

DECONOMI

“Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia”

por Sebastián J. Marturano

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Descripción del tema. 3) Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. 4) Presunción de responsabilidad de los directores como cuerpo colegiado. 5) Falta de autorización expresa del directorio en violación al art. 271 de la LGS. 6) Prohibición de competencia del director. 7) Administración de hecho y socio oculto. 8) Extensión falencial al socio oculto en los términos de la LCQ: 160. 9) Derecho de Daños en el ámbito concursal 10) Responsabilidad de terceros en las quiebras. 10) Responsabilidad de terceros en las quiebras 11) El dolo en el art. 173 la ley 24.522. 12) Conclusión.

1. Introducción.

En el presente trabajo, se analizará la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas, ante los daños y perjuicios que la situación falencial pueda generar.

Dicho estudio se hará, básicamente, sobre la base de tres enfoques normativos. Por un lado, la Ley General de Sociedades, especialmente art. 276, 278 y ccdtes. que establecen la responsabilidad de los directores por mal desempeño de su cargo, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley societaria; por otro, la Ley de Concursos y Quiebras -ley 24.522- que, a los fines de imputar responsabilidad, requiere el dolo del administrador como factor de atribución y, por último, el Código Civil y Comercial de la Nación que redefine la concepción de dolo e impone el deber de prevención del sujeto para responsabilizarlo.

2. Descripción del tema

Los art. 276 y 278 de la Ley 19.550 y el art. 173 de la ley concursal remiten a dos tipos de acciones diferentes, la segunda de ellas prevé la acción

DECONOMI

de responsabilidad típicamente concursal, en la cual el representante de la sociedad que con dolo o en infracción a normas indelegables hubiera producido, facilitado, permitido, agravado o prolongado la disminución de la situación patrimonial de la deudora o su insolvencia, debe indemnizar los perjuicios causados por este accionar; y, por otro lado, el artículo 175 del citado cuerpo normativo, determina la legitimación del síndico para el ejercicio de las acciones de responsabilidad previstas en la Ley 19.550, específicamente, la fijada en los artículos 276, 278 y ccdtes. de dicho ordenamiento, que establecen la responsabilidad de los directores por mal desempeño de su cargo, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley societaria¹.

La acción concursal de responsabilidad de los representantes prevista por la ley en su actual artículo 173 no modifica en su tipo legal los principios clásicos de la responsabilidad civil ni las directivas aplicables en materia de sociedades (art. 274 y ccdtes. ley 19.550), sin embargo, existe consenso doctrinal, en cuanto a que se trata de una acción propiamente concursal que, aunque no guarda una relación de necesaria inclusión con las acciones de responsabilidad previstas por la ley de sociedades (art. 59, 274, 276, 279, 297 y 298), es posible la deducción conjunta y acumulada de ambas, así como también es posible la acción separada y autónoma².

Por otro lado, el artículo 175 de la LCQ regula la llamada “acción social de responsabilidad”, que se orienta a exigir resarcimiento por la infracción de sus deberes, especialmente los previstos en los artículos 59 y 274 de la LGS, es decir que se tiende a reparar los daños causados a la sociedad con independencia de que pudieran guardar relación de causalidad, o no, con la cesación de pagos de la sociedad fallida.

No deben confundirse las acciones de responsabilidad societaria con las acciones concursales del art. 173 de la LCQ. Ello así por cuanto los bienes jurídicos tutelados son distintos. En el caso de la acción concursal es el interés

¹ Verón, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. Astrea, 1999, t IV, pág. 333.

² Fassi, Santiago; Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, Bs. As., Ed. Astrea, 2004, pág. 449; Alegría Héctor, “Estructura y principios orientadores de la ley de concursos”, *Revista de Ciencias Económicas*, 1973 pág. 68, Quintana Ferreyra, Francisco-Alberti, Edgardo Marcelo; *Concursos. Ley 19.551. Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. Astrea, 1990, t III, pág. 24.

DECONOMI

de los acreedores el que está en juego, mientras que en la acción societaria es el interés de la sociedad fallida el comprometido. De ahí que no haya identidad entre los elementos de ambas acciones, sino que existen diferencias en cuanto a los sujetos, el objeto y la causa.

Pero este dato no es menor, ya que, entre otras cuestiones, la extensión del resarcimiento, a diferencia de la acción propiamente concursal del art. 173, es que el pasivo falencial no constituye un límite para la responsabilidad, dado que la indemnización puede ser mayor a dicho pasivo³.

Estas disposiciones prevén, que los directores respondan ilimitada y solidariamente, hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio fijado por el artículo 59, así como por violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. De su lado, el artículo 59 establece que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Como puede observarse, el primer parámetro para juzgar la conducta de los directores en el cumplimiento de sus funciones, fijado por la ley de sociedades, es el de obrar con “lealtad” y con la diligencia de un “buen hombre de negocios”, expresión que la exposición de motivos trata de explicar consignando que el art. 59 se refiere a la diligencia que debe poner el administrador en el desempeño de su cometido, imponiéndosele la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren no sólo de su acción, sino también de su omisión, lo que fija un standard de conducta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar esa responsabilidad.

3. Lealtad y diligencia del buen hombre de negocios

Para Halperín, obrar con “lealtad” implica actuar a favor del interés social, en función del objeto y de la actividad social. La falta de lealtad resulta del

³ Junyent Bas, “Acciones de responsabilidad en el proceso falencial”, JA, 1999-II-745, citado por Mirande Javier M. en Orquera, Juan Pablo – Raspal Miguel Ángel (Dir.), *El capital social*, Bs. As., Ed. Astrea, 2022, pág. 451.

DECONOMI

simple conocimiento del carácter abusivo o fraudulento del hecho que se juzga, en la época que éste se concreta, sin adoptar las medidas necesarias para impedirlo. La noción de “buen hombre de negocios” importa una auténtica responsabilidad profesional (capacidad técnica, experiencia, conocimiento) que se evalúa teniendo en cuenta la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como director y la específica que se le hubiere confiado, la circunstancia en que debió actuar y cómo cumplió su deber de diligencia⁴.

La lealtad requerida por la norma encuentra su fundamento en el deber de fidelidad del mandatario, aun cuando esa calificación, vigente al tiempo del artículo 346 del entonces Código de Comercio, aunque la doctrina fue evolucionando hacia el concepto de funcionario⁵.

Frente a un sujeto de derecho con patrimonio propio, es necesaria la presencia de un administrador ya que sin él la persona jurídica no podría actuar. En los hechos, las facultades del administrador son más amplias que las del mero mandatario, ya que las requiere, por ejemplo, para cerrar negocios ordinarios al giro de la empresa, y en tal escenario, disponer de los bienes que son fabricados o comercializados por el ente⁶. También el citado artículo 59 requiere del administrador que actúe con la diligencia de un buen hombre de negocios, pauta de conducta que la ley impone como deber legal para llevar adelante la gestión social de manera tal que quien deba juzgar a quien se le impute ineptitud en la conducción del ente, pueda contar con un modelo de comparación vinculado con el ejercicio del comercio⁷.

Es evidente que la desaparición del activo y total carencia de contabilidad, constituyen un palmario incumplimiento al deber general de todo administrador de obrar conforme los principios del artículo 59 de la ley de sociedades. Cabe recordar que la citada norma requiere del administrador que obre “...con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Estándar de conducta que, en el caso los directores, deben cumplir al ejercer sus

⁴ Halperín Isaac, *Sociedades Anónimas*, Bs. As., Ed. De Palma, 1974, pág. 453.

⁵ Otaegui, *ob. cit.*, pág. 128.

⁶ Vanasco, C., *Sociedades Comerciales – Parte General*, Bs. As., Ed. Astrea, 2006, t. I, pág. 198

⁷ Vanasco, C., *ob. cit.*, t. I, página 215.

DECONOMI

funciones. La desatención de estos principios ha llevado a la doctrina a calificar la actuación del infractor como de culpa grave cuando omite los cuidados más elementales⁸.

Este desapego por la función no puede ser calificada como una mera negligencia, tanto más cuando no se intenta, cuanto menos, de justificar la ausencia de todo el activo social. Ello sólo puede ser calificado como un acto doloso o, en el mejor de los casos, como culpa grave, calidad que debe ser equiparada al dolo eventual⁹.

Otro tanto puede darse en los supuestos de infracapitalización, tanto material, funcional o patrimonial, difícilmente los administradores ignoren esa circunstancia. No es concebible que un administrador eficiente no conozca la situación económico-financiera de la sociedad que administra, con lo cual, si continúa operando sin adoptar los remedios necesarios, incurrirá en responsabilidad por dolo. Aun si ignorase esa situación, no podrá invocar la culpa, pues es deber de todo administrador conocer el estado patrimonial del ente que administra¹⁰.

En este sentido, se ha postulado también que el administrador que gestiona el patrimonio social sin planificación adecuada, no recurre oportunamente a la vía concursal o continúa con la actividades cuando la insolvencia está instalada, omitiendo poner la situación en manos de los socios, agravando, por ende, el panorama de la sociedad y sus acreedores, tiene un actuar doloso¹¹.

Por último, es menester señalar que la responsabilidad de los directores es personal, quienes deberán enfrentarla con su patrimonio particular,

⁸ Otaegui, J., *Administración societaria*, Bs. As., Ed Ábaco, 1979, pág. 131.

⁹ CNCom., Sala D, “Molinos Cerribal S.A. c/ Alprosil Trading S.A. y otros s/ extensión de quiebra”, del 07/12/21.

¹⁰ Mirande, Javier M., “Capital Social. Infracapitalización”, en Orquera, Juan Pablo – Raspal Miguel Ángel (Dir.), *El capital social*, Bs. As., Ed. Astrea, 2022, pág. 446.

¹¹ Richard, Efraín, “El que daña repara –en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba” RDCO, n° 216, pág. 188; Boquin – Richard, “Responsabilidad de administradores sociales por no afrontar la crisis oportunamente”, ED, 234-408; citados en: Chomer, Héctor (dir.), *Concursos y quiebras*, Bs. As., Ed Astrea, 2016, pág. 91.

DECONOMI

alcanzando a todos los administradores –directores o gerentes- y se extiende a los miembros del consejo de vigilancia e incluso a mandatarios y gestores¹².

4. Presunción de responsabilidad de los directores como cuerpo colegiado

La responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de administración. Ello, en tanto es función de cualquiera de los integrantes del órgano –aun cuando no se la indique expresamente– el control de la calidad de la gestión empresarial, función cuyo incumplimiento da lugar a una suerte de culpa in vigilando¹³.

Sin perjuicio de ello, conviene tener presente que la ley de sociedades no responsabiliza al directorio por sus acuerdos en cuanto cuerpo colegiado, sino a los directores singularmente considerados, es decir, que la responsabilidad se opera por la participación que cada uno de los directores ha tenido en el acuerdo; si bien existe una presunción genérica de imputabilidad¹⁴.

En ese sentido ha sido dicho que la solidaridad fijada por la ley de sociedades abarca sólo a los administradores culpables. La imputación genérica de culpa a los componentes del órgano en los supuestos de responsabilidad generada por actos del directorio, apunta a salvar el escollo que se le presentaría a un actor para demostrar la efectiva participación de cada director en el acto colegiado. Pero esto, en forma alguna empece a que, probados los supuestos de exención, el sujeto quede excluido¹⁵.

De lo hasta aquí expuesto se colige que el legislador ha partido del principio general de presuponer la responsabilidad de todos los directores que tomaron parte en la deliberación, o en la resolución o que la conocieron, a menos que hagan un inequívoco y ostensible acto de oposición.

¹² Villegas, Carlos Gilberto, *Sociedades Comerciales*, t. II, Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 449.

¹³ CNCom. Sala B, “Jinkus Gabruiel A. c/ Video Producciones Internaciones y otros s/ ordinario”, del 06.11.1996.

¹⁴ Sasot Betes, Miguel - Sasot Miguel, *Sociedades Anónimas. El órgano de administración*, Bs. As., Ed. Ábaco, 1980, pág. 516.

¹⁵ Baigún David – Bergel, Salvador Darío, *El fraude en la administración societaria*, Bs. As. Ed. Depalma, 1988, pág. 113.

DECONOMI

Debe tenerse especialmente en cuenta que la actitud de los directores no puede ser meramente pasiva dado que no son una figura decorativa de la sociedad sino un órgano de esta y no existe la posibilidad de excluir su responsabilidad sin una actividad positiva al hacer constar su disidencia por escrito¹⁶.

Asimismo, es preciso recordar que nuestra jurisprudencia ha entendido que el hecho de que algunos directores no hayan concurrido a reuniones o se hayan despreocupado de la evolución de los negocios o de la verdadera situación de la empresa no puede servir como causal de exculpación, pues de otra forma se llegaría al absurdo de que la falta de ejercicio de facultades y deberes legales de los directores sería la forma de evitar responsabilidades y la sanción legal, lo que es imposible de admitir¹⁷.

5. Falta de autorización expresa del directorio en violación al art. 271 de la LGS

El art. 271 de la LGS sienta como principio la "prohibición de los directores de contratar con la sociedad".

La norma encuentra como sustento impedir la consumación de perjuicios para la sociedad y los accionistas, los que pueden surgir de un empleo abusivo del cargo por parte del director, traduciéndose en un beneficio indebido¹⁸.

Se ha sostenido que la aludida norma sienta como principio general la prohibición de los directores de contratar con la sociedad, estableciendo una regla que tiende a amparar a la sociedad y a los accionistas, al hacer efectivo el deber de lealtad del director y evitar los negocios particulares de éste con los bienes sociales, para prevenir desvíos peligrosos para la sociedad, causante de

¹⁶ CNCom., Sala A, "Vilaltella y Valls S.A. s/ quiebra c/ Vilaltella, Carlos Alberto y otros s/ ordinario", del 17/08/22.

¹⁷ CNCom. Sala B, 30.10.1970, JA T10 P36.

¹⁸ Gagliardo, Mariano, *El Directorio en la Sociedad Anónima*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2007, pág. 94.

DECONOMI

daños irreparables para ella en una estructura societaria compleja, que no admite un control inmediato de gestión de la administración¹⁹.

Los directores sí tienen permitido: a) celebrar contratos que sean de la actividad en que opere el ente y en las condiciones de mercado; y b) concertar contratos que no reúnan los recaudos mencionados anteriormente, siempre que cuenten con aprobación previa del directorio o conformidad de la sindicatura ante la inexistencia de quórum. De estas operaciones debe darse cuenta a la asamblea y, valga resaltar, los contratos de la segunda especie que no se ajusten a los requisitos referidos y que no fuesen ratificados por la asamblea, son nulos²⁰.

6. Prohibición de competencia del director

Es sabido que entre las consecuencias lógicas del deber de lealtad y fidelidad que se exige a todo administrador, está la prohibición de competencia. El fundamento se encuentra en el principio de la *affectio societatis*.

Cuando un director se comporta con deslealtad, lesiona este principio entendido como vocación para trabajar en común, y la recíproca confianza que debe existir²¹. La actividad en competencia introducida en la Ley General de Sociedades en el art. 133, luego replicado respecto a los administradores de las sociedades por acciones en el art. 273 LGS, requiere de un conflicto de intereses prolongado en el tiempo y no referido a un solo contrato o acto como en los arts. 271 y 272 LGS. El principio general está determinado por el objeto social (art. 11, inc. 3º LGS), y en consecuencia por la actividad que la sociedad realice. Por lo tanto, la actividad debe ser de tal índole que le pudiera permitir al socio o administrador que la información y los conocimientos adquiridos dentro de la sociedad, le puedan reportar beneficios al realizarlos compitiendo con la sociedad, obteniendo beneficios personales y generando daño a la sociedad²².

¹⁹ CNCom., Sala E, Rivadavia 5401 c/ López Lodeiro María T S/ Ordinario, del 26/04/06.

²⁰ CNCom., Sala A, “Vilaltella y Valls S.A. y/ quiebra c/ Vilaltella Carlos Alberto y otros s/ ordinario”, del 17/08/22.

²¹ Halperín, Isaac, *Sociedades anónimas*, Bs. As., Ed. Depalma, 1974, pág. 441; Verón, Alberto V., *Reformas al régimen de sociedades comerciales*, Bs. As., Ed. La Ley, 2014, pág. 477.

²² CNCom., Sala D, “Benes, Arnaldo c/ Durán, Roberto y otros sobre ordinario”, del 12/04/22.

DECONOMI

7. Administración de hecho y socio oculto

Cabe recordar que el administrador de hecho requiere que tenga una actuación como tal en forma personal y permanente, no ocasional. Y también que tal labor de administración sea tolerada activa o pasivamente por los integrantes formales de la sociedad, permitiendo que tal sujeto, carente de designación expresa, cumpla tareas en nombre y representación del ente²³.

También se ha sostenido que el administrador de hecho y controlante “externo” de una sociedad fallida, habilitaría la extensión de quiebra per se. Esto surgiría del art. 160, que, al referirse a los “...socios con responsabilidad ilimitada...”, deja en claro que el legitimado pasivo es solo el socio con ese tipo de responsabilidad, no el administrador -aunque hubiera sido “de hecho”-, ni el controlante externo, que son supuestos distintos, que generan responsabilidades también diversas. Así, el solo hecho de haber sido “administrador de hecho” no convierte al sujeto en “corresponsable ilimitado” por todo el pasivo social, ni le genera siquiera responsabilidad alguna de “tipo automático”, lo cual sucede porque administrar de hecho una sociedad no es, en sí misma, una actividad ilícita.

Esto último surge del art. 52 de la ley 27.349 y, aunque lo hace para la SAS, no hay razón para no aceptar que esa es también la solución para aplicar en el resto de los tipos societarios. Esa norma no prohíbe la administración de hecho, ni deriva de ella una responsabilidad distinta o autónoma de la que asume un administrador formal; y así se comprueba, además, a la luz de lo dispuesto en el art. 137 LGS cuando se ocupa de la responsabilidad del socio comanditario que violó la prohibición de administrar²⁴.

De allí que, si administrar de hecho una sociedad no es en sí misma una actividad ilícita, lo que no es posible es que, pese a haber hecho lo mismo pero sin título, el administrador respectivo se libere de la responsabilidad que la

²³ Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comentada*, Bs. As., Ed. La Ley, 2011, t. I, pág. 872.

²⁴ Ragazzi, Guillermo, "La Sociedad por Acciones Simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", cita online: AR/DOC/3916/2017); Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M. - Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, vol. II, p. 75

DECONOMI

ley atribuye a los administradores “de derecho”. La causa de la responsabilidad de quien administra no es su designación formal²⁵, sino del poder implícito en la gestión que se desarrolla, lo cual revela que, si ese poder se tiene, poco importa bajo qué título: el binomio poder-responsabilidad van juntos, de modo que, si el primero fue fácticamente ejercido aun sin título, la deficiencia que no obstó a tal desempeño efectivo, tampoco debe obstar a que el sujeto de que se trate cargue con las consecuencias de su obrar²⁶.

8. Extensión falencial al socio oculto en los términos de la LCQ:

160

Como es sabido, la doctrina discute acerca de cuál es la responsabilidad ilimitada que determina la extensión falencial en los términos del art. 160, discusión que se plantea debido a que tal tipo de responsabilidad – ilimitada puede derivar no solo de la posición en la que voluntariamente se coloca quien asume la calidad de socio en una sociedad “por partes de interés”, sino también de la ley. En ese marco, una primera tesis sostiene que aquella extensión solo puede aplicarse a quienes asumen la aludida responsabilidad por vía contractual²⁷.

Otros autores, en cambio, sostienen -bien que con diversas variantes que, además de esos socios devenidos corresponsables ilimitados por su propia voluntad, se encuentran también comprendidos aquellos que no tenían tal responsabilidad *ab initio* pero la adquieren con posterioridad²⁸. No obstante, aun cuando se estimara que esta última es la posición correcta, hay cierta doctrina que encuentra del todo injustificado incluir dentro de la norma aludida a quien ha asumido la calidad de socio oculto de un accionista.

Esta figura, lleva implícita la existencia de un negocio simulado, que no puede ser analizado con prescindencia de las normas generales que rigen la simulación, pues no hay ninguna razón dogmática, específicamente derivada del derecho societario, que desplace la aplicación de ese régimen general, sino que,

²⁵ Fargosi, Alejandro E. - Fargosi, Horacio P., "Nota sobre los directores de hecho", LL, 1987-E

²⁶ CNCom., Sala C, “Bonquim S.A. s/ quiebra c/Pausic Marcos y otro s/ ordinario”, del 09/06/22.

²⁷ Maffía, Osvaldo, “Quiebra dependiente”, E.D. 71-611.

²⁸ Quintana Ferreyra – Alberti, *Concursos, Ley 19.551*, Bs. As., Ed. Astrea, 1990, t. III, p. 11 y 19.

DECONOMI

ocurre todo lo contrario. De tal régimen general resulta que la simulación solo es vedada por la ley cuando es ilícita. Así surgía del art. 957 del Código de Vélez, que expresamente establecía que dicha simulación "...no [era] reprobada por la ley cuando a nadie [perjudicaba] ni [tenía] un fin ilícito...". Y también así surge del art. 334 del código actual, en el que se acepta que "...si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero...". De esa regulación resulta, entonces, una primera limitación, implícita pero inequívoca, al pretendido alcance general de la norma societaria que regula la situación del socio oculto. Me refiero al hecho de que, si tras ese ocultamiento no hubiera habido ningún negocio ilícito, estaríamos frente a un acto oculto pero válido, pleno en efectos y no susceptible de generar ninguna sanción para sus partícipes. A esa limitación se le agregan las que se imponen por aplicación del mismo ordenamiento societario, que nos permite sostener que el "socio oculto" contemplado en la ley, no es cualquier "socio oculto"²⁹, sino que la mención incluye solo a aquellos que por esa vía se ocultaron para eludir la responsabilidad que hubieran debido asumir si no lo hubieran hecho.

La extensión de la responsabilidad al socio oculto no es, así, una sanción especial, sino la aplicación de los principios ordinarios que rigen la materia societaria, de los que resulta que la responsabilidad de los socios depende del tipo y que el ocultamiento, en sí mismo, no es tampoco es un hecho ilícito.

Esa posición encuentra, en el derecho general, el respaldo emblemático que le otorga el mandato sin representación, supuesto en el cual el interés es del mandante, pero, como no trasciende al mundo exterior, él no queda obligado frente a terceros (art. 1321 del CCyC); y, en el marco del derecho societario, se confirmaba con la admisión de la sociedad oculta implícita en la "sociedad accidental", hoy regulada como contrato asociativo (art. 1448 del CCyC).

Aquella sociedad oculta y este contrato asociativo exhiben con claridad que nuestro legislador nunca ha sancionado el ocultamiento, por el

²⁹ Pliner, Adolfo, "Socios ocultos", revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1962, pág. 233 y sgtes.

DECONOMI

ocultamiento mismo. Las razones que puedan llevar a una persona a no exhibir su participación en un negocio, en tanto no dañen a nadie, conciernen a su esfera privada en términos tales que el legislador no tiene interés en perseguir. No hay, por lo demás, ningún interés de los terceros, que, porque no son parte en el contrato oculto, les resulta aplicable el principio general según el cual los contratos solo tienen efecto relativo (art. 1195 del código derogado y arts. 1021 y 1022 del nuevo código).

No hay ese interés en los terceros porque, en supuestos de una SRL o SA, no contratan con una sociedad cuyos socios hubieran debido asumir responsabilidad solidaria e ilimitada, lo cual exhibe la injusticia que implicaría ampliar la nómina de sus obligados con base en ese contrato oculto que no los perjudica ni les ha generado ninguna expectativa.

La tutela del tráfico comercial no exige eso, sino al contrario: si, por razón de esa tutela, quien crea una apariencia se vuelve esclavo de ella y debe respetarla frente a terceros, no hay ningún interés de estos en que el legislador avance sobre los actos privados, ocultos e inocuos a su respeto, que quedan amparados por la garantía prevista en el art. 19 de la Constitución Nacional y, por ende, exentos de la autoridad de los magistrados³⁰.

9. Derecho de Daños en el ámbito concursal

El Derecho de Daños se ve reflejado en el ámbito concursal -y más específicamente en la órbita del proceso de quiebra- a través de la regulación de ciertas acciones de recomposición patrimonial, con particularidades que le son propias.

En materia de quiebras, la teoría general de la responsabilidad tiene plena vigencia cuando la ley regula el procedimiento y las consecuencias que se siguen de la infracción a los deberes jurídicos por parte del fallido o sus administradores, representantes y demás personas -aun terceros- que han actuado en relación con el patrimonio cesante.

³⁰ CNCom., Sala C, “Boquín S.A. s/ quiebra c/ Pausic Marcos y otro s/ ordinario”, del 09/06/22.

DECONOMI

Un análisis global del modo en que la responsabilidad concursal es vista, desde la óptica del derecho falimentario, lleva a concluir que resulta compleja la integración del sistema reparatorio en su conjunto.

En efecto, no es sencilla la compatibilización con el sistema de responsabilidad contemplado desde la óptica del derecho civil, más allá de la indudable importancia de estructurar un ordenamiento jurídico congruente con los principios de la teoría general de la responsabilidad. Y aquella dificultad se acentúa cuando se advierte que la regulación que la ley de quiebras imprime al ejercicio de las acciones de responsabilidad patrimonial adolece de algunas limitaciones, que desalientan la promoción de los reclamos resarcitorios propios del derecho concursal³¹.

Por otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introdujo, en su art. 1710 y ss. el deber de prevención del daño, en particular impone adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

No obstante, en el ámbito de la ley de concursos y quiebras, en el caso de representantes y administradores del fallido que hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia ante la quiebra, la ley exige, para imputarle algún tipo de responsabilidad, el deber de acreditar un actuar doloso (arg. art. 173 de la LCQ); lo que importa verificar otro presupuesto necesario para llegar a obtener un resarcimiento por los daños generados.

Asimismo, el CCCN: 1724 contempla ahora al dolo como factor subjetivo de atribución, que se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

10. Responsabilidad de terceros en las quiebras

³¹ Tévez, Alejandra N., “Responsabilidad por daños a la quiebra”, Bs. As., Doctrina Judicial, 2003-2, 146.

DECONOMI

La responsabilidad de terceros nace a partir de la realidad de que otros sujetos intervienen en la actividad de la fallida, comprometiéndola patrimonialmente y causando su insolvencia. Tales terceros, podrán ser personas físicas que forman parte de órganos de personas de existencia ideal o quienes se desempeñen como representantes de una persona física o jurídica.

En estos casos, se desprende que la ley ha seleccionado el dolo, únicamente, como factor atributivo de responsabilidad a estos sujetos, lo cual recorta de manera notable el deber de responder del representante o del administrador, que quedaría exento de reproche con consecuencias patrimoniales cuando el daño que irroque sea solo negligencia o culpa, por mucho que ellas sean graves.

Actualmente, el art. 173 LCQ citado, en su segundo párrafo, establece que quienes de cualquier forma hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, los que no pueden reclamar ningún derecho en el concurso.

Cuando esta norma utiliza el vocablo “producir”, nos da una idea de autoría directa, es decir, crear u ocasionar la disminución patrimonial o la insolvencia. En cambio, “facilitar” significa complicidad, esto es, proporcionar los medios para llegar a la insolvencia o a la disminución del patrimonio; “permitir”, por el contrario, significa una situación pasiva, es decir, tolerar, dar libertad de hacer, no obstante estar en condiciones de evitar los actos en perjuicio de los acreedores; mientras que “agravar” puede significar tanto autoría como complicidad, pues implica aumentar la disminución patrimonial o la insolvencia ya existente³².

Al respecto, se ha sostenido que “el nexo de causalidad debe derivarse de la vinculación que se haya producido entre la conducta dolosa de los involucrados y la causación del perjuicio, perjuicio que debe consistir específicamente en la disminución de la responsabilidad patrimonial o

³² CNCom., Sala A, “Compañía Financiera del Plata s/ quiebra c/ Carlino, Reynaldo y otros s/ ordinario”, del 14.05.2009.

DECONOMI

producción de la insolvencia a través de la disminución del activo o exageración del pasivo”³³.

En esta línea, se ha expresado también que “para que este tipo de acción de responsabilidad resulte jurídicamente viable, la conducta cuestionada debe necesariamente haber estado orientada a la alteración de la real situación patrimonial del fallido mediante conductas que impliquen la disminución del activo o la exageración del pasivo falimentario, lo que presupone la existencia de un propósito deliberado enderezado a ese fin. Dicho de otro modo, se requiere inequívocamente el dolo como elemento subjetivo insoslayable para la configuración de la responsabilidad³⁴.

Asimismo, se ha dicho 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”.

Tras lo anterior, únicamente se encontrarían reunidos los elementos materiales previstos por aplicación del primer párrafo del art. 173 LCQ, siempre que el obrar -o la omisión- del representante o administrador haya “producido”, “facilitado”, “permitido” o “agravado” dolosamente el estado de insolvencia de la sociedad fallida, ocasionando un evidente perjuicio a los acreedores de la misma, en atención a que no pudieron ver satisfechas sus acreencias.

Por otro lado, como ya se señaló, los administradores de una sociedad tienen un modelo de actuación presidido por el deber de lealtad y la necesidad de obrar como un “buen hombre de negocios” en el desempeño de su cometido, lo cual surge con claridad del ya referido art. 59 de la ley 19.550.

Por ello, quienes infrinjan esas cualidades, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los daños que ocasionen. El principio general

³³ Roitman, Horacio, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, N°11, pág. 47.

³⁴ CNCom., Sala A, “Ponce Nuri, Juana s/ quiebra c/ Ojeda, Alejandro Fidel s/ ordinario”, del 12.03.2008.

DECONOMI

puede expresarse en el sentido de que la ley contempla los motivos por los cuales los administradores sociales pueden incurrir en responsabilidad y —en tal caso— exponer su propio patrimonio para responder ante accionistas y ante acreedores de la sociedad por actos contrarios a la ley, el estatuto o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, corolario que se proyecta obviamente en el caso de quiebra.

El estatuto concursal sancionado en 1995, suprimió las referencias a la hipótesis de culpa que contenía la ley 19.551 en la materia, sobre la base de que tal factor de atribución de responsabilidad generaba inseguridad en las transacciones.

Mas la sanción del Código Civil y Comercial, vino en auxilio de una interpretación más amplia, desde cuya base es posible afirmar que la buena fe se agota si, a pesar de las reglas objetivas de la ley, un acto perjudicial para el patrimonio de la sociedad igualmente se lleva a cabo; si el administrador razonablemente se pudo representar como resultado el demérito que su acción podía generar, su situación empieza a encuadrar en el dolo eventual, que de ningún modo descarta la referencia al dolo, a secas, del art. 173 considerado.

11. El dolo en el art. 173 la ley 24.522

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se abren ciertos interrogantes en cuanto a la determinación del dolo. El art. 1724, del citado plexo normativo, establece que quien realiza un daño “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, ampliando la posibilidades de configuración del factor de atribución del dolo, no sólo a través del dolo directo, -el antiguo Código Civil sólo contemplaba en los arts. 506 y 1072 el dolo directo o delictual-, sino también ampliándolo al dolo eventual o indirecto, es decir, a esos casos donde quien comete el daño no tiene la voluntad de dañar, pero no descarta que dicho daño se produzca y, a pesar de ello, continúa adelante³⁵.

³⁵ Hermmann, Marcos P., “Acciones de responsabilidad”, Revista Argentina Derecho de la Empresa, Universidad Austral, recuperado el 27/9/22 en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1265>

DECONOMI

Es evidente, que la doctrina pugna por establecer principios enderezados a conceder seriedad a los procesos concursales y actuar con severidad frente a la desaprensión de administradores empresarios; más sin perder de vista que tampoco puede actuarse con excesiva severidad en casos donde no se visualice con nitidez el abandono adrede de los modelos de administración y la posible —y despreciada— premonición sobre sus resultados dañosos para el patrimonio del ente³⁶.

De allí que, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina no le parece dudoso que el dolo eventual o la culpa con representación (como dirían los penalistas) es una base de indudable aplicación de las reglas de responsabilidad cuando se interpreta el citado art. 173 de la LCQ³⁷.

En la anterior redacción a la ley 24.522, el hoy artículo 173 preveía como factor de atribución tanto el dolo como la “infracción a normas inderogables” mención que fue interpretada por la jurisprudencia como una hipótesis de culpa³⁸. Así el marco de imputación se expandió sensiblemente brindando mayor utilidad a esta acción. Sin embargo, la reforma dispuesta por la ley 24.522 sólo dejó subsistente como factor de atribución a la conducta dolosa lo cual limitó notablemente el alcance de esta acción al punto de volverla ineficiente.

Sin perjuicio de la procedencia de la acción societaria de responsabilidad que fue presentada como una solución alternativa a la concursal, cabe destacar que la doctrina ha flexibilizado aquel concepto rígido de dolo mediante interpretaciones que admiten como factor de atribución tanto el dolo eventual, como la asimilación de aquel concepto con el de culpa grave³⁹.

El art. 1724 del Código Civil y Comercial engloba el dolo eventual dentro de la definición del dolo y con eso la responsabilidad concursal permite

³⁶ Gebhardt, Marcelo, “La quiebra de la sociedad y las responsabilidades derivadas de sus vínculos orgánicos”, DECONOMI. Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial”, Facultad de Derecho, UBA, año I, n° 2.

³⁷ Truffat, Daniel E., *El impacto del nuevo Código Civil y Comercial unificado en el derecho concursal*, Bs. As., Ed. D&D, 2015, pág. 239.

³⁸ CNCom., Sala D, “Phonotone Co. S.R.L. s/ quiebra s/ responsabilidad”, del 10.9.1992.

³⁹ Heredia Pablo, “El dolo como factor de atribución de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario – Insolvencia – II*, 2019-3, pág. 376; Gagliardo M., *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2011, pág. 562

DECONOMI

quedar mucho más cerca de la culpa, cuando se actúa "con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", como concluye textualmente la norma referida e, incluso, como lo había perfilado la jurisprudencia que refiere puntualmente Graziábile, quien añade que "frente a este panorama, podrán configurarse los presupuestos de la acción, aplicando el *factor de atribución subjetivo mínimo* cual es el dolo eventual, para atacar situaciones de vaciamiento empresario, pérdida de capital social, pérdida de libros sociales o irregularidades en la contabilidad"⁴⁰.

De allí, que el nuevo código haya ampliado el concepto de dolo que en vigencia del anterior sólo permitía calificar el previsto en la LCQ 173 como el dolo delictual previsto en el artículo 1072. El nuevo ordenamiento prevé tanto el dolo directo, esto es cuando se produce el daño de manera intencional, como el eventual que se concreta cuando el daño es producido cuando se actúa "con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos". Así puede ocurrir que el agente no tiene intención de dañar, pero a pesar de representar el resultado como posible, actúa igual⁴¹. A efectos de sortear una eventual inconstitucionalidad de la norma falencial, se propicia equiparar el dolo a la culpa grave siendo esta la que se presenta cuando los negocios no son manejados con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios. Así se sostiene que la mala intención y la temeraria desconsideración se cruzan provocando el mismo resultado⁴².

Así se recuerda que alguna jurisprudencia calificó como conducta dolosa del administrador que incumple sus deberes funcionales⁴³, como la doctrina ha hecho lo propio con la inexplicada desaparición de los bienes administrados que, entiende, genera una presunción iuris tantum de dolo⁴⁴.

12. Conclusión

⁴⁰ Graziábile, Darío J., *Instituciones de derecho concursal*, Bs. As., Ed. La Ley, 2018, t. V, pág. 253.

⁴¹ Heredia P., *ob. cit.*, pág. 360/361.

⁴² Heredia P. obra citada, página 378

⁴³ CNCom. Sala D, "Cresaltex S.R.L. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad", del 21.4.2010.

⁴⁴ Boquín G., Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer) en La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos, publicada por el Instituto Argentino de Derecho Comercial, página 253 y sgtes.

DECONOMI

La entrada en vigencia del CCCN permitió dar mayor claridad a la responsabilidad de los administradores tanto desde un punto de vista societario como concursal; especialmente, teniendo en cuenta el standard de conducta previsto en el artículo 59 de la ley 19.550.

A su vez, la nueva concepción del dolo, le dará cierto impulso en la práctica y revitalizará este instituto, ayudando a que los síndicos y/o quienes se encuentre legitimados se animen a utilizarla⁴⁵.

De este modo, se compatibiliza el sistema de responsabilidad concursal con el contemplado desde la óptica del derecho civil, lo que da coherencia a nuestro ordenamiento, y estos, a su vez, con la Constitución Nacional, lo que resulta ser una lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, conforme con el cual, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del estado democrático de derecho⁴⁶.

⁴⁵ Hermmann Marcos P., Acciones de responsabilidad, Revista Argentina Derecho de la Empresa, Universidad Austral, recuperado el 27/9/22 en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1265>

⁴⁶ Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Aspectos constitucionales del proyecto de código civil y comercial”, Revista Jurídica La Ley, t. 2014-B, p. 913.