

Consecuencia de la quiebra en las personas jurídicas. Un supuesto de responsabilidad penal*

Por Efraín H. Richard

1) Puede advertirse que en la mayoría de presentaciones en concurso de sociedades comerciales, la cesación de pagos se ha producido con una considerable anticipación a la presentación respectiva. En efecto, conforme lo determina el informe general del síndico –tema al que nos referimos en otra comunicación– esa cesación de pagos ha ocurrido hasta varios años antes.

Sin embargo la sociedad, aun en el marco de esa “cesación de pagos” ha continuado su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho. En esa situación es probable que la sociedad continúe asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o incluso aumentando honorarios a directores, gerentes y/o asesores (que generalmente son los socios mayoritarios).

Ese período transcurre contratando en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades.

2) Por lo general, en la documentación societaria acompañada no se advierte que los administradores hayan puesto en conocimiento de los socios (especialmente a las minorías), esta situación o al menos la posibilidad de esta situación de cesación de pagos, ni se los convoca para que conozcan y asuman la crisis. Luego, al presentarse tardíamente en concurso, omiten toda programación explícita y pretenden la homologación de acuerdos predatorios de quita y espera que perjudica a los acreedores y beneficia a los socios, so pretexto de la conservación de la empresa.

Lo significativo es que, con esa actuación tardía, en la vida interna de la sociedad al no adoptar ninguna de las medidas que prevé la legislación societaria, y presentarse tardíamente en concurso sin haber puesto previamente la cuestión en manos de los socios, han afectado profundamente a la empresa, para cuya conservación aparece como necesaria y justificadas las resoluciones judiciales de homologación de quitas y esperas totalmente ajenas a las conductas de los mercados nacionales e internacionales. En definitiva, la actitud de los administradores –a los que a veces se suman los socios controlantes– ha afectado el normal desenvolvimiento de la empresa.

Hemos recomendado a los directores de sociedades por acciones construir adecuadamente las memorias, según dispone el art. 66 de la LS. Ello fue reforzado por la res. IGJ 9/06 que, a poco fue suspendida, y recientemente fue sustituida por la res. 4/09, que remarca que el plan de negocios se refleja someramente en la memoria que deben configurar anualmente los administradores de las sociedades anónimas, para asegurar una buena administración, formalizar un análisis de los negocios concluidos y prospectivo del futuro de la empresa, para su propio gobierno y examen

* Extraído de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar. [Bibliografía recomendada.](#)

de los accionistas. La nueva resolución permite que las sociedades puedan no ajustarse a sus normas por decisión expresa de su órgano de gobierno. Ante ello nos permitimos señalar que si luego de esa decisión la sociedad generara situaciones de daño a acreedores por su insolvencia –como estamos señalando–, la responsabilidad sería patente no sólo de sus administradores sino también del grupo de socios de control. Esta nueva resolución se aplicará a la documentación contable a partir de los ejercicios que cierren desde el 31 de diciembre de 2009.

3) Con relación a la empresa que es explotada por una sociedad comercial, en los supuestos en que sus administradores y socios no hayan asumido ni interna ni externamente la crisis, y continúen operando, se advierte que lejos de haber formalizado un plan para salir, se ha dejado ahondar la crisis empresarial, incluso preparándose la generación de una transferencia de riqueza de acreedores a socios, al seguir contratando.

Es advertible que en la mayoría de presentaciones en concurso de sociedades comerciales, la cesación de pagos se ha producido con una considerable anticipación a la presentación respectiva. En efecto, según determina el informe general del síndico, en casi la totalidad de los concursos de sociedades que hemos consultado, esa cesación de pagos ocurrió varios años antes.

Aun en ese marco, y como hemos dicho, ha continuado funcionando y disimulando tales hechos, continuó asumiendo créditos, aumentó las deudas (obligaciones de hacer, de no hacer o de dar), manteniendo o incluso aumentando honorarios del personal jerárquico.

No se trata de las medidas que adoptan los administradores al avizorar la crisis, que deben ser juzgadas como disponía la ley 19.551 (ref. 1983) en los arts. 125-1 y 125-2, o sea por su irrazonabilidad al tiempo de ser concebidos. Esas medidas se corresponden al riesgo empresarial y no pueden generar responsabilidad, salvo dolo o evidente irrazonabilidad contraria a la idea de un buen hombre de negocios¹.

Nos referimos a casos en que contratan en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades, configurándose una actuación dolosa, por lo menos desde el punto de vista civil (art. 931 y concs., Cód. Civil).

Por lo general, en la documentación societaria acompañada no se advierte que los administradores hayan puesto en conocimiento de los socios (especialmente a las minorías), esta situación o al menos la posibilidad de esta situación de cesación de pagos, ni se los convoca para que conozcan y asuman la crisis. Luego, se presentan en concurso y pretenden la homologación de un acuerdo predatorio que perjudica a los acreedores y beneficia a los socios, so pretexto de la conservación de la empresa.

4) Un perfecto plan de insolvencia ha sido puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo

¹ Sobre la zona de riesgo, denominado por algunos “zona de insolvencia” o *red flags*, ver nuestro trabajo, *Es tiempo de siembra* (sobre ciertas desinteligenacias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores), *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, 2009, en el número destinado a este Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

hubiera. Y a ese plan se habrá de ejecutar por actos de comisión, y de omisión preferentemente. Por supuesto que los desarrollos empresarios siempre llevan un riesgo, pero ese plan ha sido realizado cuando los responsables del gobierno de la empresa no podían dejar de saber que ese riesgo por el que transitaban encontrándose en “cesación de pagos” ya se enmarca en un riesgo jurídicamente desaprobado, transfiriéndolo a terceros al contratar con ellos a sabiendas de que no podrán cumplir su compromiso (deslealtad), prevista por el Código Civil como dolo civil.

5) Hemos sostenido que desde la perspectiva del derecho penal, ciertos casos podrían enmarcarse en el delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7, Cód. Penal), en tanto con su accionar perjudiquen los intereses confiados u obligaren abusivamente al titular de tales intereses².

Pero tras la sanción de la ley 25.602, que derogó la ley de subversión económica, e incorporó el art 174, inc. 6³ en el Cód. Penal, tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de “vaciamiento de empresas” que contienen tales normas.

Sin duda que aludir a vaciamiento de empresas no responde a una técnica dogmática del todo ortodoxa. Las empresas no se *vacían*, y tampoco se *llenan*. Por tanto aquella idea no es más que una sarcástica metáfora; un mero término figurativo. En los hechos punibles que describe el art. 174, inc. 6 del Cód. Penal se dice que el agente vacía la empresa, en cuanto subsiste intacta como contenedor, es decir como entidad ideal, pero su contenido ha sido sacado, total o parcialmente.

Con una salvedad: ese contenido puede referirse a sus bienes, pero también al desarrollo de su actividad. Por tanto vaciar una empresa no es sólo restarle cosas.

Vaciar una empresa es también restarle potencialidad a su desarrollo, imposibilitarla para competir en el mercado, para subsistir.

Por ello cuando se trata de hacer sacrificios para “conservar la empresa” podríamos estar enfrentando una situación donde la empresa ha sido vaciada.

6) El art. 174, inc. 6 contiene dos tipos penales. Sólo señalaremos el primero: “afectar el normal desenvolvimiento de una empresa”. Por supuesto que no realizaremos una exégesis del tema⁴ ya que la extensión que debe tener este trabajo lo impide, limitándonos a algunas notas fundamentales de este tipo para una mejor comprensión de nuestra posición.

² Richard, Efraín H. - Palacio Laje, Carlos, *Plan de insolvencia y presentación tardía en concurso: su posible punición (el plan de saneamiento en los concursos preventivos y en el APE. la crisis y el plan de insolvencia)*, en “VI Congreso Argentino de Derecho Concursal. IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”, t. II, Santa Fe, 2006, p. 357.

³ Sufrirá prisión de 2 a 6 años: “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinada a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”.

⁴ Sobre el particular, véase Palacio Laje, Carlos, *Los delitos de vaciamiento de empresas*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002, y un trabajo más actualizado en *Derecho penal económico. Parte especial*, t. 2, Mediterránea, p. 304 y siguientes.

El ambos casos el bien jurídico protegido es el patrimonio, pero más concretamente, el crédito⁵. Y es que si el tipo protege el patrimonio, y si la acción del agente tiene como objeto *su* empresa (o la que administra), resulta claro que el patrimonio que protegen estos delitos del art. 174, inc. 6, corresponde a los sujetos que tengan en vista aquel objeto como medio para satisfacer sus expectativas. Esos sujetos no pueden ser otros que los que revisten la calidad jurídica de acreedores.

En estos delitos el agente quiere realizar la acción típica sobre la empresa sabiendo que el resultado que en consecuencia se produzca, necesariamente tornará imposible las expectativas de los acreedores. La ley penal, a través de los tipos del art. 174 refuerza el derecho a que se satisfagan las exigencias que nacen de la calidad de acreedor, penalizando algunas acciones que, al tornar imposible o incierto el cumplimiento de las obligaciones, desbaratan el crédito. Lo vuelven ilusorio.

Ahora bien, el normal desenvolvimiento de una empresa se relaciona con todos aquellos aspectos materiales e inmateriales que resultan beneficiosos y necesarios para el desarrollo de su actividad con cierta previsión. La acción típica implica incapacitar a una empresa, es decir perturbar el desarrollo de la actividad estándar y uniforme que supone y requiere la naturaleza del negocio, en el marco de sus particulares antecedentes. Afectar el normal desenvolvimiento supone contribuir a la ruina de la empresa, a su decadencia, y en definitiva, a su caída.

Afecta el normal desenvolvimiento de la empresa quien la torna en anormal, es decir, fuera de las reglas que la actividad supone o requiere. Al respecto, ya hemos expuesto que la medida necesaria para considerar, en el marco del tipo en cuestión, cuando el normal desenvolvimiento se ha visto afectado, es aquella que permita determinar que el acreedor verá frustrada su expectativa y acreencias, en todo o en parte. En otras palabras, lo anormal será típico en el momento en el que pueda determinarse que desbaratará los derechos de los acreedores.

El delito en examen se enmarca en aquellos que se conocen como infracción a un deber fijado en el ámbito extrapenal. Y lo infringen quebrando una implícita posición de garante o fiduciario sobre los bienes y la actividad de la empresa, que consiste en el deber de abstenerse de realizar actos que importen la frustración de derechos de acreedores, y el de tomar todos los recaudos para no superar el riesgo permitido. Se conecta directamente con actos u omisiones contrarios a la diligencia de un buen hombre de negocios, o a la falta de lealtad.

7) Ahora bien, desde nuestra perspectiva, el administrador, o los mismos socios, que frente a una crisis empresarial, no articulan o al menos no esbozan un plan de salvataje, y siguen funcionando sin siquiera exteriorizar esta situación, incluso como si esa “cesación de pagos” no existiera, afectan el normal desenvolvimiento de la empresa con el claro objetivo que tiene el tipo.

Los vencimientos se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un importante patrimonio, que es total o parcialmente impago. De esta forma se sigue obteniendo crédito por parte de los proveedores. Y mientras el pasivo se refinancia y las provisiones comerciales continúan en ascenso, se retiran utilidades, se mantienen altos honorarios a los directores, que incluso se hacen nombrar en otros cargos por funciones que no cumplen, y otra parte del capital, e

⁵ Según el art. 496 del Cód. Civil es “el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación”.

incluso la clientela es desviada hacia otras empresas vinculadas o constituidas pres-
tanombres. El pasivo sigue creciendo hasta que los acreedores comienzan a negar
los pedidos de prórrogas de pagos, y poco tiempo después la presentación en con-
curso se transforma en la salida para renegociar la deuda. Y es ahí cuando un síndico
advirtiendo la situación de la empresa afirma que el estado de cesación de pagos
comenzó hace cinco años.

¿No lo sabían los empresarios? Y si lo sabían, y nada, absolutamente nada in-
tentaron planificadamente, ¿no afectaron el normal desenvolvimiento de la empresa
con miras a perjudicar a los acreedores?

Entendemos que un gran número de estos casos pueden enmarcarse en el de-
lito de afectar el normal desenvolvimiento de la empresa que tipifica la primera parte
del art. 174, inc. 6 del Cód. Penal, y que rige desde mediados de 2002.

Se requiere mirar la realidad, una realidad que es bien dolorosa para la buena
fe negocial, basamento del derecho comercial. No se ofrecen adecuadas propuestas
a los acreedores –como lo eran en años anteriores (aún de gran inflación)–. Y no se
ofrecen porque actualmente las estrategias son más sofisticadas y parece que ofre-
cieran delicados “bocados” a los administradores y socios de sociedades comercia-
les para tomarlos sin riesgo de ciertos acreedores.

No hay duda que en esos casos hay planificación. Lo que no se puede es ac-
ceder al “plan de empresa”, que lo hay desde que se advierte la dificultad económi-
ca. Y no se puede acceder porque en los casos en que se prepara el concurso con
mucho tiempo de anticipación, lo que hay es un “plan de insolvencia”.

8) La visión punitiva no se agota en el análisis de las normas de derecho penal,
pues el supuesto de hecho que hemos descripto quedaría alcanzado por la norma
penal societaria contenida en el art. 19 de la LS sobre actividad ilícita⁶, además de
acciones individuales de responsabilidad contra los administradores, particularmente
por los acreedores no informados devenidos con posterioridad a la cesación de pa-
gos.

Conclusión. Los administradores societarios que quieran evitar la posibilidad de
ser legitimados pasivos de acciones de responsabilidad societarias, individuales o
sociales, de la falencia o penales, ante la cesación de pagos deben poner la cues-
tión en manos de los socios, particularmente para afrontar causales de disolución;
ante la infrapatrimonialización, asumir la capitalización por los socios, terceros o
acreedores, o ante el fracaso de esas medidas deben adoptar tempestivamente las
soluciones concursales.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

⁶ Richard, Efraín H., *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita*, Doctrina Societaria y Concursal
n° 185, abr. 2003, p. 313.