

El *dolo eventual* como factor de atribución de
responsabilidad en la extensión de quiebra: *el caso Bratar*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

El *dolo eventual* como factor de atribución de responsabilidad en la extensión de quiebra: *el caso Bratar*

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

Abstract.

La sala A de la CN Comercial dictó veredicto en el caso “*Bratar*” haciendo lugar a la extensión de responsabilidad solicitada por el síndico de la quiebra de la sociedad Bratar SA.

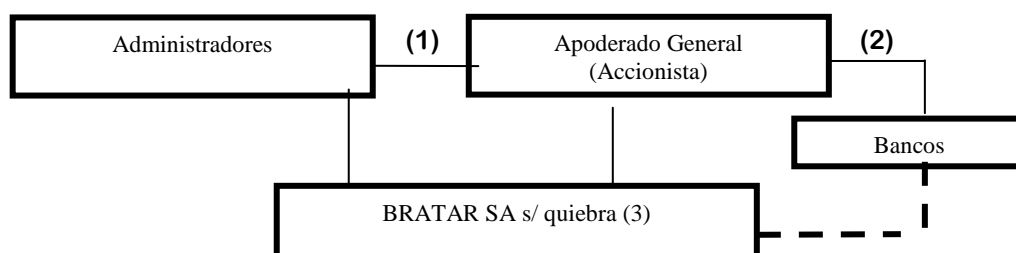
Este caso trata sobre dos administradores societarios que se desentendieron de la gestión societaria otorgando poder amplio de administración a favor del accionista de control quien habría gestionado ciertos préstamos bancarios cuyos fondos no pudieron ser imputados al activo social. El caso *Bratar* trata sobre la extensión de responsabilidad contra los administradores “formales” por actos realizados por el administrador “de facto” encabezado por el apoderado general quien administró y dispuso de los activos sociales. La conducta demostrada por los administradores formales llevó al síndico de la quiebra a solicitar la extensión de responsabilidad con fundamento en el artículo 173 LCQ.

Este precedente nos resulta sumamente interesante pues introduce en el ámbito de la quiebra la extensión de responsabilidad aplicando como factor de atribución el dolo con carácter de eventual. Todos sabemos que las normas falenciales sobre extensión de responsabilidad hacen expresa referencia al dolo “a secas” excluyendo la culpa, aún la grave. Las normas falenciales no aluden al tipo dolo eventual. Sobre este aspecto transitó el fallo que estamos comentando y que lo torna en sumamente útil e interesante conocerlo y explorarlo.

Todos sabemos la diferencia entre dolo y culpa. El codificador los ha definido detalladamente allanándonos la labor hermenéutica. El problema es que ni la culpa grave ni el dolo eventual parten de normas positivas dentro del terreno falencial. Aún cuando la culpa grave en la gestión societaria encuentra su sostén en el artículo 274 LSC, el dolo de tipo eventual cuenta con la más absoluta orfandad en ambos ámbitos, el societario y el concursal.

Nuestro legislador concursal previó expresamente al dolo como factor excluyente de atribución de responsabilidad contra los administradores y síndicos eludiendo a la culpa, aún la grave. De esta forma el dolo eventual penetra al ámbito concursal por una rendija. Sin duda un precedente para tener muy presente.

I. El caso *Bratar*.



A. Reclamo de la sindicatura: El síndico promueve acción de responsabilidad contra Bernardo Enrique Rocca, N. A. G., Arturo Carlos Crowe y Raúl N. Rodríguez, pretendiendo el cobro de (\$ **2.168.687,30**) como pasivo concursal verificado y declarado admisible.

B. Los hechos:

1. Los accionados integraron el último directorio y la sindicatura (Presidente: Bernardo Enrique Rocca, Vicepresidente: N. A. G., Director titular: Arturo Carlos Crowe y Síndico: Raúl N. Rodríguez).
2. El 22 de noviembre de 1993 se verificaron y declararon admisibles en la quiebra créditos por préstamos bancarios y giros en descubierto por \$ **2.168.687,30**.
3. No se localizaron bienes de Bratar S.A. Ésta poseía importantes maquinarias en oportunidad de solicitar los créditos.
4. Tanto las sumas de dinero recibidas mediante préstamos, así como las maquinarias no se encontraban dentro del activo al momento del decreto de quiebra. Los administradores no pudieron probar su destino, aplicación o enajenación, ni tampoco acompañaron los libros o documentos sociales que justificasen su ausencia.
5. Dicha falta, ocasionó una evidente disminución de la responsabilidad patrimonial de Bratar = condujo hacia la insolvencia.
6. Dicha disminución patrimonial hace responsable a los administradores dos de los cuales (presidente y vicepresidente) en oportunidad de requerírseles explicaciones en el proceso falencial, habían manifestado ignorar el manejo de los negocios societarios.
7. El síndico también resultaba responsable, por haber incumplido sus funciones de fiscalización violando los deberes que le imponía el art. 294 LSC. El último balance presentado por dicho funcionario correspondía al cerrado el 31.08.89.

C. La defensa ensayada por NAG: Tanto Rocca (Presidente) como NAG (Vice) residían en Azul. El Sr. Florestano titular del paquete de control de Bratar S.A residían en Capital Federal. Las gestiones societarias y financieras debían realizarse en la Capital Federal. Se le otorgó a este último un poder general amplio de administración a fin de que obtuviera los créditos mencionados y realizara las gestiones necesarias ante los diferentes organismos para el correcto funcionamiento de la sociedad.

Los administradores explicaron que: *“en realidad la administración de la sociedad la ejercía un tercero –Florestano– a quien le habían otorgado un poder general de administración, indicando que era éste quien actuaba en la solicitud de préstamos antes las entidades bancarias, señalando, además, que desconocía totalmente los detalles de las operaciones, indicando, por otro lado, que ignoraba la existencia de otros bienes sociales”*.

1. Instancia: Hizo lugar a la demanda.

- Se hallaba debidamente acreditado el mal desempeño en el cargo de los demandados, quienes se desentendieron de la suerte de la sociedad, lo que permitió el accionar fraudulento en perjuicio de los intereses de la empresa y de los acreedores.
- Se encontraba probado que se habían tomado créditos, sin que los fondos hubiesen sido asentados en documentación alguna y sin que se hubiese manifestado su destino.

- Tampoco pudo explicarse la desaparición de los libros sociales, ni la ausencia de la importante maquinaria.
- De las manifestaciones de los propios accionados surgía un desentendimiento total de la situación social de carácter inexcusable.
- La actuación de los demandados había generado la cesación de pagos de la sociedad fallida, juzgando, en consecuencia, que resultaban responsables por la totalidad del pasivo concursal verificado.

II. Criterio de la Sala:

El nudo del asunto es determinar si fue acertado o no, hacer lugar a la acción de responsabilidad contra los administradores sobre la base de haber entendido que con su conducta aquellos habían generado la insolvencia de Bratar.

A. La acción de responsabilidad.

1. El artículo 173 LCQ es una acción típicamente concursal: El representante que con *dolo* o en infracción a normas indelegables hubiera **producido, facilitado, permitido, agravado o prolongado** la disminución de la situación patrimonial de la deudora o su insolvencia, debe indemnizar los perjuicios causados. La fórmula del artículo 173 LCQ prevé un obrar doloso para que prospere la acción de responsabilidad civil.

a. *Producir*: autoría directa, es decir crear u ocasionar la disminución patrimonial o la insolvencia.

b. *Facilitar*: significa complicidad. Proporcionar los medios para llegar a la insolvencia o a la disminución del patrimonio.

c. *Permitir*: significa una situación pasiva. Tolerar, dar libertad de hacer, no obstante estar en condiciones de evitar los actos en perjuicio de los acreedores.

d. *Agravar*: puede significar tanto autoría como complicidad, pues implica aumentar la disminución patrimonial o la insolvencia ya existente.

e. *Prolongar*: es hacer durar una situación preexistente por más tiempo que el necesario o el admitido por ley.

2. El obrar doloso: Los puntos indicados en (a) a (e) deben ser realizados con dolo. O sea debe ser un acto realizado a sabiendas y con la intención de dañar. El artículo 173 LCQ no modifica el régimen ordinario de responsabilidad civil que exige: (i) antijuridicidad, (ii) factor subjetivo de atribución de responsabilidad, (iii) daño y (iv) relación de causalidad.

3. El daño: En el supuesto del artículo 173 LCQ el daño consiste en la efectiva disminución patrimonial.

4. La necesaria relación de causalidad: Existe relación de causalidad “adecuada” entre la desaparición de los activos y el daño ocasionado a la masa al provocar –con tal proceder– la inexistencia de activo para satisfacer íntegramente a los acreedores.

5. El dolo eventual como facto de atribución de responsabilidad: Todas estas circunstancias llevan a que la conducta ingrese en el plano de lo que se conoce como **dolo eventual**. Aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias

derivadas de sus actos: una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo. (conf. esta CNCom., esta Sala A, 12.03.2008, in re: “Ponce Nury Juana s/ quiebra c/ Ojeda Alejandro Fidel s/ ordinario”).

B. El deber de diligencia del administrador societario.

1. El deber de diligencia exigido al administrador societario y el poder general de administración:

El administrador no pudo dar explicaciones acerca del destino de los fondos, ni del paradero de ninguna de las máquinas, activos que se encontraban bajo su administración y cuidado, limitándose a sostener la versión de su ajenidad respecto del manejo social, toda vez que había otorgado un poder general de administración a un tercero –Florestano– y no había intervenido en la obtención de los créditos cuestionados. Estos argumentos no pueden ser válidamente aceptados.

5. **El poder general de administrar y la prohibición de delegar:** No puede ser admitido que el administrador ignore las obligaciones del cargo y la prohibición de delegar la administración en cabeza de un tercero, máxime teniendo en consideración que el citado era un “destacado profesional (abogado) de Azul.

2. **El deber de diligencia del administrador y el deber de conservar los activos sociales:** La conservación de los libros sociales. Su desaparición o inexistencia, además de constituir una evidente violación a sus deberes, no puede servir de argumento para intentar desligarse de la responsabilidad. Aún en la hipótesis más favorable - esto es que no haya actuado activamente en la sustracción de los activos sociales - lo cierto es que en su carácter de administrador (vicepresidente) aquel debió realizar las medidas pertinentes a fin de lograr la conservación de los activos, lo cual no hizo, desentendiéndose totalmente de la suerte de la sociedad “permitiendo” con esa omisión la insolventación de la empresa. Fue acreditada la conducta ilícita imputada ya sea por acción u omisión.

3. **El deber de control (Oversight Duty):** La omisión de efectuar el debido control respecto a la suerte del activo no pudo tener otra justificación que la de “permitir” la insolventación del ente societario.

4. **El costo de la conducta dolosa:** \$ **2.168.687,30**. El pasivo verificado y declarado admisible.

III. Nuestra opinión.

A. El caso Bratar: un importante antecedente de la sala A.

En una anterior entrega habíamos comentado el caso “El Peregrino”, un fallo dictado por la sala E de la CNComercial en el que se admitió la *culpa grave* como factor de atribución de responsabilidad en el ámbito de la quiebra. En aquel precedente el Tribunal interpretó que la culpa no estaba excluida como factor de atribución en la quiebra y que no podía admitirse que el obrar negligente sea una conducta condenable estando la sociedad in bonis y, que esa misma conducta no sea achacable al administrador societario ingresando la sociedad en estado extremo de falencia; esto es la liquidación judicial por quiebra. La sala E entendió que dicha forma de interpretar los artículos 173 y 175 de la LCQ sería como darle a los gestores sociales un cheque en blanco para la comisión de delitos culposos quedando eximidos de responsabilidad con sólo presentar la quiebra de la sociedad administrada. No hay razón para justificar el distinto tratamiento en uno y otro ámbito. No corresponde tratar al administrador con menos severidad estando ingresando la sociedad en estado de quiebra¹.

¹ El lector interesado puede ver nuestra crítica VAN THIENEN, Pablo. *Extensión de responsabilidad al director de la SA por mal desempeño del cargo. ¿Culpa en la quiebra? Un caso peligroso y resonante. El Peregrino s/ quiebra.* Working Paper 67. www.cedeflaw.org

B. De la “culpa grave” al “dolo eventual” en el ámbito falencial: una delgada línea que trasciende las normas concursales.

El precedente Bratar y El Peregrino deben llamarnos a la reflexión. En el primero la sala A admitió el dolo eventual como factor de atribución para extender responsabilidad a los gestores sociales dentro del ámbito del artículo 173 LCQ. En el segundo la sala E admitió la culpa grave para extender responsabilidad dentro del ámbito del artículo 175 LCQ.

Estamos asistiendo a una renovada interpretación de normas concursales donde los Tribunales están haciendo lugar a tipos delictivos no expresamente regulados en la ley de concursos y quiebras. Parece ser que dentro del estrecho marco de la extensión de responsabilidad todo vale y todo sirve para condenar a los administradores societarios en beneficio de la masa, aún cuando el obrar antijurídico achacado a los administradores no ingrese dentro del estrecho margen del *dolo*.

El Tribunal calificó la conducta delictiva de los administradores como *aquella conducta obrada con tanta desaprensión y ligereza, omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, que el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos: una culpa de una gravedad tal que no puede sino asimilarse al dolo*. Sin embargo, debemos tener presente que el legislador concursal previó como conducta típica para extender responsabilidad el obrar doloso; esto es un obrar que consista en la intención de causar el perjuicio patrimonial a la masa de acreedores.

La tipicidad en esta clase de conductas que llevan a la extensión de responsabilidad en el ámbito de la quiebra impone y exige un mayor nivel de certeza. Tanto el dolo eventual como la culpa grave son situaciones híbridas que desatan un torbellino de inseguridad jurídica al no conocer el imputado el marco subjetivo de su conducta.

Resulta importante destacar que dentro del ámbito societario la distinción entre culpa y culpa grave que hace el artículo 274 LSC no genera demasiadas complicaciones prácticas a la hora de imputar la responsabilidad, precisamente por el *quitus* previo que impone el régimen societario, a punto tal que el propio administrador puede salir exonerado de responsabilidad civil si media transacción, aprobación de la gestión o renuncia. En este contexto resulta fútil la distinción entre dolo, culpa y culpa grave. Estos factores de atribución de responsabilidad sólo serán útiles a los efectos de extender el costo de la indemnización a las consecuencias mediatas y remotas. Punto y aparte.

En cambio en el ámbito falencial la discusión cambia dramáticamente cuando estamos hablando de los artículos 173 y 175 LCQ. Aquí no hay *quitus* y el administrador queda expuesto a la demanda de daños promovida por el síndico de la quiebra.

Con esto que decimos no queremos dejar la sensación de que queremos promover conductas indeseadas en el marco de la quiebra; sólo dejar en claro que la intención del legislador falencial fue limitar sólo al dolo las conductas lesivas al interés de la masa. Punto y aparte.

Los precedentes El Peregrino y Bratas no ayudan a darle seguridad jurídica a los operadores de mercado, aún cuando salte a la vista que la conducta de los administradores ha sido rayana con el dolo. Pues bien, si ha sido rayanda con el dolo pero no fue dolo, el sistema legal impone exonerar de responsabilidad al gestor societario.

B. La diligencia debida y el dolo: ¿Estamos ante una conducta dolosa?

El Tribunal achacó a los administradores varias conductas:

1. El administrador no pudo dar explicaciones acerca del destino de los fondos, ni del paradero de ninguna de las máquinas, activos que se encontraban bajo su administración y cuidado.
2. El administrador se limitó a sostener la versión de su ajenidad respecto del manejo social, toda vez que había otorgado un poder general de administración a un tercero.
3. El administrador argumentó que no había intervenido en la obtención de los créditos cuestionados.
4. El administrador alegó ignorar las obligaciones del cargo y la prohibición de delegar la administración en cabeza de un tercero.

Incluso el Tribunal entendió que la conservación de los libros sociales, su desaparición o inexistencia, además de constituir una evidente violación a sus deberes de conducta, no pueden servir de argumento para intentar desligarse de la responsabilidad.

Sostuvo la sala A que aún en la hipótesis más favorable - esto es que no haya actuado activamente en la sustracción de los activos sociales - lo cierto es que en su carácter de administradores debieron realizar las medidas pertinentes a fin de lograr la conservación de los activos, lo cual no se hizo, desentendiéndose totalmente de la suerte de la sociedad y “permitiendo” con esa omisión la insolventación de la empresa.

Por último sostuvo que corresponde a los administradores desempeñar una función esencial, cual es el deber de vigilancia o control respecto a la suerte del activo. La omisión de este deber de conducta no pudo tener otra justificación que la de “permitir” la insolventación del ente societario.

O sea, aún cuando la omisión o comisión del ilícito (incumplimiento del deber de conservar los libros y activos sociales) no sea consecuencia de una participación activa en aquel delito, el dolo eventual penetra como facto de imputación.

Está claro que **producir, facilitar, permitir, agravar o prolongar** son todas conductas que (por acción u omisión) exigen a su autor un obrar doloso. La imposición de la conducta dolosa va de la mano de los actos ilícitos descriptos; aún cuando uno podría producir, facilitar, permitir, agravar o prolongar mediando sólo negligencia. En este caso el legislador impuso una conducta agravada: *el dolo* y no el eventual eximiéndolo incluso, en caso de obrar culposo.

IV. Conclusión.

El precedente Bratar sumado al caso El Peregrino innovan en material de responsabilidad civil en el específico ámbito de la quiebra. Con estos dos precedentes queda abierta la puerta para la imputación de responsabilidad por culpa grave o dolo eventual dejando a los artículos 173 y 175 de la LCQ en letra muerta. Dos precedentes que nos ponen en alerta y que debemos tener muy presente.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen