

SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)

Efraín Hugo RICHARD

"En el porvenir, el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es un expediente que se dilata por sus complicaciones" de Emilio Gilardin

El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoales.

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

1. Nuevamente Truffat, cuya calidez y versación se advierten en todas las polémicas que hemos mantenido, y también en su recuerdo afectuoso en relación a algún reconocimiento –del que no sabemos de que se trata¹- nos propone dos nuevas polémicas.

Se trata de su artículo IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS, en el número anterior de Doctrina Societaria y Concursal, abril de 2011, n° 281, de Editorial Errepar, donde polemiza con gran cordialidad sobre nuestras posiciones en torno a “confiscatoriedad de propuestas de quita en acuerdos concursales” y sobre la “posibilidad de promover acciones de responsabilidad contra las sociedades que han conseguido homologar acuerdos con esas quitas”.

Es de nuestro interés, como lo hacemos a veces con él y otros distinguidos amigos, contestar como si estuviéramos dialogando, perfeccionando la construcción interpretativa, conciliando aspectos y subrayando diferencias en otros. Por ello solicitamos a la Editorial espacio para el mes de mayo y con gran condescendencia se nos ha aceptado con tal que escribamos en el día.

1.1. Anticipatoriamente señalamos que nunca hemos sostenido que las acciones de responsabilidad contra administradores societarios (no sólo directores) lo son por la quita homologada, sino por daños causados a acreedores de la sociedad por aplicación del art. 59 de la ley societaria. En esto acordamos con el polemista que por la mera quita no se generan acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad concursada.

1.2. Pero resulta que Truffat postularía que la homologación de un acuerdo de quita, además del beneficio que resulta para la sociedad de la pérdida que sufren los acreedores generaría el efecto de extinguir las acciones de responsabilidad contra los administradores de la concursada, cualquiera sea el motivo. Es evidente que subyace en el pensamiento de Daniel el negocio que

¹En “Reflexiones sobre paradigmas concursales en el derecho argentino y en el americano” (DSC, Nro. 270, mayo 2010, pág. 453), y en la nueva nota donde nos propone otro contrapunto.

hacen los administradores –y los socios- de las concursadas al recurrir a las quitas de los créditos de los acreedores –normalmente muy cuantiosas y obtenidas vaya a saber como- que traspasan esa riqueza al patrimonio de la sociedad –y por ende a los socios- alejando cualquier solidaridad en las pérdidas o esfuerzo compartido, tanto que esa quita está gravada por impuesto a las ganancias.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad, obviamente no nace ninguna responsabilidad por la quita en sí, aunque la misma pueda generar un dato referencial al daño inferido por la conducta culposa o dolosa de administradores societarios respecto a determinado acreedor, daño que puede ser muy superior a la quita o no.

No hay duda que la insolvencia –o la crisis económico o financiera de carácter general²- implican causales de disolución de la organización societaria, imponiendo las medidas imperativas que marca la ley societaria y la responsabilidad de los administradores en caso de continuidad operatoria (art. 99 LS)³. Se dispara así la pregunta: si se ha configurado la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 99 LS ¿la homologación de un acuerdo concursal extingue o elimina de por sí esa acción?

Por otra parte el criterio del Presidente de la Corte, esbozado particularmente en el caso *Daverede*⁴ señala que las acciones individuales de responsabilidad se disparan recién ante la insolvencia –o crisis- de la sociedad, y no se nos diga que eso es en caso de quiebra, por la confesión de incapacidad patrimonial se revela en la presentación en concurso.

No podemos pensar en administradores diligentes sin plan de negocios⁵ ante la mera crisis; y si este no se presenta debemos presumir que es para ocultar las razones por las que no se cumplen las normas imperativas de la ley de sociedades⁶ y direccionando actos miento para perjudicar a terceros. Truffat, en reciente artículo, concuerda en la necesidad del plan “Acoto que personalmente no creo posible intentar un salvataje empresario sin una estrategia, sin cursos de acción predeterminados y analizados, sin metas debidamente ponderadas, etc.. Lo que no me merece tanta certeza es la exigencia formal de un plan de empresa que más parece una invitación a atosigar de papeles, gráficos y proyecciones a los jueces...”⁷. Hemos con anterioridad previsto esta crítica aludiendo a las previsiones de la reforma de 1983 a la ley 19.551 en la excelente factura de los arts. 125-1 y 125-2, y lo hemos reiterado⁸ en el mismo libro colectivo donde Daniel formula la coincidencia sustancial y la reserva formal, señalando nosotros que aquella solución evitaba papeleo

² “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 1ª parte *La crisis de la organización societaria*, pag. 260 y ss..

³ *Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso* págs. 275 a 357 en “Ensayos de Derecho Empresario” n° 6 Ed. Fespresa, Córdoba 2010, serie en homenaje a comercialistas fallecidos de la Universidad Nacional de Córdoba, número in memoriam de Juan José de Arteaga.

⁴ *No hay que fomentar el incumplimiento (Sobre la petición de quiebra por acreedor)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 280 marzo 2011, pag. 309 y ss., particularmente punto IV pag. 326 y ss..

⁵ “Perspectiva del derecho de la insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 1ª parte *La planificación preconcursal (actuando tempestiva y extrajudicialmente)*, pag. 215 y ss..

⁶ “Perspectiva del derecho de la insolvencia” cit. 1ª parte *La crisis de la organización societaria* cit. y 2ª parte con Antonio Silva Oropeza *El aumento de capital como solución a la crisis* pag. 405 y ss..

⁷ TRUFFAT, E. Daniel *Nuevas reflexiones sobre el derecho concursal actual* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pag. 997, específicamente pag. 1007.

y perfilaba responsabilidad en caso de advertirse posteriormente abusos o “negocios”. Claro que – como decimos antes- que Juez no consideraría abusivo una propuesta –y acuerdo- de la que resultara claramente –por el plan- el “negocio” que formaliza la concursada, y si ello se hubiere ocultado en los papeles presentados no cabría duda del dolo que permitiría reclamar por daños.

2. Parece central el tema de la “novación”, por eso hoy limitaremos referirnos al tema de confiscatoriedad, introduciendo un breve comentario del Profesor Dr. José Luis Palazzo, catedrático de Derecho Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con quién hicieramos la última presentación de este tema.

Anticiparemos que la confiscatoriedad de una quita importante, impuesta por mayoría de los verificados acreedores de una sociedad comercial a los restantes de esa categoría y a los que aún no lo han conseguido, no importa una expropiación de propiedad en interés del Estado, sino en beneficio directo de los socios de la concursada –quizá también de los directivos por el porcentaje de honorarios-. Conciliamos en el interés de “conservar la empresa” que explota la sociedad comercial concursada, pero ello se puede lograr con otros medios, sin que signifique el ser “socio a palos”, argumento sostenido para mantener como beneficiarios a los socios que no afrontaron el default por las normas de la organización societaria elegida y pretenden mantener la propiedad de la sociedad saneada gracias al sacrificio de los acreedores⁹.

Truffat con realismo se ha referido en otras oportunidades al “negocio” que representa el concurso con los “acuerdos” que se homologan imponiéndose a todos los acreedores, tanto a los que no adhirieron como a los que no podían expresar su voluntad. También se ha referido y refiere ahora al “esfuerzo compartido”.

Al margen del análisis legal, apuntemos que toda quita –potenciada con esperas insólitas que se logran- impone una alteración del balance de una sociedad que representa un incremento patrimonial, que traduce un beneficio de los socios imponiendo normalmente el pago de impuesto a las ganancias, se reparta o no. Y que una quita descarta todo esfuerzo compartido, poniendo el salvataje a cargo exclusivo de los acreedores, cuya afectación patrimonial es despojatoria en términos de la Corte cuando supera cierto porcentaje¹⁰.

Entrevistando al Prof. Palazzo, previa lectura del artículo de Truffat, nos expresó “Nuevamente deberemos referirnos a un aspecto muy preciso ya expuesto con mayor desarrollo en el trabajo publicado en el Libro Colectivo:” VI Congreso Argentino de Derecho Concursal- IV Congreso Iberoamericano Sobre Insolvencia” Tomo I, en el que se expuso la fractura constitucional que en el sistema jurídico Argentino, significaba una propuesta írrita de quita y espera, para aquellos acreedores que no habían prestado su expreso consentimiento.

El calificativo se corresponde con quitas superiores al treinta y tres por ciento (33%), límite que estimamos ha fijado la Constitución para la afectación de la propiedad.

El sistema de la Constitución, en nuestra opinión pretende, que el orden jurídico argentino se oriente hacia la equidad, entendida ésta como:” *DAR A CADA UNO LO SUYO*”.

⁸ *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)* en

“Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1398 y ss..

⁹ *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1398 y ss..

¹⁰ Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentáramos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

Nos vemos obligados a tratar nuevamente el tema frente a una calificada y muy respetada opinión del Profesor E Daniel Truffat, que ha vertido sobre nuestra propuesta el siguiente comentario: *“Estos temas referidos al funcionamiento de la normativa concursal, o de la posibilidad de constreñir el cumplimiento de las obligaciones, poco tiene que ver con expropiaciones (propiaamente dichas) o confiscaciones. La analogía con el límite en la contribución de impuestos es forzado. Tiene un gran impacto mediático (si se me permite el adjetivo) pero no guarda relación de consistencia lógica con el supuesto en análisis como para extraer conclusiones que permitan su aplicación extensiva en los términos del art. 16 del Cod. Civil”.* (La cita es textual).

La analogía, como instrumento integrativo válido para operar justicia, en ausencia de previsión expresa, forma parte de las herramientas necesarias para la resolución de las cuestiones sometidas a conflicto judicial, tal las derivadas de la normativa concursal.

Por eso vamos a insistir, que la quita írrita, que supere aquel referencial del treinta y tres por ciento (33%), roza la legitimidad Constitucional, sobre todo en el análisis integral de los hechos de la causa, fundamentales para afianzar una sentencia equitativa.

Si como dice el Autor que nos ha citado, “si un golpe de fortuna o un cambio del mercado”, revierte la situación falencial del beneficiado con el acuerdo homologado y convierte en prospero el negocio, decimos nosotros que sólo quedarán como perjudicados aquellos que lo hicieron posible con sus aportes no devueltos y apropiados o extinguidos en contra de su expresa voluntad.

Por eso insistimos, que un acuerdo homologado con esas características, debe tener en cuenta todos los hechos anteriores, concomitantes y los posteriores, para resolver con justicia y equidad. Esto quiere decir que aquellos acreedores, sacrificados en contra de su voluntad, con violación de su derecho de propiedad tutelado por el art. 17 de la Constitución Nacional, titulares de créditos legítimos, deberían contar con una compensación en participación accionaria, para que si en el futuro, ocurre lo que señala como posible nuestro distinguido disidente, participen en la nueva sociedad con una compensación razonable y proporcionada a su aporte a esa nueva situación, sin que ello los obligue a ser socios, tal decisión les corresponderá a los titulares del derecho conculcado y por un periodo de tiempo también razonable, que habrá de fijar el Tribunal en su decisión.

Esa regla de capitalización potencial, que propugnamos llevará seguramente a morigerar la tentación de abusar de la quita en la propuesta, o bien si se logra la homologación de propuestas de esas características, será el Tribunal el que fije un plazo de posible capitalización.

Con ello no se afectará la seguridad jurídica, sino que por el contrario se hará un considerable aporte a la moralización de los procesos concursales.

El sujeto falencial, podrá recuperarse y entonces, en tal supuesto, será lógico que haga participar de esta buena fortuna, a quienes lo hicieron posible con el sacrificio de sus acreencias, asignándoseles- cuando así lo peticionen - una participación que los compense, aún cuando parcialmente, de sus pérdidas.

No parece apropiado, reiterar los argumentos expuestos en la ponencia que se alude, ya que en definitiva, el derecho se construye con tesis y refutaciones, por eso nos alegra que el tema asuma la importancia que le asignamos, se debata y en algún momento se logrará la necesaria garantía de los acreedores, que no es otra que la defensa del derecho de propiedad que el Estado debe garantizar”. Hasta aquí lo expresado por José Luis Palazzo.

La calificación de despojatoria y abusiva –o írrita que formulamos- resultaría inocente si la sociedad concursada reparte utilidades a corto plazo de homologado el acuerdo, pues cabría otra calificación jurídica¹¹. Vitolo ha marcado la responsabilidad de los administradores¹², **y muy particularmente comparte la posibilidad de calificar de confiscatoria a la propuesta en**

¹¹ Nuestra posición de más de 15 años despeja que no esta vinculada a ninguna causa judicial, aunque haya sido aplicable a muchas, particularmente en una que ha intervenido Truffat e intervenimos nosotros –requeridos por nuestra tradicional posición doctrinaria-, donde se discuten algunas de estas cuestiones.

relación a los que no la aceptaron o no podían expresar opinión, haciendo especiales referencias al límite a la privación de la propiedad¹³.

Pensemos si algún Juez no calificaría de abusiva la propuesta de la que resultara un anunciado y próximo reparto de utilidades de la sociedad, hasta ese momento en cesación de pagos.

3. Vamos ahora al efecto novatorio. Sostiene nuestro distinguido amigo y jurista la extensión del efecto novatorio del acuerdo concursal, denominándolo una cuestión de Perogrullo. Una cuestión judicial similar, en la que él ha intervenido y nosotros intervenimos limita nuestras consideraciones, obligándonos a recordar que en el prólogo del libro “Responsabilidad de los Administradores” del Profesor Dr. Francisco Junyent Bas, que vió la luz en junio de 1996, apuntábamos “3. En la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. – Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la isma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada. De allí la importancia de la recapitulación de temas tan fundantes como la responsabilidad de los administradores societarios, con la sistemática que se afronta en esta obra. Esa responsabilidad es la llave maestra de una adecuada funcionalidad societaria y de una verdadera acción preventiva de la insolvencia. De esa visión de un sistema preconcursal, paraconcursal, vienen las polémicas que señala Daniel, quién cuidadosamente viene reconociendo el “negocio” del concurso y la necesidad de soluciones donde el peso del riesgo y de los problemas societarios no recaiga únicamente sobre los acreedores.

Daniel enfatiza sobre ese negocio del concurso¹⁴, lo que ha ratificado Vitolo en diversas conferencias donde apunta a las utilidades distribuidas –sobre lo que no se llevaría estadísticas-, y se hizo evidente **en el caso de un APE donde en el mismo ejercicio en el cual se ejecutaron las consecuencias de su homologación, se produjeron utilidades, en el solo beneficio del grupo de control–obvio que gracias o con el apoyo de administradores y fiscalizadores-, sobre un Capital Social de \$ 594.911.263 obtuvieron,**

¹² “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia” en LA LEY 2005-A, 1207.

¹³ VITOLO, Daniel Roque “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”, Ed.Astrea, Buenos Aires 2009.

¹⁴ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano –Italia, Septiembre de 2009-. Debemos agradecer a Truffat no sólo sus ideas y referencias, sino el alimentar la polémica respetuosa y constructiva que permite afrontar los problemas con mayor profundidad, descubriendo nuevas facetas, con metodologías y propuestas superadoras, con el diálogo maduro que logra despejar iniciales perspectivas.

repito, en un solo ejercicio \$ 1.246.496.775 o sea más del doscientos por ciento de utilidades, tema sobre el que no abundaremos por las razones expresadas en nota.

Justamente trabajamos dentro de ese parámetro apuntado por el distinguido colega E. Daniel Truffat en *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA "GRAN CONTRACCIÓN* –y acaba de reiterarlo en otro ensayo-¹⁵, al expresar: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concuralidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*¹⁶. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno – dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinito ¹⁷...Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva (el subrayado nos pertenece), pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso...¹⁸. No es aquí el lugar para

¹⁵ Citado en nota anterior. A su vez lo reitera en reciente artículo *Nuevas reflexiones sobre el derecho Concursal actual* en “ Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pág. 997, especialmente pág. 1005 “Es evidente que el concurso no puede ser un “negocio” para los malos deudores; haciendo a los deudores partícipes de su debacle sin asumir –para sí (léase: para el concursado, y si es una persona jurídica, para sus socios)- una razonable cuota del padecer emergente de la restructuración... lo que cabe exigir es un “sacrificio compartido”... ”.

¹⁶ “...Esta teoría amplia del estado de cesación de pagos o insolvencia define este concepto como *el grado de impotencia patrimonial que imposibilita el cumplimiento regular de las obligaciones con los recursos normales del giro comercial*. Sus notas características son la generalidad y la permanencia, ya que debe afectar a todo el patrimonio y no sólo a una parte; también debe ser subsistente y no aleatorio...”, Junyent Bas, Francisco, “El instituto de la quiebra. Procedimientos para su declaración” en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 11, Concursos y Quiebras –II, pág. 9 [la cita es de página 18]

¹⁷ Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: “...La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...”, autor citado, “Relaciones de organización. Sistema societario”, pág. 171

¹⁸ “...A poco que se mire se advertirá que el derecho concursal argentino, antiguamente tan estatista y –al mismo tiempo ritual-, hoy, luego de la durísima experiencia de siete años de un liberalismo que atrasaba

debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones “autocompuestas”, básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina –cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard¹⁹-. Tales posturas, cuyo sentido común y sensatez parecen indisputables, marcan algo así como un “código de buena conducta” para las sociedades en crisis; como un “manual de operaciones”. Ahora cuando tales pasos no ha sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; solo queda la técnica concursal²⁰”.

Y en el artículo que genera esta contestación Daniel expresa “No me opongo sino que preconizo las fórmulas donde el deudor “asocia” a sus acreedores al éxito. No esta bien esto de hacerlos partícipes del sacrificio común para salvar su empresa (los accionistas: el valor de sus tenencias) y que si un golpe de fortuna, o un cambio en el mercado, permite volver a *ganar dinero*, se deje a esos sacrificados acreedores “afuera”. Amigos en las malas, deben serlo en las buenas. Y además reconozco, y lo señalo con énfasis, en que hay supuestos en que el único modo de preservar un sujeto útil es con un sacrificio máximo de sus accionistas al resignar todo la mayor parte del “equity” a favor de los acreedores. Tesis que, bien mirado el art. 48 LCQ, encuentra un espaldarazo normativo en tal disposición”, sobre lo que ha meditado José Luis Palazzo en la entrevista transcrita.

cien años en materia concursal, está buscando un quicio que lo ha vuelto a acercar a las hipótesis “convencionales” o “contractualistas”. Sólo que, y el dato no es menor, con jueces atentos que –concientes de un acuerdo de mayorías debe ser mirado con ojos severos para tutelar los derechos de las minorías–recurren libremente a todas las disposiciones que provee la ley sustantiva (en particular civil) para garantizar la transparencia de tales acuerdos y la justicia última de lo pactado en ellos. Es cierto que esto de la “justicia última” puede no pasar muchas veces de una expresión de deseos; porque la concursalidad es hija de la cesación de pagos [es decir, de la escasez, de la impotencia], pero parece obvio que la actual directriz está orientada a impedir que el concurso se vea como un negocio de un empresario pícaro que pretende transferir a sus acreedores las consecuencias de sus malas decisiones; y que, por el contrario, aparezca como un modo prudente y racional de socializar el daño, permitiendo a quien (obtenidas quitas, esperas o mutación del objeto de la deuda) se revele como sujeto potencialmente útil –capaz de repagar las consecuencias de ese “pasado” en los términos acordados y de proyectarse al futuro- intentando superar el duro trance de la cesación...”, Truffat, E. Daniel, comunicación al Congreso de Nueva Esparta, Venezuela, 2007, titulada “Brevisimas reflexiones sobre el estado actual del derecho concursal argentino en lo referente al procedimiento preventivo o saneatorio”, publicado en Revista de las Sociedades y Concursos , Año 10, Nro. 50, febrero/marzo 2008, pág. 37 [la cita es de página44]

19 “...La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO Nro. 235, marzo/abril 2009, pág. 315 [la cita es de pág. 379]

20 TRUFFAT, E. Daniel, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, “Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”, pág. 289

¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos, a veces es el momento a partir del cual el mismo se hace evidente.

3.1. Heredia²¹ comentando la novación concursal remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la *crystalización* de su pasivo en un monto definitivo –con cita de Rivera-(tomo 2 pág. 246)”. Apuntamos nosotros que no interesa desobligar a terceros –salvo los socios en las sociedades donde tienen responsabilidad solidaria por el tipo. Sigue “... No obstante tratarse de una novación dispuesta por la ley, funciona a nuestro juicio con carácter supletorio. Es decir, el efecto novatorio del art. 55 LCQ no es imperativo, pues ninguna razón de orden público lo sustenta. La novación concursal no parece ser una solución en la que está interesado el fin común o el interés público...” –pág.247). “En este aspecto, la norma concursal aparenta ser contraria a diversos preceptos del Código Civil, que establecen una consecuencia jurídica distinta. En efecto, de acuerdo con el art. 707 del C. Civil la novación hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación solidaria. Conforme, el art. 810 de ese cuerpo legal establece que “La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros deudores”. El fundamento de ello es la unidad del objeto debido por los codeudores solidarios –pág. 250-... Por su parte, la solución del art. 55 LCQ, es también contraria a lo dispuesto por el art. 2047 del Cód. Civil, según el cual la novación hecha por el acreedor y el deudor afianzado de la obligación que los vincula extingue la fianza, sin que le sea dado al primero hacer reserva de mantener o trasladar la garantía de una a otra obligación. En este caso, la novación extingue la fianza.... Sin embargo la contradicción de la ley civil con la ley concursal es sólo aparente, tal como se dijo. ...responden a la decisión voluntaria de las partes. En cambio, la novación concursal es de base legal –pág. 250-1-... la novación es una imposición de ese trámite –pág. 252- No ignoramos la singular situación que se crea, ya que subsiste una obligación accesoria de otra que se ha extinguido por novación (el subrayado es nuestro). Pero ello se explica porque, en la especie, existe una derogación del principio contenido en el art. 525 del Cód. Civil. Además, es sabido que el principio de accesoriadad no es absoluto, ya que tiene múltiples excepciones –con cita de Llambías-. Además de múltiples argumentos que expone Heredia, apunta “la aceptación del acuerdo no se puede interpretar como una renuncia a exigir a los codeudores o fiadores del convocatorio el pago íntegro de la deuda, pues la intención del acreedor no es la de beneficiarlo indebidamente ... por cuya razón el acreedor puede libremente dirigir su pretensión por el importe total contra los fiadores del concursado, inclusive sin necesidad de reserva explícita en el acuerdo...” -pág. 255-.

Obviamente ni traza de daños con responsables no concursados, pues en este caso se trata de otra obligación.

3.2. En primer lugar debemos señalar que cuando apuntamos a la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada no lo hacemos

²¹ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Editorial Ábaco, Buenos Aires 2000, tomo 2 págs. 238 y ss., comentarios a los arts. 55 y 56 de la ley 24.522 y sus modificatorias.

vinculando directamente esa responsabilidad a una quita. Cualquier conducta omisiva o activa de los administradores de sus deberes de diligencia y lealtad (art. 59 ley 19550) que genere daños a terceros le impone a aquellos la obligación de reparar ese perjuicio²². Daño que puede ser inferior o muy superior a la quita concursal, que no es sino una exteriorización de la conducta de administradores que se considere causante de esos daños. El polemista la vincula directamente a la quita.

El tema de la cuantía del daño nos lleva a recordar un ensayo compartido con la joven pero madura jurista Gabriela Boquin²³ **transcribiendo parte del mismo:** “Recordemos que “el centro de la escena” lo constituye la “tempestividad” en la asunción de la crisis, dentro del que se encuentran soluciones societarias o la apertura de un proceso concursal. - Sin perjuicio de ello analizaremos la conducta reprochable a los administradores que con desidia o por provecho no llevan la contabilidad societaria en forma debida, vacían a la sociedad de sus activos, e ignoran la infrapatrimonialización del ente que gerencian prosiguiendo con su actividad, ignorando los procedimientos liquidatorios previstos en la ley de sociedades o de concursos, generando pasivos que saben, como es lógico, no serán satisfechos. - Con esa conducta impropia los administradores –y quizá los socios- la sociedad y su actividad se transforman en una cosa riesgosa que, operando ilícitamente en el mercado, dejarán víctimas de sus vínculos que no verán jamás un céntimo en relación a sus créditos insatisfechos.... se trata que, en el caso de sociedades, la crisis sea afrontada dentro de las técnicas previstas en la legislación societaria –cuanto más temprana mejor, sin llegar a la infrapatrimonialización, ni a operar en insolvencia o cesación de pagos-. Lo fundamental es que los administradores, como buenos hombres de negocios dentro de las normas y afirmaciones autorales citados por la Cámara, encaren esa crisis con un plan de negocios o un plan de reorganización. O en su caso procedan a la liquidación con los medios efectivos que les da la ley de sociedades. Inmediatamente y de ser necesario por exceder a sus facultades, que pongan la cuestión en manos de los socios, pues la insolvencia implica por lo menos dos causales de disolución: imposibilidad sobreviniente de consecución del objeto social –empresa- y pérdida del capital social. Los socios deben asumir la solución de la crisis ante la convocatoria de los administradores, normalmente patrimonializando a la sociedad, a través de decidir un aumento de capital de las diversas formas que prevé o impone la ley de sociedades, donde teniendo derecho de preferencia pueden llegar a llamar a los acreedores a capitalizar sus acreencias. Esto puede tener diversas respuestas

22 Sobre la buena fe y la responsabilidad agravada puede verse DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro *La responsabilidad agravada en el derecho comercial: una visión actual* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo I pág.101 y ss., esp. pág. 133/4 “Llevado el concepto al terreno práctico, se requiere hoy sinceridad, transparencia y lealtad en los comportamientos y se sanciona su ausencia. Se reclama una prudencia y un actuar diligente que considere las legítimas y fundadas expectativas del (o de los) otro (s), el respeto a la confianza recibida, que en los contratos se debe desde antes de su celebración y hasta después de su extinción”.

23 *AFRONTAR LA CRISIS OPORTUNAMENTE* El Derecho, diario del 30 de septiembre de 2009, como nota a fallo.

técnicas, con primas, rescates, emisión por clases, donde sin perder la dirección del negocio acerquen a los acreedores contractuales en razón de la empresa a involucrarse en su desarrollo y permanencia....Y por cierto que este no es un tema menor. La conducta sub-examine ingresa en el plano de lo que se conoce como dolo eventual, esto es, aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: en otras palabras una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo.- Puede ser que parte de la doctrina ofrezca resistencia a la posibilidad de aplicar esta apreciación considerando que el dolo eventual solo resulta de aplicación en los procesos penales. Pero a esos efectos apreciaremos que la interpretación de dolo como factor de atribución de responsabilidad de los administradores debe ser efectuado a la luz del Código Civil y sus diferentes acepciones. Lamentablemente a los fines de las acciones de responsabilidad concursal, la ley respectiva eligió al dolo como factor de atribución, pero lo más gravoso es la apreciación que hacen los tribunales del concepto, ciñéndolo al criterio del acto ejecutado a sabiendas con la intención de dañar, requiriendo una prueba positiva que sólo es posible de lograr introduciéndonos en la psiquis del dañador a los fines de comprobar positivamente sus intenciones. ¡Prueba diabólica por cierto! ... Por ende cuando no se han respetado las mínimas condiciones de uso previstas en la ley de sociedades comerciales, dicho actuar debe quedar encuadrado en los art. 506, 521, 902 y 931 del Código Civil, más allá de la apreciación en cada caso en particular del encuadramiento en el art. 1072 CC. Sabemos que la responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como “calificada” ya que el artículo 59 LSC exige un obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta responsabilidad calificada quedará encuadrada en los parámetros del art. 902 CC que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.- ¿Y cual es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa produce una responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el 506. Es decir que el administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones .Lamentablemente en este punto no profundiza el fallo siendo la descripta una conducta reprochable perfectamente enmarcable en estas nociones. Pero no hay duda que continuar operando una sociedad en cesación de pagos implica cuanto menos dolo civil respecto a los nuevos acreedores.... Para responsabilizar a los administradores tenemos que la normativa societaria no está sola, pues si bien el artículo 59, 157, 274, 279²⁴ LS reconocen un patrón de conducta y causales de imputabilidad tales como mal desempeño del cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa graves, dichas conductas deben ser apreciadas bajo la lupa del principio general del

24 ARTICULO 59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión

derecho²⁵ emanado del artículo 902 del Código Civil²⁶, siendo por ende una responsabilidad claramente “calificada”. Como correlato de lo expuesto debe también tenerse en cuenta la noción de culpa expresada en el art. 512 del CC²⁷. Como complemento de todas estas normas debemos recordar que frente al fraude laboral opera a los fines de la extensión de la responsabilidad la solidaridad consagrada por el artículo 1081²⁸ del Código Civil respecto de los autores, coautores, consejeros y cómplices”.

Hasta aquí la referida transcripción.

3.3. La seguridad de Daniel en entender el efecto novatorio, nos llevó a consultar al Profesor Gabriel Rubio, distinguido catedrático de las Universidades

ARTICULO 157. — (parte pertinente) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada

ARTICULO 274. — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscritas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

ARTICULO 279. — Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores

25 En la nota a la sección segunda del Libro primero del Código civil que regula a los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación , transferencia, o extinción de los derechos y obligaciones, Velez aprecia que en la misma se ven generalizados los mas importantes principios del derecho

26 Texto del artículo 902 del Código Civil: “ Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas , mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”

27 Texto 512 Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”

28 Texto del artículo 1081 del Código Civil “ la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices , aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”

Nacional y Católica de Córdoba, quién en forma inmediata tuvo a bien exponerme su posición: *“Para el caso en cuestión estimo que el Dr. E- Daniel Truffat entiende que las obligaciones crediticias extinguidas por el efecto de la novación en materia de concursos en virtud del art. 55 de la Ley de Concursos y Quiebras, produce “ipso iure” la extinción de la responsabilidad de los administradores de la concursada, refrendado esta afirmación como una verdad jurídica de perogrullo.*

“Sin dudas que coincidimos en los aspectos generales que el Dr. Truffat manifiesta en su tratamiento del tema, pues creemos que la doctrina es conteste que “la novación es la transformación de una obligación en otra”²⁹, así el Dr. Salvat continúa afirmando “se asemeja al pago en el sentido que ella constituye, lo mismo que este último, un modo de extinción de las obligaciones. Pero la novación se diferencia de él, en el que el pago opera la extinción lisa y llana de una obligación, en tanto en la novación, esta extinción va acompañada de la creación de una nueva obligación: la primera se extingue para ser reemplazada por otra”³⁰

“Por lo que a poco de andar en el tema en examen, debemos detenernos en distinguir que las obligaciones que el Dr. Truffat pretende asimilar son obligaciones independientes de causas eficientes diferentes, por un lado tenemos la extinción de las obligaciones crediticias de la empresa en crisis que devienen extinguidas en virtud de la causa lícita propia de la novación legal del acuerdo concursal homologatorio; mientras que la obligación de reparar se basa en el obrar ilícito del actuar de los administradores de la empresa en crisis. Así Dr. Truffat confunde y afirma que se extinguirían estas obligaciones al ser accesorias en los términos del art. 803 del Código Civil, sin embargo no se puede predicar dicha accesoriedad en obligaciones principales, que existen por sí en forma independiente y con causas autónomas”.

Hasta aquí el aporte del colega, asumiendo nosotros la responsabilidad por cualquier error de transcripción.

3.4. La novación es un modo de extinción de la obligación (y de liberación del deudor), a la que acompaña inseparablemente la sustitución de una obligación nueva, la cual, sin embargo, desde el punto de vista económico, es el equivalente de la extinguida... La novación objetiva es una relación que media entre los mismos sujetos de la originaria obligación³¹. Los efectos son sobre la obligación y sus accesorios³², con el limitado alcance señalado por el Prof. Heredia, que hemos transcripto.

²⁹ Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino” Obligaciones en General Tomo III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956. Pág 1.

³⁰ Salvat, Raymundo M. ob cit. Pág 2

³¹ MESSINEO, Francesco “Manuel de Derecho Civil y Comercial” Ed. Ejea, Buenos Aires 1971, tomo IV pág. 401.

³² ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995 pág. 618.

Por eso es imposible extender el efecto de la novación causal (art. 812 del Código Civil contrario sensu) y legal de las obligaciones crediticias producidas por el acuerdo homologado (art. 55 de la Ley 24522), a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de los administradores pues como afirmamos son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes, por todo lo expuesto creemos inadmisibles hablar de los efectos que la obligación de reparar se extinga como consecuencia de la novación concursal.

Por todo ello, afirmamos que el efecto de la novación concursal del art. 55 de la LCQ se extiende única y exclusivamente a las obligaciones de la empresa en crisis y no extingue las acciones de responsabilidad que se pudieran entablar contra los administradores de la misma, o contra los socios sin responsabilidad limitada por su conducta abusiva.

Franco Bonelli³³ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

De E. Daniel Truffat debemos recordar su artículo con Barreiro en esta misma Revista donde señala la necesidad de dar intervención a los socios y nuestra respuesta coincidente tranquilizándolo sobre la no responsabilidad de administradores si actúan diligentemente: lo “dirimente³⁴ 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”. Claro que lo ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso: menores costes de transacción y evitar la saturación de los tribunales por la falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente³⁵

³³ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

³⁴ 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*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

³⁵ La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Por eso coincidimos con lo expresados por Truffat y Barreiro, en *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*, Ed. Errepar, Octubre 2005, tomo XVII pág. 1205, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!*, en “*Doctrina Societaria y Concursal*”, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

En esa idea que la cuestión debe ponerse en manos de los socios, para que los administradores no asuman responsabilidad, volvemos a apuntar el criterio de la Corte en el “obiter dictum” formalizado en el caso “Comercial del Plata”³⁶.

La Corte ha señalado el camino y ahora lo ratificamos para los casos en que administradores por omisión u acción hayan omitido diligencia o lealtad, causando daño. Las técnicas extrajudiciales societarias imperativas son aplicables aún cuando el daño sea “tan profundo” y recién es admisible el dispendio del concurso cuando aquellas han fracasado.

No nos distraeremos en la suposición que formaliza Daniel Truffat que nuestra posición sobre la responsabilidad de administradores se limitaría a quiénes votaron en contra –o no pudieron votar-. El tema no queda cerrado, pues quién vota favorablemente después de haber sufrido daño por la gestión del administrador –generándose responsabilidad-, puede haber votado favorablemente para proteger a la empresa, no al empresario –claramente distinguido por Dasso³⁷. O sea que voto favorablemente la propuesta dañosa para asegurar la continuidad de la empresa, pero no se dispensa –salvo expreso punto de la propuesta- de responsabilidad a los administradores si hubieren generado daño por culpa o dolo (art. 59 LS).

³⁶ En *¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)*, publicado en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

³⁷ DASSO, A. “Derecho Concursal Comparado”, 2009/2010 2 tomos, tomo 1, pág. 804/5. Lo hacía Yadarola en el año 1925 *Proyecto de ley de quiebras* publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1925, y reproducido en “Homenaje a Yadarola”, Córdoba 1963, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, tomo I pág. 335, lo hizo nuestra legislación en el año 1983 y ahora lo remarca MAFFIA, Osvaldo J. FRANCIA. *LA LEY DEL 26/JULIO/05 SOBRE SALVAGUARDA DE LA EMPRESA*, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el *Rapport Sudreau*, aún cuando anterior al mismo. ...Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las “expectoraciones entusiásticas” –Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ...El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la *prevención*. ... El *Rapport Sudreau* plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las *dificultades* que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ...El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la “salvaguarda de la empresa”, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a *tempestividad*, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)”. Cfme. RICHARD E.H. *Justicia y Derecho. Insolvencia societaria: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba in bonis”* en “Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho” pág. 631 y ss., Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 1999.

Expresa el polemista “Llevo acumulados múltiples contrapuntos, siempre con afecto recíproco y con altura, con el distinguido maestro cordobés Efraín Hugo Richard (quien, en el fondo, recibe mis desafíos –eso creo- como un acicate para pulir sus ideas y convicciones y que, como buen docente de alma, encuentra motivador que alguien de una generación ulterior, no demasiado afecto al temor reverencial, levante periódicamente el guante sobre sus tesis más revulsivas). Es sabido que Richard, a partir de su enfoque sistémico del derecho, ha esbozado una teoría inquietante sobre la responsabilidad de los administradores por las “quitas” impuestas en los concursos”. Esto motiva nuestro reiterado agradecimiento a Daniel.

Y la pregunta que se formula Truffat como eje de su posición: “¿Cómo responsabilizar a terceros (administradores/accionistas) por un crédito que ya no existe como tal porque por expreso imperio legal se ha extinguido?”, ya ha sido contestada. Se trata de una obligación independiente, no de garantía, sino de responder al daño causado por su conducta. Las situaciones son múltiples y no sólo por la quita³⁸. Así la jurisprudencia: “Si bien el art. 55 de la ley 24.522 establece que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores

38 Ntos. “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989, 387. RICHARD, Efraín Hugo *INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. RICHARD, E. H. “Insolvencia societaria” ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010. RICHARD, E.H. *LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA*, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina. RICHARD, E.H. *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. RICHARD, E.H. *Conservación de la empresa*, mayo de 1981, en Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. 25 p. 107 y ss.. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y RICHARD, EFRAÍN HUGO “La conservación de la empresa...” cit. en RDCO año 1978 Pág.1373; y nto. “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* tomo XXV Pág.107 y ss.. Nos hemos basado en muchos autores, entre otros BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”. ARAYA, M.: *La función preconcursal de la pérdida del capital social*, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007. Díez ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387. BELTRÁN, E. *La responsabilidad por las deudas sociales* en “La responsabilidad de los administradores”, dirigido por Angel Rojo y Emilio Beltrán, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, cap. 6, pág. 213.

solidarios. La aplicación de la legislación común (arts. 707, 803, 810, 2042, 2047 y 2049 del Código Civil), extinguiría las obligaciones de los garantes como consecuencia de la novación de la deuda principal. A evitar este efecto la ley apunta la segunda parte del mentado art. 55 expresando que "esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios". Imputable".CNCom. Sala B, Noviembre 12 de 2010, "Braun Estrugamou Guillermo sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación por el Banco General de Negocios SA".

4. La cuestión podría devenir en la siguiente situación: malos administradores que perjudicaron con su negligencia el haber societario, no podrían ser demandados por acreedores de la sociedad, pero sí por ésta o por los socios. También estimularía que se homologue un acuerdo de cualquier forma –con créditos cedidos y/o subrogados-, para borrar barbaridades pasadas (omisiones, trasvasamientos, negocios paralelos, demora en la presentación o en adoptar medidas de solución, incumplimientos a la ley societaria, contratación a sabiendas del estado patrimonial), que han generado daño a los acreedores pero que la homologación de ese acuerdo. O sea fomentando el incumplimiento ante el efecto "borratorio" que generaría la homologación.

No creemos que la cosa sea así. La homologación de un acuerdo concursal, firme y consentida, no implica nada más allá de lo previsto en el art. 55 LCQ. No elimina las conductas culposas o dolosas de los administradores que generaron daño, no borra los abusos cometidos por los socios de control usando la técnica societaria en su beneficio y perjuicio de terceros, particularmente ante el "obiter dictum" de la Corte en el caso Comercial del Plata, al que hemos hecho referencia³⁹. Son obligaciones independientes, no novadas ni extinguidas, que ni siquiera son atraídas por el proceso concursal en cuanto intentadas por el perjudicado contra sujetos no concursados, como viene repitiendo la jurisprudencia y se afirma en el derecho comparado.

En *LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)*⁴⁰ decíamos: En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: "*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*". ... A su vez "*La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social*", nuestra equivalencia de "cumplimiento del objeto social",... "Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin

³⁹ En *¿REORGANIZACIÓN SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE)*, citado.

⁴⁰ En libro colectivo "Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales", Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

social es la *infracapitalización material*, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v.gr. Aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (cfr. C. Paz-Ares ob.cit. 1608, 1611; J.C. Sáenz *El objeto social*, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571)” –págs. 100/1).

“La infracapitalización constituye en cuanto tal una fuente de peligros ya que al aumentar el ratio recursos ajenos/recursos propios eleva los costes de agencia de los acreedores de tal suerte que el socio de una sociedad infracapitalizada, que arriesga solo una pequeña parte de todos los activos involucrados en la empresa social, tiene –como beneficiario de las rentas residuales y titular del poder de gestión– unos intereses que se separan abiertamente de los de quienes tienen comprometidas mayores inversiones y no las gestionan”⁴¹... “En los procesos de infracapitalización lo característico es justamente la ausencia de acreedores profesionales, que son los únicos en condiciones de valorar el riesgo asumido. El dispositivo de protección se focaliza en consecuencia hacia los pequeños acreedores...” –pág. 1180- “Si la limitación de responsabilidad comporta la traslación de las consecuencias del fracaso empresarial a los acreedores cuanto estos últimos no logran satisfacer sus créditos, parece lógico que el legislador haya establecido en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales medidas encaminadas a proteger a dichos acreedores frente a los riesgos derivados de la limitación de responsabilidad” –pág. 1185-.

Así Vitolo enfatiza⁴² “No caben dudas que la protección del crédito, de la actividad económica y –en materia societaria– de los accionistas y terceros, debe ser uno de los objetivos primordiales del sistema jurídico que gobierna las relaciones empresarias, económicas, financieras y del mercado. Y en ello el capital social tiene un rol preponderante, así lo hemos sostenido en varias oportunidades”, y particularmente concilia con nuestra postura no novatoria expresando “Frente a un Acuerdo Preventivo Extrajudicial o un Concurso preventivo con acuerdos homologados judicialmente,

⁴¹ FERNANDEZ de la GÁNDARA *La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativas* en

“Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1175 v. con cita de PAZ-ARES *La infracapitalización. Una aproximación contractual*” en Revista de Derecho de Sociedades, número extraordinario sobre “La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 1994, ps. 253 y ss., pág. 258. Las citas posteriores del párrafo corresponden al primer artículo.

⁴² VITOLLO, Daniel R. *Algo más sobre el fenómeno de la infracapitalización en las sociedades comerciales* en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría”, Coordinadores Diana Farhi – Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1569 v..

quedará sólo la posibilidad de intentar acciones derivadas del derecho común con el objeto de reclamar los daños y perjuicios sufridos por quien los invoque⁴³.

5. Nos preocupa la visión catastrófica con la que Daniel cierra la polémica en cuanto se aceptara nuestra postura, pues nadie como nosotros ha trabajado por la conservación de la empresa⁴⁴, afrontándose en forma temprana las crisis como apunta el mismo Truffat con sus apreciaciones sobre nuestra visión en el citado trabajo *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN*. La visión sistémica de la cuestión nos permite señalar que –como señala nuestro distinguido amigo- el concurso en muchísimos casos constituye un negocio para administradores y socios de la sociedad en crisis, que se aborda con gran desgaste jurisdiccional bajo el lema “hay que conservar la empresa”, sin que se expliciten que planes de negocio –que de no existir perfilan por lo menos culpa omisiva. se desarrollan ni se cumplimenten los recaudos societarios y concursales previstos, y menos una actuación temprana asumiendo esfuerzos y no trasladando los perjuicios a los acreedores. No es la quita la generadora del daño, sino las conductas de esos administradores y socios⁴⁵.

5.1. Creemos que el polemista no distingue las obligaciones implicadas considerándolas únicas. No se detiene a analizar no sólo la diferente fuente sino la posibilidad de diversos montos. Es claro que si estamos ante el incumplimiento obligacional del administrador que en violación al art. 59 produjo daños por el incumplimiento de la sociedad, que se podría haber evitado si hubiese cumplido con su actuar diligente las consecuencias serán no sólo repara el daño inmediato (no pago de obligación societaria en tiempo y forma) sino además el mediato –ver supra 3.2.-. Además ¿si la ley no libera a pesar de la novación concursal, por cierto especialísima, al codeudor solidario o al fiador , porque entendemos que la homologación libera o exonera de responsabilidad al administrador por su inconducta en la gestión de administración? Si una obligación accesoria como la fianza no se extingue porque habrá de extinguirse una obligación de fuente distinta e independiente al crédito novado?

5.2. No hay que descartar supuestos de los llamados “aprovechamientos indebidos” o “el fraude construido”, que son formas del abuso de derecho⁴⁶. Con el

⁴³ Ensayo citado en nota anterior pág. 1597

⁴⁴ “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia” cit. 4ª parte *Bases sustanciales para la conservación de la empresa* pág. 560 y ss. y otros citados en este mismo ensayo.

⁴⁵ “Perspectiva del derecho de la inslvencia” cit. 2ª parte *La planificación preconcursal* cit. y 3ª parte *Facultades y deberes del sindico en los concursos de sociedades: el informe general* pág. 519 y ss..

⁴⁶ DOBSON, Juan M. “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)” Ed. Astrea, Buenos Aires 1985, pág. , 149, 157, 295 y muchas otras referencias.

criterio de Daniel, presurosos asesoremos a administradores inescrupulosos que han hechos estragos con su gestión que la mejor solución para purgar su responsabilidad respecto de los terceros es el concurso, que condonará sus culpas y dolos por gravosos que sean. Sólo se conseguirá incentivar el negocio del concurso y atiborrar los juzgados.

Cerramos con nuestro agradecimiento y disculpándonos de la forma expositiva, como si estuviéramos conversando en una mesa de café con apreciados colegas. Los procedimientos concursales (o preconcursales) son para salir de una crisis no para hacer negocios como bien señala nuestro distinguido amigo el jurista E. Daniel Truffat, con quién sin duda seguiremos dialogando y acercándonos en la polémica respetuosa y madura, en la vocación y amistad que nos une.
