

Es que el abuso de derecho es un acto antifuncional, incluso del derecho procesal dilatando juicios y luego presentándose tardíamente en concurso, no configura un acto ilícito, por cuanto no es contrario a una norma determinada sino al ordenamiento jurídico en su conjunto. Máxime si se acepta que el administrador societario que obliga a la sociedad con un tercero, recibiendo la prestación de éste, y no satisfaciendo la propia de la sociedad, actuó con dolo en la contratación.

Esta acción es extraconcursal pues no está concursado el legitimado pasivo. Tampoco ejerce efectos sobre la misma la novación de la obligación principal en el concurso de la sociedad, pues son sujetos distintos.

7. DERECHO COMPARADO.

Formalicemos una miscelánea de apreciaciones sobre la cuestión desde el derecho foráneo, como corroborante de los fundamentos que hemos esbozado y de la universalidad de la apreciación de la preconcursalidad que impone el derecho societario.

En general se sostiene que sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad⁶³. “La acción individual de la responsabilidad se edifica sobre el presupuesto de un daño generado a accionistas o terceros sin que necesariamente de ello se derive un daño a la sociedad”⁶⁴. Pero, insistimos, ello es congruente con la existencia de una persona jurídica y el sistema de las relaciones de organización.

7.1. URUGUAY.

En Uruguay el ejercicio de la acción social por los acreedores está autorizada por el art. 395 LSU..

7.2. FRANCIA.

En Francia se registra la *action en complement du passif*, que se ejercita en el concurso debiendo probarse la insuficiencia efectiva del activo para satisfacer el crédito del acreedor reclamante delimita su daño, la negligencia o dolo de los administradores por falta de gestión, y el nexo de causalidad entre esa falta de gestión y la insuficiencia del activo.

Se construye en este derecho como en la integridad del derecho comparado en una vinculación entre las normas societarias y eventualmente con las concursales.

7.3. ESPAÑA.

En España se puede reclamar cuando concurren los principios de la responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios ocasionados por la infrapatrimonialización –art. 1902 C.C.-.

Debe remarcarse el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5

⁶³ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

⁶⁴ AMORÍN ob. cit. esp. pág. 488.

LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).”⁶⁵

“Con el artículo 262.5, la Ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas”⁶⁶.

La jurisprudencia española abriendo el ejercicio de la acción de responsabilidad es profusa: Responsabilidad de administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución⁶⁷ o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos”⁶⁸ “...El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto.

Ratificando la anticipado y transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”⁶⁹

Encuadran las irregularidades descritas, en la ilegalidad denominada “infracapitalización societaria”, la cual sabido es que tiene fundamentos -resarcitorios- no solo en planos individuales sino también porque se afecta negativamente la oferta de crédito y aleja a la comunidad de la eficiencia económica. “...La infra-capitalización en general puede definirse como la manipulación del patrimonio social, con el objeto de trasladar indebidamente el riesgo a los acreedores. ...”⁷⁰. Boldó Roda se expresó en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Rep. Argentina 2007) sobre este punto: Una causal de disolución es la infrapatrimonialización, que al impedir el cumplimiento del objeto social genera responsabilidad de los administradores. “Estamos ante una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Se dice entonces que la sociedad está infracapitalizada, pudiendo distinguir dos supuestos. La infracapitalización material y nominal. La infracapitalización material se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. ... la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso, incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica, haciendo responder personalmente a los socios, ... En España, el art. 262.5 LSA puede utilizarse como una vía para atajar la

⁶⁵ BELTRÁN SANCHEZ, EMILIO “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, pág. 133.en *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000.

⁶⁶ SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, LUIS “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, en *Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez* p. 2481, especialmente pág. 2496. Sobre la *responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los Estatutos Sentencia del 30 de octubre de 2000 Tribunal Supremo Sala en lo Civil p. 1687 Tribunal Constitucional Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000 p. 169.*

⁶⁷ GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades 4ª edición* Marcial Pons, ps. 202 y ss..

⁶⁸ Sentencia de la Apelación de Valencia sec. 6ª del 30.12.92 en Revista del Derecho de Sociedades p. 306.

⁶⁹ BELTRAN SANCHEZ “La responsabilidad por las deudas sociales” citado a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁷⁰ RAMÍREZ BOSCO, LUCAS *Responsabilidad por infracapitalización societaria* Ed.Hammurabi, 2004, pág. 47.

infracapitalización material desde la óptica de la responsabilidad de los administradores del siguiente modo: la infracapitalización material imposibilita la obtención de un lucro común repetible a través de la explotación de la empresa que constituye el objeto social. En primer lugar deberá convocarse la Junta General para que elimine la causa de disolución de la sociedad mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución o la declaración de concurso de la sociedad. En defecto de celebración de Junta General o acuerdo de aumento de capital o de disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad. Y lo que es más importante en la práctica, a la eventual disolución de la sociedad anónima materialmente infracapitalizada, se añade ahora la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales. Efectivamente responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la disolución o al acuerdo. Esta responsabilidad ex art. 265 LSA es diferente a la acción individual contra los administradores por daños del art. 135 LSA. Se trata de una sanción específica, ajena a la existencia o no de daños y que sin embargo es acumulable a las acciones de responsabilidad por daños frente a los administradores. Hay que destacar respecto a esta última la importancia que puede tener también en los casos de infracapitalización material el ejercicio de la acción individual de responsabilidad ex art. 135 LSA. Hay que distinguir dos supuestos. Si nos encontramos ante una situación de inexistencia absoluta de patrimonio, no prosperaría la acción puesto que la actuación negligente de los administradores no se deriva daño para tercero. Si por el contrario, el patrimonio de la sociedad existe pero es insuficiente para satisfacer los créditos de la misma con terceros, la actuación negligente de los administradores puede dar lugar a responsabilidad (STS 22 abril 1994)”.

“La responsabilidad que impone la última parte de la norma -art.54 ley 19550- es jurídicamente independiente y separada de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad y de su efecto de extensión o traslado de la imputación ... para cumplir el fin resarcitorio o ejemplificativo que se busca, pero sólo respecto de los legitimados pasivos de esta acción, que son los socios y los controlantes... La ley exige que el actuar de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.....porque frente a la prueba de que una sociedad se encuentra materialmente infracapitalizada, no hay duda sobre la falta de diligencia de un buen hombre de negocios....”⁷¹.

7.4. ITALIA.

En Italia, ante la reciente reforma introducida en el sistema societario, el nuevo art. 2497⁷² (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas. El art. 2448 del C.Civil imponía a los administradores societarios abstenerse de continuar o emprender el giro social cuando acaece alguna de las causales de disolución contempladas en dicho artículo, que alcanzaría a la infrapatrimonialización como forma impeditiva de cumplir el objeto social, pues en caso contrario asumirían responsabilidad ilimitada y solidaria por los nuevos negocios, conforme la visión que venimos sosteniendo en nuestro país.

7.5. SUIZA.

En Suiza se determina políticas semejantes a través de su art. 725 del Código de las Obligaciones, imponiendo en caso de pérdida de la mitad del capital social y no se cubre el pasivo debe convocarse de

⁷¹ RAMÍREZ BOSCO, ob.cit., pág.132/133.

⁷² Codice Civile Art. 2497, nueva redacción según D. Lgs. n. 6 del 17 de enero de 2003. " *Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*"

inmediato a los accionistas con un plan de reorganización, o por excesivo endeudamiento debe proverse a un balance especial auditado y de resultar un estado de cesación de pagos debe ponerse la cuestión de inmediato en conocimiento de un tribunal judicial. El incumplimiento genera responsabilidad personal a los integrantes del Directorio.

7.6. ALEMANIA.

En el derecho alemán se tratan dos supuestos de responsabilidad: por retraso de insolvencia e insolvencia sin masa, conforme expresó Karsten Schmidt:

“a) La responsabilidad por retraso de insolvencia es un gran problema. En teoría funciona de esta manera: Si una sociedad de capital está sobreendeudada o entra en cesación de pagos, el Directorio o los Gerentes deberán solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia si no lograran un saneamiento dentro de las tres semanas subsiguientes (Art. 92 de la Ley de SA, art. 64 de la Ley de SRL). Si no lo hicieran, se harían pasibles de sanciones (Art. 401 de la Ley de SA, Art. 84 de la Ley de SRL). Además los acreedores podrán exigir del Directorio o de los Gerentes una indemnización por daños y perjuicios, pues las normas son así llamadas leyes de protección y su violación culposa conduce a la indemnización por daños y perjuicios (Art. 823 inciso 2 del Código Civil).

b) Cierta día los síndicos concursales descubrieron normas que habían quedado a oscuras durante 100 años. Según estas disposiciones en el Derecho de Sociedades Anónimas y SRL el Directorio o los Gerentes deberán realizar a la masa cada uno de los pagos, que hubiera efectuado en forma culposa después de manifiesto el sobreendeudamiento (Art. 93 inciso 3 N° 6 de la Ley SA, art. 64 inciso 2 . de la Ley de SRL). Hay que tener en cuenta que esto no es una “*actio pauliana*” (impugnación por los acreedores), sino una demanda de restitución contra el Directorio o el Gerente. La jurisprudencia aplica estas disposiciones en forma textual. Aquí no se piensa en daños a los acreedores. La concreción de la responsabilidad es realmente simple, el riesgo de responsabilidad es para la conducción de la empresa absolutamente incalculable⁷³.

Para el Derecho Alemán deberá observarse una diferencia característica entre la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. El Directorio de una SA dirige a la misma con responsabilidad propia. (Art. 76 inciso 1 de la Ley de SA). Es cuestión de él, si consulta a la Asamblea General en un asunto de conducción de negocios (Art. 119 inciso 2 Ley de SA)⁷⁴. También un accionista mayoritario sólo podrá dar indicaciones al Directorio, si entre él y la sociedad se hubiera celebrado un contrato consorcial (un así llamado contrato de órgano). (Artículos 291, 308 de la Ley de SA). Sin embargo, la responsabilidad única del Directorio se refleja también en el aspecto de la responsabilidad.

Los detalles de la responsabilidad del Directorio son objeto de una extensa casuística⁷⁵. Sin embargo existe claridad sobre un aspecto: Hay como en muchos derechos accionarios del mundo una *Business Judgment Rule*⁷⁶. No cualquier decisión o medida incorrecta considerada ex post es generadora de responsabilidad. A la dirección de la empresa le corresponde una apreciación operativa. La base es el fallo de la Suprema Corte Federal de Justicia en la causa de responsabilidad “ARAG/Garmenbeck” del año 1997⁷⁷. Los hechos eran los siguientes: La ARAG, una compañía de seguros constituida como sociedad anónima había sufrido grandes pérdidas, porque ella y su sociedad filial habían concertado negocios con una sociedad-buzón de Londres. El Consejo de Vigilancia de la ARAG había rechazado responsabilizar por ello al Directorio de la SA. La Suprema Corte Federal de Justicia se expidió en el

⁷³ SCHMIDT, KARSTEN en disertación en la Argentina en año 2005, sobre “Responsabilidad de los socios y administradores en el derecho alemán”, de donde extraímos las referencias del texto y, además, su expresión textual: “Para ilustrarlo voy a crear un caso. Imaginémos un supermercado como sociedad de responsabilidad limitada con una facturación promedio. Cada noche el gerente lleva el dinero de las cajas al banco y hace acreditar la suma en la cuenta bancaria. Seguramente por día serán más de diez mil pesos. En la crisis de la sociedad la cuenta bancaria es negativa, o sea tiene un saldo deudor. Cuando el gerente lleva el dinero al banco tiene la sensación de estar administrando activos de la sociedad y no piensa que cada día está efectuando pagos a un acreedor, en este caso, el banco. Si se abre el procedimiento de insolvencia, el síndico del concurso retirará todos los pagos desde el sobreendeudamiento, quizá también del banco (eso sería la *actio pauliana*). Pero seguramente demandará al gerente. Si éste hubiera arrastrado durante cien días la insolvencia, resultará una responsabilidad de más de un millón de pesos (o sea 100 x 10.000). En la práctica, eso significa: el gerente sufre un embargo masivo, sin que se cuestione si hubo un daño. Yo he protestado contra ello y considero que esta responsabilidad es exorbitante. Pero así se maneja en la práctica en Alemania”.

⁷⁴ Las excepciones rigen en las medidas que reestructuran a la sociedad; ver BGHZ (Suprema Corte Federal de Justicia, Cámara Civil) 83, 122 = NJW 1982, 1703, „Holzmüller“; para la delimitación de esta jurisprudencia ver BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860, „Gelatine“.

⁷⁵ En detalle: *Fleischer*, AG 2003, 291 ss.

⁷⁶ Derecho comparado *Fleischer*, en: Revista aniversario Wiedemann, 2002, p. 827 ss.

⁷⁷ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

sentido en que el Consejo de Vigilancia estaría obligado a perseguir eventuales reclamos por responsabilidad. Sin embargo se debería “tener en cuenta, que al Directorio le corresponde un ámbito de acción amplio para la conducción de los negocios, sin el cual no es posible una actuación empresaria ...⁷⁸ . Hay que tener en cuenta, que la Suprema Corte Federal de Justicia no dice, por cierto, que el Consejo de Vigilancia deba apreciar la pertinencia de la acción, en tanto éste podrá evaluar solamente el riesgo de un proceso⁷⁹, sino de una apreciación del Directorio en el negocio operativo. Textualmente la Suprema Corte Federal de Justicia incluye en esta apreciación “además de asumir conscientemente los riesgos comerciales, fundamentalmente también el peligro de opiniones equivocadas y estimaciones erróneas, a las cuales está expuesto todo director de empresa, por más que actúe de la forma más responsable.” El hecho, “de que al Directorio le falte el olfato necesario para una conducción exitosa de la empresa, o sea, si no tiene ‘una buena mano’ para asumir sus tareas de conducción, podrá dar motivo a su destitución. No podrá derivarse de ello una obligación de indemnización por daños por parte del Directorio. Esta obligación recién podrá ser tenida en cuenta, si se exceden notoriamente los límites, dentro de los cuales se debe mover una actuación empresaria, llevada por una conciencia de responsabilidad, orientada exclusivamente hacia el bien de la empresa, sobre la determinación cuidadosa de la base de decisión, si la disposición a contraer riesgos empresarios se hubiera exagerado en forma irresponsable o si por otros motivos la actuación del Directorio fuera considerada contraria a sus deberes.”

Lo que la Suprema Corte Federal de Justicia ha decidido, posiblemente en los próximos tiempos será volcado con claridad en la ley. Señoras y Señores –expresó Schmichdt., he señalado al principio la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas y el proyecto de una ley para la integridad empresaria y la modernización del Derecho de Impugnación (‘UMAG’). Según el mismo el siguiente agregado será incorporado a la norma sobre responsabilidad del artículo 93 de la Ley de SA.⁸⁰: la “Business Judgment Rule” determina que: “No existe una violación de deberes, si el Director en una decisión empresaria pudo suponer sin negligencia grave, que actuó en base a una información razonable para el bien de la sociedad”.

Desde el punto de vista jurídico existe una diferencia entre la responsabilidad externa e interna. Esto si comparamos la responsabilidad de los directivos de una SA o de una SRL (Art. 93 de la Ley de SA, Art. 43 de la Ley de SRL) con la responsabilidad personal de un socio personal, como por ejemplo en la sociedad colectiva (Art. 128 del Código de Comercio alemán). En ésta el socio es responsable ante todos los acreedores como un garante (responsabilidad externa), mientras que la responsabilidad del directivo sólo podrá ser requerida por la sociedad (responsabilidad interna). En la insolvencia la responsabilidad interna conduce a un enriquecimiento de la masa de insolvencia y beneficia a todos los acreedores de la sociedad. Por el contrario la responsabilidad externa da a cada acreedor la posibilidad de resarcirse por sí mismo en forma directa. Esto sería un gran peligro para el tratamiento equitativo de los acreedores. Sobre esta idea se basa el artículo 93 del Reglamento de Insolvencia. La norma tiene el siguiente texto: “Art. 93. Responsabilidad personal de los socios. Si se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de una sociedad sin personería jurídica o una sociedad en comandita por acciones, podrá hacerse valer la responsabilidad personal de un socio por las obligaciones de la sociedad mientras dure el procedimiento de insolvencia solamente a través del administrador de la insolvencia”.

Karsten Smichdt, a quién seguimos ha participado en la creación de esta norma⁸¹. La idea es simple: La responsabilidad de los socios no será anulada por los acreedores, sino por el síndico. Lo que el síndico recaude de los socios será distribuido entre los acreedores, como si fuera patrimonio de la sociedad. Esta regla que parece tan sencilla y convincente lamentablemente provocó también problemas inesperados, que aquí no puedo explicar. Pero justamente el círculo de problemas de responsabilidad o tracto directa/o (“piercing the corporate veil”) muestra el sentido que tiene. No es discutible que esta responsabilidad deberá ser en beneficio de los acreedores. Pero se discute, si se la dirige como responsabilidad interna y como complemento del patrimonio social o si los acreedores pueden actuar en forma directa. El art. 93 del Reglamento de Insolvencia nos dice ahora: En el procedimiento abierto de

⁷⁸ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (párrafo b).

⁷⁹ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (Párrafo c)

⁸⁰ Art. 93 inciso 1 Párrafo 1 en la versión del proyecto.

⁸¹ SCHMIDT, KARSTEN Deliberaciones de la 54. Jornada Alemana de Abogados, Tomo 1, 1982, p. D 46 s.; *ders.*, ZGR 1986, 205.

insolvencia no importa responder esta difícil cuestión. El que demanda es el síndico/administrador, no cada acreedor individualmente.

El mismo Smichdt, expresa que “Aún no se ha decidido, si habrá una responsabilidad por subcapitalización. Los jueces de la Suprema Corte Federal de Justicia niegan esta posibilidad. Yo también admito que las condiciones para tal responsabilidad son difíciles de precisar. Sin embargo hay casos evidentes, es decir reconocibles “ex ante”, de subcapitalización. Y entonces me pregunto: Es correcto que sólo sea responsable, el que mata violentamente a su hija-SRL ¿o no tendría que ser también responsable, aquel que deja que ella muera por desnutrición? Si nosotros hasta conocemos en el Derecho Penal el homicidio por omisión, ¿no podrá existir entonces también la eliminación de existencia por omisión en el Derecho Societario? En los casos extremos respondería en forma afirmativa.

Si los socios no dotan a la sociedad del capital social necesario para el cumplimiento de su objeto, estarían abusando del instituto del capital social y de la limitación de responsabilidad, y responderán ante los acreedores sociales, por la vía del levantamiento del velo”.

7.7. GRAN BRETAÑA.

El derecho inglés, ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consiste en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales.

7.8. U.S.A.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁸². En base a la “business judgement rule” si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente. Se expresa⁸³ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos”” Puede contratarse seguro? El dolo no es asegurable, Pero puede asegurarlo la Sociedad, en cuyo caso la Cía Aseguradora puede repetir contra el director.

7.9. BÉLGICA.

La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al maitre de l’affaire, persona psíquica —física—⁸⁴, administrador o controlante. En el derecho alemán se tratan dos supuestos de responsabilidad: por retraso de insolvencia e insolvencia sin masa.

IV - CONCLUSIONES.

Nuestro propósito es devolver las cosas a la normalidad, como acaecían cuando existía el acuerdo resolutorio y se solucionaba la situación patrimonial de una sociedad con quitas no mayores al 20% o esperas de no más de 2 años.

El ejercicio de las acciones de responsabilidad puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Posiblemente la prueba de la cesación de pagos, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual

⁸² VICARI, ANDREA “I doveri degli amministratori in caso de insolvencia della società nel diritto statunitense”, en *Rivista delle Società* 1999 p. 1244 y ss.-.

⁸³ GIBNEY, FRANK *El milagro programado 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.*

⁸⁴ Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, 1991, p. 20.

por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores⁸⁵.

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

Nuestra inicial posición, 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 crónica⁸⁶. 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 buceado en este y anteriores trabajos⁸⁷-, 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 accionistas 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-.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria, como forma de afrontar la crisis en forma privada y extrajudicialmente, atendiendo las posiciones doctrinarias más modernas, considerando a su vez los menores costes de transacción y reglas de equidad básicas en la asunción de las crisis societarias.

Es advertible que administradores y socios no han protegido a la empresa pues la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera espera de un año –como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

Es evidente que los administradores y socios no usaron de los recursos impuestos por la ley societaria sino que tampoco presentaron tempestivamente en concurso a la sociedad administrada.

Los acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continuó operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por la ley societaria.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica), no requieren --como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Ha existido una ola de APES donde las sociedades concursadas buscaron –y lograron forzar la aplicación del art. 45 bis de la LCQ (trámite concursal) y sustancialmente obtener los beneficios de un APE (trámite extrajudicial) contrariando la petición prevista en el art. 74 LCQ, parecería con un plan trazado entre accionistas y administradores para que los problemas financieros de la sociedad fueran soportados exclusiva y excluyentemente por los bonistas, generando un enriquecimiento para los

⁸⁵ Cfme. RICHARD, EFRAÍN HUGO “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario” en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, tomo III pág. 1187 y ss. , Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, EDGARDO MARCELO “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” a pág. 949 II tomo *Derechos Patrimoniales Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

⁸⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO “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.

⁸⁷ Entre otros en *Los administradores societarios y la insolvencia* cit., pág. 570/1.

accionistas⁸⁸, confesado en sus balances inmediatamente después de la homologación de esos acuerdos predatorios.

Intentamos que el sistema concursal se aplique en la forma más contemporánea posible al advertirse la situación de cesación de pagos, cuando aún es posible reconvertir la situación –lo que en la actualidad no se constata en los procesos concursales-, evitando difundir a terceros in bonis la insolvencia.

A su vez entendemos que las sociedades comerciales tienen regulada prevención de la crisis en la legislación societaria específica, que deben aplicar, recorriendo ciertos procedimientos orgánicos, los administradores societarios.

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

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

Afrontando estas cuestiones, Mauricio Yadarola en el año 1925 expresaba que un sistema concursal debe tener un “plan o método”, conforme el cual las normas “puedan ser armonizadas en todo momento, mediante la obra de una sabia jurisprudencia”, proyectando en torno a la situación en “que puede hallarse un comerciante: simplemente en dificultades para afrontar sus compromisos, más o menos próximos, o ya en estado de cesación de pagos; para el primer caso el pedido de convocatoria es facultativo, ya que conviene dejar librado al propio criterio del deudor, la apreciación de si podrá o no salir de esas dificultades. En el segundo caso, es cuando la cesación de pagos se ha producido, cuando la exigencia amenazante de un acreedor puede llevarlo a pagar a éste, en perjuicio del resto de sus acreedores para evitar un pedido de quiebra, o a realizar operaciones desastrosas con el mismo fin, se hace necesario obligar al deudor a convocar judicialmente a sus acreedores para que, sin más dilaciones resuelvan éstos lo que más convenga a sus intereses comprometidos. Ahora bien, la primera pregunta que surge cuando se establece una cláusula legal con carácter de imperativa, es ésta: ¿cuál es la sanción para el caso de incumplimiento?”⁸⁹. Tal el nudo de la cuestión, lo que preocupa a alguna doctrina hoy, ya había sido requerido y planteado en el año 1925. Y a ese interrogante hemos tratado de responder señalando que es la responsabilidad de los administradores –y eventualmente de los controlantes- incluso frente al acuerdo concursal homologado.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable⁹⁰. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

⁸⁸ “Gli scandali statunitensi, europei e italiani conformano che “l’epicentro dei terremoti finanziari é pur sempre situato nel vertice della direzione suprema dell’impresa e cioè nelle scelte o azardate o contrarie alle regole di corretta amministrazione e elusive si norme primarie e secondarie o contrarie a diritto o dolosamente truffaldine –in un crescendo di “illegittimità” che può variare da caso a caso –poste in essere direttamente (sempre) dagli executive directors e con il concorso, attivo u omissivo, (quasi sempre) si non executive directors, di independent directos e degli organi societaria di controllo esterni al consiugio d’amministrazione (ove previsti dall’ordinamento)” P. MONTALENTI, P. “La responsabilità degli amministratori nell’impresa globalizzata”, in AA.VV *Mercati Finanziari e Sistema del controlli*, Milano 2005, 121.

⁸⁹ YADAROLA, MAURICIO “Proyecto de Ley de quiebras” con indicación “Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925” en *Homenaje a Yadarola* Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss..

⁹⁰ QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRÁIN HUGO “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, en RDCO año 1978 Pág.1373; RICHARD, EFRÁIN HUGO “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios⁹¹.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil –societaria-, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

⁹¹ ARAYA, MIGUEL C. “Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima” citado especialmente pág. 647.