

La aplicación de la opción aquiliana a la acción concursal de responsabilidad prevista en el artículo 173 LCQ

Celeste Fernández

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) prevé en el art. 173 la posibilidad de accionar contra aquellos sujetos que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia a los efectos de obtener una indemnización reparadora de los daños y perjuicios ocasionados.

Desde una perspectiva concursalista la doctrina ha sostenido que: “El estado de cesación de pagos resulta ser una fuente generadora de daños”[1].

Debe puntualizarse, sin perjuicio de ello, que la fuente generadora de daños no es otra que: (i) en el supuesto previsto en el art.173 LCQ -primer párrafo- el incumplimiento de las obligaciones acordadas en los términos de la relación contractual existente entre el sujeto fallido y el legitimado pasivo de la acción; y (ii) en el supuesto previsto en el art.173 LCQ -segundo párrafo- la aplicación estricta del principio jurídico “neminem laedere” o en otras palabras “el deber general de no dañar”, en virtud de la relación extracontractual configurada.

Lejos de ser una mera clasificación jurídica, lo expuesto encuentra real importancia cuando se observa una diferencia sustancial en relación con la extensión del resarcimiento en uno u otro caso.

El presente trabajo tiene como primer objetivo abordar dicha diferencia la cual puede sintetizarse de la siguiente manera: La extensión del resarcimiento es más amplia en el caso de que en el supuesto de hecho se configure una relación extracontractual.

Como el lector podrá intuir lo expuesto nos plantea, entre otros, el siguiente interrogante: *¿Resulta conculcado el principio de justicia en el supuesto de que la extensión del resarcimiento a la que deberán hacer frente los sujetos ligados por una relación contractual, por ejemplo los administradores -con el especial vínculo que de ello se deriva-, sea menor de aquellos que deberán afrontar los terceros? ¿La norma debería ser más estricta con los administradores, mandatarios, gestores de negocios que con los terceros ajenos a la sociedad fallida?*

De sentido común parecería que el legislador debería haber optado por sancionar con más dureza a aquellos que participaban de la cotidianeidad societaria. No obstante de ello, analizaremos a luz de los institutos del derecho civil una posible solución, poco usada en la práctica de nuestros tribunales, pero vigente en nuestro Código Civil (CC). Nos referimos a la aplicación de la opción aquiliana prevista en el artículo 1107 CC, opción que incluye un pasaporte de la órbita contractual a la extracontractual, posibilitando así, la redundante, “extensión” de la extensión del resarcimiento.

II. La acción concursal de responsabilidad [\[arriba\]](#)

El art. 173 de la LCQ prevé en su primer párrafo: “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.”

Conforme surge de los antecedentes legislativos fue discutido en la Ley N° 19.551 si la culpa (art. 1109 Cód. Civ.), o el dolo (art. 1072 Cód. Civ.) exclusivamente, era el factor de atribución para responsabilizar la conducta de los sujetos pasivos de la acción.[2] Dicha cuestión ha devenido abstracta con lo estipulado por la normativa vigente, la cual restringe el factor de atribución al dolo[3].

Asimismo corresponde sumariamente indicar que los legitimados activos a los efectos de iniciar la acción referida son el síndico y en su defecto cualquier acreedor en provecho de la masa falencial, en tanto hubiera previamente intimado al síndico por el término de 30 días a tal fin sin resultado favorable.

La enumeración de los sujetos legitimados pasivos de la acción es meramente enunciativa incluyendo a los administradores generales y parciales, mandatarios comerciales, gestores de negocios, interventor judicial, entre otros.

Sin perjuicio de ello, debe advertirse que la norma excluye a los integrantes de los órganos sociales de fiscalización interna -sindicatura art. 284 LSC- y Consejo de vigilancia -art. 280 LSC- en tanto no administran[4].

Finalmente, en vistas al objetivo que enunciáramos sobre del presente trabajo, la nota distintiva del primer párrafo previsto en la norma citada resulta ser la relación contractual que une a los legitimados pasivos de la acción concursal con la sociedad fallida.

Por su parte el segundo párrafo del artículo citado prevé: “Quienes de cualquier forma participen 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, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.”

Conforme lo dispuesto en el apartado anterior, el lector podrá advertir que a través de la norma en estudio el legislador ha ampliado el elenco de legitimados pasivos, tratando así la responsabilidad de los terceros propiamente dicha.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso los terceros no sólo están obligados a reparar los daños causados al concurso, sino que comprende además el reintegro de los bienes del fallido que el tercero conserve en su poder, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.[5]

Nótese que toda vez que la ley concursal no realiza precisión alguna sobre la determinación y extensión del daño, corresponde entonces estarse por las reglas ordinarias de la responsabilidad civil.[6]

En efecto cabe aquí mencionar la aplicación -a contrario sensu- de la jurisprudencia imperante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha sostenido que: “[...] deviene necesario otorgar prioridad a la norma

especial sobre las normas generales que regulan en el derecho común, es decir la responsabilidad extracontractual”. [7]

Es decir que, ante la presencia de cualquier estatuto legal que disponga un régimen especial de responsabilidad y no asigne a la víctima el derecho a optar por las disposiciones del derecho común, debe ser de aplicación éste. Contrariamente, ante la ausencia de norma especial, debe estarse por la aplicación de la normativa prevista en el Código Civil.

Sentado lo anterior, nos proponemos en el siguiente apartado analizar a la luz del régimen aplicable la diferencia existente entre la extensión del resarcimiento a la que deberán hacer frentes los legitimados pasivos de la acción concursal involucrados en una relación contractual y extracontractual, respectivamente

II.1 El issue de la extensión del resarcimiento.

Preliminarmente, cabe recordar que sólo resulta reparable el daño efectivamente causado. En efecto, el mismo debe ser: (i) Ciertamente, (ii) personal del accionante; (iii) actual y (iv) debe resultar la lesión a un interés protegido por la ley.[8]

En relación al análisis específico de cada una de las órbitas de la responsabilidad corresponde indicar que:

La extensión del resarcimiento en la órbita extracontractual es más amplia que la contractual. En efecto, el legitimado pasivo deberá responder por las consecuencias inmediatas y mediatas, en caso de que el factor de atribución subjetivo fuere la culpa, y por las consecuencias inmediatas, mediatas y causales si el hecho dañoso fue efectuado por dolo.

Lo expuesto encuentra fuente legal de lo previsto por los arts. 903, 904 y 905 del Código Civil.[9]

En efecto el Codificador ha definido cada de las referidas consecuencias, indicando en el art. 901 Cód. Civ. que: "Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales"."

A diferencia de lo expuesto, en la órbita contractual el legitimado pasivo deberá responder en virtud de lo normado por los arts. 520 y 521 del Cód. Civ. por las consecuencias inmediatas y necesarias[10], si ha actuado con culpa.

En caso de que la inexecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán no sólo las consecuencias inmediatas sino también las consecuencias mediatas. No así las causales.

En virtud de lo expuesto precedentemente, puede concluirse que de la aplicación del régimen del derecho común, los terceros legitimados pasivos de la acción

concurzal deberán responder más allá de lo que los harán los representantes de la sociedad fallida.

Sin embargo, aún no está todo perdido. Como seguidamente desarrollaremos, la denominada “opción aquiliana” prevista por el codificador, resulta ser el pasaporte a los efectos de extender la responsabilidad de dichos representantes.

III. La aplicación de la Opción Aquiliana [\[arriba\]](#)

El art. 1107 del Cód. Civ. establece que: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal.”

En efecto, el artículo citado prevé la posibilidad de aplicar las normas previstas para los hechos ilícitos a aquellos casos donde se configure un incumplimiento contractual, siempre y cuando dicho incumplimiento pueda degenerar en un delito criminal.

Debe remarcar, que dicho instituto permite el paso de la frontera de la órbita contractual a la extracontractual, y no viceversa. En caso de configurarse en los hechos del caso los requisitos previstos en la norma, el accionante podrá optar por permanecer en la órbita contractual o solicitar la aplicación en su conjunto de las normas que rigen la reparación por hechos ilícitos.

La doctrina especializada ha sostiene que “es dable únicamente por vía de opción en bloque, es decir, aplicando el sistema propio de la responsabilidad contractual o extracontractual, pero no por vía de cúmulo; es inadmisibles pretender acumular, en un reclamo de responsabilidad, lo mejor de uno y otro sistema”[11]. En idéntico sentido, se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones en lo civil en los autos caratulados “Zwarycz, Olga C/ Empresa de Transportes Línea 165 y Otros S/Daños y Perjuicios”[12]

El instituto que comentamos puede resultar a todas luces de aplicación en el marco del derecho concursal, específicamente, en la aplicación de la acción concursal de responsabilidad.

Nótese que a los efectos de promover la acción concursal -art.173 LCQ párrafo primero-, el accionante deberá demostrar que el autor de la conducta reprochada ha actuado dolosamente. Probado tal extremo, el accionante tendrá asimismo, la posibilidad de iniciar la acción penal correspondiente prevista en el capítulo V denominado Capítulo IV “Estafas y otras defraudaciones” del Código Penal Argentino. Finalmente, demostrada la degeneración de la conducta en el delito criminal, tendrá la opción de solicitar la aplicación de la “opción aquiliana” y consiguientemente la reparación a la luz de la normativa prevista para los hechos ilícitos de los que se deriva la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, advertimos que la indicada podrá ser una estrategia procesal entre otras analizables, pero sin lugar a dudas garantizará la mayor extensión del resarcimiento posible.

IV. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Como indicamos al comienzo el artículo 173 de la LCQ prevé la acción concursal de responsabilidad contra los representantes del sujeto fallido y contra los terceros que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

Atento a la ley concursal no realiza precisión alguna sobre la determinación y extensión del daño, el supuesto establecido en el art. 173 LCQ -primer párrafo- debe ser encuadrado bajo el régimen previsto en el derecho común aplicable a la órbita contractual. Contrariamente, el supuesto establecido en el art. 173 LCQ -segundo párrafo- debe ser encuadrado bajo el régimen previsto en el derecho común aplicable a la órbita extracontractual.

En virtud de ello, en caso de responsabilidad contractual, el legitimado pasivo de la acción concursal deberá responder -siempre que haya actuado dolosamente- por las consecuencias inmediatas y mediatas, mientras que los terceros, en virtud del régimen de responsabilidad extracontractual, deberá responder por las consecuencias inmediatas, mediatas y causales.

No obstante las críticas que puedan realizarse a dicha normativa, en virtud del impacto particular que de ella se deriva, el accionante conforme lo previsto por el art. 1107 del Cód. Civ., podrá optar por aplicar las normas previstas para los hechos ilícitos a aquellos casos donde se configure un incumplimiento contractual, siempre y cuando dicho incumplimiento pueda degenerar en un delito criminal.

Como advertimos la expuesta es una estrategia procesal, entre otras posibles. No obstante ello corresponde indicar que los operadores jurídicos ya comentan las tendencias actuales que tienden a la eliminación de las diferencias existentes entre las órbitas de responsabilidad, es decir hacia su unidad. Mientras tanto, deberá echarse mano a los institutos creados por el Codificador que resultan de gran utilidad.[13]

[1] Balbín Sebastián, “Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros”, 2da edición, Ed. Ad -Hoc SRL, Buenos Aires, 2008, pág 11.

[2] Roitman Horacio, “RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y TERCEROS EN LA QUIEBRA”, en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artroitmanresponsabilidad> , consultado por última vez el 19/4/2013.

[3] Cámara Nacional en lo Comercial, sala C, “El Genuino SRL s/ quiebra c/ Aranda Ruben D. y otros”, 10-10-2006, “ LaLeyOnline, 7-2-2007.

[4] Balbín Sebastián, “Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros”, 2da edición, Ed. Ad -Hoc SRL, Buenos Aires, 2008, pág 23.

[5] Roitman Horacio, “RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y TERCEROS EN LA QUIEBRA”, en:

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artroitmanresponsabilidad> , consultado por última vez el 19/4/2013.

[6] Balbín Sebastián, “Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros”, 2da edición, Ed. Ad -Hoc SRL, Buenos Aires, 2008, pág 24.

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Perrota c/ Estado Nacional”, ED. 162-

452, fecha 22-12-94

[8] Alterini Atilio Aníbal, “Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, 4ta edición, ed. Abeledo perrot, Buenos Aires, 2008, pág 245.

[9] Art. 903. “Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.”

Art. 904.” Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas. “

Art. 905.” Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho. “

[10] Alterini sostiene que el artículo 520 del Código Civil alude al incumplimiento culposos, pero no hace referencia a dos categorías distintas de consecuencias, sino a una única categoría con un doble adjetivo.

[11] Alterini Atilio Aníbal, “Derecho de las obligaciones civiles y comerciales, 4ta edición, ed. Abeledo perrot, Buenos Aires, 2008, pág 167.

[12] Cámara de Apelaciones en lo Civil en los autos caratulados “Zwarycz, Olga C/ Empresa de Transportes Linea 165 y Otros S/ Daños y Perjuicios”, 28/4/1994

[13] Proyecto de Unificación del código Civil y Código Comercial, presentado por Ricardo Lorenzetti, Buenos Aires, 2012.

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil-Parte1.pdf>, consultado por última vez el 19/4/13.