

## **CONSECUENCIA DE LA QUIEBRA EN LAS PERSONAS JURÍDICAS. UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD PENAL**

**Efraín Hugo RICHARD**

1. Puede advertirse que en la mayoría de presentaciones en concurso de sociedades comerciales, la cesación de pagos se ha producido con una considerable anticipación a la presentación respectiva. En efecto, conforme lo determina el informe general del síndico –tema al que nos referimos en otra comunicación- esa cesación de pagos ha ocurrido hasta varios años antes.

Sin embargo la sociedad, aun en el marco de esa “cesación de pagos” ha continuado su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho. En esa situación es probable que la sociedad continúe asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o inclusive aumentando honorarios a directores, gerentes y/o asesores (que generalmente son los socios mayoritarios).

Ese período transcurre contratando en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades.

2. Por lo general, en la documentación societaria acompañada no se advierte que los administradores hayan puesto en conocimiento de los socios (especialmente a las minorías), esta situación o al menos la posibilidad de esta situación de cesación de pagos, ni se los convoca para que conozcan y asuman la crisis. Luego, al presentarse tardíamente en concurso, omiten toda programación explícita y pretenden la homologación de acuerdos predatorios de quita y espera que perjudica a los acreedores y beneficia a los socios, so pretexto de la conservación de la empresa.

Lo significativo es que, con esa actuación tardía, en la vida interna de la sociedad al no adoptar ninguna de las medidas que prevé la legislación societaria, y presentarse tardíamente en concurso sin haber puesto previamente la cuestión en manos de los socios, han afectado profundamente a la empresa, para cuya conservación aparece como necesaria y justifica las resoluciones judiciales de homologación quitas y esperas totalmente ajenas a las conductas de los mercados nacionales e internacionales. En definitiva, la actitud de los administradores –a los que a veces se suman los socios controlantes- ha afectado el normal desenvolvimiento de la empresa.

Hemos recomendado a los Directores de Sociedades por Acciones construir adecuadamente las Memorias, conforme dispone el art. 66 LSA. Ello fue reforzado por la Resolución 09/06 de la Inspección General de Justicia de la Nación que, a poco fue suspendida, y recientemente –el mes pasado- fue sustituida por la Res. 04/09, que remarca que el plan de negocios se refleja someramente en la Memoria que deben anualmente configurar los administradores de las Sociedades Anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen de los accionistas. La nueva Resolución permite que las sociedades puedan no ajustarse a sus normas por decisión expresa de su órgano de gobierno. Ante ello nos permitimos señalar que si luego de esa decisión la sociedad generara situaciones de daño a acreedores por su insolvencia –como estamos señalando-, la responsabilidad sería patente no sólo de sus administradores sino

también del grupo de socios de control. Esta nueva Resolución se aplicará a la documentación contable a partir de los ejercicios que cierren desde el 31 de diciembre de 2009

2. En relación a la empresa que es explotada por una sociedad comercial, en los supuestos en que sus administradores y socios no han asumido ni interna ni externamente la crisis, continuando operando, se advierte que lejos de haberse formalizado un plan para salir de la crisis, se ha dejado ahondar la crisis empresaria, incluso preparándose la generación de una transferencia de riqueza de acreedores a socios, al seguir contratando.

Es advertible que en la mayoría de presentaciones en concurso de sociedades comerciales, la cesación de pagos se ha producido con una considerable anticipación a la presentación respectiva. En efecto, conforme determina el informe general del síndico, en casi la totalidad de los concursos de sociedades que hemos consultado, esa cesación de pagos ocurrió varios años antes.

Sin embargo la sociedad, aun en el marco de esa “cesación de pagos” ha continuado su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho. Y en ese marco es probable que la sociedad continúe asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o inclusive aumentando honorarios a directores, gerentes y/o asesores (que generalmente son los socios mayoritarios mismos).

No se trata de las medidas que adoptan los administradores al avizorar la crisis, que deben ser juzgadas conforme disponía la ley 19551 (ref. 1983) en los arts. 125-1 y 125-2, o sea por su irrazonabilidad al tiempo de ser concebidos. Esas medidas se corresponden al riesgo empresario y no pueden generar responsabilidad, salvo dolo o evidente irrazonabilidad contraria a la idea de un buen hombre de negocios<sup>1</sup>.

Nos referimos a casos en que contratan en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades, configurándose una actuación dolosa, por lo menos desde el punto de vista civil (art. 931 y concordantes C.Civil).

Por lo general, en la documentación societaria acompañada no se advierte que los administradores hayan puesto en conocimiento de los socios (especialmente a las minorías), esta situación o al menos la posibilidad de esta situación de cesación de pagos, ni se los convoca para que conozcan y asuman la crisis. Luego, se presentan en concurso y pretenden la homologación de un acuerdo predatorio que perjudica a los acreedores y beneficia a los socios, so pretexto de la conservación de la empresa.

3. Un perfecto plan de insolvencia ha sido puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo hubiera. Y a ese plan se habrá de ejecutar por actos de comisión, y de omisión preferentemente. Por supuesto que los desarrollos empresarios siempre llevan un riesgo, pero ese plan ha sido realizado cuando los responsables del gobierno de la

---

<sup>1</sup> Sobre la sonda de riesgo, denominado por algunos “zona de insolvencia” o *red flags* puede verse nro. trabajo *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)*, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires Ed. Errepar, 2009, en el número destinado a este Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

empresa no podían dejar de saber que ese riesgo por el que transitaban encontrándose en “cesación de pagos” ya se enmarca en un riesgo jurídicamente desaprobado, transfiriéndolo a terceros al contratar con ellos a sabiéndola que no podrán cumplir su compromiso (deslealtad), prevista por el Código Civil como dolo civil.

4. Hemos sostenido que desde la perspectiva del derecho penal, ciertos casos podrían enmarcarse en el delito de administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del Código Penal), en tanto con su accionar perjudiquen los intereses confiados u obligaren abusivamente al titular de tales intereses<sup>2</sup>.

Pero tras la sanción de la ley 25.602 (promulgada en junio del año 2002), que derogó la ley de subversión económica, e incorporó el art 174 inc. 6<sup>3</sup> en el Código Penal, tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de “vaciamiento de empresas” que contienen tales normas.

Sin dudas que aludir a vaciamiento de empresas no responde a una técnica dogmática del todo ortodoxa. Las empresas no se *vacían*, y tampoco se *llenán*. Por tanto aquella idea no es más que una sarcástica metáfora; un mero término figurativo. En los hechos punibles que describe el art. 174 inc. 6 del Código Penal se dice que el agente vacía la empresa, en cuanto subsiste intacta como contenedor, es decir como entidad ideal, pero su contenido ha sido sacado, total o parcialmente. Con una salvedad: ese contenido puede referirse a sus bienes, pero también al desarrollo de su actividad. Por tanto vaciar una empresa no es solo restarle cosas. Vaciar una empresa es también restarle potencialidad a su desarrollo, imposibilitarla para competir en el mercado, para desarrollarse, para subsistir. Por ello cuando se trata de hacer sacrificios para “conservar la empresa” podríamos estar enfrentando una situación donde la empresa ha sido vaciada.

5. El art. 174 inc. 6 contiene dos tipos penales. Sólo señalaremos el primero: “afectar el normal desenvolvimiento de una empresa”. Por supuesto que no realizaremos una exégesis del tema<sup>4</sup> ya que la extensión que debe tener este trabajo lo impide, limitándonos a algunas notas fundamentales de este tipo para una mejor comprensión de nuestra posición.

El ambos casos el bien jurídico protegido es el patrimonio, pero más concretamente el crédito<sup>5</sup>. Y es que si el tipo protege el patrimonio, y si la acción del agente tiene como objeto *su* empresa (o la que administra), resulta claro que el patrimonio que protegen estos delitos del art. 174 inc. 6, corresponde a los sujetos que tengan en vista aquel objeto como medio para satisfacer sus expectativas. Esos sujetos no pueden ser otros que los que revistan la calidad jurídica de acreedores.. En estos delitos el agente quiere realizar la acción típica sobre la empresa sabiendo

<sup>2</sup> Nto. con Carlos PALACIO LAJE *PLAN DE INSOLVENCIA Y PRESENTACIÓN TARDÍA EN CONCURSO: SU POSIBLE PUNICIÓN (EL PLAN DE SANEAMIENTO EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS Y EN EL APE - LA CRISIS Y EL PLAN DE INSOLVENCIA)* publicado en libro colectivo “VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA” (Santa Fe 2006), tomo II. CESACIÓN DE PAGOS Y PREINSOLVENCIA, pág. 357.

<sup>3</sup> Sufrirá prisión de 2 a 6 años: “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinada a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”

<sup>4</sup> Sobre el particular véase Palacio Laje, Carlos *Los Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002; y un trabajo más actualizado en “Derecho Penal económico, Parte Especial” Tomo 2, *Vaciamiento de Empresas*, por Carlos Palacio Laje, pag. 304 en adelante, EDITORIAL Mediterránea.

<sup>5</sup> Conforme al art. 496 del Código civil es “el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación”.

que el resultado que en consecuencia se produzca necesariamente tornará imposible las expectativas de los acreedores. La ley penal, a través de los tipos del art. 174 refuerza el derecho a que se satisfaga las exigencias que nace de la calidad de acreedor, penalizando algunas acciones que, al tornar imposible o incierto el cumplimiento de las obligaciones, desbaratan el crédito. Lo vuelven ilusorio.

Ahora bien, el normal desenvolvimiento de una empresa se relaciona con todos aquellos aspectos materiales e inmateriales que resultan beneficiosos y necesarios para el desarrollo de su actividad con cierta previsión. La acción típica implica incapacitar a una empresa, es decir perturbar el desarrollo de la actividad estándar y uniforme que supone y requiere la naturaleza del negocio, en el marco de sus particulares antecedentes. Afectar el normal desenvolvimiento supone contribuir a la ruina de la empresa a su decadencia y en definitivas a su caída. Afecta el normal desenvolvimiento de la empresa quien la torna en anormal, es decir fuera de las reglas que la actividad supone o requiere. Al respecto, ya hemos expuesto que la medida necesaria para considerar, en el marco del tipo en cuestión, cuando el normal desenvolvimiento se ha visto afectado, es aquella que permita determinar que el acreedor verá frustrada su expectativa acreencias, en todo o en parte. En otras palabras, lo anormal será típico en el momento en el que pueda determinarse que desbaratará los derechos de los acreedores.

El delito en exámen se enmarca en aquellos que se conocen como infracción a un deber fijado en el ámbito extrapenal. Y lo infrigen quebrando una implícita posición de garante o fiduciario sobre los bienes y la actividad de la empresa, que consiste en el deber de abstenerse de realizar actos que importen la frustración de derechos de acreedores, y el de tomar todos los recaudos para no superar el riesgo permitido. Se conecta directamente con actos u omisiones contrarios a la diligencia de un buen hombre de negocios, o a la falta de lealtad.

6. Ahora bien, desde nuestra perspectiva, el administrador, o los mismos socios, que frente a una crisis empresaria, no articulan o al menos no esbozan un plan de salvataje, y siguen funcionando sin siquiera exteriorizar esta situación, incluso como si esa “cesación de pagos” no existiera, afectan el normal desenvolvimiento de la empresa con el claro objetivo que tiene el tipo.

Los vencimientos se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un importante patrimonio, que es total o parcialmente impago. De esta forma se sigue obteniendo crédito por parte de los proveedores. Y mientras el pasivo se refinancia y las provisiones comerciales continúan en ascenso, se retiran utilidades, se mantienen altos honorarios a los directores, que incluso se hacen nombrar en otros cargos por funciones que no cumplen, y otra parte del capital, e incluso la clientela es desviada hacia otras empresas vinculadas o constituídas prestanombres. El pasivo sigue creciendo hasta que los acreedores comienzan a negar los pedidos de prórrogas de pagos, y poco tiempo después la presentación en concurso se transforma en la salida para renegociar la deuda. Y es ahí cuando un síndico advirtiendo el estado de la empresa afirma que el estado de cesación de pagos comenzó hace 5 años.

¿No lo sabían los empresarios? Y si lo sabían, y nada, absolutamente nada intentaron planificadamente, ¿no afectaron el normal desenvolvimiento de la empresa con miras a perjudicar a los acreedores?

Entedemos un gran numero de estos casos pueden enmarcarse en el delito de afectar el normal desenvolvimiento de la empresa que tipifica la primera parte del art. 174 inc. 6 del Código Penal, y que rige desde mediados de 2002.

Se requiere mirar la realidad, una realidad que es bien dolorosa para la buena fe negocial, basamento del derecho comercial. No se ofrecen adecuadas propuestas a los acreedores –como lo eran en años anteriores (aún de gran inflación) Y no se ofrecen porque hoy las estrategias son más sofisticadas y parece que ofrecieran delicados “bocados” a los administradores y socios de sociedades comerciales para tomarlos sin riesgo de ciertos acreedores.

No hay duda en esos casos que hay planificación. Lo que no se puede acceder al “plan de empresa”, que lo hay desde que se advierte la dificultad económica. Y no se puede acceder porque en los casos en que se prepara el concurso con mucho tiempo de anticipación, lo que hay es un “plan de insolvencia”.

7. La visión punitiva no se agota en el análisis de las normas de derecho penal, pues el supuesto de hecho que hemos descripto quedaría alcanzado por la norma penal societaria contenida en el art. 19 L.S. sobre actividad ilícita<sup>6</sup>, además de acciones individuales de responsabilidad contra los administradores, particularmente por los acreedores no informados devenidos con posterioridad a la cesación de pagos.

**CONCLUSIÓN:** Los administradores societarios que quieran evitar la posibilidad de ser legitimados pasivos de acciones de responsabilidad societarias, individuales o sociales, de la falencia o penales, ante la cesación de pagos deben poner la cuestión en manos de los socios, particularmente para afrontar causales de disolución y ante la infrapatrimonialización asumir la capitalización por los socios, terceros o acreedores, o ante el fracaso de esas medidas deben adoptar tempestivamente las soluciones concursales.

---

<sup>6</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV