

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS
FRENTE A LA INSOLVENCIA. UN PANORAMA DEL ORDENAMIENTO
CONCURSAL ARGENTINO*

Germán E. Gerbaudo¹

INTRODUCCIÓN.....	2
I. La insolvencia societaria.....	2
II. Responsabilidad concursal de los administradores frente a la quiebra de la sociedad. 4	4
1. Introducción.....	4
2. Legitimación pasiva.....	4
a) Sujetos excluidos.....	4
b) Casos dudosos.....	5
3. Conductas antijurídicas.....	6
4. Momento en que debieron producirse las conductas antijurídicas.....	9
5. Resultado dañoso.....	9
6. Factor de atribución.....	10
7. Relación de causalidad.....	14
8. Extensión de resarcimiento.....	15
III. Ejercicio de las acciones societarias en la quiebra.....	15
1. Figura legal.....	15
2. ¿A qué tipo de acciones hace referencia la ley?.....	15
3. Legitimación activa.....	16
4. ¿Es exigible la previa autorización del art. 119 de la L.C.Q.?.....	17
5. ¿Es necesaria la decisión de la asamblea de accionistas para promover la acción social de responsabilidad en caso de quiebra de la sociedad?.....	18
6. Legitimados pasivos.....	19
7. Factor de atribución.....	19
8. Competencia.....	19
9. Prescripción de la acción social de responsabilidad cuando es ejercida en la quiebra.....	20
10. Renuncia o transacción resuelta por asamblea y advenimiento de la quiebra.....	20
11. ¿Puede ejercerse la acción social de responsabilidad en el concurso preventivo?.....	21
IV. Cuestiones procesales.....	21
1. Introducción.....	21
2. Legitimación activa.....	21
a) Acción promovida por el síndico. Autorización de los acreedores.....	21
b) Acción promovida por un acreedor.....	27
3. Competencia.....	27
4. Trámite.....	27
5. Excepción de arraigo.....	28
6. Carga de la prueba.....	28
7. Recursos contra la sentencia que determina la responsabilidad.....	28
8. Tributación previa.....	28
9. Prescripción.....	29
10. Perención de instancia.....	31
11. Medidas precautorias.....	31
12. Costas.....	32
CONCLUSIONES.....	33

* Este artículo fue presentado a la revista el día 8 de diciembre de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2010, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario); jefe de trabajos prácticos de Derecho Comercial III, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, República Argentina.

INTRODUCCIÓN.

El proceso concursal se caracteriza por la escasez dado que es común que el patrimonio desapoderado y que será sometido a la liquidación resulte insuficiente para cubrir los créditos verificados². Muchas veces esa insuficiencia patrimonial obedece a que determinados bienes que integran el activo falencial han salido indebidamente del mismo, debilitando así, la función del patrimonio como prenda o garantía común de los acreedores.

Asimismo, en frecuente en los casos de sociedades que esa insolvencia haya sido provocada por acciones u omisiones de sus administradores. En dicho supuesto, es necesario establecer un adecuado sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades en quiebra.

La presente colaboración tiene por objeto el estudio del sistema de responsabilidad de los representantes de la sociedad fallida contenida en la Ley de Concursos y Quiebras de la República Argentina (en adelante L.C.Q.). Partimos de la hipótesis de que dicha normativa no constituye un eficaz sistema de responsabilidad dado que presenta muchas cortapisas que lo hacen poco utilizado en la praxis concursal, con la consiguiente, impunidad de los administradores y una afectación a la tutela del crédito. Por eso, en el presente trabajo nos proponemos señalar cuáles son las falencias de la actual regulación y, cuáles serían, a nuestro criterio, algunas de las posibles modificaciones a receptor en una futura reforma concursal.

I. La insolvencia societaria.

Daniel Vázquez Albert señala que “tradicionalmente, la legislación concursal se ha diseñado pensando en clave del deudor persona física y, en concreto, del empresario individual. Sin embargo, la realidad económica muestra con toda contundencia el predominio en el tráfico mercantil de las personas jurídicas y, sobre todo, de los empresarios sociales”³.

En sus orígenes el primitivo derecho de la insolvencia focalizaba su atención en un sujeto individual, en el comerciante individual. Ese derecho falencial gestado en el S. XII en el medioevo italiano sólo tenía dos claras finalidades: liquidar el patrimonio del comerciante insolvente y castigarlo dado que era considerado un defraudador. Más que analizar su conducta en el caso concreto ante la sola declaración de quiebra se la aplicaba la ley falencial que tenía sanciones penales. En aquella época el comerciante que caía en bancarrota era castigado dado que al no honrar sus obligaciones a su

² Juan M. Dobson señala que en Latinoamérica los acreedores quirografarios muestran un escaso interés en participar en los procesos de liquidación y que ello obedece a que en la generalidad de los casos el rédito de la liquidación es cero (DOBSON, Juan Malcolm, “Un “campo de juego parejo” para los participantes en los procedimientos de insolvencia: la experiencia Latinoamericana”, en Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. II, pág. 773).

Horacio Pablo Garaguso señala que la “escasez” constituye el punto de partida más relevante del Derecho Concursal (GARAGUSO, Horacio Pablo, “Fundamentos de Derecho Concursal”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2001, pág. 38).

³ VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, “La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles insolventes (A propósito de la nueva legislación española en materia concursal y de transparencia”, en “Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones”, Ed. Lexis-Nexis 2004-B-1235.

vencimiento era considerado un defraudador, se consideraba que había defraudado a sus pares, a los demás comerciantes que confiando en él, confiando en su capacidad como comerciante le habían otorgado crédito⁴.

La aparición de la técnica societaria importó un notable avance en el mundo jurídico, permitiendo la vehiculización de la riqueza y asociado al fenómeno de la personalidad jurídica, trajo consigno la enorme ventaja de crear un nuevo sujeto con distinto patrimonio y distinta responsabilidad.

Estos cambios de la realidad económica determinaron la necesidad de gestar un nuevo derecho concursal, que tome en consideración no ya a un comerciante individual sino a las sociedades y más modernamente a los grupos de sociedades. Un moderno derecho concursal que perciba que la insolvencia no sólo afecta intereses privados del deudor y sus acreedores sino también intereses de índole general⁵.

En estas modernas concepciones se inscribe el sistema de responsabilidad de los administradores de la sociedad en quiebra.

El tema de la responsabilidad de los administradores sociales despierta especial interés en aquellas sociedades en la que los socios limitan su responsabilidad al capital aportado. Ello en razón de que estas sociedades son las formas jurídicas que generalmente se utilizan para realizar proyectos de mayor envergadura y, a su vez, porque en las sociedades de personas la quiebra social implica automáticamente la quiebra de los socios (art. 160 de la L.C.Q.).

Por eso, en la actualidad, ante el avance de las teorías economicistas, que procuran sustituir reglas jurídicas por económicas, que procuran exaltar los valores del mercado se impone como una forma de mantener el equilibrio y asegurar el valor justicia en el ámbito del derecho concursal, una tendencia de responsabilizar a los administradores sociales cuando ellos han sido los causantes de la insolvencia. Consideramos que

⁴ Ángel Rojo recuerda que el “valor dominante no era la propiedad, sino el crédito. El comerciante que quiebra atentaba gravemente contra todos aquellos que habían concedido crédito a su capacidad empresarial y atentaba también contra la colectividad. La satisfacción de los acreedores coincidía con la satisfacción de la colectividad” (ROJO, Ángel, “Crisis de la empresa y de los procedimientos concursales”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Ed. Depalma, 1981-269).

⁵ Héctor Alegría señala que “hoy se ha reconocido universalmente que, sin perjuicio del nivel más o menos protagónico de los acreedores y deudor, aparecen en escena (y a veces desplazando a alguno de éstos) otros intereses relevantes como los *sociales* (previsión - puestos de trabajo - créditos laborales), los proveedores (especialmente los de materia prima), los clientes (particularmente en ramos o productos especializados), el de la comunidad nacional, regional o local y finalmente el del mercado en su conjunto. Cada una de estas inserciones gradúa el giro y el contenido de las legislaciones concursales, agregándose más modernamente aspectos que hacen al espíritu empresarial (Bankruptcy law and entrepreneurship, Armour, Cumming), la revalorización y reasignación de la propiedad remanente (con los debates sobre la determinación de los valores involucrados), la atribución de deberes fiduciarios, etc. Como telón de fondo queda el análisis del rol del Estado: se debate si debe ser meramente regulador, a través de normas legales de carácter general, sin inmiscuirse después en las soluciones concretas (salvo la actuación jurisdiccional de aplicación) o bien si puede o debe cumplir también tareas de incentivación a las soluciones, de financiación para la reasignación óptima de los recursos (concurado o eventualmente a terceros) y finalmente si es procedente la creación de organismos de apoyo para empresas o sectores (sobre la base de la dimensión –pequeña y mediana empresa, consumidores- , de aspectos regionales o de crisis sistémicas) (ALEGRÍA, Héctor, “Reflexiones sobre la concursalidad”, en “La Ley” 2007-A, 678).

estas tendencias resultan acertadas dado que en definitiva el sujeto dañador debe reparar el daño.

II. Responsabilidad concursal de los administradores frente a la quiebra de la sociedad.

1. Introducción.

El ordenamiento concursal se ocupa reglar las acciones de responsabilidad en el Capítulo III, denominado “Extensión de la quiebra. Grupos Económicos. Responsabilidad de Terceros”, Sección III, “Responsabilidad de Terceros”. Dicha sección comprende los arts. 173 a 176. El art. 173, primera parte, de la L.C.Q. ocupa de reglar la responsabilidad de los representantes; en tanto que en la segunda parte del mismo se regula la responsabilidad de terceros. En los arts. 174 y 176 se disponen diversas cuestiones de indole procesal aplicables tanto a la responsabilidad de los representantes como de los terceros. El art. 175 se ocupa de prever el ejercicio de las acciones de societarias en la quiebra.

En este trabajo circunscribiremos nuestro análisis a las disposiciones aplicables a los administradores sociales. En tal sentido, se analizará la responsabilidad de los representantes (art. 173, primera parte, de la L.C.Q.) y el ejercicio de las acciones emanadas del ordenamiento societario en el marco de la ley concursal (art. 175 de la L.C.Q.) y, por último, nos abocaremos al estudio de las cuestiones procesales (arts. 174 y 176 de la L.C.Q.).

2. Legitimación pasiva.

El art. 173 de la L.C.Q. en su primera parte señala como sujetos pasivos de la acción a “los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido”. El legislador procura incluir entre los sujetos pasivos a todas aquellas personas que han intervenido en la conducción de los negocios sociales.

La doctrina señala que la acción se dirige contra aquellos que han tenido una vinculación funcional (administradores) o contractual (mandatario o gestor de negocio) o legal (representantes legales)⁶.

La enumeración que efectúa el texto legal es meramente indicativa –no taxativa- dado que en general puede quedar comprendida cualquier persona que haya tenido dominio jurídico y facultades de conducción del patrimonio del fallido.

a) Sujetos excluidos.

⁶ RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Concursal”, 1º edic., Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, t. II, 1997, pág. 320; BORETTO, Mauricio, “Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra”, en “Jurisprudencia Argentina” 2004-II-996; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales”, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2006, pág. 209; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad de terceros en el proceso falencial”, en “Derecho Concursal aplicado”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2003, pág. 269; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad Concursal de los administradores de la persona fallida”, en “Colección análisis jurisprudencial Derecho Concursal”, director Julio César Rivera, Bs. As., Ed. La Ley, 2006, pág. 312.

Se excluyen a todos aquellos sujetos que no poseen poder de administración sobre bienes ajenos. Así, no quedan atrapados en la disposición los miembros del consejo de vigilancia⁷ y los síndicos societarios, quienes sólo ejercen funciones de control y fiscalización sobre la administración⁸.

Tampoco es alcanzado con la acción de responsabilidad el director suplente mientras éste se hubiere mantenido con ese carácter, dado que no pesan sobre él las responsabilidades y obligaciones propias de un director en ejercicio. El art. 258 de la L.S.C. trata del reemplazo de los directores en las sociedades anónimas, estableciendo que el estatuto puede prever la elección de suplentes para subsanar la falta de directores, siendo dicha previsión obligatoria en las sociedades que prescinden de sindicatura. El director suplente reemplaza al titular en caso de renuncia o remoción de éste, es decir cuando es separado o se separa del cargo en forma definitiva. No corresponde su reemplazo por ausencia temporánea⁹. Al respecto se señala que “en tanto no asuman la titularidad, se encuentran en una especie de estado “latente”, en el sentido de que no pueden ejercer activamente ninguna facultad inherente al cargo de director. Son precisamente eso: suplentes”¹⁰, agregando luego que “por ello, entendemos que en el caso que los directores suplentes nunca hubiesen llegado a desempeñar activamente el cargo de director no se les puede atribuir responsabilidades funcionales por el mero hecho de ser directores suplentes. De lo contrario, se los estaría condenando por el ejercicio de facultades que solamente tienen “en potencia” y que nunca se ejercieron”¹¹. Igualmente se indica que “los administradores estarían exentos de reproche alguno cuando, atento a las circunstancias del caso, acrediten que no integraban el órgano, o bien integrándolo, no han participado en la conducción o realización de las inconductas comerciales”¹². Al margen del derecho concursal, en el ámbito del derecho laboral en algún precedente se consideró solidariamente responsable al director suplente¹³.

b) Casos dudosos.

⁷ En contra se manifiesta EDUARDO M. FAVIER-DUBOIS quien manifiesta que si bien los síndicos societarios quedarían excluidos la responsabilidad alcanza a los miembros del consejo de vigilancia. El autor señala que “pensamos que en su caso la responsabilidad puede alcanzar a los miembros del consejo de vigilancia (art. 281, LSC 19550)” (FAVIER-DUBOIS, Eduardo M., “Concursos y quiebras”, Bs. As., Ed. Errepar, 2003, pág. 300).

⁸ MIGUEL ARAYA indica que “la responsabilidad concursal, sin embargo, no alcanza a los órganos de fiscalización, que por supuesto responderán bajo el régimen societario, pero que no pueden ser demandados invocando la responsabilidad concursal” (ARAYA, Miguel C., “Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales”, en “La Ley” 2009-A, 1151).

⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto, “Derecho de las sociedades comerciales”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1994, pág. 429.

¹⁰ ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo A., CHIAVASSA, Eduardo N., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008-3, “Abuso de la personalidad societaria”, 2009, pág. 247.

¹¹ Id. pág. 247.

¹² GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1981, pág. 165.

¹³ CNTrab., Sala V, “Escobar, Juan Ramón c/ Brendyfruit S.A. y otros”, 20/05/2009, en “Doctrina del Trabajo” 2009 (diciembre), pág. 404.

El fallo recibió las críticas de Juan José Etala quien expresó que “sancionar con responsabilidad solidaria al director suplente es castigarlo por algo que jamás pudo evitar ya que ninguna función tiene en el directorio de la empresa mientras sea suplente” (ETALA, Juan José, “Responsabilidad solidaria del director suplente”, en “Doctrina del Trabajo” 2009 (diciembre), 404).

Se presenta la duda respecto a si el administrador de hecho puede ser alcanzado por la acción prevista en el art. 173, primera parte, de la L.C.Q.

Laura Filippi conceptualiza al administrador de hecho como “el sujeto que en forma personal, directa y activa gestiona –en forma individual o colegiada- a la sociedad, careciendo el mismo de un válido “título” a tal fin”¹⁴.

En la República Argentina autorizada doctrina incluye al administrador de hecho entre los legitimados pasivos de esta acción de responsabilidad¹⁵. Se señala que la atribución de responsabilidad de los directores de hecho “deriva -como bien lo señala Bonelli- de la circunstancia que las cargas impuestas por la ley a los administradores y la paralela responsabilidad proveniente de su infracción, más que preceptos vinculados con una investidura formal, son reglas que se relacionan con el correcto desenvolvimiento de la gestión de la sociedad, independientemente de la calidad formal del sujeto que ejercita dicha actividad”¹⁶. En la doctrina española se ha dicho que “responden en los mismos términos que los administradores de derecho”¹⁷.

En el ámbito concursal la jurisprudencia ha alcanzado con efectos sancionatorios a los administradores de hecho. Así, por ejemplo se aplicó la interdicción de salida al exterior prevista en el art. 25 de la L.C.Q. a los administradores de hecho en los concursos preventivos de Correo Argentino y Telearte S.A.¹⁸.

En una posición opuesta se manifiesta Darío Graziabile quien señala que la inhabilitación falencial debe ser interpretada en forma restrictiva y por ello no alcanza a los administradores de hecho¹⁹.

3. Conductas antijurídicas.

Félix A. Trigo Represas señala que “antijuridicidad e ilicitud son términos sinónimos, y es ilícito todo acto contrario al ordenamiento jurídico, considerado éste en su totalidad, aludiéndose al principio de la unidad del ordenamiento jurídico, que hace que cada norma no pueda ser considerada como una individualidad estanca o asilada, sino, muy por el contrario, como un elemento conceptualmente inseparable de un complejo jurídico pleno o integral”²⁰.

¹⁴ FILIPPI, Laura, “La figura del “administrador de hecho en las sociedades anónimas”, en “La Ley” 2004-A, 1262.

¹⁵ BERGEL, Salvador Darío, “Responsabilidad de terceros en la quiebra (Arts. 166 a 169 ley 19.551)”, en “La Ley” 1981-I, 742; MARTORELL, Ernesto Eduardo, “Tratado de concursos y quiebras”, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, t. III, pág. 460; GARCIA MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho concursal”; Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 440; ESTÉVEZ, Jorge A., “Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad”, en “La Ley” 2000-B, 1232.

¹⁶ FARGOSI, Horacio y FARGOSI, Alejandro E., “Notas sobre los directores de hecho”, en “La Ley” 1987-E, 577.

¹⁷ ARANZABAL, Gonzalo, “Responsabilidad civil de los administradores sociales”, en Revista de actualidad, KPMG Abogados, marzo-abril 2009, en http://194.224.54.182/docs%5C090304/2009_7_03.pdf

¹⁸ Véase: FILIPPI, L., op. cit., 1262.

¹⁹ GRAZIABILE, Darío J., “Inhabilitación falencial”, en “La Ley” 2006-F, 1240.

²⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los presupuestos de la responsabilidad civil”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de agosto de 2004, publicada en www.laleyonline.com.ar, página visitada el 12/12/2005.

Por su parte Carlos Alberto Calvo Costa se refiere a la antijuridicidad señalando que la misma debe ser entendida “como mera relación contradictoria entre la conducta obrada y las exigencias del Derecho en su conjunto, es una y la misma para todo el derecho”²¹. Y luego agrega el citado autor que “estimamos que merece destacarse que el ordenamiento jurídico es uno solo, por lo cual la antijuridicidad también debe ser apreciada unitariamente, cualquiera sea la rama del derecho de la cual emane la prohibición y al margen de las consecuencias que cada campo tenga prevista para la conducta ilícita”²².

El art. 173, primera parte de la L.C.Q., establece cuatro conductas calificadas como antijurídicas en las cuales de incurrir los representantes dará lugar a la responsabilidad de los mismos. Dichas conductas son producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial o la insolvencia del deudor.

A continuación calificaremos cada una de las conductas antijurídicas mencionadas.

(i) Producir: Es generar u originar la situación patrimonial o la insolvencia del deudor. Es aportar una condición “sine qua non” al resultado dañoso²³ o en otros términos, es haber causado la disminución de la responsabilidad patrimonial o provocado la insolvencia²⁴. Ernesto Eduardo Martorell señala que es pasible del reproche legal tanto el que llevó a cabo la conducta determinante para que acaezca el resultado dañoso como quien aporta una condición esencial para que aquél se produzca²⁵.

Algunas de las conductas que ejemplifican tal proceder, y que habitualmente encontramos en nuestra jurisprudencia, es la enajenación simulada de bienes, o la apropiación de bienes pertenecientes al fallido, como también, la constitución de garantías incausadas en beneficio propio o de terceros que al ser exigidas disminuyen el patrimonio del deudor²⁶. También se incluye en este supuesto la conversión de una sociedad lícita en una sociedad ilícita o con objeto ilícito²⁷.

(ii) Facilitar: Es hacer posible la ejecución de una cosa o la consecuencia de un fin²⁸. Asimismo se expresa que significa hacer posible algo²⁹. Igualmente, se indica que la noción de “facilitar” se acerca a la “complicidad”³⁰.

²¹ CALVO COSTA, Carlos Alberto, “Las nuevas fronteras del daño resarcible”, en “La Ley” 2005-D, 1413.

²² Id., pág. 1413.

²³ BERGEL, S., “Responsabilidad...”, cit., pág. 742; BERGEL, Salvador Darío y PAOLANTONIO, Martín E., “Las acciones de responsabilidad patrimonial contra los terceros en la quiebra”, en Revista Derecho y Empresa, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, Nro. 4, pág. 235; VÍTOLO, Daniel Roque, “Infracapitalización, sobreendeudamiento y responsabilidad falencial”, en “Derecho Concursal e Iberoamericano”, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bs. As., Ad hoc, t. II, 2003, pág. 139; ROUILLON, Adolfo A. N., comentario al art. 173 de la L.C.Q. en “Código de Comercio comentado y anotado”, dirigido por Adolfo A. N. Rouillon y coordinado por Daniel F. Alonso, Bs. As., Ed. La Ley, t. IV-B, 2007, pág. 417.

²⁴ CORTÉS OLMEDO, Martín, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en “La Ley” 2004-C, 1442.

²⁵ MARTORELL, E., op. cit., pág. 457.

²⁶ ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232.

²⁷ BERGEL, S., “Responsabilidad...”, cit., pág. 742.

²⁸ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007; RIVERA, J. op. cit., pág. 321.

²⁹ BORETTO, M., “Notas...”, cit., pág. 996; BORETTO, M., “Responsabilidad civil...”, op. cit., pág. 215; BORETTO, M., “Responsabilidad...”, op. cit., pág. 312.

³⁰ ROUILLON, A., comentario al art. 173 de la L.C.Q. en “Código...”, op. cit., pág. 417.

Se discute si facilitar implica sólo una conducta positiva o también queda comprendida una omisión. Algunos autores entienden que sólo caben actuaciones o conductas activas³¹. Otros entienden que el facilitar el resultando dañoso puede darse a través de una acción o una omisión³².

Por nuestra parte, participamos de la tesis amplia que entiende que la facilitación puede concretarse tanto por acción como por omisión. En efecto, facilita el agravamiento de la situación patrimonial o la insolvencia del deudor tanto el que concurre con una conducta activa para provocar una reducción de capital como el que abandona el negocio u omite deliberadamente la presentación de los estados contables.

(iii) Permitir: Es no impedir lo que se pudo evitar. Es una conducta omisiva consistente en no adoptar las medidas que fueren menester para preservar el patrimonio del fallido. Es un no hacer lo que le impone la ley para la defensa del patrimonio bajo su gestión. Salvador Darío Bergel indica que “implica una conducta omisiva que se traduce en el abandono de las tareas que impone la ley en defensa del patrimonio confiado a su gestión. Se permite la insolvencia cuando se admite que otras personas que actúan en la esfera patrimonial del fallido realicen actos que disminuyan su responsabilidad frente a los acreedores”³³.

(iv) Agravar: Es incrementar la insolvencia del deudor. Se señala que es “tornar más intenso o más extenso el resultado dañoso”³⁴.

Daniel Roque Vítolo señala que “se agrava la insolvencia, cuando se continúa el giro de los negocios en estados de cesación de pagos o cuando se fracasa en el trámite del concurso preventivo o en el cumplimiento del acuerdo”³⁵. Adolfo A.N. Rouillon señala que “agravar no parece tener relevancia como concepto autónomo. Basta que cualquiera de las anteriores tres conductas se configure para que, reunidos los demás presupuestos de esta acción, el sujeto imputado deba responder”³⁶.

(v) ¿Prolongar?

La ley 24.522 no estableció de manera expresa como conducta antijurídica el “prolongar” la situación patrimonial o la insolvencia del deudor. Se marca una diferencia con el art. 166 de la ley 19.551 que reprochaba al representante que “prolongare” la disminución de la responsabilidad patrimonial o la insolvencia de la sociedad fallida.

³¹ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Ley de concursos y quiebras comentada”; Bs. As., Ed. Lexis Nexis Depalma, t. II, 2003, pág. 337; MARTORELL, E., op. cit., pág. 458.

³² MANÓVIL, Rafael M., “Grupos de sociedades en el Derecho Comparado”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, pág. 776; ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232; CORTÉS OLMEDO, Martín, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en “La Ley” 2004-C, 1442; VÍTOLO, Daniel Roque, “Responsabilidad de terceros en caso de quiebra. Acciones de los acreedores”, en “Revista de Derecho de Daños”, Santa Fe, Ed., Rubizani Culzoni, 2001-3, “Daños en la actividad comercial”, 2001; VÍTOLO, D., “Infracapitalización...”, cit., pág. 139; VÍTOLO, Daniel Roque, “Concursos y quiebras”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2007, pág. 521; TEVEZ, Alejandra N., “Responsabilidad por daños a la quiebra”, en “Doctrina Judicial” 2003-2, 146; BARAVALLE, Roberto y GERBAUDO, Germán, “Responsabilidad de los representantes y terceros en la quiebra”, en Zeus, boletín Nro. 11114, 07/12/2009.

³³ BERGEL, S., “Responsabilidad...”, cit., pág. 742.

³⁴ ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232; VÍTOLO, D., “Concursos...”, cit. pág. 521.

³⁵ VÍTOLO, D., “Concursos...”, cit. pág. 521; VÍTOLO, D., “Infracapitalización...”, cit., pág. 139.

³⁶ ROUILLON, A., comentario al art. 173 de la L.C.Q. en “Código...”, op. cit., pág. 417.

Sin embargo, pese a la omisión del legislador, la doctrina considera que el prolongar queda incluido tanto en el permitir cuanto en el agravar la situación patrimonial o la insolvencia del deudor³⁷.

Mariano Gagliardo señala que “teniendo en cuenta que la acción de prolongar (la situación patrimonial del fallido o su insolvencia) se relaciona con la extensión temporal de los efectos perjudiciales, la supresión no parece convincente”³⁸.

Se sostiene que el prolongar se vincula con la agonía del patrimonio insolvente³⁹.

4. Momento en que debieron producirse las conductas antijurídicas.

Las conductas antijurídicas que pueden dar lugar a responsabilidad son las llevadas a cabo por los administradores hasta un año antes de la fecha de inicio de la cesación de pagos (art. 174 de la L.C.Q.).

No debe confundirse fecha de inicio de la cesación de pagos con la retroacción. Para el supuesto de responsabilidad de los representantes, la antelación de un año se computa desde la fecha de inicio de la cesación de pagos (art. 115 de la L.C.Q.), y no a partir del plazo de retroacción indicado en el art. 116 de la L.C.Q.

Se señala que “la razón de la ampliación del plazo en relación al período de retroacción, radica en que hay actos que son dañosos para la quiebra y que se produjeron en fecha anterior a la exteriorización de la cesación de pagos, pero que pueden ser determinantes para la producción ulterior de la insolvencia o cesación de pagos o pueden haber contribuido a la disminución de la responsabilidad patrimonial”⁴⁰.

5. Resultado dañoso.

El daño es el presupuesto central en materia de responsabilidad civil ya que sin él no surge el deber de resarcir. Es el eje en torno al cual gira todo el fenómeno resarcitorio⁴¹.

Teniendo en cuenta la cronología temporal el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica; pero, desde el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente empieza recién a plantearse cuando el daño se ha causado.

³⁷ RIVERA, J., op. cit., págs. 321 y 322; VASALLO, Gerardo G., “La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras”, en “Jurisprudencia Argentina” 1996-III, 954.

³⁸ GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad falencial”, en “Jurisprudencia Argentina” 1999-IV, 178; GAGLIARDO, Mariano, “Enfoque de la responsabilidad falencial”, en “La Ley”, Suplemento de Concursos y quiebras, 2009 (octubre), 12.

³⁹ CORTÉS OLMEDO, M., op. cit., pág. 1442.

⁴⁰ ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232.

⁴¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Bs. As., Ed. Depalma, 1993, pág. 169.

Es por ello que no se trata de un presupuesto o elemento más de la responsabilidad civil, sino el más importante⁴². Es en definitiva, el presupuesto alrededor del cuál gravita la responsabilidad⁴³.

Jorge Bustamante Alsina expresa que “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”⁴⁴.

Las conductas antijurídicas ya descriptas deben causar el resultado dañoso que según la ley consiste en la insolvencia o el agravamiento de la situación patrimonial del deudor.

6. Factor de atribución.

Un diferencia importante entre la ley 19.551 y la actual 24.522 se encuentra en orden al factor de atribución. En el régimen anterior se establecían como factores de atribución el dolo o la infracción a normas inderogables por la ley. La fórmula utilizada por el legislador de la ley 19.551 al mencionar la expresión “en infracción a las normas inderogables de la ley” dio lugar a un arduo debate entre quienes circunscribían el factor de atribución al dolo⁴⁵ y quienes consideraban que en la formula legal quedaba comprendida tanto el dolo como la culpa⁴⁶.

El actual ordenamiento cerró dicho debate al consagrar en el texto legal la tesis restrictiva, admitiendo sólo al dolo como factor de atribución.

La mayor parte de la doctrina se manifestó en contra de esta restricción del factor de atribución⁴⁷.

⁴² TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs As, Ed. La Ley, t. I, 2005, pág. 393.

⁴³ LORENZETTI, Ricardo L., “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en “La Ley” 1993-D, 1140.

⁴⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2004, pág. 169.

⁴⁵ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba”, Nro. 1, vol. II, 1993, pág. 522.

⁴⁶ BERGEL, S., “Responsabilidad...”, cit., pág. 742; ETCHEVERRY, Raúl A., “Supuestos de extensión de quiebra”, en “La Ley” 1982-B, 812; BORGHI, Carlos A. y TALE, Carlos, “Procesos concursales”, 2º edic., Córdoba, Ed. Alveroni, 1994, pág. 363; CASASOLA, Armando A. J., “La acción de responsabilidad en la quiebra”, en “Zeus” 51-Secc. Doctrina, pág. 293.

⁴⁷ BALONAS, E. Daniel, “Acciones de recomposición patrimonial”, en “La tutela de los acreedores en los procesos concursales”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2006, pág. 227; GARAGUSO, Horacio P. y GARAGUSO, Guillermo H.F., “Sistema de recomposición patrimonial falencial”, en “Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2005, pág. 31; JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; MARTORELL, E., cit., pág. 464; BORETTO, M., “Responsabilidad civil...”, cit., págs. 217 a 223; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad de terceros en el proceso falencial”, en “Derecho Concursal aplicado”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2003, pág. 269; CORTÉS OLMEDO, Martín, “La responsabilidad falencial luego de la reformas introducidas por la ley 24.522”, en “Revista de las Sociedades y Concursos”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, N° 15, marzo/abril 2002, pág. 25; MICELLI, María I., “La responsabilidad por el deber de información frente a la insolvencia societaria”, en “Jurisprudencia Argentina” 2004-III, 1144; CHOMER, Héctor C., “La recomposición patrimonial

En cambio, otros autores defendieron la restricción efectuada por la ley 24.522. Al respecto, Horacio Roitman señala que “si se admitiera el obrar culposo, se podrían revisar todos los actos realizados por la sociedad fallida durante el período de cesación de pagos, más el año adicional de retroacción, y cuyo plazo de prescripción no se computa desde que se produjeron los hechos sino desde que se dicte la sentencia de quiebra. Admitir la culpa para supuestos tan limitados (disminuir la responsabilidad patrimonial o ser causante de la insolvencia) es prácticamente no dar seguridad a las transacciones comerciales, que requieren para su eficacia plazos breves de impugnación y certeza de firmeza definitiva”⁴⁸.

Por su parte, Mariano Gagliardo señala que “la solución actual, si bien limitativa y excepcional, es además coherente con una adecuada técnica legislativa, pues la infracción de normas inderogables, en definitiva, es una descripción de la ilicitud formal superpuesta a las pautas del art. 1066 CC”⁴⁹.

En el mismo sentido se pronunciaron otros autores⁵⁰.

El Anteproyecto de reformas de la ley 24.522, elaborado por la Comisión designada mediante Resolución 89/97 del Ministerio Justicia de la Nación trató de zanjar las diferencias adoptando una tesis intermedia. Así, establece a la culpa grave como factor de atribución a la par del dolo⁵¹.

El régimen concursal no contiene una calificación del factor de atribución dolo. Por lo tanto, debemos recurrir a las disposiciones del ordenamiento civil, dónde el dolo presenta diversas acepciones. En este ámbito, la noción que nos interesa es la del dolo delictual, es decir, como elemento del delito civil. (art. 1072 del Cód. Civil). En consecuencia, el dolo consistirá en la ejecución de las conductas tipificadas por el art. 173 de la L.C.Q, a sabiendas y con intención de causar el daño a otra persona o a los derechos de otro⁵². Los elementos caracterizantes del dolo delictual son: la ejecución de un hecho “a sabiendas” y “con intención de dañar”. La primera expresión refiere al conocimiento por parte del agente del resultado dañoso que seguirá a su acción. En tanto que la segunda expresión se resume en la intención nociva⁵³.

del activo falencial. Algunas consideraciones sobre la acción de responsabilidad en la quiebra”, en “Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones” 2005-B, 221; ARAYA, Miguel C., “Responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales”, en “La Ley” 05/02/2009, pág. 1; BARAVALLE, R. y GERBAUDO, G., op. cit.

⁴⁸ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007.

⁴⁹ GAGLIARDO, M., “Enfoque...”, cit., pág. 12.

⁵⁰ RIVERA, Julio César, “Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)”, en “Jurisprudencia Argentina” 80º Aniversario, 1998-389; MANÓVIL, R., op. cit., pág. 776; ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232; VÍTOLO, D., “Responsabilidad...” cit.; VÍTOLO, D., “Infracapitalización...”, cit., pág. 139; VÍTOLO, Daniel Roque, “Responsabilidad de los administradores societarios”, en “La Ley” 2007-E, 1313.

⁵¹ Véase: LORENTE, Javier Armando, “Breve panorama e inventario del novísimo anteproyecto de reformas a la ley concursal”, en “El Derecho” 176, 835.

⁵² Se sostuvo que: “El obrar doloso debe entenderse en el sentido del derecho civil: acto ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de 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” (CNCom., Sala A, “Internacional Express S.A. c/ Obstein, Luis y otros”, 19/09/2002, en PESARESI, Guillermo M., “Jurisprudencia concursal publicada en 2003”, en “Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones”, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2005-A, pág. 151).

⁵³ PICASSO, Sebastián, ¿Hacia una ampliación de la noción de dolo delictual en el Derecho Civil?, en “La Ley” 2004-D, 651.

Nosotros consideramos que fue un desacierto del legislador de 1995 circunscribir el factor de atribución al dolo. Las razones que nos llevan a argumentar en tal sentido son las siguientes:

(i) La supresión de la posibilidad de que la culpa pueda considerarse un factor de atribución debe ser analizada en el contexto filosófico de la ley 24.522⁵⁴.

La institución de la quiebra se presenta como un instrumento del sistema económico capitalista que opera como un mecanismo para asignar pérdidas y recursos.

Dentro de ese marco, concibiéndole un carácter funcional a la ley concursal, plantearse el interrogante de cómo regular un proceso concursal no es una decisión abstracta, sino que por el contrario, dicha decisión es toda una toma de posición que implica opciones de índoles filosóficas y políticas. En consecuencia, el legislador al dictar una ley de profundas implicancias económicas como es la ley de concursos y quiebras, responde a una decisión de política económica y en esa decisión genera ganadores y perdedores si utilizamos la terminología de Guido Calabresi. La ley 24.522 debe ser estudiada atendiendo al momento histórico en que se dictó, dentro del marco de apertura de la economía imperante en la década del 90 del siglo pasado, donde dominaban los postulados de la economía mercado, provocando así un avance de la ley del mercado por sobre la ley del Estado. Era una etapa donde los operadores económicos comenzaron a postular soluciones “eficientes” y “económicas” las cuales debían provenir desde lo económico hacia lo jurídico y nunca de una forma inversa. Dentro de ese avance de la economía sobre el derecho, al establecerse el dolo como único factor de atribución para las acciones de responsabilidad de los administradores en quiebra, se pulverizaron estas acciones, otorgándose así una mayor protección a los administradores y como contrapartida se dejó con una menor tutela a los acreedores. Se flexibilizó el sistema de responsabilidad, estableciendo como principio la “irresponsabilidad de los administradores” y se generó una sensación de impunidad en el obrar de los mismos⁵⁵. De esta manera, al disminuir la responsabilidad de los representantes se provoca una traslación del riesgo empresario hacia los acreedores.

(ii) En el punto anterior vimos que el modelo económico imperante en la época de la sanción de la ley 24.522 trajo como consecuencia la flexibilización del sistema de responsabilidad concursal. Sin embargo, la solución de la ley de 1995 está en franca contradicción con las soluciones del moderno derecho de daños, que experimenta un corrimiento o un ensanchamiento de sus fronteras⁵⁶. En la actualidad, ya no hablamos

⁵⁴ Sobre las orientaciones filosóficas de la ley 24.522 puede consultarse: IGLESIAS, José A., “Las tendencias del Derecho Concursal comparado y las reformas a nuestra legislación”, en “El Derecho” 2005, pág. 685; IGLESIAS, José A., “La filosofía de la ley de concursos y quiebras”, en “La Ley” 1995-E, 1188; ESPARZA, Gustavo, “Autonomía de la voluntad y Derecho Concursal: Notas para su estudio”; en “El Derecho”, ejemplar del 22/10/1998.

⁵⁵ RICHARD, Efraín Hugo, “La sociedad en dificultad: la experiencia Argentina”, en www.acaderc.org.ar página visitada el 20 de marzo de 2008.

⁵⁶ Sobre las tendencias actuales del derecho de daños la bibliografía es extensa. Puede verse en otros los siguientes trabajos: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 15; LORENZETTI, Ricardo, “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en “La Ley” 1993-D, 1140; LORENZETTI, Ricardo L., “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, en “La Ley” 1996-B, 1107; LORENZETTI, Ricardo L., “La responsabilidad civil”, en “La Ley” 2003-A, 973; SAGARNA, Fernando Alfredo, “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución”, en “La Ley” 2000-D, 1000; CALVO COSTA, Carlos Alberto, “Las nuevas fronteras

de responsabilidad civil sino de derecho de daños, dado que “ya no se pone el acento en el victimario, hoy se protege a la víctima”⁵⁷. Así se ha pasado de un modelo de la responsabilidad como deuda al de la responsabilidad como crédito, en razón de que ya no se mira tanto la conducta del sujeto deudor para castigarlo sino que se observa el interés del sujeto acreedor para repararle el daño sufrido⁵⁸. Hoy la víctima del daño se presenta como el sujeto débil a quien se debe tutelar, y en consecuencia, el acento ya no se lo pone en el carácter punitivo de la acción lesiva sino en el hecho productor del daño resarcible⁵⁹. El daño se convierte “en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual girará aquel”⁶⁰.

La limitación de responsabilidad que se persigue con la ley 24.522, desatiende las modernas tendencias del derecho de daños, en razón que no pone el acento en el daño injusto, para así buscar su reparación, sino que por el contrario, se limita a proteger a los representantes de la fallida.

(iii) El administrador in bonis se encuentra en una situación más gravosa que el administrador de la sociedad quebrada. El representante de una sociedad en quiebra responde sólo por su dolo –salvo el supuesto del ejercicio de acciones sociales en la quiebra y/o el ejercicio de acciones de responsabilidad fundadas en normas del Cód. Civil-. Por el contrario, el administrador de una sociedad in bonis responde tanto por dolo como por culpa.

El art. 59 de la L.S.C. expresa que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Esta disposición establece una directriz que deben observar los administradores. Deben adecuar su conducta al marco legal que fija el precepto, actuando con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios⁶¹. En tal sentido se señala que “como el ordenamiento jurídico no puede exigir que los administradores de bienes ajenos tengan éxito en todas las decisiones que tomen, ni puede tampoco precisar qué deben hacer en cada caso que se les presente, se conforma –cuanto menos- con dejar sentado una suerte de marco para juzgar su conducta, y poder así precisar si actuaron o no conforme a derecho”⁶².

del daño resarcible”, en “La Ley” 2005-D, 1413; PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, “Visión actual de la responsabilidad civil”, en “La Ley” 16/05/2005, pág. 1.

⁵⁷ SAGARNA, Fernando Alfredo, “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución”, en “La Ley” 2000-D, 1000.

⁵⁸ LORENZETTI, R., “El sistema...”, cit., pág. 1140; LORENZETTI, R., “Las nuevas...”, pág. 1107; LORENZETTI, R., “La responsabilidad...” pág. 973.

⁵⁹ FRANZONI, Máximo, “La actividad peligrosa”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 121.

⁶⁰ CALVO COSTA, C., “Las nuevas...”, cit., pág. 1413.

⁶¹ Se señala que “la pauta del “buen hombre de negocios” tiene un alto contenido axiológico y, por ende, la norma no sólo es imperativa, en cuanto no es disponible por las partes, sino que interesa al orden público económico” (JUNYENT BAS, Francisco y IZQUIERDO, Silvina, “Responsabilidad de los administradores societarios”, en “La Ley” 2007-E, 1119).

⁶² ABDALA, Martín E., “Obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades”, en “La Ley” 2008-C, 1208.

Al adoptar un modelo abstracto, tal como los es, el de un “buen hombre de negocios”, la L.S.C. se ubica en el clásico régimen romano de la gradación de la culpa⁶³.

Asimismo, se señala que “las referidas pautas de conducta establecidas en el art. 59 de la ley de sociedades, facilitan la acción de responsabilidad, en el sentido de que probado el incumplimiento de uno u otro deber, la responsabilidad del administrador se presume”⁶⁴.

Por su parte, el art. 274 de la L.S.C. regula la responsabilidad de los directores de la S.A. estableciendo en su primera parte que “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

Se observa así una contradicción entre los arts 59 y 274 de la L.S.C con el art. 173 de la L.C.Q. dado que los primeros resultan más severos que el ordenamiento concursal al atribuir responsabilidad⁶⁵.

En conclusión, consideramos que fue un desacierto la supresión de la culpa como factor de atribución en el régimen concursal. Al establecer como único factor de atribución al dolo se limita considerablemente la promoción de estas acciones con el consiguiente perjuicio a los acreedores. Las dificultades probatorias del dolo hacen que en la práctica no se promuevan este tipo de acciones de responsabilidad concursal o que iniciadas no prosperen, consagrándose una suerte de “irresponsabilidad de los administradores”.

Las dificultades de probar el dolo obedecen a que “es un proceso psicológico que se desarrolla dentro de la intimidad de cada ser”⁶⁶. Por lo tanto, es evidente que el síndico o el acreedor que promueve la acción concursal de responsabilidad se encuentran generalmente frente a la imposibilidad de obtener una prueba directa del dolo y deberá contenerse con otra prueba como ser indicios, conjeturas u otros argumentos indirectos.

En definitiva, entendemos que el factor de atribución dolo y la exigencia de previa autorización de los acreedores funcionan como dos cortapisas que en la práctica neutralizan el ejercicio de las acciones concursales de responsabilidad.

7. Relación de causalidad.

⁶³ OTAEGUI, Julio C., “Responsabilidad civil de los directores”, en “Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones”, Bs. As., Ed. Depalma, 1978, pág. 1285.

⁶⁴ ROMANO, Alberto, “Las acciones de responsabilidad y los administradores (en pos de su eficacia ante situaciones que las justifican)”, en “Derecho Concursal e Iberoamericano”, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bs. As., Ad hoc, t. II, 2003, pág. 181.

⁶⁵ Véase: JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; BORETTO, M., “Responsabilidad civil...”, cit., págs. 220 a 222.

⁶⁶ TRIGO REPRESAS, Felix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs. as., Ed. La Ley, t. I, 2005, pág. 677.

Para que surja el deber de resarcir debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho de la persona y el resultado dañoso. La relación de causalidad es un vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen. En este caso debe existir una relación de causalidad entre la conducta dolosa desarrollada por el representante y el resultado dañoso

8. Extensión de resarcimiento.

Tratándose de hechos llevados a cabo con dolo se responde por las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales (arts. 901 y 905 del Cód. Civil).

Debido a que el daño del representante es imputable a título de dolo no es posible aplicar la atenuación de responsabilidad prevista por el art. 1069 del Cód. Civil⁶⁷.

Rafael Mariano Manóvil señala que “la responsabilidad entre los imputados es solidaria si se trata de autores o coautores de los mismos hechos. Ello se funda en las disposiciones de derecho común en la materia (art. 1081, Cód. Civil). Pero esta solidaridad no debe inducir a atribuir responsabilidad solidaria a todos quienes formaron parte del órgano de administración, porque la ley imputa responsabilidad solamente a quienes han sido los actuantes (por acción u omisión) de la conducta incriminada y no extiende la responsabilidad al modo en que ocurre en el ámbito de la responsabilidad societaria del artículo 274 de la Ley de Sociedades”⁶⁸.

III. Ejercicio de las acciones societarias en la quiebra.

1. Figura legal.

El art. 175 bajo el título de “socios y otros responsables” establece que “El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios ilimitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico”. El segundo párrafo del precepto se denomina “acciones en trámite” y dispone que “Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continuarán por ante el juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado”.

2. ¿A qué tipo de acciones hace referencia la ley?

La primera duda que se presenta en la doctrina gira en torno a determinar a qué clase de acción se refiere la norma. Es decir, si se refiere a las acciones sociales de responsabilidad o a las acciones individuales o bien comprendía a ambas especies.

La doctrina se inclinó por señalar que la disposición del art. 175 de la L.C.Q. se refiere a las acciones sociales de responsabilidad (arts. 276 y 277 de la L.S.C.)⁶⁹.

⁶⁷ La segunda parte de dicho precepto fue incorporada por la ley 17.711 y establece que “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

⁶⁸ MANÓVIL, R., op. cit., pág. 777.

⁶⁹ RIVERA, J., op. cit., pág. 331; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., op. cit., pág. 348; JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en ponencia

3. Legitimación activa.

La acción puede ser promovida por el síndico. En tanto que si las acciones están en trámite, la actuación que le cabe al síndico varía según quien haya promovido la acción antes de la quiebra. Si la acción fue promovida por un socio, éste puede conservar el rol de actor y el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante o mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que correspondan al concursado por separado. Por contrario, si la acción social en trámite había sido promovida por la sociedad -ahora fallida- sólo podrá ser continuada por el síndico en razón de que aquella ha perdido legitimación procesal para actuar en los juicios respecto de los bienes desapoderados⁷⁰.

También puede ser ejercida por cualquier acreedor interesado ante la inacción de la sindicatura. Resulta aplicable lo dispuesto por el art. 278 de la L.S.C. que indica que “En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y en su defecto se ejercerá por los acreedores individualmente”. A tal efecto, el acreedor previamente deberá emplazar al síndico en los términos del art. 120 de la L.C.Q. Igualmente, se sostiene que el acreedor podría ejercer esta acción por vía de la acción subrogatoria u oblicua establecida en el art. 1196 del Cód. Civil⁷¹.

Asimismo se admite que pueda ser ejercida por socios y accionistas⁷².

presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2000, pág. 457; TEVEZ, A., “Responsabilidad...”, cit., pág.146; NEDEL, Oscar, “Síndico societario. Responsabilidad”, en “Enfoques” 2003 (noviembre), 96.

⁷⁰ GURDULICH, Graciela M., “Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas. El ejercicio de la acción social de responsabilidad. El caso de terceros”, en Libro de ponencias del VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, Bs. As., 17 a 19 de septiembre de 1998, de. Ad Hoc, t. II, 1998, pág. 240; ROUILLON, A., comentario al art. 175 de la L.C.Q. en “Código...”, op. cit., pág. 428.

⁷¹ FERRER, Germán, “La acción de responsabilidad de directores por el daño social que se traslada en forma indirecta al accionista (en el proyecto de reforma a la ley de Sociedades Comerciales argentina), en “Jurisprudencia Argentina” 2005-I, 928.

El codificador Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield siguiendo al Código Civil Francés estableció en el art. 1186 la acción subrogatoria en los siguientes términos “Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”. Atilio Aníbal Alterini indica que “*Subrogar* es sustituir o colocarse en lugar de otro, y la subrogación procede cuando el deudor, acreedor de un tercero, no ejerce la acción que le compete contra éste y, de tal modo, priva a sus propios acreedores de ver incorporado el objeto del crédito a su patrimonio” (ALTERINI, Atilio Aníbal, “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo”, 1º ed., 1ª reimp., Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1999, pág. 431).

⁷² FAVIER-DUBOIS, E., op. cit., pág. 305; MARTORELL, E., op. cit., pág. 455.

En las conclusiones del V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y del VII Congreso Argentino de Derecho Concursal, realizado en la ciudad de Mendoza, República Argentina, los días 4 al 7 de octubre de 2009 se expresó que “Los accionistas individualmente, están facultados a iniciar la acción social de responsabilidad en el caso de quiebra, aunque la misma no haya sido decidida por asamblea”

4. ¿Es exigible la previa autorización del art. 119 de la L.C.Q.?

La doctrina y la jurisprudencia en forma mayoritaria sostienen que no es necesario que el síndico obtenga la previa autorización de los acreedores para promover estas acciones⁷³. Otros autores fundándose en el 176 de la L.C.Q. que remite al art. 119 de la L.C.Q. se inclinan por la exigibilidad de la autorización previa⁷⁴.

⁷³ En doctrina: RIVERA, J., op. cit., pág. 331; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., op. cit., pág. 348; JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; BORETTO, M., "Notas...", pág. 996; BORETTO, M., "Responsabilidad civil...", op. cit., pág. 255; BORETTO, M., "Responsabilidad de terceros...", cit., pág. 269; DASSO, Ariel G. y DASSO, Javier A., "Las acciones de responsabilidad contra el administrador y el accionista por actuación en la zona de insolvencia son de índole concursal y no societaria", en "Revista de Derecho Concursal", Rosario, Ed. Zeus, t. VIII, pág. 41; VILLOLDO, Juan M., "Jurisprudencia sobre la autorización al síndico del artículo 119 de la LCQ", en "Revista de Derecho Concursal", Rosario, Ed. Zeus, t. VIII, pág. 203; MARTÍNEZ IRIARTE, Cleto, "La acción social de responsabilidad y la quiebra de la sociedad", en "Estudios de Derecho Comercial moderno", Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2007, pág. 767; BOQUIN, Gabriela, "Consecuencias de la quiebra de personas jurídicas. Acción de responsabilidad societaria ejercida en la quiebra. Su naturaleza y consecuencias", ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza octubre de 2009.

En la jurisprudencia: CNCCom., Sala D, "Confortar Hogar S.A. s/ quiebra c/ Serrano, Ernesto Lorenzo y otros s/ ordinario", 11/06/2007, en www.eldial.com; CNCCom., Sala B, "Laukakolor S.A.s/ quiebra c/ Vitullo, Rubén y otros s/ ordinario", 26/06/2008, en IJ-XXX-85; CNCCom., Sala B, "Ediciones Tenerife S.A. s/ quiebra c/ Sahoalier IDEL s/ ordinario", 11/09/2008, en IJ-XXX-943.

⁷⁴ GRISPO, Jorge Daniel, "Concursos y Quiebras. Ley 24.522.", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2003, pág. 859; ROUILLON, Adolfo A.N., "Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522", 15 ° edic., Bs. As., Ed. Astrea, 2006, pág. 287; ROUILLON, A., comentario al art. 175 de la L.C.Q. en "Código...", op. cit., pág. 428; CONIL PAZ, Alberto, "Responsabilidad de los representantes sociales y quiebra", en L.L. 1996-C, 177; FAZIO, María Alicia, "La infracapitalización y la tarea del síndico concursal", en "Impuestos" 2006-4, 673; RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VITOLLO, Daniel Roque, "Ley de concursos y quiebras", 3° ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, t. III, 2005, pág. 154; ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales comentada y anotada", Bs. As., Ed. La Ley, 2006, t. IV, pág. 594; ROITMAN, Horacio, "Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra", en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007; BARAVALLE, Roberto A. y GRANADOS, Ernesto I.J., "Ley de concursos y quiebras. 24.522"; Rosario, de Liber, t. II, 1996, pág. 245; VASALLO, G., op. cit., 954; FERRARIO, Carlos Ángel M., ÁLVAREZ, Javier, GALLI, Claudio, MOZZI, Germán, PERILLO, Fernando, SICOLI, Jorge, SILBERT, Mariano y TETTAMANZI, Eduardo, "Ley de concursos y quiebras comentada y anotada", Bs. As., Ed. Errepar, 2008, pág. 358; SOSA, Federico, "Apostillas sobre la autorización para el inicio de acciones de responsabilidad por parte del síndico de la quiebra de una sociedad", en "La Ley", Suplementos de Concursos y Quiebras (agosto, 2009), pág. 25; TRUFFAT, E. Daniel, "Otra vez sobre las acciones sociales de responsabilidad en la quiebra y lo referido a su discutible autorización en los términos del art. 119, LCQ", en "Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones", Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, enero/febrero 2008, Nro. 228, pág. 225; SOSA, Federico, "Apostillas sobre la autorización para el inicio de acciones de responsabilidad por parte del síndico de la quiebra de una sociedad", en L.L., Suplementos de Concursos y quiebras, 2009 (agosto), pág. 25; MUGUILLO, Roberto A., "Ley de sociedades comerciales", Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2009, pág. 429.

En esta línea se inscribe en Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades elaborado por la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina N° 112/2005 que en el art. 278, última parte, expresa que "cuando no medió resolución de la asamblea, el síndico puede ejercerla y, en su defecto, puede deducirla cualquier acreedor interesado, aplicándose lo dispuesto por la ley 24.522 en los arts. 119, tercer párrafo, y 120, párrafos primero y segundo".

Por nuestra parte, compartimos la primera de las tesis. Consideramos que no corresponde exigir la previa autorización del art. 119 de la L.C.Q. por las siguientes razones: (i) la misma no está expresamente contemplada para este tipo de acciones societaria. Si el legislador, hubiera tenido la intención de exigir este recaudo de admisibilidad, lo hubiera establecido en forma expresa. Esto se avala en que al regularse las acciones de responsabilidad concursal del art. 173 de la L.C.Q. expresamente se ha establecido en el art. 174 in fine la remisión a la autorización previa prevista en el art. 119, tercer párrafo. (ii) No puede aplicarse la analogía respecto de una norma limitativa: Es indudable que la previa autorización de los acreedores contenida en el art. 119 de la L.C.Q. es una norma limitativa para el ejercicio de estas acciones por lo tanto no puede aplicarse analógicamente a otros supuestos no contemplados en la ley. Werner Goldschmidt se refiere a la analogía expresando que “si un caso no está previsto en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la reglamentación del último debe darse igualmente al primero (analogía legal en sentido estricto)”⁷⁵. Siendo la norma, prevista por el art. 119 de la L.C.Q., limitativa de la posibilidad de accionar, no puede ser aplicada en forma analógica a situaciones no previstas como es el caso que nos ocupa. Una interpretación contraria implicaría habilitar al magistrado para crear pretorianamente una exigencia que privaría a un justiciable de la facultad de demandar sin base en la ley concretamente referida a esa situación litigiosa. (iii) La acción social de responsabilidad no es una acción de índole concursal sino societaria. La circunstancia de que conforme al art. 175 de la L.C.Q. sea ejercida en el marco de una quiebra no modifica la naturaleza societaria de la misma. En todo caso, lo que ocurre con la quiebra es una subrogación o una traslación de la legitimación en cabeza del síndico quien como consecuencia de la declaración de quiebra administra el activo falencial y desplaza al fallido en la legitimación procesal en las acciones que conciernan a bienes desapoderados pero ello no hace mutar la naturaleza de la acción. Por lo tanto, el recaudo de la previa autorización de los acreedores es una exigencia propia de las acciones concursales que no puede trasladarse a una acción societaria.

5. ¿Es necesaria la decisión de la asamblea de accionistas para promover la acción social de responsabilidad en caso de quiebra de la sociedad?

El art. 276 de la L.S.C. dispone que la acción social de responsabilidad es ejercida por la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas, la que puede adoptar dicha decisión aun cuando no conste en el orden del día si es consecuencia directa de la resolución de un asunto si incluido en el mismo.

Consideramos que en caso de quiebra no es necesario cumplir con la previa habilitación de la asamblea. Ello se debe a que la declaración de quiebra provocó la disolución de la sociedad (art. 94, inc. 6º de la L.S.C.)⁷⁶ y, por lo tanto, los órganos sociales están separados de las administración y disposición de los bienes sociales como consecuencia del desapoderamiento falencial, siendo dichas facultades ejercidas por el síndico de la quiebra (arts. 107, 109 y 110 de la L.C.Q.)⁷⁷. Exigir que el

⁷⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, 6º ed., Bs. As., Ed. Depalma, 1996, págs. 294 y 295.

⁷⁶ El precepto dispone que “La sociedad se disuelve...6) por la declaración de quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordato resolutorio”.

⁷⁷ El art. 107 expresa que “El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y

síndico convoque a la asamblea para recabar esta autorización sería requerir un recaudo no previsto en la ley e implicaría crear una restricción a la promoción de la acción social en caso de quiebra. Por otra parte, es menester destacar que jamás una decisión de la asamblea podría enervar la promoción de la acción por parte del síndico concursal en razón de que conforme indica el art. 275 de la L.S.C. la extinción de responsabilidad resuelta por el órgano de gobierno es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

6. Legitimados pasivos.

El art. 175 de la L.C.Q. señala como sujetos pasivos de la acción a los socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores.

Una importante diferencia con respecto a la acción concursal de responsabilidad del art. 173 de la L.C.Q. es que en la acción social ejercida en la quiebra se dirige también contra otras personas ajenas al órgano de administración social, v. gr. contra el síndico o los socios limitadamente responsables. En lo que refiere al síndico societario su responsabilidad emana del art. 296 de la L.S.C. que establece que “Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico”. En tanto que la responsabilidad del liquidador emerge del art. 108 de la L.S.C. que expresa que “Las obligaciones y la responsabilidad de los liquidadores se rigen por las disposiciones establecidas para los administradores, en todo cuanto no esté dispuesto en esta Sección”.

7. Factor de atribución.

No existe la limitación del art. 173 de la L.C.Q. que únicamente se refiere a las acciones previstas en dicho precepto. En este caso el factor de atribución es el que emerge del régimen societario: dolo o culpa.

La diferencia es sustancial y presenta indudables ventajas prácticas por cuanto la prueba de la culpa presenta menores dificultades que el dolo y, en consecuencia, existen mayores posibilidades de obtener la reparación del daño ocasionado.

8. Competencia.

En todos los casos, sea que se trate de iniciación o continuación de las acciones sociales, la competencia se desplaza hacia el juez del concurso (arts. 175 y 176, parte final, L.C.Q.)⁷⁸.

administración”. Por su parte, el art. 109, en su primera parte, dice que “El síndico tiene la administración de los bienes y participa de sus disposición en la medida fijada en esta ley”. Y, finalmente, el art. 110 en su primera parte reza que “El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico”.

⁷⁸ TEVEZ, A., “Responsabilidad...”, op. cit., pág. 146; ROUILLON, A., comentario al art. 175 de la L.C.Q. en “Código...”, op. cit., págs. 428 y 429; RIVERA, J., ROITMAN, H. y VITOLLO, D., “Ley de concursos...”, op. cit., t. III, pág. 155; ROITMAN, H., “Ley de sociedades...”, op. cit., pág. 595; BARAVALLE, R. y GRANADOS, E., “Ley de concursos...”, op. cit., pág. 245; MUGUILLO, R., “Ley de sociedades...”, op. cit., pág. 429.

9. Prescripción de la acción social de responsabilidad cuando es ejercida en la quiebra.

El tema prescripción para promover esta acción ante la quiebra de la sociedad da lugar a un arduo debate en la doctrina.

Algunos autores consideran que el plazo de prescripción es el de diez años previsto por el art. 846 del Código de Comercio en razón de que el síndico es un tercero en relación con la sociedad⁷⁹. Otros entienden que la quiebra aparece como un tercero respecto de los civilmente responsables y, por lo tanto, se aplicaría el plazo de prescripción de dos años que prescribe el art. 4037 del Código Civil para los supuestos de responsabilidad civil extracontractual⁸⁰. Asimismo, existen autores que postulan la aplicación de un plazo de tres años de conformidad al art. 848 inc. 1º del Código de Comercio⁸¹.

10. Renuncia o transacción resuelta por asamblea y advenimiento de la quiebra.

El art. 275 de la L.S.C. bajo el título de “extinción de responsabilidad” expresa que “La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal”.

Carlos Molina Sandoval indica que “De la norma transcrita emanan tanto los supuestos de extinción como sus obstáculos. Las hipótesis de extinción son: i) aprobación de la gestión; ii) renuncia; iii) transacción. Por su parte, los obstáculos son: i) que la responsabilidad sea por violación de la ley, estatuto o reglamento; y ii) medie oposición del cinco por ciento del capital social; iii) es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal”⁸².

Se observa así que la aprobación de la gestión de los directores y gerentes resuelta por la asamblea se torna ineficaz en caso de quiebra. La declaración de falencia se presenta como un obstáculo para la extinción de responsabilidad. En otros términos,

⁷⁹ NISSEN, Ricardo Augusto, “Curso de derecho societario”, 1ª ed., 2ª reimp., Bs. As., ed. Ad Hoc, 2001, pág. 483.

⁸⁰ OTAEGUI, Julio César, “Administración societaria”, Bs. As., Ed. Ábaco, 1979, pág. 415; RIVERA, J., ROITMAN, H. y VITOLLO, D., “Ley de concursos...”, op. cit., t. III, pág. 154; ROITMAN, H., “Ley de sociedades...”, op. cit., t. IV, pág. 595; GACIO, Marisa, “Afectación de las garantías previstas por la Resolución 20/04 (I.G.J.) en las acciones de responsabilidad societaria y concursal de los administradores”, en “Enfoques” 2005 (noviembre), pág. 77; FERRER, Germán, “Prescripción de la acciones social de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, Nro. 22 “Prescripción liberatoria”, 2000, pág. 155; FERRER, Germán, “La acción de responsabilidad de directores por el daño social que se traslada en forma indirecta al accionista (en el proyecto de reforma a la ley de Sociedades Comerciales argentina), en “Jurisprudencia Argentina” 2005-I, 928.

⁸¹ BERGEL, S., “Responsabilidad...”, op. cit., pág. 742; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad de terceros en el proceso falencial”, en “Derecho Concursal aplicado”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2003, pág. 201; TRUFFAT, E. Daniel, “El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad en la quiebra”, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2009-B, pág. 521.

⁸² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Responsabilidad de los directores de la sociedad anónima: supuestos y excepciones”, en www.laleyonline.com.ar

podría afirmarse que la quiebra provoca el renacimiento de la responsabilidad que se había extinguido por aprobación de la gestión, renuncia o transacción. Así, Horacio Roitman indica que “las responsabilidades aprobadas, o incluso renunciadas in bonis, renacen en toda plenitud ante la falencia”⁸³.

11. ¿Puede ejercerse la acción social de responsabilidad en el concurso preventivo?

Tanto el art. 175 de la L.C.Q. como el art. 278 de la L.S.C. hacen referencia a la quiebra y no al concurso preventivo. Esto lleva a indagarse si la acción social de responsabilidad puede ser ejercida por el síndico del concurso en el supuesto de concurso preventivo, esto es, en un proceso concursal no liquidativo sino reorganizativo donde el deudor – a diferencia de la quiebra- conserva la administración de su patrimonio.

Ariel Dasso y Javier Dasso se inclinan por admitir dicha acción en concurso preventivo incluso cuando el deudor –concurso- haya logrado homologar la propuesta de acuerdo preventivo acordada con sus acreedores. Así los autores expresan que “esa acción deberá ser ejercida por el síndico y ante el mismo juez del concurso, y su producido, es decir, la indemnización, deberá cubrir el daño producido, es decir el menor valor del crédito representado por la quita y la espera de la propuesta, pero en beneficio del conjunto de los acreedores”⁸⁴.

IV. Cuestiones procesales.

1. Introducción.

En los arts. 174 y 176 el legislador trata un serie de disposiciones procesales aplicables tanto a la acción de responsabilidad de los representantes como a la de los terceros.

2. Legitimación activa.

Las acciones de responsabilidad de los representantes pueden ser promovidas por el síndico o por cualquier acreedor. En el primer caso, el órgano concursal previo a incoar la acción deberá obtener la autorización que prescribe el art. 119, última parte de la L.C.Q., es decir, deberá obtener la autorización de la mayoría simple de capital quirografario verificado y declarado admisible. En el segundo caso, el acreedor interesado deberá previamente intimar al síndico para que inicie la acción, quedando habilitado después de transcurrido el plazo de treinta días para promover la acción a su costa.

a) Acción promovida por el síndico. Autorización de los acreedores.

⁸³ ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades...”, op. cit., t. IV, pág. 594.

⁸⁴ DASSO, A. y DASSO, J., “Las acciones...”, op. cit., pág. 41.

Respecto a la promoción de estas acciones por el síndico uno de los temas que mayor debate suscita es el referido a la exigencia de la autorización previa de los acreedores⁸⁵.

Este recaudo fue establecido por la ley 24.522 de 1995 e implicó volver al sistema de la "ley Castillo" de 1933, que en su art. 153 exigía la autorización de la junta de acreedores o de la comisión de vigilancia. Cuando en 1972, la ley 19.551 suprimió dicha exigencia, la doctrina se manifestó favorable a tal modificación, en razón de que el requisito de la autorización previa operaba como un obstáculo para la promoción de la acción⁸⁶.

La razón alegada en 1995 para justificar el retorno de esta disposición ha sido evitar acciones temerarias intentadas por la sindicatura y el riesgo de la eventual condena en costas ante el rechazo de la acción. Asimismo, se argumentó que este es una forma de fortalecer la participación de los acreedores en el proceso concursal.

La doctrina nacional mayoritariamente se pronunció en contra de esta vuelta al sistema de la ley 11.719⁸⁷.

⁸⁵ Respecto del sistema de previa autorización de los acreedores para iniciar acciones de recomposición patrimonial no hemos pronunciado con anterioridad, véase: BARAVALLE, Roberto A. y GERBAUDO, Germán E., "La autorización previa de los acreedores quirografarios para la promoción de acciones de recomposición patrimonial (art. 119, LC)", en "Doctrina Societaria y Concursal", Bs. As., Ed. Errepar, noviembre de 2008, Año XXII, tomo XX, Nro. 252, pág. 1099.

⁸⁶ De manera aislada Jaime Sajón criticó la decisión del legislador de 1972 porque consideraba que se le otorgaba al síndico un poder excesivo que de ser mal utilizado terminaba perjudicando a los acreedores que ante el rechazo de la acción podrían cargar las eventuales costas (SAJÓN, Jaime, "Sugerencias para la modificación de la ley 19.551 de concursos", en "El Derecho" 105, pág. 890).

⁸⁷ GRILLO, Horacio Augusto, "Algunas reflexiones acerca de la nueva ley de quiebras y el sistema de inoponibilidad concursal", en "El Derecho" 165, 1228; TEPLITZCHI, Eduardo, "La legitimación activa en la acción revocatoria concursal", en "La Ley" 1996-B, 945; GRISPO, J., op. cit., pág. 675; RUBÍN, Miguel E., "Legitimación de los acreedores para autorizar al síndico a promover demandas de ineficacia o de responsabilidad", en "La Ley" 1997-F, 1004; VASALLO, G., op. cit., pág. 954; MARTORELL, E. op. cit., págs. 463 y 464; JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de terceros en la quiebra", en "La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2000, pág. 457; JUNYENT BAS, Francisco, "Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios", en "Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones", Bs. As., Ed. Depalma 1997, pág. 157; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., op. cit., pág. 344; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Sistema de ineficacia concursal", Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, págs. 272 a 278; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Legitimación y competencia en la acción revocatoria", en "Derecho concursal", Bs. As., Ed. La Ley, 2004, pág. 411; JUNYENT BAS, Francisco y ALIJA, María Florencia, "Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y el conocimiento del tercero", en "Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones" 2007-B, pág. 1; MACAGNO, Ariel Alejandro Germán, "Ineficacia concursal. Créditos hipotecarios y prendarios", ponencia presentada a las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, San Martín de los Andes, 12 y 13 de noviembre de 1998, en <http://www.zamudio.bioetica.org/concurso6.htm>, pagina visitada el 12 de marzo de 2008; BALBÍN, Sebastián, "Responsabilidad del tercero propiamente dicho en la ley 24.522", en "Anuario de derecho concursal", Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2001-Año 1, pág. 89; RICHARD, Efraín H., "Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente", en "Doctrina Societaria y Concursal", Ed. Errepar, Nro. 172, marzo de 2002, pág. 887; GARAGUSO, Horacio P., MORIONDO, Alberto A. y GARAGUSO, Guillermo F., "Acciones de responsabilidad y cuantificación del daño", en "La protección de los terceros en las sociedades y en los

La tesis contraria es defendida por Daniel R. Vítolo quien expresa que “el régimen de necesaria autorización de los acreedores para llevar adelante acciones de recomposición patrimonial y de responsabilidad responde al reconocimiento legal de que son éstos los únicos titulares de los derechos crediticios contra el deudor insolvente y, en consecuencia, los únicos indicados para evaluar y resolver si desean exponer su disminuido recupero patrimonial –si lo hubiere-, o arriesgarse en una acción judicial incierta exponiendo activos personales, con el objeto de intentar percibir un dividendo concursal mayor”⁸⁸.

También otros autores se mostraron favorables a la exigencia de previa autorización⁸⁹. Este retorno a la exigencia de la previa autorización en materia de inoponibilidad concursal y su ampliación a los supuestos de acciones de responsabilidad a nuestro criterio han sido desafortunado en razón de que muchas veces podrán cercenar acciones mediante la connivencia entre algunos acreedores y el fallido. Además otras veces también puede frustrarse la acción ante el desinterés de los acreedores, quienes muchas veces, después de abierta la quiebra se desentienden del proceso falencial ante la escasa o nula posibilidad de cobro. El legislador debería haber allanado el camino al síndico para el ejercicio de estas acciones y no colocarle cortapisas. Consideramos que al volver al sistema de la previa autorización se colocó un valladar muy importante para la promoción de estas acciones. Entendemos que la exigencia de la prueba del dolo como factor de atribución y el recaudo de la previa autorización de los acreedores resultan en la práctica dos limitantes muy importantes para que puedan prosperar estas acciones.

La exigencia de la previa autorización de los acreedores quirografarios para que el síndico promueva la acción de responsabilidad de los representantes y terceros da lugar a algunos conflictos. Dichos conflictos se suscitan en razón de que el legislador estableció la necesidad de la previa autorización pero no reglamentó el procedimiento a seguir para que ella pueda ser recabada⁹⁰. Se marca así una diferencia con la ley

concursos”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2000, pág. 479; GARAGUSO, Horacio P. y GARAGUSO, Guillermo H. F., “¿Una adecuación acertada o no?”, en Garaguso, Horacio Pablo, “Fundamentos de Derecho Concursal”, Bs. As., Ad Hoc, 2001, pág. 161; MICELLI, Indiana, “La insuficiencia de activo como factor de responsabilidad”, ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza octubre de 2009; GRANADOS, Ernesto I.J., ALVAREZ, Fernando A. y GERBAUDO, Germán E., ¿Es necesaria la autorización del art. 119 de la L.C.Q. para promover la acción pauliana?, en “Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2005, pág. 191.

⁸⁸ VÍTOLO, Daniel Roque, “La autorización de los acreedores. Sentido último de la norma y formas de expresión de la voluntad”, en “Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2005, pág. 23.

Asimismo puede consultarse: VÍTOLO, D., “Concursos...” cit., pág. 419; VÍTOLO, Daniel Roque, “Elementos del Derecho Concursal”, 2º ed., Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2008, pág. 234.

⁸⁹ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007; ROITMAN, Horacio, “Autorización para el ejercicio de las acciones revocatoria y de responsabilidad de terceros”, en “Jurisprudencia Argentina” 1996-III, 947; RIVERA, Julio César, ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley de concursos y quiebras”, 3º ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, t. II, 2005, pág. 529; VÍTOLO, D., “Responsabilidad...” cit.; RIVERA, Julio César, “Los derechos de los acreedores en el concurso”, en “El Derecho” 182, 1681; FAVIER-DUBOIS, Eduardo M., “Las llamadas acciones de recomposición patrimonial”, en “Doctrina Societaria y Concursal”, Ed. Errepar, Nro. 191, octubre de 2003, pág.985.

⁹⁰ Daniel Roque Vítolo sostiene que no hay una omisión del legislador de 1995 respecto a la forma de recabar las autorizaciones sino que lo que se trató de evitar es el establecimiento de un sistema rígido. Así dice el autor que “la ley deja librado al juez, en su carácter de director del

11.719 que sí preveía un mecanismo específico para la obtención de la anuencia de los acreedores.

Frente al silencio del legislador es menester indicar que en la práctica la forma en que los acreedores expresan su voluntad es a través de la convocación de una audiencia. La notificación de la misma a los acreedores debe realizarse por cédula, no siendo admisible a nuestro criterio, la notificación ministerio legis⁹¹. También se admite disponer la convocatoria por medio de edictos⁹².

En la audiencia el síndico expone las razones que justifican la promoción de la acción, los acreedores pueden solicitar aclaraciones y, finalmente, los titulares de créditos quirografarios deben expresar su voluntad de manera expresa⁹³. También se admite la autorización escrita dada por los acreedores cuyas firmas deberán estar certificadas por escribano o la autoridad judicial⁹⁴. En algún proceso concursal se admitió que al librarse las cédulas dirigidas a los acreedores para que manifiesten su conformidad a la acción propuesta por el síndico, se las acompañara con un formulario a llenar por cada acreedor y que debían presentar en la Secretaría del Tribunal⁹⁵.

proceso (art. 274), la forma en la cual las conformidades podrán ser obtenidas, y el modo de computar el régimen de mayorías.

El legislador de la ley 24.522, conocedor de las diversas características y modalidades que pueden asumir los procesos falenciales, se cuidó muy bien de regular un sistema rígido para la consulta y obtención de la autorización; por el contrario permitió –con un criterio flexible- que fuera el juez, como director del proceso, quien estableciera dicho procedimiento” (VÍTOLO, D., “Responsabilidad...” cit.)

⁹¹ En la jurisprudencia se sostuvo que “la exigencia de autorización previa de los acreedores para ejercer la acción de ineficacia concursal que contemplan los arts. 119 y 174 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) no puede tenerse por satisfecha con la mera notificación ministerio legis del auto que dispone hacer saber la existencia de la pretensión y con el silencio observado por aquéllos, sino que es necesario que sean notificados por un medio que garantice que han tomado real conocimiento de la pretensión del funcionario concursal ya sea por cédula, por edictos o mediante audiencia convocada a tal efecto (del dictamen de la Fiscal general subrogante que la Cámara hace suyo)” (CNCom., Sala A, “F&M S.A. c/ Banco Mayo Coop. Ltado.”, 19/12/2003, en “La Ley” 14/12/2004, pág. 8).

⁹² MORO, Carlos Emilio, “Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra”, ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; VÍTOLO, D., “Responsabilidad...” cit.

⁹³ E. Daniel Truffat indica que una medida sana y prudente es que el síndico acompañasen a la audiencia el proyecto de demanda que van a incoar, permitiendo así a los acreedores pronunciarse sobre un texto que conocen y no sobre una difusa demanda cuyos hechos sustentatorios y argumentos jurídicos básicos pueden resultarles difusos (TRUFFAT, E. op. cit., pág. 225).

⁹⁴ En una posición contraria se expresa Guillermo E. Ribichini quien entiende que “la convocación a la asamblea, e incluso la expresión de la voluntad de los acreedores en el seno de esa reunión, parece ser el único medio compatible con la naturaleza del acto a autorizar...” (RIBICHINI, Guillermo E., “Inoponibilidad concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos”, Bs. As., Ed. La Ley, 1999, pág. 64).

⁹⁵ Esta alternativa fue implementada para autorizar a la sindicatura a promover una acción revocatoria del art. 119 de la L.C.Q. en los autos “Scotiabank Quilmes S.A. s/ quiebra” en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 14, Secretaria Nro. 27. A su vez, el formulario fue publicado en la página de Internet de la quiebra. Puede verse el formulario en <http://sindicatura.scotia.com.ar/Indice.Asp>

Aunque la ley hable de previa autorización de los acreedores en algunos fallos se admitió la posibilidad de que la conformidad de los acreedores sea dada con posterioridad a la promoción de la acción⁹⁶.

Respecto a la mayoría exigida para incoar la acción se presentan dudas. En primer término, se debe señalar que sólo se exige mayoría de capital y no de personas⁹⁷ y que sólo se computan los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles⁹⁸. No existe consenso en la doctrina respecto a que debe entenderse por mayoría simple. Algunos consideran que la mayoría simple de acreedores que refiere la ley se contrapone a mayoría absoluta⁹⁹. En cambio, otros sostienen que lo que exige la ley es la mayoría absoluta¹⁰⁰. En el régimen de la ley 11.719 se preveía la convocatoria a una junta especial para que los acreedores expresen su voluntad. De manera que la mayoría se computaba sobre los presentes a esa junta. Ahora, el sistema cambió. Así se señala que “la ley de 1995 optó por un esquema distinto: directamente eliminó dicha junta, de modo que la mayoría es más difícil de lograr, pues debe computarse sobre el total del Pasivo verificado o declarado “admisible”¹⁰¹.

Asimismo, se suscitan dudas en relación a cuál es el valor que se le asigna al silencio de un acreedor. Se interpreta que el silencio de los acreedores no puede ser considerado como un asentimiento para la promoción de la acción¹⁰². Sin embargo, algunos han sostenido que si bien el silencio de los acreedores no puede ser interpretado como consentimiento, el juez podría asignarle el carácter de consentimiento sí así lo hubiere establecido en el auto respectivo¹⁰³.

⁹⁶ SCJ Mdza, Sala I, “Carlóni, Humberto en J° 64.528/30.175 síndico en J° club Y.P.F. Mendoza p/ quiebra s/ acc. de resp. concursal p/ incidentes s/ inc. cas.” y sus acumula-das n° 90.059 y 90.047”, 5/12/2007; C. Civ. y Com., Córdoba, 2° Nom., “Sindicatura en autos Sebastián y Domingo Morello S.H. –Quiebra ind.- Acción de ineficacia en contra de Morello, Sebastián y Bencivenga, María Isabel”, en www.zeus.com.ar página visitada el 4 de junio de 2004; CNCom., Sala D, “Flupetrol S.R.L. c/ Bottacvhi, Ángel L. M.”, 05/11/2004, en “La Ley” 2005-B, 607.

⁹⁷ Se dispone así una diferencia con respecto al régimen de mayorías previsto en el art. 45 de la L.C.Q. para decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo dado que allí se exige un doble régimen de mayorías: capital y personas.

⁹⁸ Por lo tanto no se computan los créditos quirografarios aun no reconocidos en el pasivo concursal y que estén procurando su ingreso por vía incidental por ej. a través de un incidente de revisión o de verificación.

⁹⁹ Véase RICHARD, Efraín Hugo y VÉLEZ, Héctor Guillermo, “La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad”, en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; RICHARD, Efraín H., “Responsabilidad...”, pág. 887.

¹⁰⁰ HEREDIA, P. op. cit., pág. 288; GRAZIABILE, Darío J., “Ley de concursos comentada. Análisis Exegético”, Bs. As., Ed. Errepar, 2008, pág. 281.

¹⁰¹ RUBÍN, Miguel E., “Legitimación de los acreedores para autorizar al síndico a promover demandas de ineficacia o de responsabilidad”, en “La Ley” 1997-F, 1004.

¹⁰² Véase RIBICHINI, Guillermo E., “Inoponibilidad concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos”, Bs. As., Ed. La Ley, 1999, págs. 64 y 65; BOQUIN, Gabriela Fernanda, “El silencio de los acreedores ante las acciones de recomposición patrimonial”, en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; BOQUIN, Gabriela Fernanda, “Silencio de los acreedores y autorización judicial”, ponencia presentada XLVIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 27 y 28 de noviembre de 2008, Azul, Buenos Aires; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., “Sistema...”, cit., pág. 275; JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Ley de concursos y quiebras comentada”, Ob. cit., pág. 152.

¹⁰³ CNCom., Sala A, “Tower Records S.A. s/ quiebra”, 22/11/2007, en L.L. 2008-C-202; CNCom., Sala D, “Eledar S.A. s/ quiebra s/ incidente de responsabilidad”, 3/07/1997; CNCom.,

La disposición no contiene referencia alguna a la posibilidad de que determinados acreedores queden excluidos de la base de capital quirografario computable que debe decidir sobre la promoción de la acción. Se marca así una diferencia respecto a los acreedores que son llamados a decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo exteriorizada por el concursado dónde expresamente el legislador señala en el art. 45 de la L.C.Q. los supuestos de privación de voto¹⁰⁴. Ante la ausencia de una norma expresa, que determine para este caso de la autorización del art. 119 de la L.C.Q., quienes se encuentran excluidos o privados de decidir sobre las acciones que intenta promover el síndico, parecería que no sería posible transportar las prohibiciones del art. 45 de la L.C.Q. a este ámbito. Sin embargo, la doctrina postula la necesidad de extender los supuestos de privación de voto del acuerdo preventivo al campo de la autorización para la promoción de acciones de recomposición patrimonial. Este criterio es acorde con las tendencias que interpretan de manera amplia las exclusiones de voto del art. 45 de la L.C.Q., admitiendo excepcionalmente otros supuestos exclusión no previstos expresamente en el texto legal¹⁰⁵. Consideramos que el acreedor que va ser demandado en la acción de responsabilidad no puede votar, en razón que es indudable que tiene un interés directo en que la acción no prospere. Dicho acreedor tiene un interés propio que se antepone al interés del resto de los acreedores. Tampoco deben incluirse en la base computable los acreedores que se encuentren respecto al fallido en algunos de los supuestos mencionados por el art. 45 de la L.C.Q. dado que es indudable que éstos directa o indirectamente exhiben un interés contrario a la promoción de estas acciones. Dichas personas, si bien son titulares de créditos, carecen de la adecuada libertad para decidir sobre la promoción de las acciones en virtud de los especiales vínculos que los une con el fallido.

Sala A, "Del Piave S.R.L. s/ quiebra c/ Fontebasso, Luis Alberto y otro s/ ordinario", 30/08/2007.

En doctrina véase: VÍTOLO, D. "Responsabilidad...", cit.; FARINA, Juan M. y FARINA, Guillermo V., "Concurso preventivo y quiebra", Bs. As., Ed. Astrea, tomo 2, 2008, págs. 327 y 328; GEBHARDT, Marcelo, "Ley de concursos y quiebras", Bs. As., Ed. Astrea, pág. 127.

¹⁰⁴ Sobre las exclusiones de voto en el concurso preventivo puede consultarse nuestros trabajos: BARAVALLE, Roberto A. y GERBAUDO, Germán E., "Tendencias actuales respecto a la "exclusión de voto" del art. 45 L.C.Q.", en Zeus, boletín 22/11/2004; GERBAUDO, Germán E., "Legitimados para decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo", en Zeus boletín 10814, 01/12/2008.

¹⁰⁵ BARREIRO, Marcelo G., "La exclusión de "voto" de los acreedores en el marco del régimen de autorización del art. 119, párr. 3º de la ley 24.522", en "Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones", Bs. As., Lexis Nexis-Depalma, 2006-A, pág. 689; BARREIRO, Marcelo G., "¿Están todos los que son o son todos los que están? (Sobre la exclusión del voto)", en "Doctrina Societaria y Concursal", Ed. Errepar, Nro. 210, mayo de 2005, pág. 503; VÉLEZ, Héctor Guillermo, "interés contrario para votar. Art. 119 LCQ", en ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; RUBÍN, Miguel E., "Legitimación de los acreedores para autorizar al síndico a promover demandas de ineficacia o de responsabilidad", en "La Ley" 1997-F, 1004; MORO, Carlos Emilio, "Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra", ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; CORTÉS OLMEDO, M., op. cit., pág. 1442; DI BARTOLO, Ariel A., "¿Todos los acreedores forman parte de la base para el cómputo de la autorización prevista en el art. 119, de la LCQ? Algunas cuestiones en torno a la exclusión de voto en las acciones de recomposición patrimonial", en "Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones", Bs. As., Ed. Lexis Nexis-Depalma, 2006-A, pág. 699; RIVERA, J., ROITMAN, H. y VITTOLO, D., op. cit., pág. 529; BARBIER, Eduardo Antonio, "Litigiosidad en la actividad bancaria", Bs. As., Ed. Astrea, 2008, pág. 593.

b) Acción promovida por un acreedor.

El art. 174 de la L.C.Q. concede sólo al síndico la legitimación activa. Sin embargo, por la remisión que el art. 176 de la L.C.Q. realiza al art. 120 del mismo cuerpo legal cualquier acreedor también se encuentra legitimado para iniciar estas acciones. El acreedor podrá entablar la acción después de que hayan transcurridos treinta días desde la intimación al síndico para que la promueva.

El acreedor –a diferencia del síndico- no requiere obtener la previa autorización de los restantes acreedores dado que la acción la ejerce a su costa.

El legislador puso dos obstáculos al acreedor demandante para desalentar el ejercicio de acciones pocas serias: (i) la imposibilidad de pedir el beneficio de litigar sin gastos; (ii) a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el acreedor afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante.

3. Competencia.

La ley asigna competencia al juez del concurso (art. 176, “in fine” de la L.C.Q.).

Ignacio A. Escuti y Francisco Junyent Bas señalan que “los motivos que fundamentan la competencia del juez concursal son básicos: en primer lugar, esta acción de responsabilidad constituye una cuestión derivada de la situación de insolvencia, y en segundo lugar, la finalidad de la acción es la reconstrucción patrimonial, por lo que la acción contra los administradores constituye una acción concursal”¹⁰⁶.

Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “la asignación de competencia al juez que entiende en ese proceso, que deriva de expresa previsión legal (art. 169, ley 19.551), no se ve enervada por la circunstancia de que uno de los demandados se encuentre --a su vez-- en quiebra. Se asegura de ese modo la eficacia del sistema legal, que concentra en el juez que entiende en el juicio de falencia, las acciones conexas con su objeto”¹⁰⁷.

4. Trámite.

El art. 174 dispone que “la acción tramitará por la reglas del juicio ordinario”. Por lo tanto, la acción se viabilizará por las reglas previstas para el juicio ordinario en los Código Procesales del lugar dónde radica la quiebra (arts. 174 y 278 de la L.C.Q.).

Jorge Estévez señala que “se garantiza de esta forma el pleno ejercicio del derecho de defensa, a través de un procedimiento contradictorio, con posibilidad de apertura a prueba y demás garantías del debido proceso”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ESCUTI, Ignacio y JUNYENT BAS, Francisco, “Derecho concursal”, Bs. As., Ed. Astrea, 2006, pág. 318.

¹⁰⁷ CSJN, “Custodia Cía. Financiera S.A c/ Olivera Avellaneda, Diego A. y otros”, 22/10/1991, en L.L. 1992-A, 375.

¹⁰⁸ ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232.

Horacio Roitman indica que en virtud de la remisión del art. 176 de la L.C.Q. a los arts. 119 y 120 de la misma ley se presenta la duda si la acción podría tramitarse por el trámite del incidente concursal (arts. 280 a 287 de la L.C.Q.). El autor se inclina por admitir esa posibilidad si todos los interesados no ven restringido su derecho de defensa¹⁰⁹. Esta tesis también es admitida por Francisco Junyent Bas y Carlos Molina Sandoval quienes expresan que “nada impide a que las partes admitan su tramitación incidental, por aplicación del art. 119 del estatuto falimentario”¹¹⁰.

5. Excepción de arraigo.

El arraigo constituye la carga exigible al actor que se encuentra en determinadas circunstancias, de prestar una caución destinada a garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido¹¹¹.

La Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, en fallo pleno, sostuvo que “no es procedente el arraigo en los juicios seguidos contra un tercero por el síndico del concurso”¹¹².

En tal sentido Rodolfo A. Degiovanni sostiene que pretender que el síndico garantice el pago de las posibles costas que se devenguen es hacer ilusorio el ejercicio de los derechos sustanciales previstos en la ley de concursos, por aplicación de normas procesales locales creadas para regular el trámite de los procesos individuales, donde no se encuentra en juego el interés general, por lo menos, con la trascendencia que tiene en materia de concursos”¹¹³.

En consecuencia, cuando la acción de responsabilidad sea ejercida por el síndico será improcedente que la demanda interponga la excepción de arraigo.

6. Carga de la prueba.

La carga de la prueba se rige por las reglas ordinarias debiendo el actor probar los extremos invocados en su demanda.

7. Recursos contra la sentencia que determina la responsabilidad.

La sentencia que se dicte en el proceso en el cual se debatió la responsabilidad de los representantes es recurrible conforme al sistema recursivo previsto en los códigos procesales locales.

8. Tributación previa.

¹⁰⁹ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007.

¹¹⁰ JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., “Ley de concursos...” , cit., pág. 346.

¹¹¹ SAVASTANO, Germán, en “La Ley” 2007-F, 833.

¹¹² C. Civ. y Com., Rosario, en pleno, “Manto Negro S.A. s/ quiebra y otros c/ Banco de las Comunidades Coop. Ltda”, 24/06/1985, en “La Ley” 1985-C, 307.

¹¹³ DEGIOVANNI, Rodolfo A., “La excepción de arraigo no es admisible en los juicios promovidos por el síndico de un concurso”, en Zeus 4, enero/abril 1975, secc. Doctrina, pág. 3.

En virtud de la remisión que efectúa el art. 176 de la L.C.Q. al art. 119 del mismo cuerpo legal, las acciones de responsabilidad de los representantes y terceros no están sometidas a ningún tributo previo. La razón de ser de ello radica en la necesidad de facilitar la promoción de este tipo de acciones de recomposición patrimonial.

Horacio Roitman señala que “la comprensión del precepto debe ser amplia, en el sentido de que se incluye toda otra tasa o contribución a las entidades profesionales”¹¹⁴.

9. Prescripción.

El tema relativo al plazo de prescripción en la acción de responsabilidad de los representantes es uno de los tópicos que mayor debate genera en la doctrina y que da lugar a importantes controversias prácticas.

El art. 174 de la L.C.Q. dispone que la acción “prescribe por dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra...”.

Si nos atenemos a la literalidad de la norma la prescripción debe contarse desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra con independencia de que la misma se encuentre firme o no. Se marca así una diferencia con la ley 19.551 dado que esta en el art. 167 disponía que la acción prescribía a los dos años contados desde que la sentencia de quiebra se encontraba firme. Por lo tanto, en el texto actual para que empiece a correr el plazo de prescripción no es menester que la sentencia de quiebra se encuentre firme.

Consideramos disvaliosa la reforma de la ley 24.522 en este aspecto. Por nuestra parte, entendemos que resultaba más apropiado el texto de la ley 19.551, que hacía correr el plazo de prescripción desde el momento en que la sentencia de quiebra se encuentra firme. Al exigirse que la prescripción se computa desde la sentencia de quiebra, nos podemos encontrar con la situación de que el síndico se vea compelido a iniciar una acción para evitar la prescripción de la misma y que luego de tramitarla se torne abstracta al admitirse por ejemplo la conversión de la quiebra en concurso preventivo o el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia de quiebra. Pensemos que ambos supuestos tramitan por vía incidental con lo cual la resolución que pone fin al incidente resulta apelable (art. 285 de la L.C.Q.) y, en consecuencia, la tramitación de estos mecanismos que procuran remover la quiebra, puede llevar en su trámite, en primera u segunda instancia, un lapso temporal mayor al de los dos años que prevé la ley como plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de los representantes. Así nos podemos encontrar con la situación que en su trámite la acción de responsabilidad se vuelva abstracta al desaparecer la quiebra.

El plazo es de prescripción y no de caducidad. Se establece así una diferencia con la extensión de quiebra (art. 163 de la L.C.Q.) o la acción revocatoria concursal (art. 124 de la L.C.Q.) dado que para el ejercicio de estas acciones se prevé un plazo de caducidad y no de prescripción. Al tratarse, en el supuesto de responsabilidad de los representantes, de un plazo de prescripción el mismo es susceptible de interrupción y suspensión, de conformidad a las reglas del Código Civil.

¹¹⁴ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007.

Por otro lado, existe otro conflicto que se suscita cuando aun no se encuentra fijada la fecha de inicio de la cesación de pagos, dado que se sostiene que es un presupuesto para el inicio de las acciones que estamos estudiando. En esta situación, donde nos encontramos con el dictado de la sentencia de quiebra –con independencia de que la misma se encuentre o no firme- y la falta de la resolución que fije la fecha de inicio de la cesación de pagos, se han esbozado diversas interpretaciones en la doctrina.

Algunos autores sostienen que aún cuando no exista fecha de inicio de la cesación de pagos deberá iniciarse la acción, apegándose de ese modo a la literalidad de la norma del art. 174 de la L.C.Q., que refiere a dos años desde la sentencia de quiebra¹¹⁵.

Asimismo se propone que atento a que la falta de fijación de la fecha de cesación de pagos por resolución firme opera como causal de dificultad o imposibilidad de hecho que impide el ejercicio temporal de la acción, los jueces, por aplicación del art.3980 del C.C. deben liberar tanto al síndico como a los acreedores de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de la cesación, hubieran iniciado la acción antes de cumplido el término de tres meses¹¹⁶.

Sin perjuicio de las distintas opiniones reseñadas, la doctrina propugna una interpretación amplia en relación a los actos que denoten la voluntad de mantener vivo el derecho. Así Mónica Susana Mauri señala que “en materia de prescripción liberatoria, debe prevalecer una interpretación amplia y no una exégesis rigurosa o restrictiva de los actos procesales, que denotan o trasuntan la voluntad de los acreedores de mantener vivo el derecho, contradiciendo de ese modo la presunción de abandono que requiere el instituto de la prescripción. Así se consideró que las actuaciones cumplidas en un incidente de investigación resultan idóneas para interrumpir el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, que el art. 174 de la ley 24.522, dispone que es de dos años (del dictamen del fiscal ante la CNCom, con resolución concordante de la Sala E, del 12-12-1995, “Asociación Industriales de la Madera y el hierro s/ quiebra s. incidente de acción de responsabilidad”)¹¹⁷.

En cambio, Francisco Quintana Ferreira y Edgardo Alberti señalan que la ausencia de síndico en el inicio del período, o durante su curso, no son causas de suspensión o de interrupción de la prescripción¹¹⁸.

Respecto de la tesis que propugna la aplicación del art. 3980 del Cód. Civil es menester indicar que la dispensa de la prescripción no es ni un supuesto de

¹¹⁵ RIVERA, J., op. cit., págs 328 y 329; ESTÉVEZ, J., op. cit., pág. 1232.

¹¹⁶ ALEGRIA, Héctor, “Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Ed.. Rubinzal Culzoni, Nro. 22 “Prescripción liberatoria”, 2000, pág. 263; MORO, Carlos Emilio, “Responsabilidad de directivos de la empresa frente a su quiebra”, ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; BOLLERO, Florencia L., TORRESI, Gloria M., BERTUNE, Stella M., “A los fines de evitar la prescripción de la acción de responsabilidad prevista por el art. 173 Ley 24.522 debería ser de aplicación la dispensa del art. 3980 del Código Civil”, ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba; ESCUTI, I. y JUNYENT BAS, F., op. cit., pág. 318; FERRARIO, C., ÁLVAREZ, J., GALLI, C., MOZZI, G., PERILLO, F., SICOLI, J., SILBERT, M. y TETTAMANZI, E., op. cit., pág. 361.

¹¹⁷ MAURI, Mónica Susana, “La responsabilidad de los terceros frente al concurso”, en “El Derecho” 168, 970.

¹¹⁸ QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo, “Concursos. Ley 19.511 comentada, anotada y concordada”, Bs. As., Ed. Astrea, t. III, 1990, pág. 257.

suspensión ni de interrupción de la prescripción¹¹⁹. Luis Moisset de Espanés señala que “nuestro codificador se apartó del modelo francés, que nada dice sobre la posibilidad de dispensa, y siguiendo la inspiración de Aubry y Rau, citados en la nota, incorporó la facultad judicial de liberar de los efectos de la prescripción ya cumplida”¹²⁰. Agrega luego el citado autor que “Vélez, como en varias otras oportunidades, eleva a la categoría de norma legal una opinión doctrinaria que, hasta el momento, no figuraba en ningún Código; se trata de una solución novedosa, que reconoce la facultad de los jueces de admitir la acción, pese a que la prescripción se ha cumplido, pero ella no entraña en sí ni la interrupción, ni la suspensión de los plazos, cuyo curso no se ha visto alterado”¹²¹. Por su parte Aída Kemelmajer de Carlucci indica que “la disposición se inspira en los mismos principios del caso fortuito o fuerza mayor: nadie puede ser obligado a lo imposible”¹²².

Como conclusión en este tema sostenemos que: (i) debería haberse mantenido la redacción de la ley 19.551, haciendo correr la prescripción desde que la sentencia se quiebra se encuentre firme; (ii) dado que el actual art. 174 de la L.C.Q. hace correr la prescripción de la acción desde el dictado de la sentencia de quiebra y en virtud de que es un presupuesto para el ejercicio de la acción que exista sentencia firme de fijación de la fecha de inicio de la cesación de pagos, el síndico podría iniciar la acción pero no podrá dictarse sentencia hasta tanto se encuentre firme la sentencia de quiebra y hasta tanto se encuentre firme la resolución que fija la fecha de inicio de la cesación de pagos; (iii) resulta aplicable el art.3980 del C.C. que libera tanto al síndico como a los acreedores de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento –falta de resolución de fecha de inicio de la cesación de pagos-, si después de la cesación, inician la acción antes de cumplido el término de tres meses; (iv) al tratarse de un plazo de prescripción el mismo es susceptible de interrupción y/o suspensión conforme a las normas del Cód. Civil. Debe mediar en la jurisprudencia una interpretación amplia de las causales de suspensión y/o interrupción al efecto de conservar el ejercicio de la acción de responsabilidad.

10. Perención de instancia.

La ley 24.522 innovó respecto a su predecesora a ley 19.511 estableciendo un plazo de perención de instancia de seis (6) meses. El art. 174 de la L.C.Q. expresa que “...la instancia perime a los seis (6) meses”.

11. Medidas precautorias.

Tanto en los supuestos de acciones de responsabilidad de los representantes y terceros (art. 173 de la L.C.Q) como la de socios y otros responsables (art. 175 de la

¹¹⁹ El art. 3980 del Cód. Civil consagra la figura denominada “dispensa de la prescripción corrida” en los siguientes términos: Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses”.

¹²⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Suspensión y dispensa de la prescripción en materia comercial”, en Zeus 44, Secc. D-16.

¹²¹ Id., pág. 16.

¹²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, comentario al art. 3980 del Código Civil en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, KIPER, Claudio y TRIGO REPRESAS, Félix A., “Código Civil Comentado”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 372.

L.C.Q.) la ley autoriza la adopción de medidas precautorias, aun antes del inicio de la acción, a pedido del síndico y bajo responsabilidad del concurso.

El art. 176 de la L.C.Q. establece que “En los casos de los artículos precedentes, bajo la responsabilidad del concurso y a pedido del síndico, el juez puede adoptar las medidas precautorias por el monto que determine, aun antes de iniciada la acción. Para disponerlo se requiere que sumaria y verosimilitud se acredite la responsabilidad que se imputa”.

Como establece el texto citado las medidas cautelares pueden ser adoptadas aun antes de la promoción del juicio. Pero trabada la medida precautoria la acción debe ser iniciada dentro del plazo que prevén las leyes procesales locales bajo apercibimiento de caducidad de la medida¹²³.

Para la procedencia de las mismas habrá que acreditar verosimilitud del derecho y peligro de la demora. El texto sólo refiere a que es necesario que el síndico acredite la verosimilitud del derecho invocado, sin mencionar la necesidad de acreditar el peligro de la demora. Esta omisión ha llevado a que Roberto García Martínez considere que parecería que “sólo se requiere acreditar la responsabilidad que se imputa; el peligro en la demora se da por sentado”¹²⁴.

Horacio Roitman señala que “deben proveerse con gran mesura y ponderación, especialmente si el concurso no tiene gran solvencia, por los posibles daños que una medida imprudente puede ocasionar”¹²⁵. En sentido similar Ariel Ángel Dasso, Ariel Gustavo Dasso y Javier Ángel Dasso señalan que “cuando se trate de concursos, prima facie carentes de activo, el juez debe extremar la exigencia de los dos recaudos genéricos de las medidas cautelares, atento la ausencia de reparación de daños que pueden seguirse a los afectados, si la medida cautelar resultarse a la postre injustificada”¹²⁶.

12. Costas¹²⁷.

Si la acción es intentada por el síndico, quien previamente debe haber requerido la autorización de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible, las eventuales costas originadas en el proceso estarán a cargo del concurso y serán consideradas gastos de conservación y justicia (art. 240 de la L.C.Q.). En cambio, si la acción es iniciada por un acreedor interesado sólo éste compromete su responsabilidad por las costas y no el concurso.

¹²³ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007.

¹²⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, op. cit., pág. 448.

¹²⁵ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores y terceros en la quiebra”, en www.roitmanabogados.com.ar, página visitada el 18 de noviembre de 2007.

¹²⁶ DASSO, Ariel Angel, DASSO, Ariel Gustavo, DASSO, Javier Aníbal, “Quiebras. Concurso preventivo y cramdown”, Bs. As., Ed. Ad Hoc, t. I, 1997, pág. 501.

¹²⁷ Véase: MARTÍN, Lidia Roxana y VILLOLDO, Juan Marcelo, “Costas en las acciones de recomposición patrimonial deducidas por la sindicatura”, ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Insolvencia y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal, 12, 13 y 14 de octubre de 2000, La Cumbre, Córdoba.

CONCLUSIONES

El régimen de responsabilidad de los representantes estructurado por la ley concursal argentina debe ser objeto de una profunda revisión por parte de legislador.

En el presente trabajo hemos demostrado la hipótesis propuesta respecto a la falta de eficacia de la regulación falencial para hacer responsables a los administradores que con sus acciones u omisiones han provocado o contribuido a la insolvencia social.

Consideramos que como está concedido presenta diversos obstáculos que atentan contra la promoción de estas acciones, trayendo consigo, la irresponsabilidad de los administradores y la afectación al crédito. Es decir, el actual régimen de responsabilidad concursal de los administradores, tal como está concebido, trae como consecuencia en la práctica que numerosas acciones no se ejerzan al no obtenerse la mayoría de los acreedores que habiliten estas acciones o bien que las ejercidas no prosperen ante la imposibilidad de probar el dolo. La exigencia de previa autorización de los acreedores como el factor de atribución dolo funcionan como dos cortapisas para el ejercicio de estas acciones, dos obstáculos que resultan de difícil superación. En consecuencia, el actual régimen concursal de responsabilidad de los administradores trae como consecuencia que en la práctica numerosas conductas de los representantes de la sociedad fallida queden sin reproche, con el consiguiente perjuicio a los acreedores.

En nuestra opinión se debe modificar el factor de atribución para las acciones de responsabilidad concursal de los representantes, estableciendo también a la culpa a la par del dolo. Por otro lado, deberá retornarse al sistema de la ley 19.551 que disponía que el cómputo de la prescripción de estas acciones corría a partir de que la sentencia de quiebra estuviera firme. Igualmente, urge la necesidad de corregir el sistema de previa de autorización de los acreedores previsto en el art. 119 de la L.C.Q., resolviendo los múltiples interrogantes que dicha norma plantea o bien, deberá pensarse en su derogación.

Por otra parte, la necesidad de una reestructuración del sistema viene impuesta por una idea moralizadora del proceso concursal, que procure hacer un sistema más justo, haciendo responsable a quienes con su conducta provocaron la insolvencia del deudor.

La reforma concursal de la ley 24.522 siguiendo los postulados neoliberales imperantes en la época de su sanción flexibilizó el sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades en quiebra.

En los tiempos de la postmodernidad la utilidad avanza atentando contra otros valores. El Derecho Comercial “es un instrumento para que se acentúe la realización de la eficacia”¹²⁸.

El avance desmedido del valor utilidad provoca un monólogo cultural y determina que los hombres valgan sólo en la medida en que participen en procesos económicos, prescindiendo de otros valores como amor, belleza, santidad, etc.¹²⁹.

¹²⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas para la comprensión capitalista del Derecho Comercial (aportes para la Filosofía del Derecho Comercial)”, en “Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Facultad de derecho, Universidad Nacional de Rosario, vol. 18, 1994, pág. 31.

El desafío del Derecho en la postmodernidad es poner límites al crecimiento de la utilidad exaltando el valor humanidad. Es esta una de “las tareas actuales del Derecho Privado”¹³⁰. En tal sentido, Miguel Ángel Ciuro Caldani expresa que “uno de los problemas empresarios y sobre todo de la cultura en la posmodernidad es como evitar que la utilidad devore a los otros valores y al fin, en consecuencia, se devore a sí mismo”¹³¹.

En tal sentido, entendemos que una forma de poner límite al avance desmedido del valor utilidad dentro del ámbito del derecho concursal es repensando las acciones concursales de responsabilidad. De esa manera, se protegerá el crédito haciendo responsables patrimonialmente a quienes teniendo a su cargo el manejo de los negocios sociales con sus acciones u omisiones dieron lugar a la insolvencia social.

¹²⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “¿Impotencia de la utilidad?”, en “Investigación y Docencia”, N° 24, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 1994, pág. 53.

¹³⁰ ALPA, Guido, “Las tareas actuales del Derecho Privado”, en “La Ley”, 4/04/2008, pág. 1.

¹³¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Problemática jusfilosófica de la empresa en el fin del milenio”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nro. 21, “Derecho y Economía”, 1999, pág. 91.