

Tempestividad en la presentación en concurso*

Por Efraín H. Richard

1. Introducción

¿Genera algún efecto la presentación intempestiva en concurso preventivo? Aparentemente no. Pero tratamos de aventar esa apariencia para que la legislación concursal pueda cumplir sus efectos, y se limite la generación de daños.

No ingresaremos en técnicas jurídicas que podrían ser incorporadas en una reforma –que las hay–, sino en lo que resulta de aplicar la actual legislación.

¿Que es la tempestividad? Según el Diccionario de la Real Academia es la “calidad de tempestivo”, que a su vez es lo “oportuno, que viene a tiempo y ocasión”. Cabanellas de Torres le da el significado de “con oportunidad, a su tiempo, dentro del plazo”, fijando en esta última versión su procesalidad; *tempestivo* es definido como “a tiempo, oportuno”¹. En el derecho concursal esa tempestividad puede analizarse desde distintos puntos de vista.

a) En un aspecto, como una referencia al requisito substancial, para promover juicio o procedimiento universal que convoque a los acreedores, o sea desde la determinación de cuándo se puede abrir un concurso o quiebra: al producirse la insolvencia, el desbalance, la cesación de pagos, o sólo una crisis económica² o financiera general que precede a los anteriores. Se trata de la oportunidad respecto al estado patrimonial que habilita la apertura de un concurso.

La doctrina y el derecho comparado, al igual que el nacional, aconsejan el uso de las técnicas concursales tempestivamente, apenas atisbada la crisis, para evitar que la misma sea insuperable y sea factible la conservación de la actividad o empresa. La cuestión también puede extenderse a los requisitos para exhibir (prueba) que el presupuesto objetivo se ha producido y se justifica el procedimiento de excepción.

b) Otro abordaje, procesal, refiere a los plazos dentro de los cuales la empresa, particularmente la organizada societariamente, puede usar de los remedios preventivos. O sea “dentro del plazo” en que puede exhibirse aquel presupuesto objetivo para la apertura de un procedimiento de excepción. La legislación clásica³ imponía la

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. III, Bs. As., Helias-ta, 2003, p. 664.

² “En el Anteproyecto de 1983 se pretendió formular un nuevo presupuesto objetivo, el ‘estado de crisis económica’, concepto manifiestamente abstracto, sin tradición alguna en el derecho concursal español, pero que intentaba conseguir que la apertura del juicio universal tuviera lugar oportunamente” (Rojo, Ángel, *La reforma del derecho concursal español*, en “La reforma de la legislación concursal”, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 115).

³ La actual legislación eliminó la norma del art. 10 de la ley 19.551 (ya dejado en desuso con la reforma del 83 sobre la calificación de la quiebra), que imponía la oportunidad para requerir el concurso preventivo dentro del tercer día después que el deudor haya conocido su estado de cesación de pagos, norma que no impedía la presentación posterior, superando así la interpretación de normas como la española que permitían rechazar la pretensión de suspensión de pagos presentada extemporáneamente. México imponía la presentación dentro de los tres días, criterio que existía en nuestra ley 4156 que consideraba peren-

apertura de procedimientos cautelares no liquidatorios, dentro de un plazo perentorio a la advertencia de la cesación de pagos (o presupuesto objetivo)⁴.

c) Como técnica jurídica para alentar la temporalidad de la petición de apertura con la advertencia del presupuesto objetivo y el respeto a un plazo no perentorio, se preveía sancionar –particularmente al administrador societario– que no requiriera oportunamente esa apertura. Pero al mismo tiempo esta tendencia se corresponde con la flexibilización de los plazos, permitiéndose la presentación en cualquier término –y así alejándose del principio señalado–, bajo el único recaudo de posibilitar la aplicación de una sanción posteriormente, y sólo si hubiere quiebra (lo que se aleja para las sociedades con el llamado *crawdown*). En Estados Unidos de América se dice que las únicas sanciones al deudor son “el insomnio, las úlceras y el valium”⁵.

d) Otra perspectiva resulta desde aspectos de la responsabilidad, pero sólo en la quiebra, que lleva a sancionar actuaciones anteriores hasta en un año de la efectiva y real fecha de cesación de pagos (art. 163, ley de concursos y quiebras), acción muy condicionada en el derecho actual, al dolo, a casos específicos y tasados, y a la autorización que otorguen los acreedores para promover esa acción al síndico⁶. Tampoco es congruente este aspecto con el señalado en el punto a.

2. Técnicas jurídicas

No habría dudas, basados en el punto precedente, que todo es conteste en que los procedimientos concursales (extrajudiciales o judiciales) deben iniciarse en la forma más temporánea posible para facilitar la recuperación de la empresa⁷.

torio el plazo, lo que fue luego dejado de lado, y ahora mucho más. Cámara cita a Bonfanti y Garrone sobre la utopía que presenta en nuestra sociedad que una sociedad o un comerciante se presente dentro de ese plazo (Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, t. 1, Bs. As., Depalma, p. 397). Destaca que legislaciones como Bolivia y Paraguay declaran improcedente el acuerdo o la apertura del concurso si existe un pedido de quiebra, aún rechazado, si el deudor no se presentó dentro del plazo (Bolivia 15 días). El Líbano admite el concurso antes de la cesación de pagos o dentro de los 15 días de producido.

⁴ Históricamente con el objetivo de asegurar que la “empresa” pudiera ser salvada con el sacrificio mínimo de los acreedores (espera y/o quita), o a través de planes de reorganización, y que la crisis no fuera insalvable, se aconsejó flexibilizar el presupuesto objetivo, considerando las etapas económicas que indubitadamente precedían a la cesación de pagos. Contemporáneamente se desarrolló una tendencia a remover esos plazos, en la doctrina y derecho comparado. No parece que exista congruencia entre ambas tendencias.

⁵ Arroyo Martínez, Ignacio, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, Madrid, Civitas, 1991, p. 127 a 129.

⁶ Bergel, Salvador D., *Los daños individuales y sociales generados por la insolvencia*, en Ghersi, Carlos A. (coord.), “Derecho de daños”, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 141 y ss., “los principales responsables de la insolvencia o del agravamiento de la situación patrimonial de la fallida quedan al margen de toda sanción; tanto en el orden criminal como en el civil” (p. 153). “Así, a la crisis de la empresa se sumó la crisis de los procedimientos concursales... Con este panorama, los daños individuales y sociales provocados por la insolvencia tienden a agravarse... Si observamos atentamente nuestro sistema legal judicial desde esa perspectiva no hace falta profundizar el análisis para admitir que no responde a ninguno de los dos objetivos señalados” (p. 157).

⁷ Escuti, Ignacio A., *El derecho en crisis y las empresas en dificultades en el mundo globalizado*, RDCO, 200-720. Así lo afrontamos en *La ineficacia de la ley de concursos*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, 2000, e *Ineficiencia de la ley concursal*, en “Revista Derecho y Empresa”, n° 10, diciembre 2000, p. 176 y ss., intentando seguir las enseñanzas de los profesores eméritos

Se ha abandonado la dialéctica de la insolvencia y de la liquidez, para pasar el centro de gravedad a la situación de crisis, económica o financiera, o sea a aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos⁸. Observar, sanear y curar deberían ser las piezas básicas de un ordenamiento concursal.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo– diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez⁹.

Ya citando directamente al maestro español, éste rescata que “en la doctrina científica contemporánea del derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del ‘tiempo’ de apertura del procedimiento concursal (*timing problem*) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al derecho concursal cumplir la función esencial... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”¹⁰.

Parte de ese efecto se intenta obtener legitimando a otros sujetos, y no sólo al deudor o a los administradores de la sociedad deudora, a solicitar la apertura del concurso, facultando al juez para actuar con la máxima celeridad, declarando el concurso tan pronto aparecen los primeros síntomas de la crisis, en el plano de la oportunidad, lejos de la idea de sanción. El juez no está llamado a emitir una declaración de mérito sobre si el empresario merece o no la apertura del concurso, lo importante es abrir el proceso.

Olivera García subraya que “El proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolven-

Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, nos pronunciábamos sobre la necesidad que el sistema jurídico intentara evitar la propagación del virus de la insolvencia, en concordancia con Bergel.

⁸ Arroyo Martínez, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, p. 119 y ss., específicamente p. 123.

⁹ Arroyo Martínez, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, p. 126 y 127.

¹⁰ Rojo, *La reforma del derecho concursal español*, en “La reforma de la legislación concursal”, p. 87 y ss., específicamente p. 113.

cia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso”¹¹.

La experiencia del derecho comparado enseña diversas técnicas jurídicas, advirtiéndose una tendencia a encontrarlas fuera del derecho concursal, ante la incongruencia de sus normas al recepcionar la idea de crisis para la apertura del concurso, sin exigir ni sancionar a los administradores que se alejan de esas soluciones.

Las mismas tienden a aparecer en el derecho societario y en la contabilidad, imponiendo criterios de previsibilidad al “buen hombre de negocios” y a la calidad de la información contable, particularmente en orden al rol de fiscalizadores y auditores¹².

El fijar como presupuesto objetivo de la apertura de un procedimiento concursal, extrajudicial o judicial, algo más anticipatorio de la cesación de pagos en la situación patrimonial financiera de un sujeto –particularmente de una sociedad–, importa la necesidad de afrontar la situación en sus primeras manifestaciones para evitar el daño propio y a terceros, y que la profundización del estado de cesación de pagos –su permanencia en el tiempo– haga irreversible la situación, implique una quiebra virtual –aunque se tramite un concurso–, y genere daños a los terceros, que la eventual continuidad de la empresa para su liquidación en marcha se haya convertido en una utopía.

Puede aceptarse en un sistema despenalizar la presentación tardía –con poca coherencia–, o sea cuando la quiebra es irreversible o cuando un permisionismo excesivo de las normas concursales o de su aplicación, llevan a la aprobación de acuerdos impensables, que implican trasladar la insolvencia a muchos de los acreedores.

Pero no es coherente y racional colegir de ello que no existe responsabilidad alguna para administradores que no planificaron, que no se dieron cuenta que durante años estaban en cesación de pagos contrariando la idea del buen hombre de negocios o que planificaron su insolvencia y la salida concursal ruinosa para sus acreedores.

Las técnicas habilitan la apertura ante la mera existencia de una crisis, pero no aseguran la presentación del pedido, y sería un error pensar que el concurso es una patente de corso del empresario deudor. Una cosa es que se defienda el patrimonio y que se eviten tormentos y otra que la persona del mal administrador o del empresario no sufra consecuencia alguna¹³. Particularmente cuando se trata de un administrador societario¹⁴.

¹¹ Olivera García, Ricardo, *Anteproyecto de ley de concursos para la República Oriental del Uruguay*, Universidad de Montevideo, 1999, p. 310.

¹² Richard, Efraín H., *Responsabilidad de administradores de sociedad insolvente*, “Doctrina Societaria y Concursal Errepar”, t. XIII, 2002, p. 887 y siguientes.

¹³ Arroyo Martínez, *La disciplina de los procesos concursales. Criterios de reforma*, en “Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, p. 130.

¹⁴ “Hoy día la gran mayoría de las empresas que actúan en la actividad económica lo hacen bajo la forma de sociedades” (Bergel, *Los daños individuales y sociales generados por la insolvencia*, en Ghersi, “Derecho de daños”, p. 152).

Se nos dirá que las acciones de responsabilidad en los concursos sólo se generan ante la quiebra, como así también la reconstrucción patrimonial ante actos lesivos que la legislación tacha de inoponibles, como la necesidad de que los acreedores autoricen por mayoría la promoción de esas acciones al síndico.

Esto tampoco es coherente, responde a la idea de una autosuficiencia o sistema cerrado del derecho concursal, que se confunde con la unidad procedimental del sistema en relación al sujeto, pero omite la existencia de un sistema jurídico integral que exorbita al sistema concursal, donde éste debe ser insertado armónicamente.

Es claro que hoy no existe norma alguna que imponga una presentación tempestiva, ni condiciona la apertura a la presentación oportuna, permitiendo incluso la conversión de la quiebra en concurso, ni generando sanción calificatoria alguna.

De allí la falta de teleología de la estructura de la ley, la falta de una política legislativa, la falta de técnicas jurídicas para asegurar o intentar un resultado pretendido: la conservación de la empresa, o el menor daño a los acreedores, o la absolución real del estado de cesación de pagos¹⁵.

Venimos formalizado comunicaciones¹⁶ incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales¹⁷, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento¹⁸.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad (imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social), debe evitarse la contamina-

¹⁵ Richard, Efraín H., *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", 79/80, p. 262 y ss.; "El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la 'empresa' pueda solucionar su problema" (Richard, Efraín H., *Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)*, JA, 2002-III-1415).

¹⁶ *De la insolvencia*, "In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreira", Córdoba, Advocatus, 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*, t. I, p. 5. 4°; *En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto*, t. III, p. 313; *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, t. III, p. 411; *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades*, t. III, p. 549. Otros trabajos pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acader.unc.edu.ar>.

¹⁷ Richard, Efraín H., *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia de Córdoba, 2000, cap. X, "Cuestiones que debería resolver una legislación concursal" y cap. XI, "La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)", p. 457, en especial el § VI, "La problemática concursal", p. 474.

¹⁸ Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios. Ello llevó a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos– que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se ha venido registrando en los últimos años una reacción. Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciale señaló como "ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio", lo que es hoy habitual al señalar los informes generales que el estado de cesación de pagos se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad, y que los administradores –salvo prueba indubitable en contrario– no planificaron una salida, ocultaron la situación y perjudicaron a terceros con los que contrataron (*Trattato*, t. I, p. 324, nota 80).

ción a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

¿Como paliar este estado de cosas? La ley 24.522 no exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador). Se defiende la concepción que la exigencia de presentar un plan demoraría la apertura del concurso, agravaría sus costos y generaría recurribilidad en torno a su apreciación por el juez.

Ello conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del plan de empresa con cuya consideración rendimos homenaje a Frías¹⁹. Si no hay planificación se afecta el estándar de “buen hombre de negocios”.

3. Responsabilidad

La cuestión impone que los administradores societarios asuman su rol en la funcionalidad societaria. No se trata de ampliar la responsabilidad de ellos en cuanto al riesgo empresario. La empresa debe ser autosuficiente, generando a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable²⁰. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños no resultan de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

En tales supuestos, pero sin desechar apreciaciones en torno a administradores de la persona individual, debe pensarse en el ejercicio específico de acciones de responsabilidad, individuales o sociales, contra miembros de órganos societarios, administradores o terceros controlantes abusivos.

¹⁹ Richard, Efraín H., *El plan de empresa, ética y responsabilidad del empresario*, en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, t. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, p. 1187. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent Bas y Muiño (*Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, RDCO, 1997-525 y ss.), y recalcó la cuestión Alberti (*Una contribución de Efraín H. Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo*, en Filippi, Laura - Juárez, María L. (dirs.), “Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje al profesor emérito doctor Efraín H. Richard”, quien señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, t. XXVI, 1987, 161. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica”.

²⁰ Richard, Efraín H. - Quintana Ferreyra, Francisco, *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos*, RDCO, 1978-1373; *La conservación de la empresa*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, t. XXV, p. 107 y siguientes.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica)²¹, no requieren –como las acciones revocatorias concursales o de extensión de la quiebra– de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales. La limitación de responsabilidad de los administradores está basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción. En el derecho argentino se han facilitado herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial²². Transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que “después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones– debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente”²³.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores²⁴.

Es herramienta de la frustración de derechos de acreedores y trabajadores la desaparición de los establecimientos sociales, como manifestación moderna de la fuga del deudor, aunque cierta jurisprudencia haya negado esa situación²⁵.

Se afirma que “en la literatura especializada sobre auditoria, y hasta muy recientemente –mediados de los años ochenta–, no se presenta como problemática la relación entre auditores y la dirección en lo referente al papel y responsabilidad de unos y otros en la detección y revelación de situaciones de peligro para la continuidad de la empresa social”²⁶. Tras la eclosión del tema de la “responsabilidad social”

²¹ Richard, Efraín H., *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, Primer Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, “Sociedades comerciales y personalidad jurídica. Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica), Valencia, España, 19, 20 y 21 de septiembre de 2001.

²² Alegria, Héctor, *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2002-3, Concursos 1, p. 145; Junyent Vélez, Francisco, *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2000-3, p. 189.

²³ *Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad*, en Bolás Alfonso, Juan (dir.), “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 154.

²⁴ Sobre el tema ver de nuestra autoría, *Insolvencia societaria y responsabilidad*, p. 380 y ss.; *Conmemoración de su 80ª aniversario, 1918-1998*, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, y en *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, 2ª ed., Córdoba, Advocatus, 2002; 1ª ed., 2000, Academia de Córdoba, cap. XI, “Insolvencia societaria y responsabilidad”, p. 481 y siguientes.

²⁵ CApel Rosario Civil y Comercial, *IVG Juris*, t. 38, p. 3: “La fuga u ocultación del deudor no constituye de por sí prueba de la cesación de pagos, y menos cuando el hecho se refiere al presidente de una sociedad que sigue contando con apropiada representación”.

²⁶ Fernández del Pozo, Luis, *Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*, en Rojo, “La reforma de la legislación concursal”, p. 9 y ss., específicamente p. 49.

del auditor, y ante la evidencia empírica y notoria de la falta de compromiso de la profesión con la detección anticipada de señales de peligro en empresas que luego resultaron insolventes, la cuestión del reparto de responsabilidades se planteó con toda crudeza.

4. Situación patrimonial

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad u objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente para llevar adelante la actividad propia del objeto social²⁷. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones.

Los acreedores sociales que acrediten haber sufrido daño por el accionar de administradores de sociedades y que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos, pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

¿Cuándo hay un daño directo a los acreedores sociales por parte de los administradores de la sociedad deudora?²⁸

Es esclarecedora la opinión que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso”²⁹.

Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej., en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso³⁰. También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible,

²⁷ “Un capital [social] desproporcionadamente reducido en su magnitud, determinará la imposibilidad *ex origine* de cumplir el objeto que debe, por esencia, ser fácticamente posible” (JuzgNacRegistro, 30/6/80, “Veca Constructora SRL s/inscripción”, LL, 1980-D-464 y siguientes, fallo del doctor Butty).

²⁸ Richard, Efraín H., *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades*, en obra colectiva “El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado”, serie II, obras n° 30, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2002, p. 163 a 192.

²⁹ *Sociedades comerciales*, en obra colectiva, “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez”, t. II, Madrid, Civitas, 1996, p. 1679; Velasco, Gaudencio E., *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*, p. 1683, *Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción individual*, p. 1698, *Daño directo*.

³⁰ Bonelli, *Responsabilidad*, p. 201, nota 191.

como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte.

Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterioridad a ese momento.

5. Acciones

Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae. El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal³¹.

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizado antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso –aunque no fuere tardía–, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores.

No se trata de cuestionar el riesgo empresarial, sino la actuación dolosa. Una sociedad en cesación de pagos podrá continuar operando, en cuanto no afecte la competencia y no asuma obligaciones que a sabiendas no cumplirá. Los trabajos a sazón y otras formas de actividad no estarán reñidos con una planificación de los administradores para evitar la presentación en concurso. Allí no habrá dolo³².

³¹ Richard, Efraín H., *Daños causados por insolvencia societaria (vías no concursales de reparación)*, en Etcheverry, Raúl A. - Gagliardo, Mariano (dirs.), "Derecho de daños. Quinta parte", Bs. As., La Rocca, 2002, p. 657 a 714.

³² En el derecho civil es dolosa la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; en el incumplimiento malintencionado de las obligaciones contraídas, ya sea por omisión de prestaciones, mora en el pago o innovaciones unilaterales. Sí es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 del Cód. Civil.

La actuación en cesación de pagos debe ser analizada seriamente para determinar su inclusión dentro de las previsiones del art. 19 de la ley de sociedades, lo que complementará la legislación concursal³³.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

6. Conclusiones

Los negocios en nuestro país se verán sometidos a un alto costo si la legislación directa –concursal– y la jurisprudencia, apuntalada a veces doctrinariamente, alienta la inseguridad jurídica permitiendo la actuación prolongada y antifuncional de sociedades en insolvencia, no sancionando luego ni a los administradores ni a los socios, pese a que el sistema normativo ofrece soluciones.

Se intenta acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

Claro que, como conclusión, todo es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna, lo que implicaría volver al viejo corazón del derecho mercantil: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia rápida para disuadir el incumplimiento programado, para restablecer la relación afectada³⁴ y devolver la riqueza al circuito económico.

Las acciones tempestivas de los administradores son las que pueden paliar las crisis sistémicas y los riesgos empresarios, acotándolos a su justo límite, y no expandiéndolo y contagiándolo hasta límites inaceptables. Esa actuación tempestiva ante la dificultad económica se corresponde con la planificación responsable y la conciencia que si se daña se debe reparar. La no presentación tempestiva conlleva la responsabilidad fijada en el art. 59 de la ley de sociedades para los administradores que siguieron obligando a la sociedad con terceros.

El concurso tardío es también una forma del abuso de derecho. El que la legislación concursal haya eliminado toda referencia directa a la tempestividad de la presentación en concurso, no ha borrado ciertos efectos como los de la responsabilidad de administradores y terceros, y algún resto del tradicional sistema de reconstrucción patrimonial de la fallida a través de la ineficacia.

Es rol de los juristas auditar el sistema jurídico como unidad. Abordamos sistemáticamente la cuestión en el XI Encuentro de Academias Nacionales de Derecho, realizado en Córdoba en 1995, resaltando que “es centro de debate la eficiencia del

³³ *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita*, “Doctrina Societaria y Concursal Errepar”, n° 185, t. XV, abril 2003, p. 313.

³⁴ Richard, Efraín H., *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)*, Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba, 1999, p. 779.

sistema jurídico” y que “el tema se encuentra vinculado a la ineficiencia del derecho que facilita una actitud masiva de incumplimiento”³⁵.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.



³⁵ Richard, Efraín H., *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos*, en obra colectiva “Unificación civil y comercial: lo posible y lo conveniente”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, correspondiente al XI Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, p. 61 a 111, específicamente punto 5.1, p. 74.