

## El factor de atribución en la acción de responsabilidad concursal

Ignacio Cenoz

### I. Planteo del tema [arriba]

En el presente trabajo, abordamos la discusión acerca del alcance del factor de atribución de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ). Sobre este tema, se han postulado una tesis restrictiva y otra amplia. Lo interesante es, entre otros aspectos, el análisis de cómo ha variado el contenido de cada una de las posiciones conforme se ha modificado el marco normativo, especialmente a partir de la reforma a la LCQ impuesta por la sanción de la Ley 24.522 y, últimamente, con la irrupción del Código Civil y Comercial (CCyC).

Ahora bien, la posición que se adopte en torno a la interpretación de la norma tiene efectos trascendentales. En primer lugar, la cuestión probatoria marca una diferencia fundamental en cada caso[1], ya que no es lo mismo probar la culpa, el dolo o el dolo eventual y, como consecuencia de ello, más o menos serán las conductas reprochadas. En segundo lugar, deriva de lo anterior la preocupación por el impacto en la relación entre la norma concursal y las acciones de responsabilidad previstas en la Ley de Sociedades (LS) y la posibilidad de continuar estas en el proceso concursal, teniendo en cuenta que esta prevé un factor de atribución más amplio, lo que da lugar, por una parte y de acuerdo a la terminología empleada por RIBICHINI, a una serie de “paradojas”[2] y, por otra parte, según GEBHARDT a la paralización de las acciones de responsabilidad basadas en el artículo 173 LCQ[3].

Adicionalmente, nos parece interesante analizar este tema con relación a las conductas previas al concursamiento, puesto que la responsabilidad de los administradores ha sido señalada como uno de los aspectos que inciden en la eficiencia económica de las soluciones pre concursales[4]. En similar sentido, se ha señalado al dolo pre concursal como elemento disuasivo en favor de una actuación anticipatoria de la crisis[5].

### II. Evolución del factor de atribución [arriba]

La exposición de la evolución del factor de atribución exigido por la acción de responsabilidad concursal nos permite analizar las implicancias de ambas tesis.

Podemos distinguir una *primera etapa* durante la vigencia de la Ley 19.551, que en el art. 166, cuya redacción comprendía el accionar con dolo o “en infracción a normas inderogables de la ley” que provoque, facilite, permita, agrave o prologue la insolvencia, donde el debate se generó respecto a si dicha alocución implicaba abrir la puerta a una alternativa al dolo.

Con relación a ello, señala RIBICHINI que la cuestión se aclara al recurrir al origen de la norma en la ley italiana, puesto que recuerda que esta incorporó disposiciones penales relativas a la quiebra, por un lado, como el art. 223 y 224, y, por otro lado, a la quiebra fraudulenta “impropia” y quiebra culpable “impropia”, en particular, la generación o el agravamiento de la insolvencia causado por “inobservancia de las obligaciones impuestas”. Esta referencia resulta equivalente al delito culposo del artículo 43 del Código Penal Italiano que habla de “inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes o disciplinas”. Por lo tanto, concluye que el art. 166 de la Ley 19.551 se refería a “una forma específica de culpa”[6].

En este sentido derivó también parte de la jurisprudencia. Al respecto, obsérvese que en el caso “Phonotone S.R.L.” se recurrió al carácter inderogable del estándar jurídico del buen hombre de negocios, de “alto contenido moral”, para concluir que la omisión a tal

diligencia hace responsable al administrador por culpa leve en abstracto, por culpa grave, y por dolo[7]. Asimismo, en otro precedente, HEREDIA en su voto señaló que se entendió que la norma consagra dos alternativas diferentes. Por un lado, el dolo vinculado al art. 1072 CC, que consiste en ejecutar un acto a sabiendas y con intención de dañar y, por otro lado, la infracción a normas inderogables de la ley, reprochable según los arts. 512 y 912 CC y el art. 59 LS. De ello se desprende, concluye el magistrado, un supuesto de culpa leve en abstracto[8].

Una *segunda etapa*, que ubicamos desde la sanción de la Ley 24.522 y durante la vigencia del Código Civil (CC), se caracteriza porque se restringe el factor de atribución al dolo[9] pero sin establecer un concepto del este. A partir de ello, una parte de la doctrina circunscribía la cuestión al dolo delictual, es decir, al accionar a sabiendas y con intención de dañar, mientras que otra parte postulaba un concepto amplio e inclusivo del dolo eventual cuando existe vicio de la voluntad del co-contratante (Cfr. Art. 931 CC), e incluyeron dentro de las conductas reprochables la contratación celebrada cuando se conoce la insolvencia[10].

Entre los fundamentos de la reforma, se señaló que admitir la culpa implica llevar a cabo la revisión de todos los actos realizados por la sociedad fallida durante un extenso que comprende el periodo de cesación de pagos más el año adicional de retroacción, a lo que se agrega que el plazo de prescripción se computa desde que se dicta la sentencia de quiebra. Todo ello, genera un estado de inseguridad en las transacciones comerciales y resulta incongruente con el sistema de revocatoria concursal[11].

Por otro lado, RIBICHINI recopila las opiniones de autores que, en contrapartida, criticaban la reforma advirtiendo que importaba la exclusión de la culpa de la acción concursal, mientras que la acción social la admite siendo que en un contexto de insolvencia la severidad debería ser mayor[12], a la vez que criticaban la constitución de un prueba diabólica traducible en un “verdadero responso” de responsabilidad concursal[13] y concluían que el legislador pareció avocarse más a garantías a los administradores que a los acreedores[14], lo que devenía contrario al principio de buena fe e inconstitucional atento a que afectaba el principio de reparación íntegra[15]. Por su parte, PERCIAVALLE concluyó que tal estado de la regulación era “irrazonable” y que genera que las acciones no logran tener éxito cuando el demandado haya actuado “sin intención, con ligereza o desaprensión”[16]. Todo esto dio lugar, como indica RIBICHINI, a “soluciones jurisprudenciales no del todo ortodoxas”, tales como, ante la inexistencia de documentación contable y la no presentación en juicio de los demandados, generar una “presunción *iuris tantum* de dolo”[17]. Asimismo, JUNYET BAS y FERRERRO consideran que la “indemnidad de conductas altamente reprochables” fue precisamente lo que llevo a admitir el dolo eventual[18]. En tal sentido, plantean que, al ser el dolo el único factor previsto, corresponde una interpretación amplia[19].

Por último, consideramos que puede identificarse una *tercera etapa* a partir de la sanción del CCyC, en la que existen múltiples puntos de debate. Se ha planteado la discusión en torno a si el CCyC afecta a la norma concursal y, a partir de allí, si el factor de atribución previsto por el art. 173 LCQ se complementa con el art. 1724 CyC, e incluso los arts. 159 y 160 CCyC desplazan a la ley especial admitiendo la culpa.

Con relación a lo primero, BOQUIN expone que por la tesis negativa se ha argumentado que tanto la norma societaria como la concursal son normas especiales y no pueden verse afectadas por la norma común. En contrapartida, la autora citada sostiene que esa postura se contraponen con las pautas interpretativas consagradas en el artículo 2 CCyC, que buscan un “diálogo de fuentes”, imposibilitando que las normas especiales se comporten como un “departamento estanco”. Además, el artículo 1709 CCyC, relativo al orden de prelación normativa de responsabilidad civil menciona, en primer orden, las normas indisponibles del CCyC y luego a la ley especial, y destaca la función preventiva de la responsabilidad

civil. En consecuencia, impactaría directamente en la responsabilidad concursal, y se preveía que provocaría cambios en la jurisprudencia comercial[20].

En el mismo sentido, JUNYET BAS y FERRERO discrepan de la postura que, en base al orden de prelación dispuesto en los art. 150 y 1709 CCyC, plantea que no habría posibilidad de recurrir al dolo eventual, de manera que el dolo concursal restringido solo al directo. Al respecto, consideran que la sanción del art. 1724 CCyC concluye la discusión en sentido favorable a la inclusión del dolo eventual, a la vez que advierten que la norma concursal no brinda una concepción independiente del dolo, por lo que debe recurrirse al derecho común sin necesidad de analizar la prelación[21].

Por su parte, VITOLLO sostiene que “El dolo, como factor de atribución, debe entenderse - como lo señala el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación- configurado por la producción de un daño: a) O bien de manera intencional; o bien con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”[22].

### **III. Conductas específicas** [arriba]

En este apartado puntualizaremos el análisis en algunas conductas que preocupan especialmente y que merecerían diferente tratamiento de acuerdo con la tesis que se adopte.

En primer lugar, la Doctrina aborda el vaciamiento de la empresa y la actuación de los administradores que, habiendo operado durante un tiempo prolongado en insolvencia y sin haber recurrido a algún remedio concursal, e incluso con total obviando el cumplimiento de las normas sobre la pérdida de capital y sus consecuencias, liquidan de hecho la sociedad denunciando luego la pérdida de los libros contables, sin dejar rastros de sus activos o realizando maniobras que disminuyen las chances de prosperar de las acciones de recomposición. Sobre este tipo de conductas, se ha concluido que no pueden ser calificadas como “meramente culposas”, toda vez que agravan el estado de insolvencia y demuestran, no solo de un menosprecio por un “posible” perjuicio que pudieran causar, lo que equivale a la configuración del dolo eventual, sino de un actuar consiente de lo que provocan a sus acreedores, lo que configura dolo directo. En tales casos, la aplicación del nuevo art. 1724 CCyC acabaría con la discusión[23].

En segundo lugar, con respecto a la pérdida de capital, y valiéndose del deber de prevención consagrado en el art. 1710 CCyC, se sostiene que los administradores tienen la obligación de convocar a asamblea a los efectos de tratar la situación y exponer los eventuales daños, para los acreedores y los propios socios, que la continuidad en tales condiciones puede provocar[24]. En similar sentido, RICHARD cuestiona la conducta del administrador que opero dentro de sus facultades pero conocía la afectación que provocaba a un tercero, y profundiza esta idea al señalar que habrá actuado dolosamente cuando se advierte que la sociedad está en dificultades y, sin planificación alguna, se lleva a cabo la contratación con el tercero[25].

Ahora bien, en cuanto a las irregularidades y defectos en la contabilidad, se ha dicho que por sí solas no resultan configurativas del dolo para la el agravamiento o provocación de la insolvencia pero generan una presunción en contra del administrador en caso de estar acompañadas de otras conductas, como la inexistencia de activos o registros de ingreso de fondos en reemplazo del tales bienes[26], que requieren necesariamente de estas irregularidades o pérdidas de los registros contables para lograr la impunidad de aquellos, dando sustento a la acción de responsabilidad[27].

### **IV. Conclusión** [arriba]

A modo de conclusión, comenzaremos diciendo que confirmamos la importancia del tema por las implicancias procesales y negociales que reviste. Indudablemente, la adopción de una postura u otra impacta y resulta relevante en la seguridad y estabilidad de los negocios llevados adelante por los administradores en nombre de las sociedades. También es indudable que consagración de la tesis amplia o la restrictiva tiene el efecto de generar la impunidad o sanción, especialmente a raíz de las implicancias probatorias. Todo esto, ha generado interés en la doctrina y fallos judiciales que, en algunos casos, apuntaban directamente a forzar el texto legal y contradecir la finalidad perseguida por el legislador.

Ahora bien, en términos generales, nos enrolamos en la tesis amplia. Creemos que los argumentos expuestos en defensa de esta son contundentes y convenientes. En primer lugar, porque la acción de naturaleza concursal, específicamente prevista para casos de generación o agravamiento de la insolvencia, no debe ser más benigna que la acción social. Por otra parte, consideramos conveniente que la sanción, en tanto incentivo para adoptar medidas tendientes a evitar o superar la crisis, debe surgir de la propia ley concursal.

En este sentido, entendemos que el art. 173 LCQ comprende el dolo eventual y no es necesario reforma legal alguna al respecto. Esto, a partir de la sanción del art. 1724 CCyC, puesto que complementa y da contenido a la norma especial. En consecuencia, basta con recurrir al mencionado “diálogo de fuentes” para su aplicación.

En apoyo a la conclusión arribada, proponemos un ejemplo que consideramos aplicable el criterio propuesto. Partimos de la base de que entendemos que existe cierto consenso[28] en que una adecuada contabilidad permite advertir la crisis económica y financiera en etapas tempranas y tomar medidas al respecto. Particularmente, ANTONIO sostenía que el análisis de estados contables es lo que permitirá determinar la situación de la empresa, cuáles son sus causas y sugerir cursos de acción[29]. En tal sentido, también se ha dicho que diagnosticar implica un proceso analítico que permite jerarquizar los problemas y necesidades, para asignar recursos en pos de un mejoramiento administrativo y diagramar estrategias para cada circunstancia[30].

En consecuencia, teniendo en cuenta el estado de conocimientos acerca de la utilidad y necesidad de una contabilidad regular en relación a amortizar los efectos de la crisis, aquel administrador que no la lleve de tal forma, habrá actuado con dolo eventual, puesto que se desempeñó a sabiendas de las dificultades que tendría para advertir las señales de una eventual crisis que potencialmente derive en insolvencia y, por ende, con manifiesto desinterés por los daños que la quiebra naturalmente conlleva.

Distinto sería el caso en que, teniendo una contabilidad regular y habiendo tomado los recaudos técnicos necesarios para prevenir la crisis, el “proceso analítico” derivó en una interpretación errónea de las circunstancias. En tal caso, el actuar deberá ser calificado como culposo y, por ende, estará exento de la responsabilidad de conformidad con lo dispuesto por el actual art. 173 LCQ.

Por último, nos parece interesante traer a esta parte del trabajo, la propuesta de reforma legislativa realizada por GEBHARDT titulada “Ley de prevención de la insolvencia, recuperación empresarial y responsabilidad dirigenal”, quien recurre al dolo como elemento disuasivo para que el administrador actúe tempranamente. Al respecto, plantea la incorporación de dos artículos relativos al factor de atribución, previa expresión de la intención de ahorrar esfuerzos de los jueces y asegurar la responsabilidad de los sujetos por los efectos de la crisis “manejada culposa o dolosamente”. Particularmente, en uno de los artículos titulado “Mal desempeño del cargo”, propone como factor de atribución la culpa grave ante la falta de promoción de medidas necesarias para evitar la insolvencia cuando se tiene conocimiento de una posible crisis. Este artículo pretende inducir a una actuación “oportuna y diligente”. Seguidamente, sugiere la incorporación del “dolo pre falencial” atribuible a los administradores que oculten la configuración de señales de

alarma, lo que conlleva una presunción de la intención dañosa y la consumación de las conductas previstas en el art. 173 LCQ.[31].

En definitiva, compartimos estas ideas y entendemos que es camino que debe seguir nuestra legislación para dar orden al régimen de responsabilidad de los administradores, y así brindar las herramientas necesarias que permitan analizar seriamente la conducta de aquellos en los estadios menos avanzados de la crisis y, finalmente, dar equilibrio a la realidad que planteaba Maffía: “...mientras la empresa anda en la cornisa, ¿los administradores no tienen, acaso, más oportunidad y tiempo que los proveedores, personal y demás ‘socios en las malas’ para salvar las valijas del barco que se hunde?”[32].

#### Notas [arriba]

[1] Sobre el particular, desde la tesis restrictiva, se ha dicho que de acuerdo al actual art. 173 LCQ “habría que partir de una óptica más rigurosa al apreciar el despliegue probatorio de la parte que reclama el resarcimiento” (RIVERA Julio C., ROITMAN Horacio y VITOLLO Daniel R., Ley de concursos y quiebras, 3ª ed. act., Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, 142).

[2] El autor plantea, en primer lugar, que “... la dualidad de trato dispensada al resarcimiento de los daños causados a los acreedores por la mala gestión de los administradores sociales quedó articulada de un modo ciertamente paradójico: amplía si el perjuicio era menor; restrictiva su, en cambio, era mayor”. En segundo lugar, señala que si el síndico optara por iniciar continuar la acción social le sería suficiente probar la negligencia o impericia del administrador. En cambio, si iniciara la acción típicamente concursal debería probar un accionar doloso (Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., “Responsabilidad concursal de los administradores”, en Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial, (Dir. Darío J. Graziabile), 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2016, 574).

[3] Advierte GEBHARDT, que hay una difundida convicción de que las acciones por dolo tienen escaso éxito y que son escasas las demandas que se instauran (GEBHARDT Marcelo, Prevención de la insolvencia, Astrea, Buenos Aires, 2009, 354).

[4] Al respecto, Rouillon ha señalado que las legislaciones que responsabilizan a los administradores cuando las sociedades se encuentran en insolvencia o próximas a ella, o que directamente establecen el deber de acudir a los procesos formales de reestructuración como el Concurso Preventivo, desincentivan la negociación de acuerdos pre-concursales. (Cfr. ROUILLON, Adolfo A. N., “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”, LA LEY 09/06/2020, 2 (TR LALEY AR/DOC/1618/2020), 5).

[5] Cfr. GEBHARDT, 354.

[6] Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., “Responsabilidad concursal de los administradores”, en Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial, (Dir. Darío J. Graziabile), 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2016, 569-571.

[7] CNCom, Sala D, “Phonotone Co. S.R.L., quiebra”, LA LEY1993-B, 280 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2006, 312, con nota de Mauricio Boretto; DJ1993-1, 935 (TR LALEY AR/JUR/430/1992), 3.

[8] CNCom, Sala D, “Banco Extrader S.A. s/quiebra c. C., J. L. y otro s/ acción de responsabilidad”, (TR LALEY AR/JUR/51709/2016), 4; 8.

[9] Cfr. RIVERA, ROITMAN y VITOLLO, 137.

[10] Cfr. RICHARD Efraín H., “Responsabilidad de administradores y socios por operar en insolvencia”, Revista de las sociedades y concursos, 01-01-2006 (IJ-XXIII-454), 4.

[11] Cfr. RIVERA, ROITMAN y VITOLLO, 137.

[12] JUNYET BAS, Francisco (Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., 572).

- [13] MARTOREL, Ernesto E., (Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., 572-573).
- [14] Esta fue la reflexión de GEBHARDT, Marcelo (Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., 573).
- [15] BORETTO, Mauricio (Cfr. RIBICHINI, Guillermo E., 573).
- [16] Cfr. PERCIAVALLE Marcelo L., “Acciones de responsabilidad en la ley societaria y en la ley concursal”, en Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial, (Dir. Darío J. Graziabile), 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2016, 527-528.
- [17] Cfr. RIBICHINI, 576-577
- [18] JUNYET BAS y FERRERO, 52. Jurisprudencialmente, el dolo eventual se admitió en CNCom, Sala E, “Rotográfica Argentina S.A. s/quiebra c. Llenas y Cia. S.A.”, La Ley Online (AR/JUR/20922/2011), 3.
- [19] JUNYET BAS y FERRERO, 71.
- [20] BOQUIN, Gabriela, “Modificaciones al régimen de responsabilidad”, en Derecho Concursal en el Código Civil y Comercial, (Dir. Darío J. Graziabile), 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2016, 499-500.
- [21] Cfr. JUNYET BAS y FERERRO, 69-70.
- [22] Cfr. VITOLO Daniel R., Ley de concursos y quiebras, 1ª ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2019, 555.
- [23] Cfr. JUNYET BAS y FERRERO, 83-84.
- [24] En un fallo se tuvo por acreditado que los administradores de la fallida habían firmado contratos de “dación en pago y cancelación de deuda”, sin registrar el ingreso de los fondos y facilitando la disminución de la responsabilidad patrimonial de la fallida, sin que pueda admitirse el desconocimiento de la insolvencia atento a su calidad de apoderados (CNCom, Sala D, “Banco Extrader S.A. s/quiebra c. C., J. L. y otro s/ acción de responsabilidad”, (TR LALEY AR/JUR/51709/2016)), 4; 7-8.
- [25] RICHARD, Hugo H., Perspectiva del derecho de la insolvencia, 1ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, 25; 90-91.
- [26] Esta confluencia se verifica en: CNCom, Sala E, “Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada S.A v. Fusaro, Teodoro P. s/ Quiebra - Ordinario” (TR LALEY 70061587), 2.
- [27] JUNYET BAS y FERRERO, 91-94.
- [28] Así parece surgir, a nuestro entender, del resumen de las ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario 2006 expuesto en GEBHARDT, 43-115.
- [29] Cfr. ANTONIO, Ariel F., “El concurso preventivo como una adecuada solución temprana. El análisis de los estados contables como herramienta de diagnóstico preventivo del estado de cesación de pagos”, en AA.VV., Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. 2, Rosario, 2006, 15.
- [30] Cfr. ANTONIO, 21.
- [31] Cfr. GEBHARDT, 353-354.
- [32] MAFFÍA, Osvaldo J., “Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial”, LA LEY1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205 (AR/DOC/18836/2001, p. 14).