

## SISTEMAS DE PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA - RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS FRENTE A LA INSOLVENCIA

Efraín Hugo RICHARD

**Comunicación al IV Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Buenos Aires 5 y 6 de Junio de 2008, publicada a pág. 197 y ss. del libro colectivo “Situaciones de crisis en las sociedades comerciales”, Directores José Miguel Embid Irujo y Daniel Roque Vítolo. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires octubre 2010.**

Abstract:

Al tratar la temática del título en el CUARTO CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL (Buenos Aires (República Argentina) 5/6 de junio de 2008) convocado para considerar en general las “*SITUACIONES DE CRISIS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES: INSOLVENCIA Y CONFLICTOS SOCIETARIOS*”, señalamos inicialmente que “La convocatoria es un reconocimiento a la tendencia mundial a la anticipación para afrontar la crisis en forma extrajudicial. Insertar la problemática en las sociedades implica aceptar que ese recurso técnico para asumir una empresa (que se otorga a la autonomía de la voluntad), es también un recurso apto para solucionar sus crisis en su interior, evitando recurrir al sistema concursal – apto sólo para casos extremos y agotada aquella vía-, bajo el riesgo que quiénes constituyeron y controlan dicha sociedad y sus administradores puedan asumir responsabilidad por operar en estado de crisis –inclusive ante su posibilidad-. Esta es una vieja apreciación que mantenemos de mucho antes de la reforma del sistema español”, y bajo esa advocación entregamos dos comunicaciones, la primera de las cuales procedemos a ampliar, haciéndolo también por separado con la segunda *CESION DE CRÉDITOS Y DERECHOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO*.

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

1. Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización<sup>1</sup>, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad.

2. Advertida una situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario – buen hombre de negocios-, debe con diligencia poner la cuestión en la 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. 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 esta generando daño a terceros.

4. El posterior concurso de la sociedad puede concluir en la presentación y homologación de un acuerdo con quitas y esperas predatorias –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 –que es motivo de la otra comunicación-.

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

<sup>1</sup> 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.

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 la española<sup>2</sup>.

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 societarias, y recién fracasadas éstas presentarse tempestivamente en concurso.

## II – LA ASUNCION TEMPESTIVA DE LA CRISIS

1. Conforme el texto desgajado del artículo 10 ley 24522, el deudor puede 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 LS<sup>3</sup>)

Se advertirá que 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 intervinientes<sup>4</sup>.

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 equivocada<sup>5</sup>.

Resulta fundamental tener como postulado que las crisis económico financieras de sociedades comerciales pueden resolverse por aplicación de la normativa específica societaria y que, eventualmente, la presentación en concurso debe ser tempestiva al no haber podido solucionar la cuestión a través de aquella normativa.

### 2. Como afrontar la crisis en la funcionalidad societaria.

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

<sup>2</sup> Ello se confirmó en el debate como habíamos apuntado en nuestra presentación sumaria. Una mejor justificación puede encontrarse en “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

<sup>3</sup> En *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999 nto. con Orlando Muño, pág. 229 y concordantes. 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, nto. Responsabilidad de administradores societarios y socios en supuestos de insolvencia en la concepción del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades, pág. 407, con Pablo J. Rodríguez y Héctor G. Vélez, también nto. *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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> *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..

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 sobreviniente de cumplir el objeto social” o continuar el giro normal de los negocios, reintegrando o aumentando el capital por aporte de los socios<sup>6</sup>, capitalizando el pasivo<sup>7</sup> 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 adecuadamente<sup>8</sup>. 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 culposa 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 reciente resolución 6/2006 de IGJN sobre el contenido de la Memoria ha puesto las cosas en su lugar, aunque hoy se encuentra suspendida por un año para su perfeccionamiento<sup>9</sup>.

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 Truffat<sup>10</sup> 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 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 de responsabilidad”), citando a su vez a

<sup>6</sup> 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: nto. *La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución conjuntamente con Graciela A. Haggi*, pág. 229 del primero.

<sup>7</sup> Solución 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.

<sup>8</sup> En Libro colectivo en prensa cuando escribimos estas líneas –abril 2006- sobre Concursos y Quiebras coordinado por Lidia Vaisier, nto. *HACIA LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CRISIS: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA*.

<sup>9</sup> 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;...”.

<sup>10</sup> BARREIRO, Marcelo G. TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y represenantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* en *Doctrina Societaria y Concursal*, oct. 2005, t. XVII p. 1205 y ss.

Julia Villanueva<sup>11</sup> 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 empresaria en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresaria 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”<sup>12</sup>.

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.

3. Hemos señalado ciertas debilidades<sup>13</sup> 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 reparar<sup>14</sup>, 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 empresaria 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. 6º 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 4º 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 empresaria 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

<sup>11</sup> 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..

<sup>12</sup> 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 nuestro *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, tomo II pág. 689 y ss..

<sup>13</sup> *Tempestividad en la presentación en concurso*, pag. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial”, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

<sup>14</sup> Comunicación al PRIMER CONGRESO NACIONAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES Mar del Plata, 14 y 15 de abril de 2005, tema: OBLIGACIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES, nuestra con RODRIGUEZ, Pablo Javier, VELEZ, Héctor Guillermo *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y SOCIOS EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA EN LA CONCEPCION DEL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES*.

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 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.

#### 4. Conductas tempestivas a seguir ante la crisis para evitar responsabilidad.

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 acreedores<sup>15</sup>. 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 una reforma 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 riesgo<sup>16</sup>. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

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.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho<sup>17</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

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 vida<sup>18</sup>.

¿Puede operar libremente una sociedad en cesación de pagos? O sea con una situación patrimonial que le impide cumplir el objeto social, sea por falta de capital o de patrimonio? La cuestión puede estar vinculada a un problema de falta de activo corriente y/o exceso de pasivo corriente.

Como hemos apuntado es obligación de los administrados societarios –que como tales no tienen responsabilidad ni siquiera en las sociedades colectivas- planificar, y particularmente en situación de crisis deben avizorar las formas de afrontarla.

Inmediatamente a ello, si de esa planificación –indicada en su caso en la Memoria conforme el momento temporal de la crisis- no asegura la aparente inversión de la situación, deberán llamar a los socios-accionistas para considerar un aumento de capital, cuando no la reintegración, o el reconocimiento de una causal de disolución. Son los socios-accionistas los que deben decidir las conductas a seguir.

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

<sup>15</sup> STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

<sup>16</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* 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.

<sup>17</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>18</sup> *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.

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 de acuerdo.

Claro que contemporáneamente 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, se esta generando a favor de esos acreedores una acción individual de responsabilidad<sup>19</sup>.

##### 5. La cuestión desde el punto de vista penal.

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

Un penalista<sup>20</sup> refiere a las sociedades que operan con patrimonio inadecuado o se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo...”, los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un *gran patrimonio*, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que 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 acreedores<sup>21</sup>. 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 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 acreedores<sup>22</sup>.

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.

##### 6. Acuerdo homologado después de actuación preconcursal en insolvencia.

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.

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 empresa<sup>23</sup>: 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.

<sup>19</sup> En libro colectivo *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos, 2ª Buenos Aires 2005, nto. *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, capítulo XLIX tomo I pág. 811.

<sup>20</sup> PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

<sup>21</sup> PALACIO LAJE, ob. cit. especialmente pág. 59. Se refiere al delito previsto recientemente en el art. 174 inc. 6º CP.

<sup>22</sup> PALACIO LAJE ob. cit. pág. 85 y ss..

<sup>23</sup> *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina societaria y concursal*, Errepar Marzo 2002 p. 887.

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.

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 accionistas<sup>24</sup>, 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.

### III - RESPONSABILIDAD EN DERECHO SOCIETARIO<sup>25</sup>.

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

<sup>24</sup> “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 *La responsabilità degli amministratori nell’impresa globalizzata*, in AA.VV “Mercati Finanziari e Sistema del controlli”,Milano 2005, 121.

<sup>25</sup> Puede verse nta. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Bs. Aires, pág. 543 y ss..

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?"<sup>26</sup>. 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 empresarial. 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 inviable<sup>27</sup>. 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.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>28</sup>), 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.

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 medios<sup>29</sup>.

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.

#### IV - ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

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 sufrido<sup>30</sup>.

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

<sup>26</sup> YADAROLA, Mauricio en "Homenaje a Yadarola" Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, tomo I pág. 335 y ss. *Proyecto de Ley de quiebras* con indicación "Publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925".

<sup>27</sup> Nto. LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS, con Francisco Quintana Ferreyra, en RDCO año 1978 Pág.1373; LA CONSERVACION DE LA EMPRESA, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss. .

<sup>28</sup> nta. comunicación sobre "LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO" al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA *Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes* (Una propuesta metodológica)..

<sup>29</sup> 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. 647.

<sup>30</sup> ARAYA M.C. *Responsabilidad....* cit. pág. 652.



cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio<sup>31</sup>, 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<sup>32</sup>.

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 sociedad<sup>33</sup>.

“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”<sup>34</sup>.

### 1. DAÑO FUERA DEL EJERCICIO ORDINARIO DE LA FUNCION.

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.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores<sup>35</sup>. 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”<sup>36</sup>. Se expresa<sup>37</sup> “... 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.

La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al maitre de l’affaire persona síquica<sup>38</sup>, administrador o controlante.

“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”<sup>39</sup>

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, a la que dedicaremos el último parágrafo.

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,

<sup>31</sup> ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

<sup>34</sup> AMORÍN, Mariano *Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. El factor de atribución*” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 229 marzo/abril 2008, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 473 y ss., esp. pág. 488.

<sup>35</sup> VICARI, Andrea I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense, en Rivista delle Società 1999 p. 1244 y ss.-.

<sup>36</sup> cfme. DOBSON *No hay responsabilidad...* cit. pag. 105.

<sup>37</sup> GIBNEY, Frank “*El milagro programado*” 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

<sup>38</sup> Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, en pág. 20-1991.

<sup>39</sup> CNAcT, Sala III, in re “Silvero, Víctor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L.y otro s/embargo preventivo-despido”, SD60.913.

pese a la autorizada opinión de Nissen <sup>40</sup>.

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 responsabilidad<sup>41</sup>, 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 social<sup>42</sup>. Son supuestos de insolvencia que también autorizarían una acción contra los controlantes abusivos por su conducta desviada y tolerante.

En el derecho uruguayo el ejercicio de la acción social por los acreedores esta autorizada por el art. 395 LSU..

Un tema candente en el aspecto de los grupos es la responsabilidad de los administradores de la controlante. Manóvil<sup>43</sup> 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.

No hay duda que cuando el administrador de una sociedad insolvente contrae obligaciones, beneficia a la sociedad 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. ¿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. Al mismo tiempo las acciones previstas en el art. 54 in fine LS permitirían ese resultado.

Se sostiene<sup>44</sup>, 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 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....

<sup>40</sup> NISSEN, Ricardo *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.

<sup>41</sup> GALGANO, Francesco “Diritto civile e commerciale”, vol III *L'impresa e le società*, t. II, 3ª ed. Cedam, Padua, 1991, pág. 291.

<sup>42</sup> AMORÍN ob. cit. pág. 477.

<sup>43</sup> En su reciente libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado* edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, pág. 758 entre diversas referencias que hace a la cuestión.

<sup>44</sup> ROUGUES, Julio M. V *Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una “vexata quaestio”* p. 537 tomo II del IV Congreso Iberoamericano.

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 19.550<sup>45</sup>....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 distinto<sup>46</sup>. 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”.

Las acciones derivadas aparecen como una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua<sup>47</sup>.

## 2.2. DAÑO DIRECTO.

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 opinión restrictiva pero esclarecedora<sup>48</sup> 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<sup>49</sup> 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 (véase Bonelli, Responsabilidad, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al

<sup>45</sup> 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 p. 558.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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, párrafo XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, pág. 426.

<sup>48</sup> En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LOS SOCIOS Y TERCEROS: ACCION INDIVIDUAL Y ACCION POR NO PROMOCION O REMOCION DE LA DISOLUCION por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR DAÑO DIRECTO. LA ACCION Individual, transcribimos Pág. 1698 DAÑO DIRECTO

<sup>49</sup> Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

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 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....”.

Debe remarcar 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 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).”<sup>50</sup>

“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.”<sup>51</sup>

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 empresaria 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<sup>52</sup>.

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.

<sup>50</sup> La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, por Emilio Beltrán Sanchez 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.

<sup>51</sup> En los mismos trabajos citados en nota anterior: Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez p. 2481 La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima, por Luis Suarez-Llanos Gómez, 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.

<sup>52</sup> Cfme. DOBSON *La aplicación...* cit. pág. 106.

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.

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 disolución<sup>53</sup> 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”<sup>54</sup> “...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.

Entre otros supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para tender los pagos, lo que conduce normalmente a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido”<sup>55</sup>), 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 LSA), 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”<sup>56</sup>.

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 sociedad<sup>57</sup>, 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 arrastrada<sup>58</sup>.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social.

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 LS<sup>59</sup>, 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

<sup>53</sup> GARRETA SUCH, José María “La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades” 4ª edición Marcial Pons, ps. 202 y ss.

<sup>54</sup> Sentencia de la Apelación de Valencia sec. 6ª del 30.12.92 en Revista del Derecho de Sociedades p. 306.

<sup>55</sup> 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 cit. pág. 191 nota 89.

<sup>56</sup> Sentencia del TS del 14.11.88 en Revista General de Derecho nº 534, marzo 1989, cit por GARRETA SUC cit. p. 200 nota 103.

<sup>57</sup> En DE LA INSOLVENCIA, cit. nto. *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores* (II). Tomo III pág. 579.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

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”<sup>60</sup>.

### 3. PATRIMONIO O CAPITAL INSUFICIENTE.

La infracapitalización<sup>61</sup> 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.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante estar en insolvencia. No existe paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

En la mayoría de los supuestos, una situación concursal implica una infracapitalización material -o subcapitalización-, que si ha sido advertida configura una situación de dolo civil que autorizaría una acción individual de responsabilidad por los acreedores sociales posteriores a esa situación contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos. Se corresponde al deber de los administradores de llevar contabilidad y una eficiente administración, dividiendo las obligaciones en corrientes y no corrientes.

Ratificando la anticipado y transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España 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..”<sup>62</sup>

Encuadran las irregularidades descriptas, 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. ...”<sup>63</sup>.

“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

<sup>60</sup> HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

<sup>61</sup> SUJETOS RESPONSABLES Y SUBORDINACION DE CREDITOS POR EL USO ABUSIVO DE LOS PRESTAMOS DE LOS SOCIOS Y DE LAS ENTREGAS A CUENTA DE FUTUROS AUMENTOS DE CAPITAL, con los Profesores Hernán Racciatti(h) y Alberto Antonio Romano, 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; 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.

<sup>62</sup> 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, a pág. 154 “5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LAS DEUDAS SOCIALES E INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD.

<sup>63</sup> RAMÍREZ BOSCO, Lucas *Responsabilidad por infracapitalización societaria* Ed.Hammurabi, 2004, pág. 47.

sociedad se encuentra materialmente infracapitalizada, no hay duda sobre la falta de diligencia de un buen hombre de negocios....”<sup>64</sup>.

#### 4. EXTRACONCURSALIDAD DE LA ACCION INDIVIDUAL.

El ejercicio de esas acciones 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 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 acreedores<sup>65</sup>.

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 crónica<sup>66</sup>. 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 anteriores trabajos<sup>67</sup>-, señalando ellos 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 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, con cita de Lorente –quien no descarta la acción de responsabilidad-

#### V - EN CONCLUSION.

Quedan ratificadas así las apreciaciones que anticipamos en la Introducción.

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.

Córdoba (República Argentina) agosto de 2008.

<sup>64</sup> RAMÍREZ BOSCO, ob.cit., pág.132/133.

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> En nuestro *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.

<sup>67</sup> Entre otros en *Los administradores societarios y la insolvencia* cit., pág. 570/1.