

Ponencia sobre la responsabilidad de administradores y socios en caso de crisis empresarial

Francisco Junyent Bas

Sumario

Una cuestión clave de la normativa societaria y concursal, atento al carácter especial de ambas leyes, es la relación existente entre la denominada zona de insolvencia y la eventual responsabilidad de administradores y socios.

En esta línea, los administradores cuando advierten que la empresa se encuentra en “crisis”, y en “amenaza de insolvencia”, incluso con pérdida del capital social, tienen ante sí una decisión alternativa: una, recapitalizar “rectius” re-patrimonializar la empresa o en su caso, presentarse en concurso preventivo con el objetivo de recuperar el flujo de fondos y reestructurar el pasivo con la colaboración de los acreedores.

Cualquiera de las dos alternativas es válida, en atención a la convergencia de dos leyes especiales que constituyen caminos diferentes para sanear la empresa, y lo relevante, es que la decisión se tome en tiempo oportuno.

Así, si los administradores se presentan en concurso preventivo y convocan a sus acreedores, se produce una “natural solidaridad en las pérdidas” que implica un esfuerzo compartido para reorganizar y sanear la empresa.

El art. 43 de la ley concursal, habilita diversas propuestas entre las que se encuentra la quita y la espera, y cualquier otra que obtenga las mayorías legales.

La sindicatura debe hacer conocer en el informe general, pautado en el art. 39 de la LCQ, si hay conductas irregulares y reprochables de los administradores para que los acreedores tengan pleno conocimiento de esta situación cuando vayan a prestar su conformidad a la propuesta del deudor/a.

A su vez, el juez debe analizar el acuerdo de conformidad a las pautas de los arts. 51 y 52, y si lo homologa, éste adquiere la jerarquía de “concordato”, por lo que no puede predicarse que las eventuales quitas o esperas, impliquen un daño, y mucho menos que sean antijurídicas, y rigen plenamente los arts. 55 y 56 de la LCQ, que hacen oponible el acuerdo a todos los acreedores, hayan participado o no en el proceso.

De tal modo, una vez homologado el acuerdo, no resta en cabeza de los acreedores acción individual de responsabilidad en contra de los administradores, art. 279 de L.G.S., pues no puede predicarse daño resarcible, y por ende, tampoco enriquecimiento de los socios o accionistas.

En efecto, la homologación del juez implica la inexistencia de abuso y la configuración de una fórmula de saneamiento, que si no ha sido impugnada en los términos del art. 50 de la L.C.Q, o dicho planteo ha sido desestimado, el imperio judicial asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad.

Por el contrario, cabe analizar qué sucede cuando no hay proceso concursal alguno y, pese a lo cual, la sociedad se encuentra en dificultades económicas o situación de crisis empresarial, a cuyo fin retomamos la obligación de los administradores pautada el art. 59 y c.c. de la L.G.S.

Desde esta perspectiva, se introduce el concepto de “infracapitalización” cuando el capital operativo no es adecuado para la consecución del objeto social.

La cuestión entonces se introduce de lleno en la conceptualización de la infracapitalización societaria.

En rigor, el legislador societario no realizó ninguna distinción entre la denominada infracapitalización formal y material, pues supuso que los socios dotarían adecuadamente de un patrimonio suficiente a la empresa para vehiculizar su gestión y cumplir su finalidad en el intercambio de bienes y servicios.

De tal modo, se advierte que la infracapitalización material afecta la aptitud de pago del ente social, impidiéndole responder ante las acreencias que requiere el giro comercial y ello, indudablemente, requiere que los administradores asuman dicha situación en función del criterio o

regla del plan de empresas para recomponer el capital o, eventualmente, recurrir al remedio concursal pues, de lo contrario, se “dispararían” las acciones de responsabilidad de los arts. 173 a 176 de la L.C.Q en caso de quiebra de la empresa.

I. Reflexiones sobre la responsabilidad de administradores, socios y controlantes.

Las responsabilidades societarias, tanto de los administradores como de los socios y controlantes, se conectan con la normativa societaria y concursal en un juego complejo que no siempre es bien entendido por la doctrina.

Las inconductas de los administradores y socios se encuentran pautadas en ambos estatutos legales y requieren de una correcta integración.

I.1. La insolventación: una acción típica en la falencia.

I.1. a. La responsabilidad de representantes.

Así, la ley concursal regula la responsabilidad de administradores y terceros en los art. 173 a 176 incorporando aquellas conductas “torpes” de insolventación que hayan dañado a la sociedad, legitimando al síndico y, subsidiariamente, a los acreedores para su promoción.

Los artículos citados, que hemos desarrollado ampliamente en otras oportunidades¹, regulan los supuestos de responsabilidad en la quiebra.

La primera norma regla la “acción concursal” propiamente dicha en “dos figuras diferenciadas”: una, productora de la insolvencia por parte de los administradores, representantes y gestores de negocios; y otra, tendiente a la disminución del activo o exageración del pasivo por parte de terceros.

En una palabra, el art. 173 de la L.C.Q. establece la responsabilidad de quienes tengan poder de “disposición” en la entidad fallida por las conductas de insolventación, como así también, de los terceros cómplices que hayan colaborado en el menoscabo del patrimonio como garantía común de los acreedores, arts. 242 y 743 del CCCN.

Así, el primer párrafo del art. 173 de la ley 24.522 refiere a la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios.

Esta enunciación de los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad es de carácter ejemplificativo.

La enumeración de la norma refiere a: representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, como un modo de significar la existencia de un vínculo jurídico o situación de dominio del administrador sobre el patrimonio del deudor, sea esta persona físico o jurídica.

En esta línea, Rivera² expresa que la ley atribuye responsabilidad a quienes tienen vinculación funcional (administradores), contractual (mandatarios), o legal (representantes) y que por dicha ligazón jurídica han ejercido un poder de disposición o administración sobre los bienes del deudor.

Así, se mantiene vigente la intención del legislador de circunscribir la imputabilidad a los sujetos concretos que por una acción dolosa directa han gravitado decisivamente en la declaración de la quiebra. Ello en función de que dichas conductas dolosas han disminuido la responsabilidad patrimonial o producido la insolvencia.

I.1. b. Responsabilidad de terceros.

La segunda figura alcanza a los *terceros* que hayan participado *de cualquier manera*, es decir, que la directriz no está en la vinculación con el deudor, sino en la acción: *participar* en actos tendientes a disminuir la responsabilidad del deudor, el alcance de la legitimación pasiva es general y amplia pues, ya no interesa haber actuado por el deudor, sino que basta la participación por cualquier forma en actos dolosos que hayan disminuido el activo o exagerado el pasivo para que pueda imputarse la responsabilidad.

Como explican Rivera, Roitman y Vítolo³ la sociedad fallida, léase sus administradores,

¹ Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

² Rivera, Roitman y Vítolo, Ley de Concurso y Quiebra comentada – Rubinzal Culzoni – Santa Fé 2000, pág. 18. ³ Rivera, Roitman y Vítolo, Ob. cit., pág. 18.

puede haber contraído obligaciones con otros terceros que en la antigua nomenclatura de la ley

19.551 eran considerados cómplices, según texto del art. 240, y que colaboraban con determinados actos a disminuir la garantía patrimonial.

La conducta reprochable es aquélla que afecta el patrimonio, "prenda común de los acreedores", menoscabando su solvencia, aunque no haya producido dicha situación de quiebra económica.

En una palabra, se trata de actos que hayan agredido la responsabilidad del deudor, disminuyendo el activo o exagerándose el pasivo en detrimento de la garantía patrimonial preexistente.

De este modo, la segunda figura regula las conductas ilícitas de menoscabo patrimonial, incorporando definitivamente, en una comprensión integral, el tipo de hechos dolosos contemplados en el anterior art. 235 ley 19.551, cuando describía las hipótesis configurativas de calificación fraudulenta.

Así, la jurisprudencia ha dicho² que *"La conducta – legalmente reprochada- que determina la responsabilidad patrimonial de terceros en la quiebra, es participar en actos "tendientes a la disminución del activo o a la exageración del pasivo..." en realidad esos actos además de "tendientes" a ese resultado deben haberlo producido efectivamente."*³

En igual sentido, en el precedente citado se explicó que "...la actual normativa ha traspelado la cuestión de los terceros, otrora "cómplices" en las conductas enumeradas por el art.235 Ley 19.551, a su art.173, 2do párr. del Tit. III Cap. III, sección III, denominada "Responsabilidad de Terceros", por quienes debe entenderse son todos aquellos sujetos que incurren en las hipótesis de reproche y que no son ni el fallido ni sus representantes⁴. La norma del art.173, 2do párr. de la actual ley 24.522 *"... regula las conductas ilícitas de menoscabo patrimonial, incorporando definitivamente, en una comprensión integral, el tipo de hechos dolosos contemplados en el anterior artículo 235 de la ley 19.551, cuando describía las hipótesis configurativas de calificación fraudulenta"*.

De tal modo, el ordenamiento vigente (art.173 ley 24.522) contiene una única fórmula legal inclusiva de las distintas hipótesis enunciadas en el derogado art.235 Ley 19.551, aplicable a los terceros por remisión del art.240 ley 19.551; se trata de una norma general de responsabilización patrimonial de todos los terceros ***"quienes de cualquier forma participen... en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo..."*** (art.173,2do párr. Ley 24.522).

En aras de precisar los sujetos y conductas comprendidas dice Martorell: *"Cualquier sujeto que tenga una actividad dolosa, tendiente a tomar parte en actos que disminuyan el activo o aumenten el pasivo, habrá de ser alcanzado por las conductas a las que alude el art.173, último párrafo, LCQ".⁷*

El factor de atribución es también el dolo del agente, o sea, que debe tratarse de un acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar, o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, art. 1724 del CCCN.

El sujeto pasivo de esta segunda figura legal comprende una fórmula general y, por ende, más amplia que la enunciación de la primera parte; los terceros no responden, como no podría serlo, a la enumeración de los representantes del deudor, sino que *son aquéllos que de cualquier forma participen dolosamente*.

II. La equivalencia entre el "período de responsabilización" y la llamada "zona de insolvencia".

² Juzgado de Primera Instancia y 2º Nominación en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Sentencia N° 226 del 20/7/2009, en autos "FRANCISCA, Luis Alberto – QUIEBRA PEDIDA SIMPLE JUICIO ANEXO – OTROS SINDICATURA EN FRANCISCA LUIS ALBERTO QUIEBRA PEDIDA C/ FRANCISCA ROMINA Y OTRA – ACCIÓN ORDINARIA DE RESPONSABILIDAD" (Expte. N°1174421/36).

³ Rouillón, Adolfo A. N., Comentario al art.173 Ley 24.522, pub. LL, On line.

⁴ Martorell, Ernesto Eduardo, "Tratado de Concursos y Quiebras, Tomo III, Pág.461, Ed. Lexis Nexis, Bs. As.2004. ⁷ Martorell, Ernesto Eduardo, "ob. cit., Tomo III, Pág.462.

Esta acción concursal, en sus dos modalidades tal como lo explicamos supra, alcanza los actos realizados un año antes del período de sospecha, a tenor del art. 174 de la LCQ, es decir, en lo que nuestra ley, sin nominar, individualiza como lo que hoy se conoce como “zona de insolvencia”.

Como se advierte, no sólo pueden atacarse las conductas de los administradores llevadas a cabo en el período de sospecha, tal como define Vítolo a la “zona de insolvencia”, sino que, nuestro esquema legal, en este caso, “alarga” dicho período y, concretamente, persigue determinadas conductas de insolventación llevadas a cabo en la gestación de la crisis empresarial.

Va de suyo entonces, que la doctrina patria tiene su propio régimen resarcitorio en orden a las actuaciones reprochables de los administradores que dolosamente han producido conductas de insolventación y que incluso alcanza a los terceros que han concurrido participando en el menoscabo del patrimonio⁵.

Así, la jurisprudencia ha establecido que, si bien el extravío de libros y registros contables no constituye por su entidad un acto que genere perjuicio al patrimonio social de la fallida, cabe presumir su accionar enderezado intencionalmente a detraer bienes con el fin de perjudicar a los acreedores sociales si el director demandado observó una conducta procesal maliciosa y no arribó prueba de signo contrario.

En esta línea, no cabe duda que los actos que sirvieron de fundamento a la responsabilidad se dieron porque el administrador continuó la gestión empresarial en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionarlo en lo interno y afectando a terceros, con una actuación dolosa al generar una apariencia de solvencia inexistente, tal como lo explica Richard⁶.

Ahora bien, no cabe duda que la “zona de insolvencia” en este caso regía en plenitud por encontrarnos ante un proceso falencial atrapado en la manda de los arts. 173 y 174 de la LCQ, lo cual no sucede cuando la sociedad obtiene previa presentación en concurso preventivo un acuerdo de los acreedores para reestructurar el pasivo y el juez lo homologa, tal como veremos a continuación.

III. La responsabilidad societaria.

III. 1. Las acciones sociales.

En esta inteligencia, el art. 175 del estatuto falimentario, en convergencia con el art. 278 de la ley societaria, asume las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores y socios en los términos de la legislación societaria.

La estructura lógica del texto permite considerar incluidas en esta hipótesis no solamente a la acción social del art. 276 de la LGS., que persigue a los administradores infieles del daño causado a la sociedad, sino que, también debe considerarse la acción social que nace del primer párrafo del art. 54 en cuanto hace responsable a los socios y controlantes por el perjuicio social.

De esta forma, se trata en ambos casos de acciones societarias en donde el legitimado activo es la sociedad fallida, por ser quien ha sido afectada por la conducta dañosa y, consecuentemente, en caso de insolvencia o quiebra, el síndico queda legitimado en los términos del art. 278 de la L.S. y 174 de la LCQ.

En este aspecto, los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria, respetando así la pauta del buen hombre de negocios, tal como lo expresó la jurisprudencia cordobesa⁷

III. 2. Las pautas del derecho judicial.

En este sentido, la Dra. Verónica Martínez de Petrazzini, en el precedente “Sindicatura de la quiebra en Sanatorio Privado Colón S.R.L. c/ Moyano Jorge Antonio y otro –Acción OrdinariaAcción de Responsabilidad”¹¹ sostuvo que el no acceder a ningún remedio legal constituye una violación a la

⁵ Juzg. Civil y Comercial de 29° Nominación de Córdoba, “Sindicatura en Eddicom c/ Rossetto Eduardo J. y otros s/ acción ordinaria-acción de responsabilidad, 9/9/2005, RDCO, 2006-A, Tomo 39, pág. 149.

⁶ Richard Efraín Hugo, El que daña repara, RDCO, 2006-A, Tomo 39, pág. 188.

⁷ Juzg. Civil y Comercial de 39° Nominación de Córdoba, “Sindicatura de la quiebra en Sanatorio Privado Colón S.R.L. c/ Moyano Jorge Antonio y otro –Acción Ordinaria-Acción de Responsabilidad” Sentencia N° 272 del 25/7/2006. ¹¹ Juzg. Civil y Comercial de 39° Nominación, Sentencia N° 272 del 25/7/2006.

ley, que enmarca en la actuación punible conforme el art. 274 de la L.S., que no requiere prueba de la conducta dolosa en los administradores.

En igual línea, la magistrada enfatizó que sobre ellos pesaba directamente la obligación de actuación en la administración de la sociedad, que implica necesariamente el dirigirla con adecuado

conocimiento y resguardo hacia terceros, con adecuada contabilidad y soporte documental de la actuación.

Así, en el precedente “Sanatorio Colón”, la juez entendió que “...la carga de los comerciantes de llevar libros, es una obligación que en el caso de las sociedades, reposa directamente en cabeza de la administración, que conforme la normativa específica tiene obligación de llevar los libros legalmente exigibles, al día y con respaldos veraces y confiables, y además, de realizar anualmente balances del resultado de ejercicio, Memoria de su gestión, y de someterlo a la aprobación de los socios”.

Lo dicho deriva del actual art. 320 y concordantes del CCCN, y puntualmente de la propia ley general de sociedades, en sus arts. 61 y ss; el art. 62 1er. Párrafo LGS, prevé específicamente la anualidad del balance.

En una palabra, se está frente a lo que Lorente, citando a la Corte de Delaware, denomina el buen criterio de negocios que deben respetar los administradores.

Va de suyo que también en este caso se configura la responsabilidad societaria, ya no concursal propiamente dicha, con motivo de conductas reprochables en los términos de la responsabilidad civil de los administradores y en el período o zona de insolvencia definida en el proceso falencial y que también debió ser informada en caso de concurso preventivo en el Informe General del síndico, art. 39 de la LCQ.

De tal modo, se advierte con claridad cómo la legislación concursal permite utilizar, tanto la acción típica del art. 173 de la L.C., como también la acción social societaria, para alcanzar ya sea conductas de insolvencia o actuaciones dañosas al patrimonio social para recomponer la prenda común de los acreedores.

IV. La responsabilidad en caso de concurso preventivo.

IV. 1. La conducta de los administradores ante la crisis de la empresa.

Una cuestión distinta se configura con relación al eventual ejercicio de las acciones individuales, cuando los acreedores pretenden responsabilizar a los administradores por lo que denominan el daño que se ha derivado del acuerdo homologado, atento a la quita y/o la espera votada mayoritariamente y homologada por el juez, arts. 43, 45, 50, 51 y 52.

En esta línea, los administradores cuando advierten que la empresa se encuentra en “crisis”, y en “amenaza de insolvencia”, incluso con pérdida del capital social, tienen ante sí una decisión alternativa: una, recapitalizar “rectius” re-patrimonializar la empresa o en su caso, presentarse en concurso preventivo con el objetivo de recuperar el flujo de fondos y reestructurar el pasivo con la colaboración de los acreedores.

Cualquiera de las dos alternativas es válida, en atención a la convergencia de dos leyes especiales que constituyen caminos diferentes para sanear la empresa, y lo relevante, es que la decisión se tome en tiempo oportuno, no pudiendo predicarse la preeminencia de una normativa sobre otra.

IV. 2. La natural solidaridad en las pérdidas

Así, si los administradores se presentan en concurso preventivo y convocan a sus acreedores, art. 32 de la LCQ, se produce una “natural solidaridad en las pérdidas” que implica un esfuerzo compartido para reorganizar y sanear la empresa, en atención a lo dispuesto por el art. 743 del CCCN, y consecuente trato “igualitario” entre aquellos.

El art. 43 de la ley concursal, habilita diversas propuestas entre las que se encuentra la quita y la espera, y cualquier otra que obtenga las mayorías legales, de conformidad al art. 45 de la LCQ, y en este caso, resulta patente que los propios acreedores, pese a conocer la conducta de los administradores, y en su caso, de los socios mediante el Informe General, como titulares de sus créditos pueden optar por darle otra oportunidad a la empresa, y consecuentemente, a los administradores otorgando la conformidad que viabilice la homologación del acuerdo.

En esta línea, la sindicatura debe hacer conocer en el informe general, pautado en el art. 39 de la LCQ, si hay conductas irregulares y reprochables de los administradores para que los acreedores tengan pleno conocimiento de esta situación cuando vayan a prestar su conformidad a la propuesta del deudor/a, pues podrían requerir la separación de los administradores infieles, tal como lo habilita el art. 17 de la LCQ, y de esta forma, obligar a la concursada a reorganizar el órgano de administración como requisito “necesario” para formular la propuesta e intentar obtener las mayorías que permitan formalizar el acuerdo.

En este supuesto, quedan a disposición de los acreedores las acciones de responsabilidad que establece la LGS, siempre teniendo presente que la inconducta ha sido debidamente denunciada y, el juez concursal ha considerado pertinente la separación de los administradores del órgano de gestión empresarial.

A su vez, el juez debe analizar el acuerdo de conformidad a las pautas de los arts. 51 y 52, y si lo homologa, éste adquiere la jerarquía de “concordato”, por lo que no puede predicarse que las eventuales quitas o esperas, impliquen un daño, y mucho menos que sean antijurídicas, y rigen plenamente los arts. 55 y 56 de la LCQ, que hacen oponible el acuerdo a todos los acreedores, hayan participado o no en el proceso.

IV. 3. La improcedencia de las acciones individuales de responsabilidad

De tal modo, una vez homologado el acuerdo, no resta en cabeza de los acreedores acción individual de responsabilidad en contra de los administradores, art. 279 de L.G.S., pues no puede predicarse daño, y por ende, tampoco enriquecimiento de los socios o accionistas.

Por el contrario, la conformidad de los acreedores, tal como señalamos en el “abstract”, implica una “natural solidaridad”, tal como enseñaba desde antaño, Salvatore Satta, que hoy llamaríamos “esfuerzo compartido” y, consecuentemente, no existe “daño resarcible” ni actuación antijurídica que justifique las pretendidas acciones individuales que predica una parte de la doctrina.

En una palabra, la propuesta del deudor, cuando contiene quita y/o espera, o ambas a la vez, debe ser evaluada por el acreedor que tiene que realizar lo que la propia ley concursal denomina “cuota de sacrificio” que implica la conformidad para dar una segunda oportunidad al deudor/deudora. Adviértase que en el caso de salvataje, el art. 48 reconoce expresamente dicho “aporte”, cuando señala que para el pago de las cuotas o acciones representativas del capital social el importe se reducirá en la misma proporción en que el juez estime que se reduce el pasivo quirografario a valor presente, y como consecuencia del acuerdo alcanzado, art. 48, inc. 7, b).

Va de suyo, que la modalidad del acuerdo está legitimada en el art. 43 y, consecuentemente, tampoco puede predicarse en el caso de existencia de acuerdo, la anti-juricidad de la conducta de la concursada, salvo que se dé una de las causales de impugnación, contempladas en el art. 50, o este sea abusivo o en fraude a la ley, art. 52 inc. 4.

En consecuencia, la homologación del juez implica la inexistencia de abuso y la configuración de una fórmula de saneamiento y reorganización, que si no ha sido impugnada en los términos del art. 50 de la L.C.Q, o dicho planteo ha sido desestimado, el “imperio judicial” y el consecuente “concordato”, asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad, art 55 y 56 de la LCQ, salvo en caso de separación expresa de los administradores, en cumplimiento del art. 17 de la LCQ en cuyo caso, sí quedaría expedita la acción social en cabeza de la nueva administración que obtuvo el acuerdo.