



Facultad de Ciencias Económicas
Universidad de Buenos Aires



LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS DEBE CONTEMPLAR LA ACTUACION NEGLIGENTE DE LOS
ADMINISTRADORES PARA RESPONZABILIZARLOS A TITULO DE CULPA

Director

DR. BARGALLO, MIGUEL

Tesista

CDRA YAMILE GULLE BONETTO

INDICE

1- INTRODUCCIÓN

2- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3- RESPONSABILIDAD. ANÁLISIS DEL INSTITUTO VIGENTE

Sujetos responsables o sujetos pasivos. Conducta antijurídica. Factor de atribución. Relación de causalidad. Daño. Extensión, prescripción y caducidad.

4- PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Factores de Atribución. Culpabilidad. Culpa. Dolo.

5 - FACTOR DE ATRIBUCIÓN. LEY 19551 VS LEY 24522

6 - PROPUESTA. MODIFICACIÓN ARTÍCULO DE LA LEY

7 - CONCLUSIÓN

8 - BIBLIOGRAFÍA

1 - INTRODUCCIÓN

La quiebra exterioriza la imposibilidad de satisfacer las obligaciones que recaen sobre un patrimonio en las condiciones que fueron pactadas originariamente, lo cual puede provocar un perjuicio a los acreedores y a su vez generar una serie de responsabilidades que son contempladas en diversos sistemas legislativos, a saber:

- La responsabilidad penal contenida en el Código Penal
- La responsabilidad personal de los directivos, afectando la capacidad de ejercer el comercio o el ejercicio de funciones en las sociedades comerciales
- La responsabilidad patrimonial, traducida en los daños causados al fallido.

El presente trabajo se centrará en las acciones de responsabilidad en la quiebra, que tienen por fin recomponer el patrimonio diezmado por acciones dolosas y negligentes de los administradores.

La extensión de quiebra, es desde el punto de vista patrimonial, la sanción más grave que se le puede imponer a un sujeto, pero la misma no formará parte del presente estudio.

Los artículos 173 y 174 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) regulan las siguientes acciones de responsabilidad que pueden ser promovidas por el síndico o en su defecto los acreedores:

- acciones contra mandatarios y representantes (acción falencial de responsabilidad art. 173 LCQ)
- acciones contra los denominados terceros (art. 174, última parte LCQ)

El artículo 175 LCQ indica como sujetos pasivos de las acciones sociales a los socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores. Esta enumeración es solo enunciativa, dado que cabe incluir por ejemplo a los controlantes de la fallida o los administradores de la controlante.

El referido artículo, no crea acciones específicamente concursales sino que modifica algunos aspectos de las acciones sociales de responsabilidad contenidas en el ordenamiento societario reguladas en el artículo 274 Ley de Sociedades Comerciales (LSC).

El sistema falencial vigente determina como factor de atribución para el inicio de las acciones concursales exclusivamente al dolo, permitiendo de este modo que muchas actuaciones queden impunes.

Sin embargo, la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) habilita por medio de sus artículos 59 y 274, iniciar acciones de responsabilidad tanto por dolo como por negligencia, mala administración, abuso de facultades y culpa grave.

Es por ello que, ilustre doctrina ha destacado haber preferido la aplicación del régimen societario en fallos judiciales en materia de quiebra, aunque el criterio no es uniforme.

Por lo desarrollado, consideramos necesario que la ley contemple también la culpa como factor de atribución como un mecanismo de seguridad jurídica a fin de garantizar la recomposición patrimonial unificando a su vez los criterios jurisprudenciales.

Por último, no dejamos inadvertido que el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1724 define el dolo de un modo más amplio que el código precedente, lo que parece habilitar incluso, la imputación por dolo eventual, pero no parece suficiente para abarcar todas las situaciones de responsabilidad previstas en la LSC.

2- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El primer régimen falimentario que se aplicó en Argentina fué el contenido en las Ordenanzas de Bilbao (1737) vigentes a partir de 1794 por disposición de la cédula ereccional del Consulado de Buenos Aires.

El 29 de marzo de 1836 se dictó un decreto firmado por Juan Manuel de Rosas en donde se abolían todos los juicios de esperas y quitas el cual tenía como prioridad proteger el crédito.¹

El Código inicial de 1862 y su sucesor el Código de 1890 tuvieron por finalidad la protección del crédito.

La falencia del comerciante era una presunción de fraude pues su profesión implicaba el recurso habitual al crédito y por tal motivo la quiebra imponía su arresto con el castigo de los fallidos culpables o fraudulentos según se calificara en sede comercial con arreglo a las disposiciones del Código Penal.

Este régimen no contemplaba la conservación de la empresa.

¹ Los considerandos del decreto de fecha 29 de marzo de 1836 firmado por Juan Manuel de Rosas se destacan por la dureza y rigidez en el tema. "Habiendo acreditado que los juicios de esperas y quitas de acreedores, lejos de producir los grandes bienes que se pusieron las leyes al establecerlos, con perjuicio del derecho de propiedad, sólo sirven generalmente para que los malos pagadores se burlen de todo, salvo de la confianza y buena fe de sus legítimos acreedores, aun cuando estos sean hipotecarios por escritura pública, valiéndose al efecto de manejos fraudulentos y de siniestras inteligencias y confabulaciones, con lo que propagan la mala fe, en todas las clases de la sociedad, contaminan a los oficiales subalternos del foro, ocupan incesantemente a los magistrados con perjuicio de la pronto y recta administración de justicia, causan notables perjuicios y erogaciones a los interesados y paralizan las relaciones de comercio, difundiendo por todas partes el temor y la desconfianza sobre el exacto cumplimiento de los contratos; el gobierno, en uso de la suma de poder público con que se halla investido, ha acordado y decreta: Art. 1°: Quedan del todo abolidos los juicios de concursos de acreedores llamados de esperas o moratorias y de remisión o quitas de acreedores. En esa virtud, ningún deudor podrá solicitar ninguna de las dos cosas en juicio, ni menos podrá ningún acreedor ser obligado a concederles por el voto de los demás acreedores, aun cuando estos formen la mayor parte por su número y por el monto de su crédito. Art. 2°: Tampoco podrá, en ningún caso, la Cámara de Apelaciones, conceder moratorias a ningún deudor. Art. 3°: Todo juicio de cualesquiera de las dos clases que se halle pendiente o por no haber sido resuelto definitivamente, o porque, habiendo sido, alguno de los acreedores se oponga en general o con respecto a su crédito a las esperas o quitas concedidas por los demás acreedores, o a esperas que haya otorgado al deudor la Cámara de Apelaciones, queda comprendido es este decreto y se tendrá por nulo y de ningún valor ni efecto todo lo que se hubiese obrado y resuelto a favor de dichas esperas o quitas. Art.4°.... Art. 5°: Queda revocada toda ley o disposición anterior , contraria a este decreto, que se considerará con fuerza de ley, mientras no disponga lo contrario la Honorable Sala de Representantes. Art. 6°... Rosas. El Oficial mayor del Ministerio de Gobierno , Agustín Garrigós"

En 1902 se reemplazó el Libro IV del Código de Comercio por la Ley de Quiebras 4.156 la que a su vez fue sustituida en 1933 por la Ley de Quiebras 11.719 o Ley Castillo.

Para la Ley 4.156 inspirada en una ley inglesa, la falencia afectaba al deudor y a sus acreedores pero no al comercio en general. Suprimió la moratoria e introdujo el concordato preventivo para posibilitar un acuerdo entre uno y otros.

En caso de no lograrse tal acuerdo, mantuvo la adjudicación de los bienes del fallido a sus acreedores (Ley 4.156 arts. 34 y ss) ya existente en el C.Com. 1890, adjudicación que propendía a la protección del crédito y no a la conservación de la empresa.

Conforme a su orientación privatista la Ley 4.156 disponía que: 1) el juez comercial no calificaba la conducta del fallido aunque de mediar indicios de quiebra culpable o fraudulenta (arts. 135, 137, 138) lo debía informar al juez competente; 2) el fallido casual era rehabilitado de oficio si los fondos de la masa alcanzaban para el pago íntegro de los créditos pero de no obtener carta de pago de los acreedores podía ser rehabilitado pasados tres años de la declaración de quiebra (art. 146); 3) el fallido culpable sólo podía ser rehabilitado después de cumplir la pena a que fue condenado (art. 149); 4) el fallido sometido a jurisdicción criminal sólo podía obtener la rehabilitación después de cinco años de cumplir la pena con conducta irreprochable (art. 150).

La Ley 24.522 retomó la orientación privatista de la Ley 4.156 y así dispone que: 1) la inhabilitación cesa al año de la sentencia de quiebra o desde la fecha en que quede fijada la cesación de pagos (art. 236); 2) el plazo puede ser reducido o dejado

sin efecto si verosímilmente, el inhabilitado - a criterio del magistrado- no estuviere prima facie incurso en delito penal; 3) si mediare condena la inhabilitación dura hasta el cumplimiento del accesorio de inhabilitación que imponga el juez penal.

La Ley 11.719 retomó mutatis mutandi la vía de los Códigos de Comercio de Comercio de 1862 y de 1890, asumiendo que la falencia no afecta sólo al falente y a sus acreedores sino también a la plaza.

Entre las adecuaciones relevantes se destacan; 1) la presunción de inocencia, para lo que dispuso la calificación de conducta en sede comercial con sanciones comerciales de haber fraude o culpa ello sin perjuicio de la inhabilitación general del fallido. 2) Diferenció las sanciones penales a la legislación y jurisdicción criminal e independizó la calificación comercial de la penal y sus consecuencias. 3) El concordato preventivo no debía ser aprobado por el juez cuando estimase que las bases aceptadas por la mayoría son notoriamente gravosas para el interés general (Ley 11.719 art. 40)

El interés general de la Ley 11.719, art. 40 era el de los acreedores siguiendo en esto la orientación de los Códigos de 1862, de 1890.

Luego, en 1972 se sanciona la Ley 19.551 que contenía en sus principios orientadores tres notas fundamentales de la reforma; 1- la conservación de la empresa en cuanto dispuso que el juez: a) en el concurso preventivo para homologar un acuerdo preventivo debía valorar su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa (LC, art. 61); b) en la quiebra podía disponer la continuación de la empresa (LC, art. 182 y ss) y para realización los bienes debía comenzar por la enajenación de la empresa como unidad (LC, art. 198). 2- la protección del crédito mediante el establecimiento de reglas procesales destinadas a la pronta sustanciación del concurso

(LC, art. 296 y ss.). 3 - la responsabilidad e inhabilitación de los causantes de la quiebra mediante: a) la extensión de la quiebra y la responsabilidad de terceros (LC, art. 182 y ss); b) la calificación de conducta del fallido y de terceros (LC, art. 235 y ss).

Los artículos 235 (conducta fraudulenta) y 236 (conducta culpable)² enunciaban numerosas situaciones que en el supuesto de configurarse, implicaban la

² Conducta fraudulenta

Art. 235. -- La conducta del fallido es fraudulenta cuando ha disminuido indebidamente el activo, ha dejado de cumplir con la obligación de llevar contabilidad legal, ha otorgado preferencias indebidas a los acreedores, ha abusado del crédito o ha negado información en el concurso. Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros, los siguientes actos:

1. Distraer, ocultar, disimular o destruir bienes del activo, incluso mediante enajenaciones simuladas, constitución de derechos o celebración de contratos que disminuyan su valor venal.
2. Suponer gastos, pérdidas o egresos de bienes del activo, o que hubieren estado en su poder desde la fecha en que se encuentre efectivamente en cesación de pagos o ingresaren después en su patrimonio. A los efectos de este inciso no rige el límite de retroacción del art. 120.
3. Simular o suponer deudas, contraerlas sin causa; renunciar o reconocer créditos fraguados o inexistentes.
4. Realizar pagos, dación en pago u otorgar prelación a algún acreedor después que haya conocido o debido conocer su cesación de pagos.
5. Enajenar, gravar o aplicar a sus negocios propios en forma indebida, fondos o efectos que hubiere recibido en razón de título por el que no se le transfiere el dominio.
6. Dejar de cumplir las obligaciones que le competan como agente legal de retención.
7. Percibir, después de decretada la quiebra, dinero, efectos o cualquier otro bien sobre el que recaiga desapoderamiento.
8. Adquirir a nombre de terceras personas bienes susceptibles de desapoderamiento o derechos sobre ellos sometidos a igual régimen.
9. Distribuir o pagar dividendos ficticios de la sociedad luego fallida, con conocimiento de su ilegitimidad.
10. Negarse injustificadamente a dar las explicaciones que se le soliciten sobre su situación patrimonial o darlas en forma indebida.
11. No presentar los libros de comercio necesarios o presentarlos falseados, truncados o llevados en forma que no haga posible la reconstrucción de su patrimonio o el movimiento de sus negocios. Exceptúese el caso del comerciante que, por el escaso volumen de su giro, presente un solo libro o libreta de apuntes que resulten suficientes para los fines indicados.
12. Presentar balances, cuentas de resultados o estados contables falsos, o memorias notoriamente inexactas, en el juicio o fuera de él.
13. Prometer la constitución o transmisión de cualquier clase de derechos sobre bienes estando imposibilitado legalmente, o prometerlo a varias personas de manera incompatible.
14. Realizar actos de comercio u otros patrimoniales mediando inhabilitación o incompatibilidad o violar lo dispuesto por los arts. 17, 66 y 67, párr. 3º.
15. Recurrir al crédito disimulando su estado de cesación de pagos.
16. Enajenar fuera de los usos de plaza y a pérdida o por menos del precio corriente, cantidad considerable de bienes que hubiere adquirido a crédito dentro del año anterior a la declaración de quiebra, cuyo precio adeudare en todo o en parte.

Conducta culpable

Art. 236. -- La conducta del fallido es culpable cuando ha abandonado sus negocios o realizado cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros actos, los siguientes:

1. Realizar gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia.
2. Arriesgar sumas considerables en juego o apuestas.
3. Dejar de cumplir un acuerdo preventivo o resolutorio, salvo que acontecimientos extraordinarios o imprevisibles hubieran hecho imposible su cumplimiento.
4. Asumir obligaciones en interés de terceros que fueren excesivas con relación a su situación patrimonial o sin tomar garantías suficientes.
5. No solicitar la apertura de concurso en tiempo y forma requeridos por esta ley.
6. Ausentarse o no comparecer durante el trámite del juicio o dejar de cumplir con lo dispuesto por los arts. 26, 93, 106 y 107 de esta ley, sin perjuicio de lo establecido por el art. 235, inc. 10.
7. No realizar en debido tiempo y forma las inscripciones exigidas por el Código de Comercio.
8. En materia de sociedades, omitir la presentación, en tiempo y forma de memorias, balances, cuentas de resultados, estados contables y documentos anexos.
9. Utilizar medios ruinosos para procurarse recursos.
10. Realizar, cuando se encuentra en cesación de pagos, compras a crédito por un monto que no guarde relación con exigencias de su giro.
11. Estar en débito por una cantidad doble al haber del último inventario, en el lapso entre éste y la quiebra.
12. Llevar irregularmente sus libros y documentación mercantil.
13. Presentar o invocar proyecciones de balances y cuentas de resultados, de origen y aplicación de fondos o financieros o estudios de factibilidad técnica, financiera o económica que, con evidencia, no se ajusten a la realidad económica y financiera del deudor a la fecha de su confección o utilizarlos truncados o parcializados.

responsabilidad de los administradores frente a la quiebra, dando lugar a las acciones pertinentes dentro de la ley de concursos y habilitaba el inicio de las acciones penales correspondientes.

A título de ejemplo, podemos mencionar el Fallo "Transportes Perpen S.A s/ quiebra c/ Perpen Ernesto y otros" CNCom., Sala B. 07-09-2009, donde se extendió solidaria e ilimitadamente la responsabilidad a los administradores de la sociedad por la totalidad del pasivo falencial.

Entre los fundamentos de la sentencia encontramos: "i) la generación de un significativo pasivo insusceptible de ser atendido con el activo desaparecido o cuanto menos disminuido de modo relevante, ii) la omisión de presentar la documentación y libros de comercio que hicieran posible la reconstrucción del patrimonio de la sociedad y sus negocios y iii) el incumplimiento de las obligaciones previsionales y sociales..."

El citado fallo, se rigió por la LCQ 24.522, pero empleó como doctrina los mencionados artículos de LQ 19.550.

En la década de los noventa se sancionó la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 cuyas notas relevantes son: 1) la orientación privatista según la cual la falencia sólo atañe al deudor y sus acreedores y no al comercio en general, 2) La conservación de la empresa, 3) La brevedad de los procesos falenciales.

1. La orientación privatística tuvo su máxima manifestación en el texto originario del art. 52 según el cual el juez debía homologar un acuerdo preventivo aprobado con las mayorías legales y no impugnado o impugnado improcedentemente sin ponderar si implicaba un abuso de derecho.

Ello fue cuestionado por la doctrina y motivó fallos que no homologaron acuerdos por abusivos.

Finalmente la ley 25.589 de 2002 modificó dicho artículo 52 prescribiendo que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley .

2. La conservación de la empresa con diversas medidas, muchas inspiradas en la Bankruptcy Law, a saber: a) La categorización de acreedores, b) el salvataje o reorganización de la empresa, o cramdown, c) el concurso del agrupamiento, d) el acuerdo preventivo extrajudicial reformulado, e) La conversión de la quiebra en concurso preventivo, f) la flexibilización de la legislación laboral con la suspensión de los convenios colectivos de trabajo (LCQ art. 20), la posibilidad de renunciar al privilegio laboral (LCQ art. 43) y la modificación del contrato de trabajo, g) la continuación de la empresa del fallido por una cooperativa de sus ex trabajadores.

En lo que respecta al regimen vigente, además de la responsabilidad de los representantes que estaba contemplada en la legislación anterior, incorpora la responsabilidad de los terceros, es decir, se extiende a aquellos sujetos que no siendo representantes contribuyeron de algún modo a la insolvencia del fallido.

3- RESPONSABILIDAD. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN VIGENTE.

El art. 173 en su primer párrafo contempla una acción concursal de responsabilidad patrimonial de ciertos representantes de una persona en quiebra.

Dicha acción no excluye el inicio de otras reguladas por el derecho positivo.

Las características de la acción concursal de responsabilidad patrimonial son:

Sujetos responsables o sujetos pasivos

La ley habla en el encabezamiento del art. 173, L.C.Q. de “responsabilidad de representantes” y luego especifica a los posibles sujetos comprendidos: representantes, administradores, mandatarios y gestores de negocios.

En función de ello, podemos considerar como sujetos pasivos de esta acción a los siguientes:

- administrador general comercial
- administrador parcial (caso del comerciante que confiere a un dependiente el manejo exclusivo de una parte de la administración)
- mandatario comercial
- curador que administra un establecimiento comercial
- tutor en igual situación
- administrador de un establecimiento comercial indiviso por acto de última voluntad
- interventor judicial
- administrador de concurso preventivo que reemplace al deudor separado de la administración, o el coadministrador

- gestor de negocios
- fiduciario administrador
- administrador de hecho.

Conducta antijurídica

La conducta antijurídica que origina la responsabilidad consiste en haber: 1) producido; 2) facilitado; 3) permitido; o 4) agravado la insolvencia del patrimonio del fallido o contribuido a la disminución de su responsabilidad patrimonial. Analizamos a continuación cada una de ellas:

Producir³ es aportar una condición sine qua non al resultado dañoso. Existen toda una gama de conductas que indiscutiblemente causan el resultado dañoso descrito. Así, la apropiación de bienes pertenecientes al fallido, la constitución de garantías incausadas en beneficio propio o de terceros que al ser exigidas disminuyen el patrimonio del deudor, la enajenación simulada de bienes, etc.

Facilitar implica la observancia de conductas que coadyuvan a generar la insolvencia o la disminución de la responsabilidad patrimonial, tornando posible el resultado dañoso. La facilitación puede concretarse también por vía omisiva.

Permitir implica observar una conducta omisiva traducida en el abandono de las obligaciones que impone la ley en defensa del patrimonio confiado a la gestión o control del sujeto. Se permite la insolvencia cuando se admite que otras personas que actúan en la esfera patrimonial del deudor realicen actos que disminuyan su

³ BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E. *Las acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra*. Págs. 4/5. Derecho y Empresa, n° 4, 1995.

responsabilidad patrimonial sin ejercer la conducta que corresponde a la función que les fuera asignada.

Agravar es tornar más intenso o extenso el resultado dañoso. Se agrava la insolvencia cuando se continúa el giro de los negocios en estado de cesación de pagos, o cuando se fracasa en el trámite del concurso preventivo o en el cumplimiento del acuerdo.

Factor de Atribución

Las acciones realizadas tienen que estar signadas por el dolo del autor. El dolo, en la legislación vigente, es el único factor de atribución que habilita el inicio de la acción de responsabilidad.

Con la reforma del Código Civil y Comercial, la definición de dolo se ve ampliada, dando lugar según varios autores a la incorporación de acciones que previamente quedaban excluidas. En el apartado de Factor de Atribución ampliaremos al respecto.

Relación de causalidad

La conducta antijurídica debe tener una relación de causalidad en el estado de cesación de pagos o con la disminución de responsabilidad patrimonial del fallido. El actor deberá invocar y probar esta relación de causalidad.

Daño

La norma exige que las conductas descriptas produzcan, faciliten, permitan o agraven la insolvencia o agraven la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor que deviene en fallido.

Producida la relación obligatoria, el acreedor tiene derecho a obtener la satisfacción de la prestación debida, a través de la actuación del funcionario concursal o, eventualmente, de algún acreedor, resultando el patrimonio del deudor su garantía genérica.

El deber de reparar consiste en indemnizar los perjuicios causados. Cabe mencionar que el resarcimiento por una actuación dolosa comprende las consecuencias inmediatas, mediatas, causales y el daño moral si correspondiere.

La extensión del deber de reparar se encuentra doblemente limitada:

- a) no se puede atribuir responsabilidad más allá del daño efectivamente causado por el agente;
- b) la indemnización no puede convertirse en un elemento de enriquecimiento del dañado, de modo que si el daño se ha enjugado por otro medio (alteraciones extrínsecas del daño, como la compensatio lucri cum damno), no procede tampoco la indemnización total, sino por el daño subsistente.

Extensión, prescripción y caducidad

Las acciones de responsabilidad pueden promoverse, según lo establece el art. 174 en relación a actos llevados a cabo hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos, es decir que no rige el plazo máximo de retroacción contemplados en el art. 116.

Las acciones prescriben a los dos años contados desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra, independientemente de si medió o no recurso contra ella.

Tampoco es necesario que la sentencia esté firme para que comiencen a correr los plazos.

En relación al trámite y de acuerdo a lo establecido en el art. 174 se diagrama del siguiente modo:

- la legitimación activa corresponde inicialmente al síndico de la quiebra, en su defecto, puede accionar cualquier acreedor interesado de acuerdo a lo establecido en el art. 120, es decir, puede deducir la acción a su costa, luego de haber transcurrido treinta días desde la intimación judicial al síndico para que la inicie.

Antes de promover estas acciones el síndico debe requerir y obtener autorización de los acreedores que representen la mayoría simple del capital quirografario verificado y admitido.

- La acción de responsabilidad se sustancia y dilucida dentro de un proceso regido por las reglas del juicio ordinario en el lugar donde radica la quiebra. La instancia perime a los seis meses.

- La competencia es exclusiva y excluyente del juez de la quiebra.

- En lo que respecta a la carga de la prueba, la parte actora deberá probar la procedencia de las acciones y la extensión del daño a reparar.

En relación al art 175 y siguiendo a Rouillon⁴, la mención que hace el artículo con respecto a los sujetos pasivos, es decir: socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores es ejemplificativa y no limitativa. El

⁴ ROUILLON, Adolfo A. N. *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24522*. págs 291/2. Astrea. Buenos Aires. 2013. 16° edición actualizada y ampliada.

mencionado autor sostiene que la acción puede iniciarse contra cualquier sujeto no enumerado como es el caso de los controlantes de la fallida, los administradores de la controlante, sin perjuicio de la eventual extensión de quiebra según lo dispuesto en el art 161.

Las acciones sociales de responsabilidad se rigen por las disposiciones del ordenamiento societario, aun en los casos de quiebra, pero con las siguientes particularidades:

- el socio que inició la acción con anterioridad a la quiebra puede continuar siendo parte actora. En este supuesto el síndico puede optar por ser parte coadyuvante en el proceso preexistente o deducir por separado las acciones que habilita el proceso concursal.
- si la acción social en trámite fue promovida por la sociedad ahora fallida, solo puede continuar el síndico como consecuencia del desapoderamiento.
- el inicio de una acción social de responsabilidad después de la quiebra, corresponde sólo al síndico, el cual necesita de la autorización de los acreedores quirografarios según lo estipula el art. 119.
- en caso de inacción del síndico, cualquier acreedor interesado puede iniciar las acciones pertinentes previa intimación al síndico según lo establece el art. 120.
- en todos los supuestos la competencia corresponde al juez del concurso.

Por último, para las acciones iniciadas por el síndico, existe la posibilidad de pedir medidas precautorias bajo la responsabilidad del concurso, es decir, en el

supuesto que hubiere que afrontar costos, serían considerados gastos de conservación y justicia con el privilegio establecido en el art. 240.

4- PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos:

1- *El incumplimiento objetivo, o material*

2 - *Un factor de atribución de responsabilidad*

3 - *El daño*

4 - *Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño*

De los cuatro presupuestos enunciados haremos el acento en el **factor de atribución**, atento a que ha dado lugar a numerosos debates para determinar en materia de quiebras si el dolo, la culpa o ambos son factores de atribución para el inicio de las acciones de responsabilidad hacia los directores y terceros.

Factores de Atribución

Culpabilidad

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos

La culpabilidad, con sus versiones, la culpa en sentido estricto y el dolo, constituye el sustento subjetivo de la responsabilidad.

Culpa

El Código Civil en su art. 512 la definía de la siguiente manera: "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"

Dolo

El dolo es otro factor subjetivo de atribución.

Tiene distintas acepciones, dos de las cuales surgen de definiciones del Código Civil, y una tercera deriva de la interpretación doctrinaria:

1 - Como vicio de la voluntad se trata del dolo-engaño: "acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin" (art. 931 Código Civil)

2 - Como elemento del delito civil lo caracterizaba el artículo 1072 del Código Civil, según el cual el delito civil es el hecho ilícito cometido "a sabiendas y con intención de dañar".

3 - Como causa de incumplimiento contractual, que compromete la responsabilidad del deudor doloso.

Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Facundo⁵ explican cuatro categorías de dolo del siguiente modo:

a) *Dolo directo*: aquél en que el sujeto quiere y busca el resultado dañoso.

⁵ JUNYENT BAS, Francisco; FERRERO, Facundo. *El factor de atribución en la acción concursal de responsabilidad de los administradores*. Publicación: Doctrina Societaria y Concursal. ERREPAR (DSCE). Junio 2012.

b) Dolo indirecto: el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente la producción de otro resultado (daño), que inclusive puede serle indiferente o no desear. Se trata de consecuencias indisolublemente unidas con el resultado apetecido.

c) Dolo general: se da en aquellos supuestos en los que el autor cree haber logrado el resultado por medio de ciertas acciones, cuando en realidad aquél se produce por otras acciones suyas.

d) Dolo eventual: el autor se representa como posible el resultado dañoso y no obstante ejecuta la acción por menosprecio del mismo. Su límite a veces difuso con la denominada “culpa con representación”, puede alcanzarse si se tiene presente que a quien obra con dolo puede o no importarle aquel resultado posible, en definitiva lo menosprecia, mientras que quien obra con culpa cree convencido que el mismo podrá evitarse desplegando su conducta imprudentemente.

Por último, el nuevo Código Civil y Comercial, que rige a partir del 1 de Agosto de 2015 define la culpa y el dolo del siguiente modo:

ARTICULO 1724.- *Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*

ARTICULO 271.- *Acción y omisión dolosa. Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee*

para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación.

En relación a las nuevas definiciones del Código Civil y Comercial, Eduardo M. Favier Dubois (Pater) y Eduardo M. Favier Dubois (H)⁶ manifiestan que la expresión: “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, supera la actual discusión sobre la configuración del “dolo eventual” frente a la exigencia del art. 173 de la LCQ.

Chomer⁷, en la misma línea de pensamiento agrega: "pareciera que lo que antaño considerábamos culpa grave (la violación de los deberes del buen hombre de negocios, LS 59), ahora aparece comprendida en el nuevo dolo, retrotrayéndonos a la época anterior a la sanción de la ley 24,522. Y, abstracción hecha de las denominaciones, la consecuencia de aquello es venturosa, porque ahora en el marco sancionable del art. 173, quedarán comprendidas conductas reprochables (pérdida, destrucción u omisión de llevar libros, dilapidación de bienes, etc.), que hasta agosto de 2015, no tenían sanción."

⁶ DUBOIS, Eduardo M. Favier (Pater) y DUBOIS, Eduardo M. Favier (H). “Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial”. Pág. 13. Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013.

⁷ CHOMER, Héctor Osvaldo, *El nuevo dolo y la ley concursal*. Publicación: www.nuevocodigocivil.com

5 - FACTOR DE ATRIBUCIÓN. LEY 19551 VS LEY 24522

En relación a este tema, existe una clara diferencia entre la legislación anterior y la vigente. La Ley 19.951 en su artículo 166 establecía lo siguiente:

Responsabilidad de representantes

Art. 166. -- Cuando con dolo o infracción a normas inderogables de la ley se produjere, facilitare, permitiere, agravare o prolongare la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor o su insolvencia, quienes han practicado tales actos por el deudor, ya sea como representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, deben indemnizar los daños y perjuicios por los que se declare responsables en virtud de tales actos.

La frase "*dolo o infracción a normas inderogables de la ley*" dio lugar a dos teorías, una amplia que admitía la culpa y el dolo como factor de atribución y una restrictiva que se limitaba a admitir sólo el dolo.

La Ley 24.522 puso "fin" a la discusión al definir cómo único factor de atribución al dolo.

Quienes están a favor de la ***interpretación amplia***, sostienen que este esquema normativo provocó que la jurisprudencia se fuera apartando de la interpretación lograda en el fallo "Phonotone SRL s/ quiebra -responsabilidad de terceros"⁸, donde se

⁸ En el fallo "Phonotone S.R.L. s/quiebra", le es decretada la quiebra a dicha sociedad. Esta había adquirido ciertos bienes, por los que no pagó su precio; a raíz de ello, los vendedores pidieron y obtuvieron la verificación de su crédito. Se presentó la particularidad de que dichos bienes no fueron habidos en el activo de la fallida, ni tampoco fueron hallados los fondos provenientes de la posible venta de aquellos, ni justificado el destino o la aplicación de los mismos.

La Cámara resolvió en forma práctica y acertada considerando que se había incurrido en el tipo legal del artículo 166 de la ley de Concursos, produciéndose una lesión al activo de la sociedad fallida (prenda común de los acreedores). Consideró que también era de aplicación al caso, el artículo 157, por el cual los gerentes de la S.R.L. tienen las mismas obligaciones que los directores de las S.A., y en consecuencia debían responder ilimitada y solidariamente; responsabilidad que se tradujo en el deber de resarcir el equivalente al valor de los bienes adquiridos y "no habidos".

consideró que el incumplimiento del art. 59 de la ley de sociedades es una norma inderogable que consagra un estándar de conducta requerido a los administradores sociales que está destinado a la protección de los terceros que contratan con la sociedad deudora. Cabe aclarar que la infracción a la pauta del art. 59 puede darse tanto por una conducta culposa como fraudulenta o dolosa. Por este motivo amplia doctrina considera que la definición del factor de atribución, exclusivamente a título doloso implicaba una "irresponsabilización" que no se correspondería con el actual derecho de daños que privilegia tutelar los intereses de la víctima y buscar reparar la injusticia del evento dañoso.

Quienes aprueban la ***interpretación restrictiva*** entre ellos Roitman, Horacio y Daniel R. Vítolo señalan que admitir la culpa como conducta imputable implicaría la posibilidad de revisar todas las operaciones efectuadas por la sociedad fallida en el período de cesación de pagos, con más el año adicional y cuyo plazo de prescripción no se computase desde que los hechos se originaron sino desde que la declaración de quiebra pasa en autoridad de cosa juzgada. Además provocaría la inseguridad en las transacciones comerciales, que precisan para su eficacia principios informadores claros, plazos breves de impugnación y celeridad en el trámite y certeza rápida de su eficacia y firmeza definitiva.

Daniel R. Vítolo realiza una distinción entre la responsabilidad de los administradores según la ley de sociedades comerciales, admitiendo en este caso una amplia interpretación del art. 59 pero para el supuesto de concurso y quiebra manifiesta

Dicha responsabilidad surgió además como consecuencia de que los gerentes no actuaron como "un buen hombre de negocios"; por el contrario, omitieron el deber de custodia de los activos sociales. Es un fallo acorde con el derecho comparado que propugna un agravamiento de la responsabilidad de quienes disfrutaban del enorme poder que otorga la función directiva en una sociedad comercial. (MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad*. Revista La Ley. 10 de Mayo de 1993.)

lo siguiente: “por el contrario, en los casos de responsabilidad de representantes, administradores, o integrantes de órganos de administración sociedades comerciales con origen en la quiebra de la sociedad administrada o representada, la situación es muy diferente, pues el tercero que contrató con la sociedad que luego fue declarada fallida, y que interviene como operador en el mercado, conoce que uno de los avatares propios del riesgo mercantil es la posibilidad de que el cocontratante pueda fracasar en su intento empresario y caer en insolvencia. Así, cuando contrata no pone ni coloca bienes ni intereses propios bajo la administración de un tercero –sino que ejerce la capacidad de administrar y disponer de sus propios bienes, dicho esto en sentido amplio– como tampoco tiene derecho a exigir que el cocontratante resulte diligente en el manejo de su propio negocio. Simplemente evaluará el riesgo de su contratación, en las condiciones propias de cada mercado, y asumirá o no su propio riesgo empresario”.

En relación a este aspecto, comparto que es necesario darle seguridad jurídica a las transacciones comerciales y que las mismas tienen implícito un riesgo al cual el empresario o contratante decide o no asumir, pero es imperioso para un ordenamiento justo evitar los extremos. Es oportuno señalar lo dicho por el juez en el caso El Peregrino SA s/quiebra⁹ quien sostuvo que la reforma a la ley concursal introducida por la ley 24.522 no podría ser interpretada en el sentido de que el factor de atribución de responsabilidad fuera más leve en el ámbito concursal que in bonis. Este alcance en la interpretación sería contrario al espíritu de la norma.

⁹ Fallo “El Peregrino S.A s/ quiebra s/ incidente de acción de responsabilidad promovido por la sindicatura”. CNCom., Sala E. 22-12-2009.

6 - PROPUESTA. MODIFICACIÓN ARTÍCULO DE LA LEY.

Facundo Ferrero y Francisco Junyent Bas¹⁰ sostienen lo siguiente: "Al no admitirse la culpa como factor de atribución -salvo en supuestos de acumulación de las acciones sociales y concursales de responsabilidad-, las conductas deliberadas de quienes actúan con total menosprecio de los resultados dañosos de su acción deberían quedar impunes según una interpretación restringida del dolo como factor de atribución, lo que repulsa cualquier principio reparatorio y obstaculiza la realización de la justicia en los expedientes concursales.

Es por ello que el dolo previsto en el artículo 173 de la ley de Concursos y Quiebras para la procedencia de la acción de responsabilidad contra administradores y terceros en nuestra consideración debe ser interpretado ampliamente al ser, a diferencia del régimen civil, el único factor de atribución que habilita la responsabilidad por daños en supuestos de producción, facilitación o agravamiento de la insolvencia.

Destacamos que a diferencia del régimen civil donde el dolo podría ser calificado como un factor de atribución de excepción, limitado a incidir en la extensión del resarcimiento, en la acción de responsabilidad concursal el dolo es la regla, al ser el único factor de atribución admitido, por lo que debe ser interpretado con mayor amplitud."

Continuando con esta línea de pensamiento Gabriela Boquin propone una mirada integradora en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores sociales respecto de terceros, asumiendo que existe la posibilidad de accionar

¹⁰ Facundo Ferrero y Francisco Junyent Bas. op. cit.

reclamando la misma a través de normas del derecho común que priman o superan a las existentes en la ley de sociedades que regulan la cuestión.

La autora pone el acento en que debe cumplirse el principio fundante consistente en la prohibición de dañar al otro traducido en el apotegma: “el que daña debe reparar”, que surge del art. 1109 del CC, apreciando el concepto de daño a la luz de lo referido por el 1068 del mismo cuerpo legal.

Por último en el fallo “EL PEREGRINO S.A. S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE DE ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PROMOVIDO POR LA SINDICATURA” el Dr. Sala dice: " La norma contenida en el artículo 1074 del CC no admite la responsabilidad por omisión a menos que exista una obligación de realizar la conducta omitida, y en los casos descriptos la misma surge claramente del patrón de conducta exigido por el art. 59 de la ley 19.550.

Esa responsabilidad se origina por la circunstancia de integrar los órganos de administración y fiscalización, aun cuando no hubieran actuado directamente en los hechos causantes de la responsabilidad, pues tienen una suerte de responsabilidad “in vigilando” y no pueden desligarse por la simple omisión o desatención de la gestión.

Cupo a ellos oponerse al indebido actuar y dejar asentada su protesta, pues tal es el único medio eximente de la responsabilidad (LSC: 274, segundo párrafo) y ello no se verificó en el caso.

La normativa societaria que regula la responsabilidad de los administradores y síndico se aplica aun frente a la quiebra de la sociedad, pues se trata de disposiciones de orden público cuya aplicación no puede limitarse solo frente a una sociedad “in

bonis", sino también -y especialmente- frente a la insolvencia y a la crisis. De modo que, aun luego de la quiebra, subsiste la posibilidad de recurrir a las normas sobre responsabilidad típicamente societaria, sin la limitación de los parámetros de la responsabilidad concursal fijados por la LCQ: 173".

Considero que orientarnos a una interpretación amplia del dolo como factor de atribución deja librado al azar la aplicación o no de las acciones, dependiendo del juez que lleve adelante el caso, por tal motivo, es pertinente incorporar a la legislación la culpa como factor de atribución para garantizar a los proveedores el cobro de su crédito frente al obrar negligente de los administradores.

7 - CONCLUSIÓN

En el ámbito mercantil el estándar de conducta que impone el art. 59 de la ley 19.550, requiere que el administrador sea un profesional que custodia bienes e intereses ajenos y por ende su deber de obrar con la mayor prudencia y diligencia permitirá analizar su culpa como grave cuando en casos de tratarse del hombre común solo se le reprocharía una simple omisión o una culpa más que leve.

Adherimos a Lidia Vaiser ¹¹ quien manifiesta que: "las acciones de responsabilidad concursal y de responsabilidad societaria poseen plena autonomía conceptual y resulta factible su ejercicio independiente, simultáneo o conjunto, en el marco del proceso concursal." Dicho ejercicio "...requerirá un inicial análisis sobre los sujetos imputados..." y "...el carácter de los hechos incriminados, los que pueden quedar subsumidos, impidiendo la acumulación de acciones..."

Lo que se pretende en ambos campos es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el accionar de determinados sujetos tales como socios, administradores, síndicos, liquidadores y terceros que de cualquier forma hubiesen participado en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo.

Por lo expuesto, proponemos la modificación de la ley **incorporando de manera explícita la culpa como factor de atribución**, y como complemento aludiremos como pauta referencial para calificar el obrar culposo al catálogo previsto en el artículo 236 de la derogada ley 19551 ¹².

¹¹ VAISER, Lidia. *Responsabilidad de terceros. La quiebra y acción social de responsabilidad: coexistencia pacífica?*. Pág. 1. VI Congreso Argentino de Derecho Societario. II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995).

¹² Recordar nota 2.

De este modo pretendemos asegurar la posibilidad de cobro de los acreedores, lo que actualmente en cierto modo depende del criterio que adopten los tribunales, ello con el fin, además, de que los actos negligentes de los administradores no queden impunes.

Los fallos "Phonotone" y recientemente, "El Peregrino", son ejemplos a seguir para lograr el objetivo deseado.

8 - BIBLIOGRAFIA

- BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E. *Las acciones de responsabilidad patrimonial contra terceros en la quiebra*. Derecho y Empresa, n° 4, 1995.
- BOQUIN, Gabriela Fernanda. *Acciones de responsabilidad de los administradores sociales. Distintos aspectos relevantes a la cuestión*. www.infojus.gob.ar. 03.2015
- BOQUIN, Gabriela Fernanda. *La responsabilidad de administradores en la insolvencia frente a terceros*. www.congreso-dmercantil.com.ar 04.2015
- CHOMER, Héctor Osvaldo; SICOLI, Jorge Silvio. *Ley de concursos y quiebras 24522 y sus modificaciones, incluidas las introducidas por la ley 26684*. Ediciones La Ley. 2011
- CHOMER, Héctor Osvaldo, *El nuevo dolo y la ley concursal*. Publicación: www.nuevocodigocivil.com
- DUBOIS, Eduardo M. Favier (Pater) y DUBOIS, Eduardo M. Favier (H). *“Cambios al sistema concursal derivados del proyecto de código civil y comercial”*. Pág. 13. Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013.
- JUNYENT BAS, Francisco; FERRERO, Facundo. *El factor de atribución en la acción concursal de responsabilidad de los administradores*. Publicación: Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE). Junio 2012.
- Ley 19551
- MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad*. Revista La Ley. 10 de Mayo de 1993.

- ROUILLON, Adolfo A. N. *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24522*. Astrea. Buenos Aires. 2013. 16° edición actualizada y ampliada.
- VAISER, Lidia. *Responsabilidad de terceros. La quiebra y acción social de responsabilidad: coexistencia pacífica?*. VI Congreso Argentino de Derecho Societario. II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995)
- Fallo "El Peregrino S.A s/ quiebra s/ incidente de acción de responsabilidad promovido por la sindicatura". CNCom., Sala E. 22-12-2009.
- Fallo "Phonotone Co. S.R.L. s/ quiebra" CNCom., Sala D. 10-09-1992.
- Fallo "Transportes Perpen S.A s/ quiebra c/ Perpen Ernesto y otros" CNCom., Sala B. 07-09-2009.