

**UN NUEVO PANORAMA PARA LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL FRENTE AL
CONCEPTO DE DOLO QUE TRAE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Fernando Javier MARCOS¹

Resumen: Los cambios que se han operado en el sistema legal de derecho de daños con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente en materia de criterios o factores de atribución de responsabilidad, han provocado la expansión del campo de aplicación del dolo, por comprender el nuevo texto legal, al dolo directo (daño producido de manera intencional) y al dolo indirecto o eventual (daño producido con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos).

A partir de ello, la denominada acción de responsabilidad concursal se revitaliza, pues el actual y omnicompreensivo concepto de dolo, único factor de imputabilidad admitido por el artículo 173 de la ley 24.522, permitirá abarcar y, por lo tanto, extender la responsabilidad de aquellos que agravaron la situación patrimonial del fallido o que provocaron su insolvencia, por conductas que antes no quedaban alcanzadas, particularmente porque el consenso mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia se inclinaban por la figura del antes llamado dolo delictual regulado por el artículo 1072 del Código Civil, en lugar del dolo obligacional.

Esta importante modificación, permite al operador jurídico considerar la conducta dolosa desde una perspectiva distinta de aquella que rigió hasta la sanción del Código Unificado, cuyas normas extienden sus efectos a los sistemas cerrados como es el caso de la responsabilidad societaria y concursal, fundamentalmente en todo aquello vinculado a los presupuestos o requisitos que se deben acreditar para activar el deber de responder y a los principios generales que regulan la responsabilidad civil, en la medida que la ley especial no contenga normas indisponibles o inderogables que disponga lo contrario.

Palabras claves: dolo, responsabilidad, quiebra, acción, insolvencia, daños, administradores.

Abstract: The changes carried on in the legal system of the right for damages together with the enactment of the Civil and Commercial Code of the Nation, especially regarding the criteria of attribution of responsibility, have led to the expansion of the scope of fraud, since the new legal text includes the direct fraud (intentional damage) and the indirect or eventual fraud (damage disregarding the interests of others).

Therefore, the so-called bankruptcy liability action has been renewed, since the current and widely comprehensive concept of fraud, unique factor of accusation supported by Article 173 of Law 24,522, will allow to comprehend and, therefore, to extend the responsibility of those who have aggravated the financial situation of the insolvent or have caused their insolvency, for conducts that were not previously ruled, particularly because the general consensus on the doctrine and jurisprudence was in favor of the previously called criminal offence (or fraud), which was regulated by Article 1072 of the Civil Code, instead of obligatory fraud.

This important change allows the legal operator to consider misconduct from a different perspective from that one which was in force until the enactment of the Unified Code, whose rules extend their effects to closed systems, as it is the case of corporate and bankruptcy liability, mainly in all that is related to the budgets or requirements that must be credited to activate the duty to respond and the general principles that regulate civil liability, as long as the special law does not contain unavailable or non-annullable rules specifying otherwise.

Key words: fraud, liability, bankruptcy, action, insolvency, damages, administrators.

1 E mail: marcosyasoc@cpacf.org.ar

I. Introducción. El planteo del problema a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial

El objetivo que se propone este breve trabajo, es reflexionar y trazar algunas líneas conceptuales, que permitan comprender cómo los importantes cambios que trae el Código Civil y Comercial de la Nación que nos rige (ley 26.994) en materia de “derecho de daños” (responsabilidad civil), impactan en un tema tan particular y propio del derecho concursal como es la acción de responsabilidad regulada por el artículo 173 de la Ley 24.522², norma que únicamente admite o reconoce al *dolo* como factor o criterio de imputación para obtener la reparación de los perjuicios causados por los sujetos pasivos que la ley se encarga de individualizar (representantes, administradores, gestores, mandatarios y terceros).

A su vez, como este nuevo marco normativo da como resultado inmediato e insorteable la coexistencia temporal de dos regímenes legales que tendrán aplicación, según sea caso, a los hechos originados antes o después de la entrada en vigencia del Código³, entender las diferencias y, principalmente, los límites que ahora se han extendido en lo que respecta a la imputabilidad a raíz de la dimensión que el dolo ha adquirido luego de la unificación, nos obligará, aunque sea brevemente, a dar algunas pinceladas necesarias para recordar lo que sucedía antes de la reforma, para señalar después, cual es el criterio a seguir en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, teniendo en cuenta para ello, cuando tuvieron lugar los hechos dañosos que agravaron la situación patrimonial de la fallida o que determinaron o colaboraron para su insolvencia.

Desde esta perspectiva, me propongo analizar el marco normativo aplicable a la acción de responsabilidad concursal, como consecuencia de reforma impuesta por el nuevo Código a la teoría general del derecho de daños y, dentro de esta, al concepto de dolo, por ser solo este último el que posibilita generar una imputación válida para activar la responsabilidad del agente generador del daño injusto. Ello, no sin antes recorrer, al menos en forma esquemática, los antecedentes de los diversos contenidos e institutos vinculados a los campos jurídicos que serán motivo de consideración en este estudio.

Como se verá más adelante, se ha dado un giro importante en materia de daños, pues ahora el nuevo escenario se apoya en paradigmas que amplían el deber de responder que pesa sobre todo agente generador de un perjuicio, no solo porque da una nueva dirección al concepto de dolo, sino también, porque sin desplazar el rol de la culpa, otorga a los factores objetivos de atribución un peso preponderante y definitivamente protagónico, sustentando el sistema en cuatro principios: la buena fe, el deber jurídico de no dañar, la prevención del daño y la función resarcitoria que viene acompañada del principio de la reparación plena.

Lo expuesto en este esquema preliminar que he presentado, muestra como a pesar de no haber recibido directas modificaciones en las normas que lo reglamentan, el derecho concursal inevitablemente se ha visto alcanzado por el contenido del Código, especialmente en todo lo vinculado al derecho de las personas y al derecho patrimonial, sector este último, al que se encuentran íntimamente asociado las reglas sobre la responsabilidad civil.

2 Este trabajo reconoce como antecedente, la ponencia que presenté en el LIX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Pcia. de Bs. As. que tuvo lugar en San Justo, La Matanza, Bs. As., en junio de 2014, cuando se encontraba en pleno debate el anteproyecto y, luego, proyecto del Código Civil y Comercial (véase libro de ponencias pp. 245-257). Luego el tema fue replanteado, ya con el Código actual en vigencia, en otra ponencia en el LXIII Encuentro de Institutos de Der. Comercial de Colegios de Abogados de la Pcia. de Bs. As. realizado en San Martín, los días 9 y 10 de junio de 2.016.

3 Conf. Ley 26.994 artículo 7° (texto según artículo 1° de la ley 27.077), el Código Civil y Comercial entró en vigencia el 01 de agosto de 2.015.

II. Las normas sobre derecho de daños que contiene el Código Civil y Comercial y su impacto en los sistemas cerrados

1. Un primer aspecto a determinar, es la aplicabilidad del régimen del derecho de responsabilidad civil o del derecho de daños⁴ —según se lo quiera designar— que contiene el Código Civil y Comercial de la Nación a los “sistemas legales cerrados” que son terreno propio de las leyes especiales, como es el caso de la Ley General de Sociedades y, principalmente —por el tema que motiva esta cavilaciones—, la Ley de Concursos y Quiebras, entre otros supuestos.

Para responder esta hipótesis, no se puede perder de vista inicialmente, que las normas que informan esta particular y sensible área del derecho, se encuentra regulada en todo lo que se vincula a sus elementos esenciales y principios que la gobiernan en el nuevo Código, de la misma manera que sucedía con anteriormente con el Código de Vélez.

Me refiero a elementos sustanciales de esta temática, como son la antijuridicidad (al margen de la discusión existente sobre su vigencia y utilidad a tenor de las normas que vienen con la unificación), los factores de atribución de responsabilidad, el daño resarcible, las causas de justificación, la relación de causalidad, las extensión del resarcimiento, el régimen resarcitorio o de reparación, la acción civil y penal, la responsabilidad directa del autor del hecho dañoso, la responsabilidad por el hecho de terceros, entre otros tópicos propios del campo de los daños y perjuicios.

Pero esta descripción, más allá de exhibir la importancia que revisten los temas que considera el Código, muy por el contrario, no quiere significar que este cuerpo legal tenga pretensiones de autosuficiencia. De esclarecer esto se ocupó la propia Comisión Redactora, cuando en los fundamentos del Anteproyecto señaló que “el vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario”⁵.

Singular prueba de ello, es la incorporación de normas expresas que persiguen como objetivo compatibilizar las disposiciones del nuevo ordenamiento con aquellas contenidas en las leyes especiales. Es el caso de los artículos 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas), 963 (prelación normativa en materia de contratos), 1082 (reparación del daño contractual), 1094 (interpretación y prelación normativa contractual), 1095 (contratos de consumo), 1804 (títulos valores cartulares) y 1709 sobre responsabilidad civil.

La citada en último término, “consagra un sistema de prelación normativa”⁶, al determinar que en caso de concurrencia de disposiciones del Código y de alguna ley especial relativa a la responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden: a) las normas indisponibles del CCyCo. y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial y d) las normas supletorias del Código.

4 UBIRÍA, Fernando A., *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2015, pp. 4-15. El autor expone en las páginas citadas la evolución que se produjo desde un derecho de la responsabilidad, que hacía foco en el agente o sujeto a cuyo cargo se encontraba el deber de responder, hacia un derecho de daños que, desde la perspectiva de la víctima, hace hincapié en el “daño injusto” como eje del sistema (conf. artículos 1717 y 1737 del Código Civil y Comercial).

5 COMISIÓN REDACTORA, decreto presidencial 191/2011, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

6 CALVO COSTA, Carlos A. y SÁENZ, Luis R. J., *Incidencias del Código Civil y Comercial – Obligaciones. Derecho de Daños*, Alberto J. BUERES (dir), Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 2015, n° 2, p.111.

En torno a este precepto, se ha señalado que si bien no mantiene el mismo orden del artículo 963 del CCyCo., que en su inciso “a” establece que primero se aplican las normas indisponibles de la legislación especial y luego las indisponibles generales —algo que hace en sentido inverso el artículo 1709 en similar inciso—, se debe entender que en ambos casos se aplica primero la ley especial para responsabilidad civil y para los contratos, y luego las normas generales de cada materia (las generales de la responsabilidad civil y las generales de los contratos), pues esa es la interpretación correcta y armónica que se impone⁷. A su vez, aquello que razonablemente corresponde entender, es que la norma especial prima sobre la general, criterio que por otra parte, es el que se refleja no solo en el artículo 963 citado, sino también, en los artículos 150 y 1804, todos del Código Civil y Comercial.

Por lo demás, no se debe perder de vista que “la referencia que formula el Código a las leyes especiales es aplicable para el supuesto de colisión entre normas del Código y normas de una ley especial, ya sea que se trate de normas indisponibles o normas supletorias: siempre prevalece en un caso o en otro las normas de la ley especial que corresponda a la misma categoría”⁸.

En definitiva, lo que deja entrever todo esto, es que una adecuada interpretación del esquema legal lleva a concluir que no existen de manera alguna una responsabilidad de los administradores societarios o una responsabilidad concursal con normas específicas que excluye a las reglas generales que contiene el código, sino que entre éste último y aquellas se da una clara *integración de normas* que deben ser interpretadas por el operador jurídico en base a las disposiciones que exhibe el artículo 1709 del Código y, fundamentalmente, con la mirada renovadora que viene de la mano de los artículos 1° y 2° de dicho cuerpo legal, que hacen especial foco en la persona humana y en su tutela efectiva.

2. Otro dato a tener en cuenta, es que la circunstancia de haber unificado el régimen de responsabilidad civil y comercial, no quiere decir que desaparecen de la escena las distintas fuentes que dan lugar al nacimiento de obligaciones. Lo que ha sucedido, en sintonía con la doctrina especializada, fue dejar de lado el criterio del Código Civil que trataba por separado y, a esta altura, sin demasiado sentido, la responsabilidad contractual y extracontractual, aunque de ninguna manera ello importa desconocer su real existencia en la vida cotidiana y, por sobre todo, en el mercado, ámbito donde se desarrolla la actividad mercantil.

De la misma forma que lo hizo el Proyecto de 1998, se adoptó la tesis de “la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten”, tal como fue destacado por la Comisión redactora en los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto.

Se advierten esta parcial diversidad, por ejemplo, en institutos como la *prescripción* (artículos 2561 2° párrafo —daños derivados de la responsabilidad civil en general—, 2561 1° párrafo —daños por agresiones sexuales infringidas a incapaces—, 2562 inc. d —contrato de transporte— y 2564 incs. a y c —vicios redhibitorios y acción contra el constructor por ruina en obras de larga duración—), con la extensión del resarcimiento (artículos 1726, 1728 y 1740) y con la obligación emergente en el caso de sujeto plural (artículo 828 —en los contratos se debe convenir la

7 LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y Galdós, Jorge M. (autor), Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, p. 292-3.

8 LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y Silvestre, Norma O. (autor), Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, p. 556.

solidaridad expresamente— y 1751 —en materia aquiliana, si la causa del daño es una causa única establece la *solidaridad*, mientras que si las causas son distintas, se dispone la *conurrencia*—)⁹.

Corolario de lo expresado, es que las normas del Código Civil y Comercial relativas a derecho de daños, resultan de aplicación necesaria a todos los sistemas cerrados, con las aclaraciones y alcances que fueron expresadas con anterioridad.

III. Síntesis del nuevo esquema legal del derecho de daños y la dimensión del dolo en el Código Civil y Comercial. El nuevo concepto de dolo

1. Comenzaré por señalar que, entre otras, resultan especialmente relevantes para el tema bajo estudio las disposiciones contenidas en los artículos 1710, 1716, 1717, 1721, 1724 y 1725 del CCyCo., a las que me referiré brevemente a continuación.

El primero de ellos, establece el *deber de prevención*, que se integra a la función resarcitoria propia del sistema y que persigue esencialmente evitar el daño injustificado —injusto—¹⁰, o adoptar las medidas necesarias para que el daño no se produzca o para disminuir su magnitud y, por último, no agravar el que ya se ha producido (véase artículo 1710 CCyCo.).

Luego, se tratan sistemáticamente los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: la antijuridicidad, los factores o criterios de atribución de responsabilidad —imputabilidad/atribución¹¹—, el daño (injustificado) y la relación de causalidad adecuada.

Así, en el artículo 1716 del CCyCo. se consagra en un texto expreso, el deber de reparar el daño es causado por la transgresión del deber jurídico de no dañar (*neminem laedere*) o por el incumplimiento de la obligación, cuando se trate de obligaciones de fuente extracontractual o contractual, respectivamente. En cuanto a esta clásica división que, con la unificación del sistema de reparación de daños parece haberse desdibujado, destaco que no ha perdido actualidad en absoluto, a tal punto que para establecer este primer eslabón —el incumplimiento objetivo o material—¹² se debe determinar antes la índole de la obligación.

De este modo, si la fuente es *extracontractual* se estará ante la violación del deber de no dañar a otro, mientras que si la fuente es *contractual* u otra obligación preexistente, será su incumplimiento lo relevante, activándose en ambos casos, el deber de resarcir el daño antijurídico, o sea, aquel que no se encuentra justificado (artículos 1716 y 1717 del CCyCo.).

2. Otra norma que reviste importancia, es la que contiene el artículo 1717 del CCyCo. que fue referida en el párrafo precedente. Allí se expresa que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica”, superando conceptualmente el texto del actual artículo 1.066 del Código de Vélez; lo que permite concluir que “todo daño o perjuicio implica, al menos como regla, un

9 UBIRÍA, F. A., pp. 111-113.

10 Véase artículo 1718 del CCyCO, donde se justifican diversos hechos que causan daño (ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad).

11 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, p. 277. Seguimos al autor en este punto, quien utiliza la expresión imputabilidad (para la autoría moral de un hecho, material) y atribución (“relación puramente legal que, con sentido objetivo liga a una causa a cierto resultado, para imponer una responsabilidad especial con miras a amparar a la víctima de un daño”).

12 ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 159 y ss. Allí los autores señalan que este incumplimiento “consiste en la infracción de un deber; su carácter objetivo deriva de que resulta de una observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente” [...]. (ilicitud objetiva contractual —incumplimiento del contrato, art. 1197 Cód. Civ.— e ilicitud objetiva extracontractual —ilicitud del acto, art. 1066 Cód. Civil).

comportamiento contrario a derecho, una antijuridicidad”¹³. Esto significa que la ilicitud se deriva directamente de la provocación del daño mismo, cuando este es injusto (no justificado).

Asimismo, “el acento en orden a la imputación aparece ahora puesto en la autoría y no en la culpabilidad. El causante del perjuicio es como regla el responsable de indemnizar a la víctima”¹⁴, lo que no excluye la necesidad de demostrar la imputabilidad del pretense responsable, sea a partir de la invocación de factor de atribución de responsabilidad *subjetivo* (culpa o dolo) y *objetivo* (cosas actividades riesgosas o peligrosas, la obligación de seguridad, la equidad, obligaciones de resultado —artículo 1723 CCyCo.—).

3. El artículo 1721 del CCyCo. se estatuye que “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Se debe destacar que el Código no establece una “jerarquía ordenada legalmente” entre ambos factores (subjetivos y objetivos), lo que no significa “ignorar la práctica jurisprudencial, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos”, siendo esta la razón por la que fueron regulados en primer lugar¹⁵. Pero más allá de ello, se mantiene acertadamente la vigencia residual y subsidiaria del *principio de la culpa* como factor de atribución para las situaciones no regladas especialmente¹⁶.

4. En cuanto al tratamiento que se da al dolo, tema central de este trabajo, en su artículo 1724 *in fine*, se dice que aquel “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Como se puede ver, la definición que viene de la mano del nuevo Código prescinde de toda referencia a la intención de dañar y a la inejecución maliciosa e incorpora bajo este factor subjetivo a la “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, lo que significa el reconocimiento del *dolo eventual* o indirecto¹⁷ en materia de responsabilidad civil, el cual se configura “cuando el sujeto no tiene la voluntad concreta de dañar, pero no descarta que se pueda producir daño y, a pesar de ello, continúa adelante”¹⁸, o cuando “desdeña el daño que puede causar”¹⁹.

13 MOSSET ITURRASPE, J., “Responsabilidad Civil en el Proyecto de 2012”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 451.

14 MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 452. Sin embargo, no compartimos la opinión del prestigioso maestro, quien sostiene la necesidad de desplazar el concepto de culpa como fundamento del sistema de responsabilidad o de derecho de daños, como el citado autor prefiere definirlo. Si bien no puede ponerse en duda la trascendencia de los factores la objetivos a la hora de atribuir responsabilidad y su necesidad para dar soluciones justas y equitativas a un sinnúmero de situaciones que se presentan a diario; considero que ello no es suficiente para desplazar “el principio de la culpa” en la manera que es propuesto, postura que también es seguida por otros exponentes de la materia. De todos modos, la referencia a ello, es solo conceptual y para situar al lector en la perspectiva desde la cual se elabora este ensayo; pues como es obvio, el tratamiento de un tema tan vasto excede ampliamente el objetivo del presente.

15 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (Comisión creada por Decreto del PEN n° 191/2011), en Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Ediciones Códice, 2012, p. 774.

16 MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 454 y ss. El autor ha sido crítico de esta solución que, en nuestro parecer se presenta como razonable.

17 MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 664-665. El autor discrimina entre el dolo indirecto (o directo de segundo grado — “el autor asume que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear”. P.e.: se coloca un explosivo en un barco para cobrar el seguro. Si bien no se tienen interés en causar la muerte de ningún tripulante, se sabe que ello es inevitable—) y el dolo eventual (al que no llama indirecto, como otros autores), que caracteriza en la forma que ha sido expuesta en este trabajo.

18 ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 195.

19 BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit. p. 285.

Este cambio no es para nada menor, porque en el sistema propuesto por Vélez, el dolo que regulaban los artículos 506 y 1072, ambos del Código Civil, era el llamado *dolo directo*.

Pero ahora, el *dolo eventual* también se agrega a menú de factores subjetivos como una especie más del dolo, lo que posibilita ampliar con la imputabilidad de los sujetos responsables.

Esta nueva dimensión de la imputabilidad que se incorporó a nuestro derecho positivo en forma explícita y la eliminación del requisito de la “intención de dañar” (artículo 1072 del Código de Vélez) que tantas complicaciones trajo a la hora de tener por acreditado el dolo, porque obligaba al operador jurídico y al juez a tener que introducirse en un ámbito índole esencialmente psicológica que opera en la faz interna del autor del hecho, representa un cambio por demás sustancial que tutela de manera más eficiente a la víctima del daño injusto.

Pero además, adquiere mayor relevancia, porque permite juzgar en su justo término (como dolosas) a muchas conductas que hoy eluden esa calificación a raíz de la caracterización legal que se realizaba en los artículos que venimos comentando del Código de Vélez. En definitiva, nos encontramos ante una legislación más protectoria de las personas dañadas ilegítimamente.

Al respecto, fue la propia Comisión redactora quien expresó sobre este tema, que “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende “el incumplimiento intencional” (dolo obligacional), suprimiendo el requisito concurrente de la mala fe previsto en el Proyecto de 1998 que se refiere más bien al dolo calificado. Se reemplaza el “incumplimiento deliberado”, también previsto en el Proyecto de 1998, por el de “incumplimiento intencional” del Proyecto de 1992, receptando las observaciones de la doctrina y se añade la locución “manifiesta indiferencia” porque de este modo se incluye al dolo eventual”²⁰, cuyo empleo en materia civil y comercial tiene mayores posibilidades que en el área del derecho represivo, limitado por el contenido del tipo penal específico que se legisle para cada delito criminal.

5. Por último y para cerrar el comentario sobre la reforma, se explicita en el texto del artículo 1726 del CCyCo. la necesidad de que exista “un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”, que si bien no modifica el régimen actual en cuanto al criterio seguido sobre este punto por la doctrina y la jurisprudencia nacional, sí denota una innovación, al darle un reconocimiento expreso en el texto de la norma a la teoría de la causalidad adecuada.

Sobre los demás presupuestos exigibles para alcanzar el resarcimiento de los perjuicios, resta hacer mención al tratamiento que del “daño resarcible” hace el artículo 1737 del CCyCo., disposición que lo define, como la lesión a “un derecho o un interés reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Este, adquiere relevancia jurídica para generar responsabilidad civil cuando es injustificado —injusto— (artículo 1717 CCyCo.), pues el daño que se deriva, por ejemplo, del cumplimiento de un deber legal, del ejercicio regular de un derecho, de la legítima defensa o de un estado de necesidad, la asunción de riesgos o del consentimiento del damnificado (artículos 10, 1718, 1719 y 1720, todos del CCyCo.), por estar —en principio— justificado, no activa el deber de responder de quien lo ocasiona.

Hasta aquí, en una muy apretada síntesis, los principales conceptos que se desprenden de la reforma, cuya referencia entiendo necesaria para pasar poder evaluar adecuadamente los tópicos que se debaten en este ensayo.

20 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Comisión creada por Decreto del PEN n° 191/2011), op. cit., p. 775.

IV. Breve reflexión sobre la aplicación de la ley en el tiempo

Toca ahora decir unas pocas pero necesarias palabras sobre la aplicación de la ley en el tiempo, aspecto que adquieren una vital trascendencia en estos tiempos donde coexisten realmente los dos cuerpos normativos a partir de lo que dispone el artículo 7 del CCyCo. Este, reproduciendo en lo sustancial el artículo 3° del Código de Vélez, dispone que *“a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Para no abundar en un tema tan vasto como este, solo destacaré que el “daño” no es una mera consecuencia, sino un presupuesto —elemento constitutivo— del deber de responder. Atento a ello, el momento o tiempo en que este ocurre o tiene lugar, es determinante para definir la ley a la que queda sometido el caso. En ese orden, se puede afirmar que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias coinciden en que la responsabilidad civil se rige —en principio— por la ley que se encuentra vigente cuando se produce el hecho antijurídico, es decir, el evento dañoso²¹.

Dicho esto, es claro que lo señalado posee significativa importancia para la temática aquí se aborda, pues si el o los hechos que permiten configurar el presupuesto fáctico que habilita la promoción de la acción de responsabilidad concursal que regula el artículo 173 de la ley 24.522, sucedió o sucedieron con anterioridad al inicio de la vigencia del nuevo Código (01/8/2015), será de aplicación fundamentalmente el estatus legal que preveía el Código Civil, mientras que si esto acaece con posterioridad a esa fecha, las normas del nuevo ordenamiento serán las que tomaran la posta y regularan el caso.

Pero más allá de ello, no se debe olvidar, que nada impedirá que en los casos sometidos a la derogada legislación se acuda eventualmente a algunas disposiciones que vienen de la mano del Código Civil y Comercial, en la medida que no se traspase el umbral que fija el mismo artículo 7°: que no se afecten derechos amparados por la Constitución de la Nación.

V. La acción de responsabilidad concursal. Sus presupuestos y alcances. Algunos antecedentes útiles

1. La ley de Concursos y Quiebras prevé en el artículo 173 una acción para juzgar la responsabilidad de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, cuando el accionar de estos fue el que produjo, facilitó, permitió o agravó la situación patrimonial del deudor (fallido) o su insolvencia.

Se persigue de esta forma, proteger los derechos de la masa de acreedores, obligando a quienes han sido los responsables de la deficitaria situación económica y financiera que afecta a la cesante y que la han llevado al estado de cesación de pagos definitivo que dio lugar a su quiebra, a resarcir los daños causados, o mejor dicho, los perjuicios sufridos por los acreedores, quienes son las verdaderas víctimas de la insolvencia.

21 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 100.

Del texto legal se advierte la amplitud de sujetos pasivos que pueden quedar involucrados en esta acción, pues además de los responsables directos de los perjuicios patrimoniales que objetivamente deben ser determinados como paso previo para evaluar la imputabilidad de las conductas, quedan comprendidos los que pudieron haber asumido secundario pero coadyuvante en la generación de las consecuencias antijurídicas cuya reparación se busca.

Con tal objeto, la norma da al síndico o a los acreedores si aquél no insta la formación del proceso (dada la remisión al artículo 120 de la ley 24.522)²², la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños causados a todos los representantes de la sociedad “con distinto grado de vinculación jurídica y aún gestores de negocios del fallido”²³, aunque también considera y abarca la responsabilidad de los terceros que hubiesen participado de cualquier manera, también dolosamente, en actos destinados a disminuir el activo o a exagerar el pasivo del insolvente.

Como apunta Dasso, “la norma es novedosa y ha sido integrada en su totalidad en sustitución del régimen de la ley 19.551 que incluía para el tratamiento del cómplice los arts.240 y 246, correspondientes al capítulo dedicado a la calificación de conducta del fallido y del tercero”²⁴ el cual fue eliminado por la ley 24.522.

Pero “los terceros a los que alude el artículo 173, segunda parte, de la ley 24.522, no necesariamente deben ser cómplices del quebrado. En efecto, el sujeto pasivo que responsabiliza la ley concursal es aquel que “de cualquier manera” participa en los actos mencionados por el aludido precepto”²⁵.

Lo cierto es que la ley —anterior y la actual—, con matices y limitaciones como la que representa la imputabilidad subjetiva sólo en base al dolo, ha pretendido aunque con magros resultados a la fecha, que aquellos casos no alcanzados por los supuestos de extensión de la quiebra (artículos 160 y ss. de la ley 24.522) que causen daños al patrimonio del fallido no queden necesariamente impunes. En esa dirección la ley, “cuando se configura un resultado (disminución de la responsabilidad patrimonial o, concretamente, la cesación de pagos) proveniente de actitudes reprochables de determinados sujetos que actuaron por el deudor, impone que tales personas reparen el daño ocasionado”²⁶.

Comparándola con su antecesora, la eliminación del supuesto de la “infracción a normas inderogables”, consideradas así, por tener carácter de orden público, limitó sustancialmente la utilidad de esta típica acción concursal que ataca las responsabilidades de quienes han dado lugar a la situación de insolvencia del fallido.

No comparto aquí la posición de quienes ven necesariamente en la infracción a tales normas “una modalidad de conducta dolosa y que esta era la interpretación correcta que debía realizarse del artículo 166, ley 19.551”²⁷. Claramente se podía incurrir en este tipo de trasgresiones de manera culposa, solo que por su trascendencia y gravedad, el legislador concursal de entonces, tipificó dicha conducta en forma expresa y colocándola en un plano similar a la del accionar doloso, aunque no

22 RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1997, T. II, pp. 331-2.

23 DASSO, A. A., op. cit. T. II, p. 799.

24 DASSO, A. A., op. cit., T. II, p. 800.

25 C.N.Com., Sala D, 08/06/2010, autos “Dar Vida S.A. s/ Quiebra c/ Fundación Sanidad Ejército Argentino y otro s/ Ordinario”, citado por Daniel R. Vítolo, en *La Ley de Concursos y Quiebras y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, T. II, p. 225.

26 FASSI, Santiago. C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1988, p. 359.

27 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Ley de Concursos y Quiebras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2009, T. II, p. 337.

asimilándola. De otra forma, tampoco se entiende el porqué de la diferenciación de ambos supuestos en una misma proposición.

Sobre este punto, en su momento aclararon Fassi y Gebhardt, que no había “equivalencia entre dolo e infracción” dado que funcionaban como categorías independientes, agregando que no era “imprescindible la concurrencia de dolo”²⁸, razón por la cual, puede afirmarse que “la ley 19.551 era más flexible al determinar los requisitos de la acción”²⁹.

Doy importancia a este tema, porque siempre entendí como un retroceso en perjuicio de los derechos de los acreedores concursales, la eliminación de la infracción a las normas inderogables como una conducta específica que permitía no dejar fuera de reproche legal y, principalmente, de la debida reparación, a distintos casos que quedaban sin cobertura normativa.

Destaco esto, porque si bien el artículo 175 de la ley 24.522 permite articular las llamadas acciones de responsabilidad societarias, cuando se juzguen actos que produjeron, facilitaron, permitieron o agravaron la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, como la responsabilidad de los gestores, mandatarios o terceros por su participación en actos que implicaron la disminución del activo o la exageración del pasivo; es la vía legal prevista por el artículo 173 de la Ley Concursal la única que posibilita involucrar a estos sujetos distintos de los administradores.

2. Lo cierto es que desde la sanción de la ley 24.522 y antes de adquirir vigencia el Código actual, la acción de responsabilidad concursal fue objeto de diversas observaciones y críticas.

Una de ellas, fue precisamente que en el artículo 173 se estableció como único factor (subjetivo) de atribución de responsabilidad al *dolo directo*, diferenciándose así de su antecedente inmediato, o sea, el artículo 166 de la ley 19.551³⁰ que, como se indicó, permitía atribuir responsabilidad a partir del *dolo* o de la infracción a “normas inderogables de la ley”.

Así, el dolo entendido como “el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a personas o los derechos de otro”, o sea, el delito civil previsto por el artículo 1072 del Código Civil; o como el incumplimiento deliberado de una obligación³¹, se presentaba como la única vía para generar una imputación jurídicamente válida, cuando se trataba de solicitar el resarcimiento de los daños ocasionados a partir de conductas deliberadamente desplegadas para generar o agravar la insolvencia o para alterar el activo o el pasivo del fallido.

Vale agregar, que estos comportamientos merecedores de reproche legal, se pueden manifestar bajo la forma de una *acción dolosa* o de una *omisión dolosa*, conceptos que si bien no habían sido explicitados por Vélez al referirse al dolo delictual u obligacional, no por ello eran —ni son— ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, que contemplaba antes y ahora, estas opciones cuando trata al dolo como vicio de la voluntad (conf. artículos 931 y 933 del Código Civil y artículo 271 del Código Civil y Comercial).

28 FASSI, S. C. y GEBHARDT, M., op. cit., p. 359.

29 C.N.Com., Sala A, 19/09/2002, autos “Internacional Express S.A. c/ Obstein, Luis y otros s/ Ordinario”; citado por Daniel R. Vítolo, op. cit, T. II, p. 224.

30 Artículo 166, ley 19.551: Cuando con dolo o en infracción a normas inderogables de la ley se produjere, facilitare, permitiere, agravare o prolongare la disminución de la responsabilidad patrimonial del deudor o su insolvencia, quienes han practicado tales actos por el deudor, ya sea como representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios, deben indemnizar los daños y perjuicios por los que se les declare responsable en virtud de tales actos.

31 Sucede que la acepción del dolo delictual, en mi opinión, no es la única que era aplicable al supuesto legislado por el artículo 173 de la ley concursal. Pasa que hay casos en los que existen obligaciones asumidas por los administradores, representantes o mandatarios al aceptar su cargo, que son impuestas por la ley y/o el estatuto, por lo que resultan preexistentes al eventual incumplimiento, justificando ello la aplicación del dolo obligacional regulado por el artículo 506 del Cód. Civil.

Por ejemplo, se puede permitir, facilitar o agravar la situación patrimonial del deudor; *omitiendo* el representante desplegar la conducta debida para evitar que se trasgreda el deber jurídico de no dañar o dejando de cumplir con el deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que la ley espera del administrador. O sea, no solo llevando a cabo conductas puramente activas —hechos positivos— que ocasionan un daño de manera intencional.

Según fue señalado, como fruto de la unificación de las normas sobre responsabilidad civil el concepto de dolo también es *único* e incluye tanto al *directo*, como al *eventual* (artículo 1724 CCyCo.), porque se ha eliminado del derecho positivo vigente la clásica división de la responsabilidad en extracontractual en *delitos civiles* (daño causado con dolo) y *cuasidelitos* (derivados de la culpa del agente). Sin embargo, para los hechos dañosos acaecidos con anterioridad a la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, la caracterización del dolo como *delictual* u *obligacional*, no solo se mantiene vigente, sino que además, no es nada menor, pues se configuraban con recaudos en parte diferentes, según se expondrá a continuación.

3. A modo de simple reseña conceptual y para comprender aún más el impacto que la reforma ha provocado en la acción de responsabilidad concursal, considero útil presentar unas pocas pero necesarias reflexiones sobre el tratamiento del dolo en el Código de Vélez, para luego ingresar de lleno en la actual conceptualización de este ahora remozado —como derecho positivo— exclusivo factor de imputabilidad admitido por el artículo 173 de la Ley Concursal.

Es bien sabido que el Código Civil contemplaba la figura del dolo bajo tres acepciones por todos conocidas: como vicio de la voluntad, como elemento del delito civil y como incumplimiento de la obligación (dolo obligacional).

El supuesto del dolo como *vicio de la voluntad*, se refiere a “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o engaño que se emplee con ese fin” (dolo-engaño). Este se puede manifestar como una acción dolosa (artículo 931, Cód. Civil) o como una omisión dolosa (artículo 933, Cód. Civil)³².

Sobre este punto —como lo adelanté— la reforma de la ley 26.994 no produce modificaciones, atento a que en el artículo 271 del CCyCo. se utiliza un texto similar, donde se cambia el término “engaño” por “maquinación”.

Por su parte, el dolo como *elemento del delito civil* (artículo 1072, Cód. Civil), requiere para la su conformación de un obrar intencional o a sabiendas (elemento cognoscitivo) y de la intención de causar daño (dar nacimiento a la acción dolosa)³³. Llambías menciona que esta noción que fue tomada por el codificador de Aubry y Rau, “constituye una verdadera clave para identificar el delito civil, y es un concepto que no se superpone al dolo obligacional, ni al dolo vicio de la voluntad”³⁴. Estos juristas, se basaron a su vez en el derecho romano y en el francés anterior al Código de Napoleón³⁵.

Finalmente, se encuentra el dolo como *incumplimiento de la obligación*, también llamado, *dolo obligacional*, que en líneas generales es caracterizado por la mayoría de la doctrina como “la deliberada intención de no cumplir pudiendo hacerlo. Es una inexecución consciente, deliberada,

32ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 194.

33 TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, T. I, p. 663.

34 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, T. IV-A, p. 8.

35 POTHIER, R. J., Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2007, p. 68. Allí el autor señala que “se llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad causa perjuicio o daño a otra”.

cuando el deudor no está impedido de cumplir³⁶, es decir, no es necesaria la intención de dañar³⁷ como un requisito extra para que se de este factor.

En conclusión, como lo señaló Trigo Represas, “el dolo obligacional se configura por la inejecución deliberada de la prestación; consiste en no querer cumplir pudiéndolo hacer, sin que interese que la inejecución persiga el perjuicio del acreedor. Para su configuración no basta la mera conciencia del incumplimiento, sino la deliberada inejecución, es decir, que se puede cumplir pero no se quiere³⁸”.

Dicho esto, corresponde hacer algunas precisiones sobre las implicancias que la pretérita codificación civil tenía y tiene, en la acción del artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras.

4. En cuanto al artículo 173 de la ley 24.522, si bien mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia sostenía que en este supuesto correspondía la aplicación del artículo 1072 del Código de Vélez³⁹, como cuando se contrata a sabiendas de perjudicar a un tercero cuando la situación patrimonial de la sociedad se encuentra comprometida económica y financieramente⁴⁰, no era esta la única manera en que se podía presentar la acción dolosa necesaria para activar la imputabilidad del presunto responsable en el marco legal que propone la norma concursal.

Se ha señalado con acierto, que el denominado *dolo obligacional* tenía aplicación en el ámbito contractual, lo que se deducía no solo de la ubicación del precepto en el Código de Vélez, sino también, porque la única manera de poder incumplir una obligación, es que esta sea preexistente a dicho incumplimiento, circunstancia que se da invariablemente en un contrato, el cual es a su vez, fuente (causa fuente) de obligaciones.

Esto, naturalmente no se daba, ni se da en el caso de los actos ilícitos no contractuales, donde la obligación resarcitoria nace con la provocación misma del daño, o sea, en el momento que se produce la violación del deber jurídico de no dañar impuesto genéricamente para todas las personas.

A partir de lo expresado, entiendo que igualmente era y es viable, aún para los casos que puedan quedar bajo el régimen legal anterior (conf. artículo 7 del CCyCo.) invocar el *dolo obligacional* en el marco de la acción de responsabilidad que ocupa nuestra atención, especialmente, si en lugar de circunscribir su campo de actuación a las obligaciones contractuales propiamente dichas, o sea, a aquellas cuya fuente es el contrato, se lo extiende al incumplimiento de obligaciones que tienen fuente en un *acto lícito*.

Pasa que “la responsabilidad contractual rige también supuestos en los cuales no hay contrato, y sus normas deben serles aplicadas por argumento extraído del artículo 16 del Código Civil.

36 BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit., p. 282.

37 ALTERINI, A. A., AMEAL, O. J., LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 194-195. Los autores aclaran en relación al artículo 521 del Código Civil —texto según ley 17.711— los alcances del concepto de inejecución maliciosa. Sobre el particular, refieren que se trata “de la misma inejecución deliberada, configurativa del dolo en el incumplimiento contractual”. Es que si se exigiera la intención de dañar al igual que en el delito civil, el incumplimiento intencional, es decir, aquel que es objeto de una decisión meditada y reflexiva, quedará en cuanto a sus efectos y consecuencias, equiparado al incumplimiento culposo, lo que resultaría una asimilación irrazonable e injusta.

38 TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., op. cit., T. I, p. 669.

39 DASSO, Ariel Ángel, El Concurso Preventivo y la Quiebra, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2000, T. II, p. 800. El autor señala que “se trata del dolo civil, esto es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a las personas o los derechos de otro que conforme el art. 1072 del Cód. Civil se denomina delito”. En igual sentido Rouillón, A. A. N., en Régimen de Concursos y Quiebras, Bs. As., Ed. Astrea, 1997, p. 211.

40 RICHARD, Efraín H., Insolvencia Societaria, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 295.

Consiguientemente, denominar contractual a esa responsabilidad, atendiendo tan solo a la ubicación metodológica de los preceptos legales que la rigen, puede provocar equívocos”⁴¹.

En ese orden, se inscriben aquellas obligaciones que asumen los administradores o representantes al aceptar sus cargos. Estas, si bien no se originan en un contrato propiamente dicho celebrado con la sociedad y, generalmente surgen de la propia ley (también de la asamblea), solo pueden ser consideradas obligaciones (además de deberes jurídicos) que son exigibles a los sujetos pasivos, recién cuando estos aceptan asumirlas y no antes, lo que ocurre cuando se presta conformidad con la designación que el órgano de gobierno propone al futuro administrador o representante.

Lo propio sucede con los mandatarios o gestores de negocios; los primeros cuando aceptan el mandato (dando lugar a las obligaciones que se derivan del contrato de mandato), y los otros, cuando asumen celebrar un negocio jurídico que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro (artículo 2288 del Cód. Civil —ahora, artículo 1781 del CCyCo.).

En conclusión, en el régimen legal anterior, *la obligación preexistente asumida como tal*, es lo que permitía la aplicación del artículo 506 del Código Civil. Esto se daba, cuando los sujetos que menciona el artículo 173 de la ley 24.522 aceptaban asumir los cargos, mandatos o gestiones, posiciones estas que traen consigno deberes y obligaciones (legales, estatutarias y sociales⁴²); cuyo incumplimiento intencional⁴³ y deliberado⁴⁴, estaba destinado a producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, causando daños que deben ser reparados en beneficio de la masa.

Sin duda alguna, se puede dar el caso previsto, frente a la violación del deber impuesto a los administradores por el artículo 59 de la ley 19.550 (de obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios). También en otros supuestos, como es la obligación de llevar registros contables (artículo 320 y ss. del Código Civil y Comercial y artículos 61 y ss. de la ley 19.550), de constituir la reserva legal (artículo 70, ley 19.550), de llevar libros sociales (artículo 73, ley 19.550), las que impone la pérdida de capital social⁴⁵, la obligación de informar a los socios sobre ello y proponer soluciones, inclusive la necesidad de solicitar el concurso de la sociedad (como derivación del deber de obrar con la diligencia del buen hombre de negocios impuesto por el artículo 59, Ley 19.550), entre tantas otras.

Es evidente que si se produce la trasgresión de tales deberes y obligaciones impuestos por la ley, que insisto, fueron especialmente asumidos como obligaciones de manera expresa por el administrador al aceptar el cargo para el que fue designado por la asamblea (verdadero acuerdo de

41 ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., op. cit, p. 153.

42 Por ejemplo, instrucción expresas impartidas al directorio por la asamblea.

43 Entendido como “determinación de la voluntad en orden a un fin” (definición de intención, Fuente: RAE. www.rae.es, bajado el 03/05/14). El concepto “intencional” es utilizado en el artículo 1724 del CCYCO. para definir una de las acepciones del dolo como factor de atribución subjetivo.

44 Adjetivo, que significa “voluntario, intencionado, hecho a propósito”. (Fuente: RAE. www.rae.es, bajado el 03/05/14).

45 ROVIRA, Alfredo, Empresa en Crisis, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 355. El autor al referirse al deber de diligencia impuesto a los administradores societarios, señala que aquel que “omite tomar las acciones necesarias para reclamar a los socios una acción efectiva para resolver tal deficiencia patrimonial (pérdida de capital social) debe asumir la responsabilidad inherente a las consecuencias que marca el art. 99 de la LSC”. Cita los siguientes fallos: C.N.Com., Sala A, 26/11/98, “Estructura Elcora s/ Quiebra c/ Y. R., y otro s/ordinario” (ED, 182-519) y C.N.Com., Sala E, 29/8/91, “Ceram Loz S.A. s/ quiebra). Aplicando al caso tratado en este trabajo, si se ha omitido deliberadamente desplegar las acciones necesarias para superar la pérdida de capital, agravando con ello la insolvencia, claramente se daría un caso que quedaría bajo la órbita de la acción regulada por el artículo 173 de la L.C.

voluntades —convención, si se quiere— entre el director y la asamblea), sin mayores esfuerzos conceptuales se podría apelar al dolo obligacional (para atribuir responsabilidad).

Más allá de ello, no se ignora que el líneas generales, la doctrina y la jurisprudencia hicieron una aplicación severa y excesivamente restrictiva del concepto de dolo antes de la actual reforma, que importó dejar injustamente de lado (para los acreedores concursales) situaciones que ciertamente hoy no quedarán exentas de reproche legal, dado que muchas de esas conductas que no llegaban a alcanzar el estatus del dolo delictual, sin duda van a ser alcanzadas por el actual *dolo directo* o por la figura del *dolo indirecto o eventual*, conceptos que recoge el artículo 1724 del Código Civil y Comercial, según fue señalado.

VI. Otras consideraciones en torno a la acción de responsabilidad concursal. La responsabilidad de los administradores y su delimitación

1. Como fue dicho al inicio, la ley 24.522 en su artículo 173 ha previsto una acción de responsabilidad típicamente concursal, que posee un campo de actuación específico, pues tiene como presupuestos dos conductas: “una productora de la insolvencia y otra tendiente a la disminución del activo o exageración del pasivo”⁴⁶. En ambos supuestos, el factor para atribuir responsabilidad es exclusivamente el dolo y dicha “conducta antijurídica dolosamente ejecutada por alguno de los sujetos pasivos de la acción debe tener relación de causalidad con el estado de cesación de pagos o con la disminución de la responsabilidad patrimonial del fallido”⁴⁷.

Es importante destacar, que esta acción transita con independencia de las acciones de responsabilidad que tengan como punto de partida la actuación culpable o violatoria de la ley o del estatuto por parte de los administradores, que ocasione daños a la sociedad, a los accionistas o terceros (léase, artículos 276, 277, 278 y 279 de la ley 19.550). Estas acciones societarias no queda comprendidas por la acción concursal que se viene analizando⁴⁸ (véase artículo 175 ley 24.522).

2. Dado que del artículo 59 de la ley 19.550 surge que, en principio, la responsabilidad de los administradores y representantes de la sociedad es *subjetiva*, la barrera que presenta el artículo 173 de la L.C. cuando solo admite la imputabilidad con base en el dolo, hace que tal caracterización no sea un punto que pueda dejarse pasar sin efectuar algunas reflexiones.

En torno a la naturaleza de la responsabilidad de los administradores, al solo fin de explicitar mi punto de vista sobre el tema —pues su tratamiento excede ampliamente el marco de estas líneas—, solo señalaré que nuestra legislación societaria acude a un doble estándar para calificar la conducta debida y esperada de aquellos que representan a la sociedad y de los que están llamados a integrar su órgano de administración, aun cuando no ostenten dicha representación legal.

Por un lado, el artículo 59 de la ley 19.550, como una reminiscencia del sistema de “apreciación de la culpa” propia del derecho romano y del antiguo derecho francés (anterior al Código de Napoleón), propone como modelo al *buen hombre de negocios* (criterio objetivo), pero sin apartarse

46 JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C. A., op. cit., T. II, p.332.

47 ROUILLÓN, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, p. 212.

48 C.N.Com., Sala A, 22/11/2012, autos “Metalúrgica San Marcos S.A. s/ quiebra p/ v.Fortino, Julio E. y otro”: “No acreditada la conducta “dolosa” por parte de los administradores de la sociedad, no corresponde admitir la acción de responsabilidad prevista por el art. 173 del a LCQ, ello con fundamento en el hecho de ser la “culpa” insuficiente a dichos efectos” (Fuente: Abeledo-Perrot on line, AP/Jur/4508/2012). También, C.N.Com., Sala A, 30/06/2008, autos “Editorial Revista River S.A. c/ vela, Abel D. y otros”: “Para que la acción de responsabilidad de terceros (art. 173 Ver Texto, ley 24522) resulte viable se requiere inequívocamente el dolo como elemento subjetivo insoslayable” (Fuente Abeledo Perrot on line N°: 1/70045234-3).

del régimen general previsto por la legislación civil y comercial que obliga a analizar la diligencia debida por parte del administrador, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (artículo 512 del Cód. Civil y artículo 1724 del CCyCo.), como así también, el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 902 del Cód. Civil y artículo 1725 del CCyCo.).

Todo esto, deja en clara evidencia la aplicación del criterio subjetivo y de la apreciación de la culpa *en abstracto* (parámetro del *bonum negotiatoris*), cuya diligencias será apreciada según las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁴⁹, lo que implica también una valoración *en concreto*.

Y es razonable que se de esta dualidad al considerar la conducta de los administradores societarios, especialmente si se tiene en cuenta que como lo describió Alfredo Orgaz, “la separación neta de ambos sistemas de apreciación de la culpa, es más bien, puramente verbal”, dado que en la práctica, al considerar la culpabilidad de un agente, ni el *sistema objetivo o abstracto* puede prescindir de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar (artículo 512 del Cód. Civil y artículo 1724 del CCyCo.), ni el *sistema subjetivo o concreto* puede omitir la comparación de la conducta del imputado con la del individuo de diligencia normal u ordinaria⁵⁰.

3. A su vez, estas normas se integran con el artículo 274 de la ahora Ley General de Sociedades, que si bien hace referencia a los directores de las sociedades por acciones, es de “aplicación analógica para los distintos tipos societarios”⁵¹, por lo que responderán hacia la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños ocasionados por su dolo, abuso de facultades o culpa grave (artículo 16 del Código Civil y Título Preliminar —conf. art. 384 de la ley 19.550).

Al respecto, explica Nissen que “la circunstancia de que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores tenga su fundamento en la naturaleza colegiada del directorio, no significa que la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 debe considerarse objetiva, pues tratándose de obligaciones de medios y no de resultados, el deudor está obligado a prestar un conducta que razonable, pero no necesariamente, conducirá al resultado esperado por el acreedor”⁵².

En consonancia con esta posición, el artículo 160 del CCyCo. también reproduce la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores de la persona jurídica privada, frente a esta, sus miembros y terceros, “por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”, no dejando espacio para dudar sobre la vigencia del factor subjetivo como base de la responsabilidad en esta específica área del derecho.

Sobre el particular, vale recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, también decidió que “la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima se encuentra regulada en los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, es decir que no hay responsabilidad de los directores si no puede atribuírsele un incumplimiento de origen contractual o un acto ilícito con dolo o culpa en el desempeño de su actividad. El factor de atribución es subjetivo”⁵³.

49 OTAEGUI, Julio C., Administración Societaria, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1979, p. 133.

50 ORGAZ, Alfredo, La Culpa, Córdoba, Ed. Lerner, 1970, p. 133.

51 NISSEN, Ricardo Augusto, Ley de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, T. 1, p. 654.

52 NISSEN, R. A., op. cit., T. 3 p. 265.

53 SCBA, autos “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Raso, Francisco s/ Sucesión y otros. Apremio” (02/07/2014. C 110369. Fuente: JUBA).

4. Más allá de ello, es necesario igualmente puntualizar, que no todas las obligaciones de un administrador societario deben considerarse de medios.

Es que en diversos casos, se encuentran también en cabeza de los administradores societarios obligaciones que pueden ser, *prima facie*, catalogadas como “de resultado” (de dar —artículos 746 y ss. del CCyCo. y de hacer o no hacer, —artículo 774 inc. b y 778 del CCyCo.—). Esta clase innominada de obligaciones, se caracteriza porque su cumplimiento no depende ya de la posibilidad o no de lograr el éxito esperado —no existe alea alguna, si se me permite esta digresión—, sino de la concreción de un resultado específico y concreto que, por las características de la prestación a cargo del obligado (deudor en el vínculo obligacional) es exigible sin más, pues su cumplimiento es posible y pudo ser previsto (artículo 1710 del CCyCo.).

Dentro de estos límites conceptuales, encontramos muchas obligaciones de resultado que son asumidas por los administradores y representantes de una sociedad desde el momento en que aceptan dicho cargo. Es el caso —como ya fue expuesto—, de la obligación de llevar registros contables (artículos 320 del Código Civil y Comercial), la de confeccionar la memoria para su tratamiento en la asamblea (artículo 66, ley 19.550), la de constituir la reserva legal en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y accionarias (artículo 70, ley 19.550), la de llevar libro de actas de asamblea o de reuniones de socios, de directorio (artículo 73, ley 19.550), entre tantas otras.

Sin embargo se debe tener en cuenta, que este tipo de obligaciones no debe quedar bajo la órbita de las llamadas obligaciones de resultado *ordinarias*, caracterizadas porque el deudor se compromete a cumplir con un objetivo determinado (resultado concreto) y en las que únicamente se libera acreditando la causa ajena (artículo 1722 CCyCo.)⁵⁴; sino dentro de las calificadas por la doctrina como *de resultado atenuadas*⁵⁵, que permiten al agente liberar su responsabilidad acreditando su *falta de culpa*, que es lo mismo que decir, que obró con la debida diligencia⁵⁶ según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, el tiempo y el lugar (*culpa en concreto*).

Este es otro tema, que sin lugar a dudas va a generar importantes consecuencias y debates en este particular campo de la responsabilidad de los administradores, pues la redacción del artículo 1722 de Código no deja lugar a dudas sobre la clara opción que ha realizado el codificador por el factor objetivo.

5. Retornando a la acción de responsabilidad, corresponde destacar que algunos pocos precedentes relacionados con el régimen anterior, han intentado otros caminos para dar por cumplidos los requisitos de procedencia y admisibilidad de la acción de responsabilidad concursal, apelando al dolo eventual ahora reconocido en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial, como fue visto.

En esa línea, se encuentra por ejemplo, el fallo “Industria Plástica Aizma S.A.”⁵⁷ de la Sala E. de Excma. Cámara Nacional, donde se valoró como una conducta dolosa, bajo la figura del dolo eventual, el incumplimiento de la obligación de llevar los libros de comercio. Se sostuvo que ello “es determinante para juzgar el deber de los directores como irregular, siendo que una interpretación distinta conduciría a la insólita situación de que la omisión de presentar la documentación contable —por el motivo que fuere, intencional o no— obstaría atribuir

54 BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit. pp. 296-298.

55 TRIGO REPRESAS, Félix A., op. cit., p. 58.

56 ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 188.

57 C.N.Com., Sala E, 31/05/2012, autos “Industria Plástica Aizma S.A. c/ Herrera, O. L. y otros s/ ordinario”.

responsabilidad a los administradores en supuestos como el examinado por el solo hecho de que la ausencia de la contabilidad —y demás elementos correlativos— ha devenido imposible la reconstrucción del patrimonio y de los negocios sociales, resultado que condena la interpretación”.

En uno de los pasajes de esa decisión prudencial, el tribunal anteriormente citado, avanzó sobre los alcances del concepto de dolo, señalando que aquel “al que alude la ley —ya sea en su antigua o actual redacción— puede ser también el de carácter eventual; máxime cuando la norma inherente no lo descarta en ninguna de sus dos versiones (Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, "Concursos y Quiebras", Ed. Astrea, 2004, pág., 450; CNCom., Sala A, "Ponce Nuri, Juan s/ quiebra c/ Ojeda, Alejandro", del 12-03-08). Una interpretación contraria del precepto, lo tornaría de difícil aplicación; máxime, teniendo en cuenta el carácter subjetivo del dolo” (véase fallo citado).

Creo sin embargo, que el caso no debió ser resuelto bajo la modalidad del dolo eventual, el cual, entiendo no está comprendido dentro del marco conceptual que fijaban los artículos 506 y, menos aún, el 1.072, ambos del Código Civil, sino precisamente mediante el empleo del *dolo obligacional*, pues las conductas que se reprochan en el citado fallo, representan incumplimientos a obligaciones preexistentes de los directores que fueron asumidas por estos al aceptar los cargos y, que como tales, debieron ser juzgadas bajo los términos de los artículos 506 y 521 del Código Civil.

También la misma Sala E en otra sentencia⁵⁸, luego de reconocer al dolo como factor de atribución, dispuso que “en los casos en los que logra vislumbrarse que no se ha custodiado el activo social ni se han suministrado respuestas idóneas sobre cuál fue su destino, se impone concluir que los demandados incumplieron su deber y que su accionar resulta asimilable al dolo exigido por el art. 173 de la ley 24.522”, agregando que “las abstenciones en las que incurrieron los accionados justifican la calificación de actuar doloso encuadrable en la norma concursal del artículo 173 de la ley 24522, pues no sólo medió falta de libros obligatorios exigidos por ley, sino también disposición de todo activo social, sin que se brindaran al respecto explicaciones atendibles, todo lo cual hace encuadrable su conducta en el concepto de dolo previsto por aquella norma legal”.

VII. Conclusiones. El dolo en el Código Civil y Comercial y sus implicancias en la acción del artículo 173 de la Ley Concursal

1. De todo lo que se viene exponiendo, fundamentalmente luego de comparar los distintos esquemas legales a causa de la sanción la ley 26.994 y de la plena vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se puede concluir que la limitación que genera la imputación sobre la base del dolo como único y exclusivo factor de atribución, y la restrictiva interpretación que mayoritariamente los tribunales han hecho del tema a la luz de lo dispuesto por el artículo 173 L.C., posibilitaron la impunidad de muchos sujetos responsables cuyas conductas —que por su gravedad excedían el ámbito de la culpa grave— fueron determinantes para causar la insolvencia de la fallida.

Pero el estado de cosas antes apuntado ha sido alterado, creo de manera significativa, porque la modificación que ha merecido la definición de dolo que se desprende del artículo 1724 del Código, permitirá tutelar en forma algo más efectiva los derechos de los acreedores, entre quienes finalmente se van a distribuir las pérdidas del fallido⁵⁹.

Sin duda, simplificar el concepto con una visión más actual y realista (menos dogmática) para traducirlo como la producción de un daño de manera intencional, con independencia de su fuente

58 C.N.Com., Sala E, 12/04/2012, autos “Neumacheck s/ Quiebra c/ Flores, Luis O. y otros s/ ordinario” (Acc. De responsabilidad).

59 TONON, Antonio, Derecho Concursal, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992, p. 29.

contractual (o mejor dicho, incumplimiento obligacional) o extracontractual, aspectos o caras de la responsabilidad que no han perdido vigencia alguna a pesar de la unificación —como ya fue explicado—, representa un verdadero avance que permite el ensanchamiento de la responsabilidad, que pone el acento en el daño injusto como eje del sistema y que no facilita que la responsabilidad sea eludida.

La nueva perspectiva que se deriva del artículo 1724 citado, posibilita imputar al agente generador del perjuicio patrimonial injustificado cuya víctima es la masa de acreedores concursales, cuando ese daño es consecuencia del incumplimiento “intencional” de una obligación preexistente (incumplimiento obligacional) o del deber jurídico de no dañar (*alterum non laedere*) según lo prescribe el artículo 1716 del Código Civil y Comercial, o cuando es causado por la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (dolo eventual).

Esta refrescante —si se me admite este calificativo poco jurídico, pero atinado— mirada que brinda el Código Unificado, permitirá beneficiar a la masa ampliando la base patrimonial que deberá responder por la insolvencia, que se verá integrada —*ex post*— por las sumas que en concepto de indemnización o resarcimiento por los daños deban pagar los obligados.

Y es justo que así sea, porque aquellos que con su accionar ilícito afectaron el patrimonio de la sociedad o de la persona jurídica privada, o de la persona humana fallida, llegando incluso a provocar su insolvencia, deben asumir personalmente las consecuencias de sus actos disvaliosos, pues los beneficios o ventajas —si se quiere— de la ley concursal, no pueden servir para proteger a quienes actúan al margen de la ley.

Particularmente, en el caso de los administradores, representantes, mandatarios y gestores, el ensanchamiento de su responsabilidad al que me he referido, se deriva de su mayor deber de responder, cuya piedra basal está constituida por las calidades y cualidades que los caracteriza como tales. Esto los hace merecedores de un mayor reproche legal, especialmente en orden a la previsibilidad de las consecuencias que, básicamente un administrador, un representante o un mandatario no puede ignorar (artículo 902 del Código Civil y artículo 1725 —primer párrafo— del CCyCo.).

La cuestión adquiere especial trascendencia cuando se trata de los administradores que, aún en conocimiento del estado de cesación de pagos en que se encuentra la compañía que dirigen y controlan, igualmente continuaron operando con terceros en el mercado configura claramente un supuesto de dolo⁶⁰. Este proceder, en el marco conceptual que describe el último párrafo del mencionado artículo 1724, encontrará fácil acogida, algo que seguramente no habría sucedido con comodidad antes de la unificación por el mayoritario consenso doctrinario y jurisprudencial en favor de dolo delictual, de compleja acreditación.

2. Sobre cuál será la extensión del resarcimiento a cargo de los responsables del daño infringido a la masa, se debe recordar que en el Código de Vélez, si la imputación se fundaba en el *dolo delictual*, el resarcimiento comprendería las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, si debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (conf. artículos 903, 904 y 905, Cód. Civil derogado), a lo que se debía sumar la solidaridad que imponía entre los autores del ilícito el artículo 1081 Cód. Civil.

Si en cambio, era el *dolo obligacional* la base de la imputabilidad del agente, se debía responder por las consecuencias inmediatas y mediatas (artículos 506 y 519 del Código Civil).

60 RICHARD, E. H., op. cit., p. 305.

Por su parte, el nuevo Código en su 1726 establece como norma general que el resarcimiento se extiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, omitiendo toda referencia a las casuales (previsibles), aunque sin hacer diferencias cuando el daño es provocado con dolo.

En cambio, para el “incumplimiento contractual” específico, el artículo 1728 del CCyCo. posibilita extender la responsabilidad, la que será fijada tomando en cuenta, no solo las consecuencias previsibles al contratar, sino también, al momento del incumplimiento.

Por último, en lo que respecta a la cuantificación de los daños, estos deberán ser determinados en función del perjuicio causado al activo del fallido por “las acciones u omisiones antijurídicas y dolosas” a las que se refiere el artículo 173 de la ley 24.522⁶¹.

3. No se puede perder de vista, que el Código también hace hincapié en el deber de prevención del daño (artículo 1710 del CCyCo.), lo que explícitamente genera un mayor deber de obrar con previsión y conocimiento de las cosas, por parte de aquellos que asumen funciones que pueden ser consideradas como calificadas (administradores, representantes, mandatarios, gestores de negocios).

En síntesis, todo esto representa una moderna y actualizada visión del derecho de daños en la que viene trabajando la doctrina y la jurisprudencia desde hace años, que definitivamente pone el acento en la víctima y, para ampliar su tutela, no solamente en la reparación, sino también en la *prevención* del daño bajo los términos del artículo 1710 y ss. del Código Civil y Comercial.

La incorporación al derecho vigente de una noción de dolo directo despojado de requisitos innecesarios y del dolo indirecto o eventual, es una prueba elocuente en favor de la protección de los derechos de la parte damnificada.

Era hora de llamar las cosas por su nombre y reconocer simplemente que “el dolo consiste en no evitar el daño que se previó” y que deben “entenderse dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción”⁶². Así de simple.

Si bien también se propicia desde este trabajo, que en una futura reforma de la ley de concursos se incorpore nuevamente como un supuesto que por su relevancia merece ser tipificado a la “infracción a las normas inderogables de la ley” (conf. artículo 166 de la ley 19.551, texto según ley 20.315); entiendo que la modificación y, con ello, la razonable amplitud conceptual que genera el artículo 1724 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación, permitirá superar los debates sobre los alcances del dolo para los casos ocurridos a partir de su entrada en vigencia.

Es de esperarse que este cambio legislativo, sirva para no dejar impunes un sinnúmero de conductas ilícitas que afectan a la masa y la credibilidad del proceso concursal como una alternativa válida para resolver equitativamente los efectos de la insolvencia.

61 JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C. A., op. cit., T. II, p. 338.

62 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, p. 609.