

Extensión de responsabilidad al director *por mal desempeño del cargo*. ¿Culpa en la quiebra? Un caso peligroso y resonante: *El Peregrino SA s/quiebra*.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director académico

# Extensión de responsabilidad al director *por mal desempeño del cargo*. ¿Culpa en la quiebra? Un caso peligroso y resonante: *El Peregrino SA s/quiebra*.

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.**

El caso *El Peregrino SA s/quiebra* no pasará inadvertido para la doctrina especializada. Es un precedente que dará a luz una importante corriente de opinión entre detractores y quienes recibirán con beneplácito la doctrina judicial de este *resonante* caso.

La sala E del fuero mercantil ha abordado este caso con absoluta lucidez intelectual. Se ha tomado el trabajo de desenmascarar no sólo el tramado societario detrás de la sociedad El Peregrino SA y sus accionistas y directores sino que, y lo más importante, no se ha dejado llevar por las pretensiones del síndico de la quiebra quien, con el afán de traer a la masa todo lo que sea, intentó agredir el patrimonio personal de los directores de El Peregrino SA invocando gestión promiscua del patrimonio social.

El síndico no sólo intentó agredir a los administradores sino que además extendió su pretensión a la sociedad Vicente Robles SA y sus accionistas. Éstos eran los mismos accionistas que los de El Peregrino SA y además, eran los directores en ambas sociedades. Por lo tanto estamos parados ante un conjunto económico. Mismos accionistas, mismos directores, mismos intereses. Así las cosas el síndico disparó contra todos. Invocó artículo 54 de la LSC contra accionistas y directores, pero también promovió contra éstos la acción social de responsabilidad subrogatoria en los términos de los artículos 276 y 278 de la LSC y artículo 275 de la LCQ.

El caso *El Peregrino SA s/quiebra* aborda temas concursales de sumo interés práctico y académico, pero sobre todo invita al debate sereno y a la reflexión creadora.

A mi modo de ver las cosas el Tribunal fijó dos límites. El primero respecto de lo que debemos entender por *grupo económico, control, influencia dominante, dirección unificada y confusión patrimonial*. El segundo relativo a la extensión de responsabilidad al administrador societario por culpa, esto es por *mal desempeño del cargo* (art. 274 de la LSC). Aquí el juzgador ha roto el molde. Este es para mí el nudo gordiano del precedente El Peregrino, el que seguro traerá cola.

Los hechos más destacados del caso son:

1. Mismos accionistas entre El Peregrino SA y Vicente Robles SA.
2. Confusión de activos entre una y otra sociedad.
3. Bienes de una sociedad eran explotadas por la otra y viceversa.
4. Ciertos derechos de El Peregrino SA fueron activados en sus estados contables.
5. La activación de estos derechos violó el principio de realidad de los balances.
6. Se generó una apariencia de solvencia.
7. Los administradores de El Peregrino SA no adoptaron a tiempo medidas correctivas para salir del estado de insolvencia.

## **1. La defensa ensayada por los directores de El Peregrino SA y por Vicente Robles SA.**

Los administradores invocaron falta de legitimación activa. Ensayaron esta excepción argumentando que la acción social de responsabilidad prevista en los artículos 276 y 278 de la LSC compete a la sociedad y no al síndico de la quiebra. Además argumentaron prescripción. Para los administradores esta acción prescribe a los 3 años de la asamblea que trata la gestión.

Vicente Robles SA ensayó la estrategia de falta de legitimación pasiva.

## **2. El fallo *a quo*.**

El juez de primera instancia rechazó la pretensión del síndico. Sin embargo, el juez *a quo* ha dicho cosas que valen la pena destacar, en especial relacionado con el factor de atribución de responsabilidad en el contexto de insolvencia.

### *a. La culpa en el ámbito concursal. El artículo 175 de la LCQ*

Los directores de El Peregrino SA se excusaron invocando excepción de falta de acción. Invocaron como argumento defensivo que la atribución de responsabilidad en el ámbito falencial es el *dolo* y que éste opera en forma exclusiva quedando por lo tanto excluida la *culpa*, tal como lo indica expresamente el artículo 175 de la LCQ (t.o. ley 24.522).

El juez inferior sostuvo en réplica a este argumento que la reforma a la ley concursal introducida por la ley 24.522 no podría ser interpretada en el sentido de que el factor de atribución de responsabilidad fuera más leve en el ámbito concursal que *in bonis*. Este alcance en la interpretación sería contraria al espíritu de la norma (*sic*). Sobre esto volveré más adelante.

### *b. Relación de control. Confusión patrimonial y gestión promiscua del patrimonio social.*

El juez *a quo* supo de entrada que estaba analizando la extensión de responsabilidad por culpa. En este preciso contexto resolvió aplicando los principios que hacen operativa la responsabilidad civil, esto es: (i) ilicitud, (ii) culpa o dolo, (iii) daño real y concreto y (iv) nexo de causalidad entre el daño y la ilicitud.

Así las cosas el juez sostuvo lo siguiente:

1. Quedó acreditada la relación de control y la dirección unificada del grupo económico.
2. No pudo probarse que esa dirección unificada haya causado perjuicio a El Peregrino SA.
3. La dirección unificada no es un hecho ilícito *per se*.
4. Se acreditó confusión patrimonial y gestión promiscua de los activos sociales.
5. Sustraer bienes de una sociedad miembro del grupo para beneficio de otro miembro integrante no es un acto ilícito, es más, es una operación común en las relaciones de grupo. El acto antijurídico es sustraer los activos en perjuicio de un miembro del grupo.
6. No se pudo probar que Vicente Robles SA se benefició a expensas de El Peregrino SA, no obstante haberse acreditado el traspaso de bienes de una sociedad a otra.
7. La gestión promiscua de activos puede ser un elemento que acredite ilicitud, ahora bien esta ilicitud sin daño no genera responsabilidad hacia terceros pues falta dos elementos (i) daño y (ii) nexo de causalidad.
8. La pertenencia a un conjunto económico suele generar beneficios a sus integrantes. No estando reconocido en nuestro derecho el llamado interés grupal, los daños causados a un miembro del grupo en beneficio del grupo es, todavía un acto ilícito en nuestro sistema de derecho.

### *c. Responsabilidad de los administradores por apariencia de solvencia derivada de estados contables insinceros.*

1. Para que la responsabilidad civil de los administradores prospere es necesario acreditar el daño.
2. La indebida apariencia de solvencia producto de estados contables irregulares prueba una irregularidad contable (acto ilícito). No habiéndose acreditado el daño ni la relación de causalidad entre éste y el acto ilícito, no corresponde imputar responsabilidad civil. Por lo tanto estamos ante una simple irregularidad contable.

Más allá de que el juez *a quo* entendió aplicable a los administradores societarios (dentro del ámbito concursal) la responsabilidad civil por culpa, en el caso particular la misma no pudo prosperar por orfandad probatoria en el necesario nexo de causalidad que debe existir entre ilicitud, culpa y daño. Bajo este prisma interpretativo (de Derecho de fondo) el magistrado de grado dictó veredicto exculpando a los administradores societarios.

La alzada compartió ciertos criterios del juez *a quo* pero finalmente condenó a los administradores con el argumento (ciertamente peligroso en mi opinión) de que los directores son responsables frente a terceros por mal desempeño del cargo, aún en la quiebra. Y esto sí es muy grave.

### 3. Criterio de la sala.

La sala abordó 4 cuestiones. La primera tiene que ver con el alcance que el tribunal le asignó al artículo 54.1 de la LSC, la segunda la acción de responsabilidad contra Vicente Robles SA en su calidad de controlante, la tercera la acción de responsabilidad contra los directores de El Peregrino SA por abuso de control y la última la acción de responsabilidad contra los directores por mal desempeño del cargo.

Todas estas cuestiones serán analizadas a continuación:

- a. *El artículo 54.1 de la LSC como acción social de responsabilidad contra el accionista controlante. Prescripción.*

La sala E fijó el siguiente criterio interpretativo: *cabe considerar incluido en el artículo 175 de la LCQ a la acción de daños del artículo 54.1 de la LSC pues ésta califica como acción social en los términos del artículo 276 de la LSC. Y agregó: siendo la acción social del artículo 175 de la LCQ corresponde aplicar el plazo de prescripción decenal (art. 846 C.com).*

Es cierto que la acción de daños promovida contra los controlantes (accionistas y/o directores) prevista en el artículo 54.1 de la LSC podría calificar como acción social de responsabilidad en el sentido de que la acción de daños la promueve la sociedad damnificada como sujeto activo y que la indemnización ingresa al patrimonio social. Desde esta única perspectiva podríamos compartir el criterio de la sala. Sin embargo si nos tomamos el trabajo de hilar un poco más fino observaremos que aquella demanda de daños no califica técnicamente como acción social de responsabilidad tal como la conocemos según los términos y con los alcances de los artículos 276 y siguientes de la LSC.

El Tribunal pretendió asimilar la acción civil del artículo 54.1 de la LSC promovida contra un accionista controlante (de hecho) aplicando normas de la acción social de responsabilidad minuciosamente regulada por la ley societaria para los administradores societarios. Mientras en la acción de daños del artículo 54.1 de la LSC la demanda la promueve el directorio en forma directa, la acción social de responsabilidad contra administradores exige transitar el *quitus*, cosa que no ocurre con la primera. Este dato por sí sólo es suficiente para darnos cuenta que estamos parados ante cosas diferentes.

Un dato no menor. Mientras en el ámbito de la acción social de responsabilidad contra administradores el tema de la prescripción no está agotado, sino todo lo contrario, estamos en mantillas pues nadie sabe si son 2, 3 ó 10 años, el plazo de prescripción aplicables a la acción social de responsabilidad. En el caso puntual de El Peregrino SA el Tribunal dispuso que la acción del artículo 54.1 de la LSC, prescribe a los 10 años.

Esto merece una aclaración de fondo. Nos enfrentamos a una relación de control de hecho y por lo tanto extracontractual. Vicente Robles SA era sociedad controlada por los mismos accionistas de El Peregrino SA y ambas compartían los mismos administradores, pero aquella no poseía participaciones en ésta. Siendo esto así el plazo de prescripción por daños vence a los 2 años. No nos sirve si quiera el artículo 848.1 C.Com que extiende el plazo a 3 años cuando se trata de reclamos entre socios y la sociedad.

No habiendo vínculo contractual entre el ilícito y el daño es inviable la prescripción decenal como lo pretendió el tribunal.

Esto que hemos analizado aquí no deja de ser una mera digresión doctrinal con el juez de la alzada pues al final de cuentas aquel terminó eximió a Vicente Robles de toda responsabilidad, pero por otro motivo. Veamos:

*b. Responsabilidad de Vicente Robles SA en su calidad de controlante externo (de hecho).*

El tribunal *ad quem* coincidió con el juez *a quo*. Este aspecto del pleito el tribunal lo desgajó del siguiente modo:

- (i) *Grupo económico*: Se acreditó la existencia de un grupo económico con accionistas y dirección común. La dirección unificada es un dato patológico del fenómeno grupal. Este dato por sí sólo no es suficiente para imponer responsabilidad.
- (ii) *Gestión promiscua de activos*: Se acreditó la gestión promiscua de los patrimonios sociales. Quedó probado que activos de El Peregrino SA fueron utilizados por Vicente Robles SA y a la inversa. Se probó cruzamiento de activos entre ambas sociedades.
- (iii) Sin embargo (i) y (ii) no alcanzan por sí sólo para imputar responsabilidad civil pues no se acreditó relación de control.

O sea el tribunal desistió de aplicar la acción social del artículo 54.1 de la LSC contra Vicente Robles SA por la razón de inexistencia de control.

*c. Responsabilidad de los administradores de El Peregrino SA (por abuso de control).*

Se acreditó la relación de grupo económico con accionistas y dirección común. Se acreditó gestión promiscua de los patrimonios. No se pudo acreditar relación de control. Para que prospere la responsabilidad por abuso de control deben ocurrir dos cosas: (i) existencia de control y (ii) daños al sujeto controlado. Caído uno de los dos presupuestos necesarios para que funciones la responsabilidad éste no puede prosperar.

No obstante lo anterior el Tribunal no halló acreditado el desvío del interés de El Peregrino SA (perjuicio) en interés de Vicente Robles SA (beneficio). No pudo acreditarse que del manejo confuso de los activos haya causado perjuicio a El Peregrino SA.

*d. Responsabilidad de los administradores de El Peregrino SA (por mal desempeño del cargo).*

En opinión del tribunal la gestión promiscua y confusa de los activos sociales no es causal suficiente para endilgar responsabilidad civil dentro del marco de la relación de grupo y como abuso de control; sin embargo sí lo consideró como actitud culposa violatoria del estándar de diligencia impuesta al administrador societario. La gestión promiscua y confusa del patrimonio social, o si se quiere la desaparición de bienes del activo encuadra dentro de la conducta negligente del administrador. Así lo entendió la sala E.

Este punto debe ser rebatido. Éste es el nudo gordiano del fallo que estamos analizando. Extender responsabilidad a los administradores sociales por culpa o negligencia en la gestión social. Esto sí es muy serio y muy preocupante pues dilata y extiende al factor de atribución de responsabilidad civil pasando del dolo (intención de causar daño) a la culpa como mero obrar negligente.

#### **4. El régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios.**

El régimen de imputabilidad por daños de los gestores sociales es un tema sumamente sensible. Hasta ahora todos sabíamos que los administradores sociales están sujetos a un complejo régimen de responsabilidad civil sellado a fuego en los artículos 274 de la LSC y sucesivos. El gestor de cosa ajena sabe que su patrimonio personal no será agredido mientras actúe de buena fe, con lealtad y diligencia. Nada muy extraño al resto de los mortales. Mientras todos nos conduzcamos por la vida con este estándar de conducta la cosa marcha más o menos sobre rieles. El problema se presenta cuando sacamos los pies del plato.

Ahora bien el régimen de responsabilidad civil del gestor de empresas es ciertamente complejo pues se trata de hacerse responsable por (i) violar la ley y (ii) por mal desempeño del cargo y no sólo esto sino que el factor de atribución de responsabilidad es extremadamente dilatado: (x) culpa, (y) culpa grave y (z) dolo.

En síntesis el administrador societario responde por culpa. La mera negligencia en la toma de decisiones lo hace responsable por los daños causados al patrimonio social. Y lo más grave es que el administrador responde bajo un sistema de solidaridad muy severo en el que la negligencia de uno arrastra a todos los directores. Este sistema de solidaridad sólo puede ser evitado impulsando el estricto régimen de exención previsto en el artículo 274 de la LSC.

Una barrera importante para imputar responsabilidad consiste en que la sociedad debe promover la acción con previa aprobación de la asamblea (*quitus*). En el modelo de capital concentrado las acciones de responsabilidad civil contra administrador son una *rara avis* pues los directores suelen responder a los intereses de la mayoría del capital. En este modelo el sistema diseñado en el artículo 275 de la LSC no ha funcionado.

Nuestra ley societaria imputa al administrador responsabilidad civil por (i) actuar en violación de la ley y (ii) por mal desempeño del cargo. Mientras el primero hace lugar al dolo el segundo corresponde a un obrar culposo. El mal desempeño del cargo hace a un obrar negligente del administrador mientras que la violación de la ley o el acto ilícito corresponden más al terreno del obrar doloso. El obrar doloso está vinculado al obrar desleal mientras que el obrar culposo está vinculado al obrar negligente.

Ha sido el estándar de la *culpa grave* la que ha complicado el debate y el encuadre de la responsabilidad civil de los administradores societarios. Todos sabemos que Vélez no fue amigo de estas calificaciones (*vid nota al artículo 412 C.c.*) y las rechazó de cuajo dejando en manos de los jueces no ser tan severos ni tan indulgentes, pero siendo ellos quienes debían medir la responsabilidad del imputado considerando las circunstancias de persona, tiempo y lugar. La fórmula es bastante sabia por cierto. No obstante este prudente criterio, nuestro legislador societario hizo caso omiso y agregó la *culpa grave* entre los factores de imputación subjetiva.

Lo cierto es que hoy no sabemos muy bien qué es la culpa grave. Todos entendemos que esta clase de culpa consiste en omitir aquellas diligencias mínimas exigidas por el cargo de director. No es otra cosa que aplicar la vara del artículo 902 del C.c.

Conociendo el legislador del pecado cometido al incorporar la culpa grave en el ámbito societario, aquel intentó corregir este error en la quiebra. Y para ello negó responsabilidad por culpa, en la quiebra.

El administrador societario responde por culpa (por culpa grave) y por dolo siempre y cuando la sociedad esté *in bonis* o atravesando un proceso concursal. En ambas situaciones el administrador está sujeto a la acción social de responsabilidad *ut universi y ut singuli*, a la acción minoritaria, a la acción individual y a la subrogatoria concursal. Aquí el administrador siempre responde, sea por culpa o por dolo; y diré más, si responde por culpa obvio es decirlo responde por dolo. Quien carga con la culpa carga con el dolo.

En cambio en el ámbito exclusivo de la quiebra el factor de imputación de responsabilidad cambia, y cambia mucho. Aquí sólo se responde por dolo (art. 173 de la LCQ). Aquí el legislador subió la vara para medir la conducta debida. Exige intención de causar un daño y además que ese dolo sea la causa eficiente de la quiebra. El administrador jamás puede responder en la quiebra por obrar negligente o culposo, incluso por culpa grave. El sistema exige dolo.

Así tenemos que, estando la sociedad en concurso preventivo el administrador responde por culpa, atravesando el umbral de la quiebra aquel responde por dolo. Este es el sistema y debemos respetarlo. Parece contradictorio, pero no lo es.

## **5. La culpa en el ámbito de la quiebra. La extensión de responsabilidad.**

En la quiebra no puede haber responsabilidad por culpa, ni siquiera por culpa grave. El legislador de la ley 19.550 (t.o. 24.522) impone una conducta dolosa.

## **6. Responsabilidad por mal desempeño del cargo: ¿dolo o culpa grave?**

La sala E imputó responsabilidad civil a los directores de El Peregrino SA por *mal desempeño del cargo* en el ámbito de la quiebra. Les imputó *culpa grave*.

Lo cierto es que el manejo promiscuo y desprolijo de los activos sociales está lejos de ser una actitud dolosa. La verdad es que la administración del patrimonio corporativo sin cumplir con niveles mínimos de diligencia, habilidad profesional, probidad y cuidado exponen al administrador al *test* de diligencia, más no al *test* del dolo. Ser un incompetente, ineficiente o un incapaz en la gestión de los bienes sociales no implica un obrar doloso.

Estando la sociedad *in bonis*, los propietarios del capital no tenían otra opción que demandar a los administradores mediando acción social pero imputando culpa y si se quiere grave, pero no dolo. Para que éste exista debe acreditarse que la promiscuidad en la administración tuvo por finalidad provocar una pérdida al patrimonio social y se realizó con la intención de causar ese daño.

Estando la sociedad en estado de liquidación forzada por quiebra la única manera de imputar responsabilidad civil al administrador es si la quiebra se debe a la actitud dolosa del administrador (art. 173 y ss de la LCQ).

En este sentido la sala E innovó pues achacó responsabilidad civil por culpa grave en la quiebra de El Peregrino SA. El Tribunal sentenció lo siguiente: *en el régimen falencial subsiste la posibilidad de recurrir a las normas sobre responsabilidad típicamente societarias sin la limitación de los parámetros de imputación subjetiva concursal fijados en el artículo 173 de la LCQ*. Y esto sí es una novedad. Una pésima novedad.

### **7. La gestión promiscua de activos: ¿dolo o culpa grave?**

Quedó probada en ambas instancias la relación de grupo. También se reconoció la confusión patrimonial o si se quiere la gestión desordenada y promiscua de los patrimonios sociales. No se pudo probar que esta gestión promiscua fuera en interés exclusivo de una sociedad y en perjuicio de la otra. No se pudo probar el daño. Siendo esto así no hay responsabilidad civil, cualquiera sea el factor de atribución de responsabilidad.

Si la promiscuidad en la gestión tuvo por finalidad esconder o hacer desaparecer activos sociales con el objetivo de perjudicar a terceros, mal informando y por ende confundiendo al lector de los estados contables induciéndolo a creer contratar con una sociedad solvente cuando en verdad está vacía de contenido patrimonial, entonces no estamos parados ante la culpa o la culpa grave sino ante algo mucho más dañino: el dolo aquiliano.

Si esto es así, digamos las cosas como son: hubo dolo.

### **8. La apariencia de solvencia: el costo de oportunidad debe ser proporcional a la conducta oportunista.**

Es vital distinguir los factores de imputación subjetiva de responsabilidad civil. Estamos hablando de algo muy serio: extender al administrador societario el costo del pasivo concursal. Y este costo debe ser proporcional y acorde a la conducta oportunista achacada. Quien causó la quiebra o fue un factor determinante en la relación de causalidad para vaciar la sociedad, desinformar al mercado y trasladar todo el riesgo empresario sobre los acreedores buscando obtener una ventaja en interés propio y a costa de los acreedores, debe soportar el costo del dolo esto es, soportar el costo de su conducta oportunista.

El Tribunal explicó que la apariencia de solvencia generada por los administradores privó a los accionistas y terceros tomar medidas preventivas de crisis, tales como capitalización de la sociedad o buscar alguna salida concursal para superar la insolvencia.

Se acreditó que los balances de El Peregrino SA mostraban un activo intangible autogenerado (“Utilidades por Extracciones Futuras”) tomados con un criterio de valuación contrario o ajeno a las normas técnicas contables. Esta defraudación contable implicó alterar el ratio de solvencia (ROE). El informe de la firma auditora Earnst & Young así lo acreditó.

### **9. *The Fiduciary Duty of Care in the Vicinity of Insolvency.***

En este punto el Tribunal no se explayó demasiado. Sólo dijo lo siguiente: *procede la responsabilidad contra directores y síndicos por no haber tomado medidas para tratar el estado de insolvencia mediante la*

---

*confección de estados contables ajustados a la realidad, lo que significó que El Peregrino SA continuara operando en el mercado agravando su situación patrimonial. La irregularidad de los estados contables es una clara conducta de mal desempeño.*

El juzgador achaca culpa grave por no haber adoptado el directorio las medidas preventivas necesarias para sortear la crisis, medidas prevenidas de imposible cumplimiento pues todo partía de la gestión obscena de los activos y de estados contables insinceros. De este molde nada bueno puede salir.

Más allá de la culpa grave derivada de la insinceridad de los balances resulta importante destacar aquí la potencial responsabilidad civil de directores societarios *por omitir tomar medidas para tratar el estado de insolvencia (sic)*. Y este dato no es menor ni baladí. Intenta extender responsabilidad civil a los administradores societarios por no obrar con la diligencia del buen hombre de negocios en la etapa pre-concursal. Esto quiere decir no adoptar las medidas financieras, patrimoniales y legales necesarias y conducentes para llegar al proceso concursal lo menos insolvente posible, evitando trasladar a la masa de acreedores los mayores costes de la insolvencia; esto es evitar la externalización del riesgo empresario.

### **10. Conclusiones.**

El precedente *El Peregrino SA s/quiebra* deja dos enseñanzas que valen la pena compartir:

1. Existe responsabilidad por culpa en el ámbito de la quiebra. Y esto sí es preocupante.
2. Se abre tímidamente camino la tesis de la responsabilidad pre-concursal del administrador societario.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Prof. Pablo A. Van Thienen