

El dolo en el Código Civil y Comercial de la Nación y su implicancia en la acción concursal de responsabilidad del 1° párrafo del art. 173 de la LCQ

Alejandra Daniela Marcozzi

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo pretende realizar un análisis acerca de la implicancia que la concepción de dolo del nuevo Código Civil y Comercial (CCCN) tiene respecto de la acción de responsabilidad concursal prevista en el primer párrafo del art. 173 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 25.522 (LCQ).

Desde que fue sancionada la LCQ, esta acción ha sido objeto de diversas críticas, siendo uno de los temas más atractivos para la doctrina el relacionado con el dolo como único factor de atribución de responsabilidad admitido por la norma.

Lo que hace esta cuestión aún más atractiva es que no siempre el dolo fue el único factor de atribución de responsabilidad y procedencia de la acción, toda vez que el artículo 166 de la ley 19.551 -antecesora de la actual LCQ- permitía atribuir responsabilidad a partir de la infracción a normas inderogables de la ley.

La eliminación del supuesto de la infracción a normas inderogables, limitó sustancialmente la utilidad de esta acción concursal que fue creada para atacar las responsabilidades de quienes han dado lugar a la situación de insolvencia del fallido.

Asimismo, se ha evitado que la culpa grave sea incluida en aquellos casos que refleja el citado artículo, lo cual derivó en una limitación de responsabilidad de aquellos que mediante acción u omisión causaron la insolvencia del fallido, toda vez que el dolo es más complejo de probar que la culpa.

Todo ello logró que finalmente, la acción del art. 173 LCQ fuera sumamente difícil de utilizar y que el síndico y los acreedores concursales debieran volcarse a acciones no concursales para lograr la reparación de los daños causados por los administradores.

Es dable destacar que en líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia han hecho una aplicación restrictiva del concepto de dolo cuando de la acción de responsabilidad concursal se trata, indicando que el dolo al que se refería el art 173 LCQ era únicamente el dolo directo.

II. La problemática actual [\[arriba\]](#)

El CCCN trae en su art. 1724 un nuevo concepto de dolo, estableciendo que “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

La amplitud de este concepto lleva a preguntarnos si dentro de la mencionada “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” podemos encontrar como presupuesto para la procedencia de la acción de responsabilidad concursal a la culpa grave y; si aquello que

configuraba una negligencia excusable, hoy podría significar la configuración de alguna de las conductas tipificadas en la regla del art. 1724 CCCN. Esto podría determinar que la acción concursal de responsabilidad vuelva a ser una herramienta útil y ágil para ser utilizada en el marco del proceso concursal.

III. Aspectos principales de la acción de responsabilidad concursal del 1er párrafo del art. 173 LCQ [\[arriba\]](#)

El primer párrafo del art. 173 de la LCQ contempla la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, es decir, de representantes con distinto grado de vinculación legal, contractual o funcional con la fallida, quedando comprendidos entre ellos el factor de comercio con atribuciones generales; los mandatarios comerciales o civiles; el interventor judicial; el administrador judicial de la empresa en concurso preventivo que reemplaza al concursado o a sus órganos de administración; los tutores y curadores que administran el patrimonio de sus pupilos; los padres que administran los bienes de las sociedades de personas; los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada y los directores de sociedades anónimas.

Los sujetos que carecen de facultades de administración de bienes ajenos no están comprendidos dentro de la acción de responsabilidad, entre ellos los síndicos, miembros del consejo de vigilancia y los curadores de los inhabilitados ya que sólo asisten al sujeto en actos de disposición.

Para que se configure su responsabilidad, los sujetos alcanzados por la acción del 1er párrafo del art. 173 LCQ debieron haber producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

Las conductas descriptas por la norma consisten entonces en:

- Producir: indica una actividad causante de la situación patrimonial ruinosa o de la insolvencia. (Ej: enajenación simulada, apropiación de bienes, garantías incausadas).
- Permitir: implica omisión, no impedir lo que se puede y debe evitar (por falta de previsión o por no impedir el acceso de terceros dañinos).
- Facilitar: se trata de hacer posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin. Asimismo se refiere a un obrar omisivo por medio del consentimiento de un acto de un tercero que se provoca el deterioro de la situación patrimonial. (Ej: abandono de los negocios).
- Agravar: empeorar, profundizar, prolongar y empeorar el estado patrimonial del sujeto.

Se trata de una acción específicamente concursal e independiente de la acción de naturaleza societaria contenida en la Sección III del Capítulo III de la LCQ, sin embargo su ejercicio no excluye la existencia y promoción de otro tipo de acciones -tanto civiles, concursales, comerciales o penales- que pudieran ser ejercidas, permitiendo incluso su tramitación en forma conjunta.

Para la procedencia de la acción concursal contra representantes y administrados es requisito necesario la existencia de una sentencia de quiebra previa (que puede o no encontrarse firme en función de que el art. 174 LCQ al referirse a su prescripción establece que debe computarse “desde la fecha de sentencia”). El progreso de la acción se extingue por la conclusión y el levantamiento de la quiebra. La determinación de los sujetos pasivos de esta acción estará dada por la fecha de cesación de pagos firme, que fija el límite temporal de retroacción de hasta un año antes de dicha fecha.

La competencia respecto de esta acción corresponde al juez de la quiebra por imperio del art. 176 LCQ y tramita por procedimiento ordinario con conocimiento pleno, prescribiendo a los dos años contados desde la fecha de sentencia de quiebra y operando la caducidad de instancia en forma semestral (art. 174 LCQ), salvo acuerdo de vía incidental (art. 119 LCQ) que no obsta la amplitud probatoria.

La acción puede promoverla el síndico con autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible (art. 119 3er párrafo LCQ) o en su defecto un acreedor, a su exclusivo costo y cargo, si el síndico no la promoviera, debiendo intimarlo previamente por treinta días a que inste la acción. En este último caso no se requiere autorización de los acreedores verificados (art. 120 y 176 LCQ) y no puede promoverse con beneficio de litigar sin gastos.

A diferencia de la acción social de responsabilidad cuya finalidad es la recomposición del activo de la fallida, esta acción concursal tiende al interés de los acreedores mediante la indemnización de los perjuicios causados.

IV. Presupuesto para la procedencia de la acción de responsabilidad concursal: El dolo en el Código Civil de Vélez [\[arriba\]](#)

El dolo es el único factor de procedencia de la acción concursal prevista en el 1er párrafo del art. 173 LCQ. Tal acepción de dolo es la que resulta del ordenamiento civil.

Cabe recordar que no siempre fue requisito de procedencia de la acción concursal la existencia de dolo. Fue recién a partir del año 1995 con la sanción de la actual LCQ que se excluyeron las conductas culposas como presupuesto de procedencia de esta acción de responsabilidad, toda vez que el viejo art. 166 de la anterior Ley Concursal preveía como factor de atribución de responsabilidad y procedencia de la acción “la infracción a normas inderogables de la ley” , permitiendo así hacer responsables por las consecuencias en el patrimonio del insolvente, el obrar culposo de los sujetos alcanzados por la norma.

La LCQ actualmente vigente solo permite imputar responsabilidad a los sujetos comprendidos en la acción del art. 173, mediante este único factor subjetivo: el dolo directo.

En este sentido, el dolo era entendido conforme prescribía el art. 1072 del ya derogado Código Civil de Vélez como “el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a personas o los derechos de otro”, es decir, como delito civil.

Si bien mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia consideraban que sólo resultaba procedente para esta acción concursal el dolo previsto en el artículo mencionado[1], otra

parte ha entendido que el dolo obligacional, que se encontraba previsto en artículo 506 del Código Civil de Vélez, también resultaba aplicable a la acción prevista en el art. 173 LCQ[2], por considerar que más allá de su campo de acción en las obligaciones contractuales, podía extenderse al incumplimiento de obligaciones que tenían por fuente en un acto lícito. Ello así, porque la responsabilidad contractual rige también supuestos en los cuales no hay contrato, y sus normas debían serles aplicadas por conducto del artículo 16 del Código Civil de Vélez que establecía que “si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

En línea con lo expuesto, esta parte de la doctrina y la jurisprudencia consideraron que, en la acción concursal del art. 173 de la LCQ, era el incumplimiento deliberado [destinado a producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia del fallido]a la obligación asumida por los sujetos alcanzados al aceptar sus cargos, mandatos o gestiones, lo que hacía procedente la acción de responsabilidad concursal por existencia de dolo del art. 506 del Código derogado.

En este entendimiento, concebían que en caso de incumplimiento al deber de obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que fija el art. 59 de la Ley 19.550, así como cualquier otro incumplimiento a las funciones de estos administradores [siempre que existiera dolo], se configuraba el factor de atribución necesario para la acción de responsabilidad concursal[3].

Sin perjuicio de lo expuesto y de las opiniones respecto del tipo de dolo aplicable, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han hecho una aplicación severa y restrictiva del concepto de dolo limitándolo al dolo del art. 1072 del Código de Vélez, lo cual el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a revertir.

V. El dolo en el Código Civil y Comercial de la Nación [\[arriba\]](#)

El art. 1724 del CCCN establece que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Respecto de la relación de causalidad, el art. 1726 del mismo cuerpo normativo indica que “son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

De estos artículos transcritos y del presupuesto establecido en el art. 173 LCQ surge que el factor para atribuir responsabilidad es exclusivamente el dolo y que dicha conducta antijurídica dolosamente ejecutada por alguno de los sujetos pasivos de la acción debe tener relación de causalidad con el estado de cesación de pagos o con la disminución de la responsabilidad patrimonial del fallido.

La novedad que representa esta nueva definición de dolo consiste en la inclusión expresa del dolo eventual y obligacional mediante la incorporación de la “manifiesta indiferencia” y el “incumplimiento intencional” como factores de atribución. Así, en los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial se indicó que “el dolo se configura por la producción

de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende “el incumplimiento intencional” (dolo obligacional), suprimiendo el requisito concurrente de la mala fe previsto en el Proyecto de 1998 que se refiere más bien al dolo calificado. Se reemplaza el “incumplimiento deliberado”, también previsto en el Proyecto de 1998, por el de “incumplimiento intencional” del Proyecto de 1993 (PEN), recepcionando las observaciones de la doctrina y se añade la locución “manifiesta indiferencia” porque de este modo se incluye al dolo eventual”.

Cabe entonces analizar si la inclusión del dolo eventual en el concepto de dolo del CCCN incluiría los supuestos de culpa grave y así establecer si bajo ese criterio de atribución de responsabilidad podría entablarse la acción contra los administradores, prevista en el primer párrafo del art. 173 LCQ. Ello no es menor, toda vez que, como se dijo anteriormente, en materia probatoria el dolo es más complejo de probar que la culpa, y si en función de la modificación al concepto de dolo del CCCN los jueces asimilaban la culpa grave al dolo eventual para la procedencia de la acción de responsabilidad concursal, muchas conductas inapropiadas de los administradores que hoy sólo podían ser encausadas por acciones no concursales, podrían ser intentadas por esta vía.

Cabe tener presente que la Cámara Nacional Comercial en autos “Ponce Nuri Juana s/ quiebra c/ Ojeda Alejandro Fidel s/ ordinario” definió al dolo eventual como “aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo”[4].

Este antecedente es coincidente con mucha otra jurisprudencia y doctrina que en materia civil han asimilado la culpa grave al dolo eventual, conceptos que en origen fueron propios del derecho penal.

En el caso “El Peregrino SA s/Quiebra” [5], la Sala E de la misma Cámara admitió la culpa grave como factor de atribución de responsabilidad en el ámbito de la quiebra indicando que la culpa no estaba excluida como factor de atribución.

En el primero de los antecedentes mencionados, la sala A admitió el dolo eventual como factor de atribución para extender responsabilidad a los gestores sociales dentro del ámbito del art. 173 LCQ. En el segundo, la sala E admitió la culpa grave para extender responsabilidad dentro del ámbito del art. 175 LCQ.

Estos precedentes han causado gran revuelo en la doctrina al momento de su aparición, pero la inclusión del dolo eventual en el art. 1724 CCCN demuestra que la Comisión Redactora del nuevo Código ha tomado e incorporado los antecedentes jurisprudenciales tendientes a dotar de mayor marco de acción a la figura del dolo.

VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

Es claro entonces el impacto que esta modificación podría generar en la acción de responsabilidad concursal del primer párrafo del art. 173 LCQ, teniendo en cuenta que ahora, situaciones en las que los sujetos pasivos de la acción incurran en culpa grave [asimilable al dolo eventual] por acciones y omisiones que agraven el pasivo de la fallida,

podrían ser condenados al pago de los daños y perjuicios por su conducta gravemente culposa.

Para entender el alcance de la culpa grave en lo que a los sujetos pasivos de la acción concursal en análisis respecta, debemos comprender que hoy, conductas como obrar sin la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, como incumplir la obligación de llevar registros o de constituir la reserva legal o de llevar libros sociales, etc. podrían quedar incluidas en la acción de responsabilidad concursal por considerarse que la infracción a estos deberes constituye culpa grave por tratarse de una conducta ejecutada con “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Será tarea de los jueces realizar una interpretación sistemática de las normas actuales y aplicarlas en el sentido correcto, no obstante lo cual, teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales anteriores al CCCN en la materia, muy posiblemente la línea de interpretación que seguirán nuestros magistrados propenda a confirmar la tendencia hacia una acepción amplia del dolo que permita admitir el dolo eventual y la culpa grave como presupuestos de procedencia de la acción de responsabilidad concursal.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] En este sentido, en el fallo recaído en autos “Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada S.A. s/ quiebra c/ Fusaro, Teodoro Pablo s/ ordinario” de fecha 16 de marzo de 2010, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que “...según nuestro ordenamiento, el dolo perseguido - ante una previsión concursal específica- debe entenderse en el sentido del derecho civil ejecución (de la conducta reprochada en el art. 173 de la ley 24.522) a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos del otro (cfr.art. 1072), ya fuera éste el propio fallido o sus acreedores (cfr. ROUILLON, Adolfo A, “Régimen de Concursos y Quiebras, Ed. Astrea, Bs.As., pág. 282, CÁMARA, Héctor, ob.cit., pág. 338, esta Sala en “Bradex S.A. s/ quiebra s/ acción de responsabilidad promovida por la sindicatura contra el Arriero S.A.”, del 22.05.09, íd. “Lescano, Norberto y otros c/ Zurdo, Luis Alberto s/ ordinario”, del 24.06.05; íd. “Madis S.A. s/ quiebra c/ Zegarelli, Jorge s/ ordinario”, del 20.05.02; CNCom., Sala A, “P.N.J s/ quiebra c/ O.A.F.”, del 12.03.08, cfr.CNCom., Sala C, “Off California S.R.L. s/ quiebra c/ Dercye, Olga y otros”, del 01.03.05)”, LL Online; AR/JUR/12941/2010.

Asimismo, esa Sala, en autos “Aeroposta S.A. c/ General Electric Capital Corporation s/Acción de Responsabilidad”, en el fallo de fecha 04 de abril de 2011 indicó que “La modificación de la ley 24.522 definió al dolo como factor de atribución subjetivo de este tipo de acción, dentro de un limitado elenco de conductas punibles. Es decir, según nuestro ordenamiento, el dolo perseguido - ante una previsión concursal específica- debe entenderse en el sentido del derecho civil: ejecución a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos del otro (cfr. art. 1072 CCiv.), ya fuera éste el propio fallido o sus acreedores (cfr. Rouillon, Adolfo A., “Régimen de Concursos y Quiebras, Astrea, p. 282; Cámara, Héctor, -actualizado por Ernesto Martorell-, “El Concurso Preventivo y la Quiebra- Comentario a la ley 24.522 y sus modificatorias”, Tº IV, Lexis Nexis, Bs.As., 2007, p. 337 y sus notas, p. 338; CNCom.,Sala A, “P.N.J s/ quiebra c/ O.A.F.”, del

12.03.08 y Sala E, “Bradex S.A. s/ quiebra c/ El Arriero S.A.”, del 22.05.09”, elDial.com - AA6C5C, 23/06/2011.

Por su parte, la Sala A de la Cámara Nacional Comercial, en el fallo recaído en autos “Bratar SA c. Rocca, Bernardo Enrique s/ordinario” de fecha 20/08/2009 sostuvo que “Para la procedencia de la acción de responsabilidad prevista en el art. 173 de la ley 24.522 debe acreditarse un obrar doloso en el sentido del derecho civil -acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos del otro-, que tenga relación de causalidad con la situación patrimonial del fallido y produzca un daño consistente en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores”, LL Online, AR/JUR/36491/2009.

[2] En esta línea, en autos caratulados “Ingemant SA s/ quiebra s/ incidente de responsabilidad LCQ 173 en c/ de Banco Francés y Otros”, CNCom Sala C, Febrero 4 de 2016, la Sra. Fiscal de Cámara indicó en su dictamen que “Si los ex directores de la fallida sabían que los préstamos bancarios solicitados excedían las necesidades de la empresa para terminar la obra y aun así decidieron endeudarla más allá de lo debido, agravando el pasivo de la sociedad, y de esta forma, incumplieron el deber a su cargo de velar por el interés de la sociedad. También conocían que las posibilidades de repago eran muy pocas en tanto la sociedad estaba en estado de cesación de pagos, cuando recibió las últimas entregas de los fondos y que ello conllevaría a in estado de insolvencia perjudicando al resto de los acreedores. Ese obrar nos conduce directamente a la noción de dolo obligacional, antes descripta, y que está contenida en el art. 506 del Código Civil y es esta concepción del dolo que debe ser tenida en cuenta a los fines de corroborar el factor de atribución subjetivo en las acciones de responsabilidad concursales”.; y continuó diciendo que “El factor de atribución subjetivo en las acciones de responsabilidad previstas en el art. 173 de la Ley de Concursos y Quiebras no debe circunscribirse exclusivamente a la interpretación del dolo como la intención de dañar prevista en el artículo 1072 del Código Civil”, publicado por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs. As., web: <http://fundacionfidar.org.ar/subpaginas/concursos.html>.

[3] En el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara, en autos “Ingemant SA s/ quiebra s/ incidente de responsabilidad LCQ 173 en c/ de Banco Francés y Otros” citado ut supra, se indicó que “La responsabilidad de los directores se funda en los daños infringidos a la sociedad, a los accionistas o a los terceros por el mal desempeño del cargo (art. 59 y 274 de la Ley de Sociedades. Ese mal desempeño se juzga con una regla objetiva, cual es el obrar y la diligencia de un buen hombre de negocios.” Asimismo se sostuvo que “La acepción de dolo que más se ajusta a la naturaleza del obrar de directores o administradores de la fallida es aquella que alude a la omisión de una obligación legalmente impuesta y ello es así, porque cobra mayor relevancia el incumplimiento de la conducta exigida a todo administrador societario ya que dicho incumplimiento en sí mismo implica la existencia de una culpa intrínseca, consumada en el mismo hecho del incumplimiento”.

[4] Cámara Nacional Comercial, Sala A, fecha 12.03.2008, in re: “Ponce Nuri Juana s/ quiebra c/ Ojeda Alejandro Fidel s/ ordinario”, revista El Derecho Nro 12.190, de fecha 06/02/2009.

[5] Cámara Nacional Comercial, Sala E, fecha 22.12.2009, en autos “El Peregrino SA s/ quiebra s/ inc. de acción de responsabilidad promovido por la sindicatura”, publicado por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín, <http://www.casm.org.ar/nuevo/notiver.asp?1340>, en fecha 30/11/2011.

