

OFMA S.A. S/ QUIEBRA C/ CANO MARIO DANIEL Y OTROS S/ ORDINARIO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala / Juzgado / Circunscripción / Nominación: B

Partes: Ofma S.A. s/ quiebra c/ Cano Mario Daniel y otros s/ ordinario

Fecha: 9 de marzo de 2023

Cita: MJ-JU-M-142585-AR|MJJ142585|MJJ142585

Voces: SOCIEDAD ANÓNIMA - RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, GERENTES O DIRECTORES - ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD - ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD - ANTICIPO DE HONORARIOS - HONORARIOS DE LOS DIRECTORES

El hecho de que la sociedad no haya reclamado al Director la restitución de los honorarios percibidos a cuenta, no exime a éste de responsabilidad porque debía necesariamente conocer tanto la existencia del crédito de la sociedad que administraba como la deuda que tenía ante ella.

Sumario:

1.-La acción social de responsabilidad del art. 274 de la Ley 19.550 se distingue de las acciones previstas en la Ley de Concursos y Quiebras por tener presupuestos fácticos y consecuencias jurídicas diferentes.

2.-La acción social de responsabilidad prevista en el art. 274 de la Ley 19.550 persigue la indemnización de los daños causados en el patrimonio de la sociedad por los directores (i) por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales, (ii) por su violación de la ley, el estatuto o el reglamento, y (iii) por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave y la responsabilidad recae sobre los directores por ser los encargados de administrar y representar a la sociedad (art. 255 , 266 y 268 , LSC).

3.-En relación con el mal desempeño de los directores en el cargo, el art. 274 de la Ley de Sociedades Comerciales remite a los deberes fijados en el art. 59 de la misma ley. El primer elemento previsto por esta norma es el deber de obrar con lealtad, que implica actuar a favor del interés social en función del objeto y de su actividad. La vinculación de confianza que inspira la designación y la tarea de administración de bienes ajenos justifica este deber de los directores de obrar con lealtad. El segundo elemento previsto en el art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales es el estándar de 'diligencia de un buen hombre de negocios', que refleja los cuidados que deben tener los administradores al desempeñar sus funciones y presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad.

4.-La noción del 'buen hombre de negocios' importa una responsabilidad profesional que se evalúa teniendo en cuenta la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como director y la específica que se le hubiere confiado, la circunstancia en que debió actuar y cómo cumplió su deber de diligencia. A su vez, este estándar de conducta importa una responsabilidad agravada, dado que la obligación resultante de las consecuencias posibles de los hechos es mayor cuando también lo es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

5.-El principio general es que la responsabilidad del director requiere culpa -descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como 'buen hombre de negocios'- o malicia -voluntad consciente de causar un daño previsto y querido en la mente del autor-. Su responsabilidad existe donde la falta de gestión fue la causa del perjuicio sufrido por la sociedad, independientemente de las circunstancias personales de quienes las cometen, siempre que exista culpa o dolo del responsable; y la consideración de este factor de atribución se debe realizar en concordancia con las reglas del CCiv., cuyos términos se integran con la Ley de Sociedades Comerciales.

6.-La jurisprudencia del fuero clasifica las conductas culposas en in committingo -cuando se ejecutan actos que violentan disposiciones legales o estatutarias-, in negligendo -cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias-, e in vigilando -cuando se cometen faltas, descuidos o inobservancia de funciones en perjuicio de la sociedad-. Así, los directores son responsables por su participación por acción directa o indirecta en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, y también por su omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo para subsanar proceder incorrectos que no podían desconocer si hubieran aplicado la atención y preocupación debida por los asuntos sociales.

7.-La procedencia de la acción social de responsabilidad no se consuma con la mera demostración de que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o de que incurrió en negligencia culpable en su desempeño. Por el contrario, deben acreditarse los extremos de la ley societaria en concordancia con los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, es decir, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño. En consecuencia, el director puede eximirse de responsabilidad si alguno de esos presupuestos está ausente o si acredita el caso fortuito, la culpa de un tercero extraño, o su falta de culpa por la demostración de que actuó con la diligencia, prudencia, cuidado y pericia que requería la naturaleza del hecho.

8.-En materia de honorarios de los directores de la sociedad anónima corresponde inicialmente distinguir entre (i) la aprobación de honorarios a cuenta y (ii) la aprobación de tales honorarios a favor de los directores. En el caso de las sociedades anónimas, el pago de retribuciones a los directores requiere su fijación por resolución de una asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2, LSC) de conformidad con los requisitos al efecto (art. 261, LSC). Este artículo establece límites legales

a la retribución posible, cuya superación requiere el cumplimiento de condiciones agravadas establecidas por la misma norma.

9.-Se conceptúa el adelanto a cuenta de remuneraciones como un importe que el director percibe con cargo a la suma que corresponda liquidarle como honorarios cuando se conozcan los resultados del balance. Dado que esta suma se determina en función de las utilidades, el adelanto está sujeto a repetición si el ejercicio se cierra sin ellas o con pérdidas. De esta manera, el pago a cuenta de honorarios no constituye un pago en sentido estricto, ya que no es un acto de cumplimiento de una obligación (art. 725 , CCiv.) sino un adelanto a cuenta de las eventuales retribuciones que la asamblea ordinaria de accionistas pueda fijar con carácter futuro e incierto según los arts. 234 y 261 de la Ley de Sociedades Comerciales.

10.-La falta de una resolución aprobatoria de la retribución de los demandados en su carácter de directores explica su calificación jurídica como un crédito de la sociedad., la participación de los demandados fue esencial en la formación de la voluntad que realizó los actos orgánicos cuyo resultado fue la calificación jurídica de la percepción a cuenta de honorarios como un crédito de la sociedad. Por ende, la doctrina de los actos propios aplica al caso.

11.-El CCiv. establece que el pago -en sentido amplio- efectuado sin causa puede repetirse aunque no haya sido hecho por error (art. 792 ), y que carece de esta cuando ocurrió en consideración de una causa futura que no se terminó realizando (art. 793 ). En este caso, el hecho futuro considerado para el adelanto de honorarios a cuenta era su eventual y ulterior fijación por resolución de la asamblea ordinaria de accionistas (art. 234, inc. 2, LSC). Esta debía ser convocada para la consideración de los estados contables y eventual fijación de retribuciones dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (art. 234, último párrafo, LSC), con lo cual su realización debía hacerse el 30.10.1999 a más tardar. Asimismo, insisto en que este acto debía ajustarse a los términos del art. 261 de la Ley de Sociedades Comerciales.

12.-La falta de fijación de remuneración implicó la falta de causa de la percepción de honorarios a cuenta; y, en consecuencia, (i) por un lado, la obligación de los demandados -en su carácter de deudores- de restituir la suma adelantada a la sociedad (arg. art. 788 , CCiv.); y (ii) por otro, la obligación de los demandados -en su carácter de administradores- de requerir(se) el cumplimiento de esta obligación de restitución a la sociedad (art. 59, LSC; arts. 512 y 902 , CCiv.). El incumplimiento de esta segunda obligación es el considerado principalmente en este numeral.

13.-La magnitud del activo social consistente en el delante de honorarios a los directores, que no contaron con la aprobación de la asamblea, imponía al órgano de administración de la sociedad. un nivel de diligencia mayor de conformidad con las normas aplicables y estándar de conducta exigible a los directores (art. 59, LSC; arts. 512, 625 y 902, CCiv.).

14.-No es eximente de responsabilidad de los directores la falta de un requerimiento por la sociedad a los mismos a los fines de la devolución de los honorarios percibidos a cuenta, porque su defecto constituye por sí una falta de los administradores, quienes necesariamente debían conocer tanto la existencia del crédito de la sociedad que administraban como la deuda en contrapartida que tenían ante ella (art. 496 , CCiv.). Esta falta de intimación significó una anteposición de sus intereses individuales personales al cumplimiento de sus obligaciones como directores. Se beneficiaron deslealmente de su incumplimiento a costa de la sociedad y su proceder también infringió el deber de diligencia del buen hombre de negocios que establece la misma norma porque la protección del patrimonio encomendado es una de las funciones más esenciales de los directores.

15.-Resultan responsables los directores de la fallida cuando éstos incumplieron su obligación de hacer en un modo y tiempo propio (arts. 512 y 625, CCiv.); y sus actos positivos y omisivos implicaron una violación manifiesta de sus deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios según el art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales.

16.-Tanto la pérdida de los libros y la documentación social como la falta de manifestación o acreditación de gestiones tendientes a su recupero implican una falta de los directores demandados por su mal desempeño del cargo de tales.

17.-La desaparición del activo y la ausencia de contabilidad representan un incumplimiento palmario del deber general de todo administrador de conformidad con el art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Fallo:

En Buenos Aires, a los 9 días del mes de marzo de dos mil veintitrés, reunidas las señoras Juezas de Cámara en Acuerdo, fue traído para conocer el proceso caratulado "OFMA SA s/ QUIEBRA contra CANO, MARIO DANIEL y OTRO sobre ORDINARIO" (expte. nro. COM 31392/2015) en el que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que debía votarse en el siguiente orden: Vocalías nro. 5, nro. 6 y nro. 4. Dado que la nro. 6 está actualmente vacante, intervendrán las Doctoras María Guadalupe Vásquez y Matilde E. Ballerini (art. 109 RJN).

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Jueza de Cámara María Guadalupe Vásquez dijo:

I. La sentencia apelada La señora Jueza de Primera Instancia hizo lugar a la acción social de responsabilidad promovida por el síndico de la quiebra de OFMA SA (en adelante, "OFMA") contra los señores Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez; y, en consecuencia, los condenó solidariamente a cancelar el pasivo falencial de la sociedad y los gastos del concurso (fs. 222).

De modo preliminar, distinguió la acción social de responsabilidad del artículo 276 de la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante, "LSC") de la prevista en el artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, "LCQ"). Indicó que la acción societaria, como la aquí ejercida, corresponde a casos en que la víctima es la sociedad, y que su objeto es la recomposición del patrimonio afectado por la actuación de los directores.

En ese marco, y considerando las constancias obrantes en los procesos caratulados "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ OFMA SA s/ ordinario" (expte. nro. 44701/1994), "OFMA SA s/ quiebra" (expte. nro. 9862/2012), y "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda.c/ Cano, Mario Daniel y otros s/ ordinario" (expte. nro. 17106143/2014), destacó que el directorio de OFMA estuvo integrado por Mario Daniel Cano como presidente y Lidia Inés Sánchez como vicepresidenta.

Señaló que en los balances correspondientes a los ejercicios económicos finalizados el 30.06.1996, 30.06.1997 y 30.06.1998 (fs. 558/594 del expte. nro. 9862/2012) están registrados bienes de uso -que incluyen maquinaria, herramientas, muebles y útiles- por valores de \$ 40.334,30, \$ 47.550,69 y \$ 22.547,14, respectivamente, cuyo destino no fue acreditado ni aclarado por los demandados. Agregó que el señor Mario Daniel Cano manifestó que el horno de templado de vidrio cuya falta de entrega derivó finalmente en el decreto de quiebra había quedado en el taller de la calle Miralla, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en ocasión del desalojo; y que, en la causa "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ OFMA SA s/ ordinario", los testigos declararon el 15.12.1994 que aquél continuó la misma actividad de la fallida en otro domicilio.

Apuntó que el síndico no pudo localizar bienes de la fallida ni determinar si se había integrado el capital suscrito por la falta de puesta a disposición de los libros de la sociedad. Sostuvo que la omisión de llevar una contabilidad adecuada y el incumplimiento de velar por el patrimonio social impidieron la recomposición de activos de la sociedad. Al respecto, consideró que los libros sociales debían ser conservados en exceso del plazo establecido por el artículo 44 del Código de Comercio de la Nación porque la sociedad estaba en juicio.

Asimismo, afirmó que los demandados no justificaron el destino de activos de la sociedad asentados en la "Cuenta Honorarios Directores" de los estados contables por el ejercicio finalizado al 30.06.1998, cuantificados en \$ 99.840,37.

Ponderó que el anticipo abonado a OFMA para la construcción y entrega de un horno -objeto del contrato cuyo cumplimiento se demandó en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ OFMA SA s/ ordinario" (expte. nro. 44701/1994)- fue registrado como deuda en el pasivo de la sociedad en los ejercicios económicos finalizados el 30.06.1996 y 30.06.1997. Señaló que, luego, fue registrado en la cuenta "Previsión Contingencias" de los estados contables del ejercicio finalizado al 30.06.1998 sin que este cambio de criterio tuviera sustento alguno.

Por ello, concluyó que los demandados incurrieron en mal desempeño en el ejercicio del cargo de administradores de la sociedad y juzgó que son responsables de su insolvencia, por lo que deben responder solidariamente por el pasivo verificado con más los gastos del concurso en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Finalmente, les impuso las costas del proceso.

II. El recurso 1. Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez apelaron la sentencia definitiva a fojas 229 y expresaron sus agravios a fojas 240/246, los cuales fueron contestados por OFMA a fojas 248/249 y por Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. (en adelante, "Vidriería La Nacional de Collia") a fojas 251/255.

En primer lugar, los recurrentes acusaron que la sentencia apelada tiene efectos similares a una extensión de quiebra de OFMA cuando una pretensión análoga fue rechazada el 22.05.2018 en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda.c/ Cano, Mario Daniel y otro s/ ordinario" (fs. 462/473 del expte. nro. 17106143/2014). Asimismo, encuadraron la acción del síndico en el supuesto del artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras y, en consecuencia, sostuvieron que su objeto excedía el límite temporal que establece el artículo 174 de la misma ley.

En segundo lugar, cuestionaron la admisión de la pretensión conforme el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales porque en el proceso de la extensión de quiebra se negó que hubieran desarrollado una conducta dolosa que causara la insolvencia de OFMA. Señalaron que en la sentencia de primera instancia se afirmó que habían realizado una mala administración cuando esta causal no está prevista entre los supuestos del artículo 274 de la ley societaria.

Asimismo, acusaron que en la resolución recurrida se resolvió en exceso de lo demandado. Apuntaron que el síndico había consentido la propuesta de acuerdo que realizaron - ulteriormente rechazada por resolución de esta Sala de fecha 12.03.2020 (fs. 200)-, y que aquél conocía los alcances de la pretensión demandada.

Finalmente, los apelantes sostuvieron que la aplicación del artículo 173 de la Ley de Concursos y Quiebras o del artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales en los casos de quiebras sin activos y/o con libros perdidos debilita la personalidad jurídica diferenciada de las sociedades.

2. En su contestación de la expresión de agravios (fs. 248/249), el síndico de la quiebra de OFMA manifestó que el objeto de su pretensión es la indemnización de los daños causados por la falta de integración de los créditos y bienes muebles registrados en los estados contables en el patrimonio social.

Expuso que la sentencia de primera instancia tendría una extensión mayor a la requerida en violación al principio de congruencia.

3. Por su parte, Vidriería La Nacional de Collia se manifestó a fojas 251/255. De modo preliminar, advierto que, si bien su carácter de parte en este proceso fue rechazada a fojas 62, 139 y 216, se le reconoció, en su carácter de acreedora de la quiebra, legitimación para impugnar la resolución de primera instancia que homologó el acuerdo propuesto por los recurrentes (fs. 150). Esto no fue cuestionado por los demandados. Similarmente, los aquí recurrentes consintieron el auto de fojas 256, que tuvo por contestado el traslado de los agravios.

La acreedora expuso que la desaparición del dinero que tenía OFMA en caja, de sus herramientas y del horno de templado de vidrio le impidió cumplir con su contrato y generó un pasivo que condujo a su quiebra.

Destacó que existe una relación causal directa entre la desaparición del activo, imposibilidad de cumplimiento, el pasivo falencial y la quiebra decretada.

Resaltó que la demanda indica claramente que el límite de la acción es lo que en más o menos surgiere de la prueba a producir y el daño causado. Indicó que el recurso interpreta las afirmaciones del síndico de una manera que implicaría una renuncia de derechos indisponibles para él y que la ley impone interpretar restrictivamente.

4. La señora Fiscal General emitió su dictamen a fojas 266/268 en los términos del artículo 31 de la ley nro.27.148.

Consideró que la falta de registración y custodia de los libros y documentación social y contable, la falta de conservación de los bienes sociales -maquinarias, herramientas, instalaciones, muebles y útiles, rodados y moldes, y el horno de vidrio templado-, la apropiación del capital de trabajo de la sociedad y la falta de explicaciones sobre su proceder no se ajustan al estándar de

lealtad y diligencia legalmente exigida a los directores en los términos del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Alegó que los accionados desviaron los fondos que constituían el principal capital de trabajo de la sociedad hacia su patrimonio personal a través de las percepciones a cuenta de honorarios, insolventándola e impidiéndole dar cumplimiento con su objeto social. Preciso que la sustracción de esos fondos impidió a la sociedad el ingreso de los correspondientes al saldo de precio pactado con Vidriería La Nacional de Collia, que ascendía a la suma de U\$S 72.000.

Finalmente, concluyó que corresponde confirmar la condena de primera instancia contra los demandados para que indemnizen los daños que causaron a la sociedad fallida.

III. La decisión 1. Liminalmente, advierto que OFMA fue condenada el 5.07.2001 en la causa caratulada "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ OFMA SA s/ ordinario" (expte. nro. 44071/1994) a entregar a Vidriería La Nacional de Collia un horno para el templado de vidrio en cumplimiento del contrato que unía a las partes (fs. 724/739). Luego, en el marco de esas actuaciones, se tuvo por resuelto el contrato y se condenó a OFMA a indemnizar los daños y perjuicios causados (fs. 867).

A partir del incumplimiento de esta segunda condena, Vidriería La Nacional de Collia pidió la quiebra de OFMA por el proceso caratulado "OFMA SA s/ quiebra" (fs. 3/4 del expte. nro. 9862/2012). Esta quiebra fue declarada el 11.12.2012 (fs. 77/82 del expte. nro. 9862/2012) y su cesación de pagos, fijada el 7.04.2003 (fs.540 del expte. nro. 9862/2012). A su vez, en la quiebra se verificó un pasivo total de \$ 14.424.273,84 (fs. 312/316 y 340/344 del expte. nro. 9862/2012), cuyos únicos acreedores son Vidriería La Nacional de Collia y su abogada Viviana Mudric.

Finalmente, Vidriería La Nacional de Collia promovió acción de extensión de quiebra de OFMA a Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez, la cual fue rechazada en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ Cano, Mario Daniel y otros s/ ordinario" (fs. 462/473 del expte. nro. 17106143/2014).

En estas circunstancias, la principal cuestión a resolver es si los señores Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez incurrieron en mal desempeño del cargo de administradores de OFMA - presidente y vicepresidenta, respectivamente- en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales. Además, está discutido el alcance de su responsabilidad y, en particular, si deben responder hasta la cobertura del total del total del pasivo falencial y los gastos del concurso.

2. A tal fin, de conformidad con el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde aplicar las normas del Código de Comercio de la Nación (en adelante, "CCom") y

del Código Civil de la Nación (en adelante, "CCN") en atención al tiempo de ocurrencia de los hechos involucrados.

En estos términos, advierto que la demanda fue promovida por el síndico según los artículos 59, 274, 276 y 278 de la Ley de Sociedades Comerciales. Así, esta califica como una acción social de responsabilidad, la cual se distingue de las acciones previstas en la Ley de Concursos y Quiebras por tener presupuestos fácticos y consecuencias jurídicas diferentes (CNCom, esta Sala, expte. nro. 11284/2011, "Bonmetique SA s/ quiebra c/ Bonserio, Miguel Ángel y otros s/ ordinario", 9.05.2016; expte. nro.38974/2010, "Soriano, Marcelo Eduardo c/ Gutiérrez, Julio María s/ ordinario", 14.03.2017; Sala A, expte. nro. 36.890/2005, "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor s/ ordinario", 11.12.2014).

Esta acción social persigue la indemnización de los daños causados en el patrimonio de la sociedad por los directores (i) por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales, (ii) por su violación de la ley, el estatuto o el reglamento, y (iii) por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (art. 274, LSC; CNCom, esta Sala, expte. nro. 39351/2008, "Electrosistemas SA c/ Carman, Carlos Alberto s/ ordinario", 13.07.2018; Sala F, expte. nro. 311/2006, "Nari Cereales SRL c/ Nari, Juan Antonio y otros s/ ordinario", 20.02.2018; Sala F, expte. 27189/2014, "Doméstico, Lucía Susana c/ Buceta, Elena Francisca s/ ordinario", 2.08.2021).

La responsabilidad recae sobre los directores por ser los encargados de administrar y representar a la sociedad (art. 255, 266 y 268, LSC).

En relación con el mal desempeño en el cargo, el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales remite a los deberes fijados en el artículo 59 de la misma ley.

El primer elemento previsto por esta norma es el deber de obrar con lealtad, que implica actuar a favor del interés social en función del objeto y de su actividad (CNCom, Sala A, expte. nro. 10035/2015, "Vilatella y Valls SA s/ quiebra c/ Vilatella, Carlos Alberto y otros s/ ordinario", 17.08.2022). La vinculación de confianza que inspira la designación y la tarea de administración de bienes ajenos justifica este deber de los directores de obrar con lealtad (Halperin, Isaac y Otaegui, Julio C., "Sociedades Anónimas", Buenos Aires, Depalma, 1998, 2° edición, p.546).

El segundo elemento previsto en el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales es el estándar de "diligencia de un buen hombre de negocios", que refleja los cuidados que deben tener los administradores al desempeñar sus funciones y presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad (CNCom, esta Sala, expte. nro. 69932/2001, "Bahía de los Lobos SA c/ Morilla, Luisa del Carmen s/ ordinario", 14.11.2014; expte. nro. 38974/2010, "Soriano, Marcelo Eduardo c/ Gutiérrez, Julio María s/ ordinario", 14.03.2017).

La noción del "buen hombre de negocios" importa una responsabilidad profesional que se evalúa teniendo en cuenta la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que le incumben como director y la específica que se le hubiere confiado, la circunstancia en que debió actuar y cómo cumplió su deber de diligencia (Halperin Isaac, "Sociedades Anónimas", Buenos Aires, Depalma, 2da edición, 1998, pág. 547; "Vilatella y Valls SA s/ quiebra c/ Vilatella, Carlos Alberto y otros s/ ordinario", ya citado). A su vez, este estándar de conducta importa una responsabilidad agravada, dado que la obligación resultante de las consecuencias posibles de los hechos es mayor cuando también lo es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, CCN; "Soriano, Marcelo Eduardo c/ Gutiérrez, Julio María s/ ordinario", ya citado).

En estos términos, el principio general es que la responsabilidad del director requiere culpa -descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como "buen hombre de negocios"- o malicia -voluntad consciente de causar un daño previsto y querido en la mente del autor- (CNCom, Sala A, expte. nro.36.890/2005, "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor s/ ordinario", 11.12.2014). Su responsabilidad existe donde la falta de gestión fue la causa del perjuicio sufrido por la sociedad, independientemente de las circunstancias personales de quienes las cometen, siempre que exista culpa o dolo del responsable (Sasot Betes-Sasot, Miguel y Sasot, Miguel, "Sociedades anónimas. Órgano de Administración", Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 526); y la consideración de este factor de atribución se debe realizar en concordancia con las reglas del Código Civil de la Nación, cuyos términos se integran con la Ley de Sociedades Comerciales (Gagliardo, Mariano, "Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas", Abeledo Perrot, 2011, t. III, pp. 2057 y 2069; CNCom, Sala D, expte. nro. 66903/2009, "Belac SA c/ Curet, Sebastián y otros s/ ordinario", 03.10.2019; "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor Raúl s/ ordinario", ya citado; "Nari Cereales SRL c/ Nari, Juan Antonio y otros s/ ordinario", ya citado; "Doméstico, Lucía Susana y otro c/ Buceta, Elena Francisca y otro s/ ordinario", ya citado).

En este sentido, la jurisprudencia del fuero clasifica las conductas culposas en in committingo -cuando se ejecutan actos que violentan disposiciones legales o estatutarias-, in negligendo -cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias-, e in vigilando -cuando se cometen faltas, descuidos o inobservancia de funciones en perjuicio de la sociedad- ("Belac SA c/ Curet, Sebastián y otros s/ ordinario", ya citado; "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor s/ ordinario", ya citado). Así, los directores son responsables por su participación por acción directa o indirecta en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, y también por su omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo para subsanar procedimientos incorrectos que no podían desconocer si hubieran aplicado la atención y preocupación debida por los asuntos sociales (arts.512 y 902, CCN; "Bahía de los Lobos SA c/ Morilla, Luisa del Carmen s/ ordinario", ya citado; CNCom, esta Sala, expte. nro. 11284/2011, "Bonmetique SA s/ quiebra c/ Bonserio, Miguel Ángel y otros s/ ordinario", 9.05.2016; "Soriano, Marcelo Eduardo c/ Gutiérrez, Julio María", ya citado; "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor s/ ordinario", ya citado).

Sin perjuicio de lo anterior, la procedencia de la acción social de responsabilidad no se consuma con la mera demostración de que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o de que incurrió en negligencia culpable en su desempeño. Por el contrario, deben acreditarse los extremos de la ley societaria en concordancia con los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, es decir, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño (CNCom, Sala D, expte. nro. 66903/2009, "Belac SA c/ Curet, Sebastián y otros s/ ordinario", 03.10.2019; "Granisem SRL s/ quiebra c/ Nisembaunn, Néstor s/ ordinario", ya citado; "Doméstico, Lucía Susana c/ Buceta, Elena Francisca s/ ordinario", ya citado; "Nari Cereales SRL c/ Nari, Juan Antonio y otros s/ ordinario", ya citado). En consecuencia, el director puede eximirse de responsabilidad si alguno de esos presupuestos está ausente o si acredita el caso fortuito, la culpa de un tercero extraño, o su falta de culpa por la demostración de que actuó con la diligencia, prudencia, cuidado y pericia que requería la naturaleza del hecho ("Belac SA c/ Curet, Sebastián y otros s/ ordinario", ya citado).

3. En ese marco normativo, corresponde considerar si los señores Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez son responsables por los daños causados a OFMA en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

A tal efecto, resalto que las partes son contestes en remitirse a las constancias de los procesos caratulados "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ OFMA SA s/ ordinario" (expte. nro. 44701/1994) y "OFMA SA s/ quiebra" (expte.nro. 9862/2012) en carácter de prueba.

Asimismo, los recurrentes invocaron lo resuelto en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. y Cía. Ltda. c/ Cano, Mario Daniel y otros s/ ordinario" (expte. nro. 17106143/2014) para fundar su apelación.

Finalmente, señalo que la señora Fiscal General y Vidriería La Nacional de Collia también invocaron lo sustanciado en tales procesos a los efectos de fundar sus actos procesales.

Asimismo, en atención a la distancia temporal de los hechos involucrados, recuerdo que por resolución de esta Sala del 13.07.2017 se rechazó la excepción de prescripción opuesta por los demandados (fs. 119).

Ahora bien, de los expedientes mencionados y el presente proceso resulta que no existe controversia sobre que (i) los demandados percibieron \$ 99.840,37 en concepto de honorarios a cuenta, los cuales no fueron reintegrados a la sociedad; (ii) se desconoce la ubicación de los bienes componentes del patrimonio social de OFMA; y (iii) se desconoce la ubicación de los libros sociales y documentación mercantil y contable de OFMA.

En este sentido, advierto que del informe del artículo 39 de la Ley de Concursos y Quiebras realizado en el proceso de la quiebra de OFMA (expte. nro. 9862/2012) surge que (i) "[l]a deudora no ha dado cumplimiento con el mandato legal del art. 88 inc. 4 L.C., por lo que no ha puesto a disposición ni de este funcionario ni del Tribunal sus libros de comercio y/o documentación" (f. 341); y (ii) "no han podido localizarse bienes -registrables o no- de propiedad de la deudora" (fs. 340/341). Este acto procesal no mereció observaciones de los demandados.

4. En primer lugar, los demandados percibieron \$ 99.840,37 en concepto de honorarios a cuenta, los cuales están registrados como un crédito a favor de la sociedad en la "Cuenta Honorarios Directores" de sus estados contables correspondientes al ejercicio finalizado el 30.06.1998 (fs. 126 del expte. nro. 17106143/2014)-, aprobados por la asamblea ordinaria de accionistas del 30.10.1998 (fs.125 del expte. nro. 17106143/2014).

Al respecto, corresponde inicialmente distinguir entre (i) la aprobación de honorarios a cuenta y (ii) la aprobación de tales honorarios a favor de los directores. En el caso de las sociedades anónimas, el pago de retribuciones a los directores requiere su fijación por resolución de una asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2, LSC) de conformidad con los requisitos al efecto (art. 261, LSC). Este artículo establece límites legales a la retribución posible, cuya superación requiere el cumplimiento de condiciones agravadas establecidas por la misma norma (CNCom, esta Sala, expte. nro. 17216/11, "Palmeiro, Guillermo César c/ Parador Norte SA s/ ordinario", 23.11.2021).

Por su parte, en la doctrina se conceptúa el adelanto a cuenta de remuneraciones como un importe que el director percibe con cargo a la suma que corresponda liquidarle como honorarios cuando se conozcan los resultados del balance. Dado que esta suma se determina en función de las utilidades, el adelanto está sujeto a repetición si el ejercicio se cierra sin ellas o con pérdidas (Sasot Betes, Miguel y Sasot, Miguel, "Sociedades anónimas. El órgano de administración", Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 280). De esta manera, el pago a cuenta de honorarios no constituye un pago en sentido estricto, ya que no es un acto de cumplimiento de una obligación (art. 725, CCN) sino un adelanto a cuenta de las eventuales retribuciones que la asamblea ordinaria de accionistas pueda fijar con carácter futuro e incierto según los artículos 234 y 261 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En atención a esto, advierto que no se realizó una asamblea ordinaria posterior a la del 30.10.1998 en la que se considerara la fijación de honorarios, ya que no hubo invocación ni acreditación alguna de las partes en tal sentido e, incluso, la Inspección General de Justicia manifestó que el último balance presentado por OFMA es el correspondiente al ejercicio cerrado el 30.06.1998 (fs. 559 del expte. nro.9862/2012).

Ahora bien, esta falta de una resolución aprobatoria de la retribución de los demandados en su carácter de directores explica su calificación jurídica como un crédito de la sociedad. Esta calificación está reflejada en los estados contables correspondientes al ejercicio finalizado al

30.06.1998, cuya confección era una obligación personal e indelegable del órgano de administración (arts. 157 y 266, LSC; esta Sala, expte. nro. 12930/2014, "Del Campo Muñoz, María Isabel y otros c/ Estancia Campo Garay SA s/ ordinario", 16.12.2022; Sala F, "Mauro, Leandro Juan c/ Garaventa, María Olga s/ sumarísimo", 12.07.2011). Como consecuencia de esto, los estados contables en cuestión fueron confeccionados y aprobados por el directorio de OFMA (fs. 125 del expte. nro. 17106143/2014); y, posteriormente, fueron aprobados por la asamblea ordinaria de accionistas del 30.10.1998 (id.). A su vez, estos actos intrasocietarios fueron perfeccionados con el voto favorable de Mario Daniel Cano -como director y accionista mayoritario según el caso- y de Lidia Inés Sánchez -como accionista-.

En estos términos, la participación de los demandados fue esencial en la formación de la voluntad que realizó los actos orgánicos cuyo resultado fue la calificación jurídica de la percepción a cuenta de honorarios como un crédito de la sociedad. Por ende, la doctrina de los actos propios aplica al caso (CSJN, Fallos 338:161, "Faifman"; CNCom, esta Sala, expte. nro. 22561/2015, "M. Bertolaccini SA c/ Aseguradora de Riesgos del Trabajo Liderar SA s/ ordinario", 18.06.2019).

Sentado lo anterior, señalo que el Código Civil de la Nación establece que el pago -en sentido amplio- efectuado sin causa puede repetirse aunque no haya sido hecho por error (art. 792), y que carece de esta cuando ocurrió en consideración de una causa futura que no se terminó realizando (art. 793). En este caso, el hecho futuro considerado para el adelanto de honorarios a cuenta era su eventual y ulterior fijación por resolución de la asamblea ordinaria de accionistas (art. 234, inc. 2, LSC). Esta debía ser convocada para la consideración de los estados contables y eventual fijación de retribuciones dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (art. 234, último párrafo, LSC), con lo cual su realización debía hacerse el 30.10.1999 a más tardar. Asimismo, insisto en que este acto debía ajustarse a los términos del artículo 261 de la Ley de Sociedades Comerciales.

De esta manera, la falta de fijación de remuneración implicó la falta de causa de la percepción de honorarios a cuenta; y, en consecuencia, (i) por un lado, la obligación de los demandados -en su carácter de deudores- de restituir la suma adelantada a la sociedad (arg. art. 788, CCN); y (ii) por otro, la obligación de los demandados -en su carácter de administradores- de requerir(se) el cumplimiento de esta obligación de restitución a la sociedad (art. 59, LSC; arts. 512 y 902, CCN). El incumplimiento de esta segunda obligación es el considerado principalmente en este numeral.

Adicionalmente, el crédito en cuestión tenía una especial significación económica tanto en términos absolutos como en términos relativos al activo total de la sociedad. Basta recordar que el crédito en cuestión era de \$ 99.840,37 cuando el activo corriente total de OFMA era \$ 130.826,64 y su activo total, \$ 153.374,08. Así, la deuda de los directores representaba el 76,32% del activo corriente total de la sociedad y el 65,09% de su activo total.

Es decir, la magnitud de este activo imponía un nivel de diligencia mayor de conformidad con las normas aplicables y estándar de conducta exigible a los directores (art. 59, LSC; arts.512, 625 y 902, CCN).

Por otra parte, la ausencia de un requerimiento del pago oportuno por la sociedad no es relevante porque su defecto constituye por sí una falta de los administradores, quienes necesariamente debían conocer tanto la existencia del crédito de la sociedad que administraban como la deuda en contrapartida que tenían ante ella (art. 496, CCN). Esta falta de intimación significó una anteposición de sus intereses individuales personales al cumplimiento de sus obligaciones como directores. Se beneficiaron deslealmente de su incumplimiento a costa de la sociedad. Su proceder también infringió el deber de diligencia del buen hombre de negocios que establece la misma norma porque la protección del patrimonio encomendado es una de las funciones más esenciales de los directores. Así, en ambos casos, los directores incumplieron su obligación de hacer en un modo y tiempo propio (arts. 512 y 625, CCN); y sus actos positivos y omisivos implicaron una violación manifiesta de sus deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios según el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Por otra parte, los demandados señalaron que tuvieron la posibilidad de utilizar otro mecanismo societario (distribución de dividendos) para la percepción de los montos en cuestión (fs. 44/59). Sin embargo, tales afirmaciones no obstan a la aplicación de las normas involucradas. Incluso, esta pretensa posibilidad era jurídicamente imposible porque la sociedad tuvo un resultado negativo -es decir, sin ganancias realizadas y líquidas- en el ejercicio social en cuestión así como en el anterior (arts. 68 y 224, LSC). En cualquier caso, insisto, la falta consistió principalmente en la ausencia de gestiones tendientes al cobro del crédito y, por ende, a la custodia del patrimonio social que administraban. A su vez, entiendo que existe una relación de causalidad manifiesta entre esta falta de realización de actos tendientes a asegurar la integridad del patrimonio social por el cobro oportuno de los créditos de la sociedad y el daño patrimonial sufrido por la falta de cobro de su crédito.

Por todo lo anterior, considero que las conductas de los demandados son antijurídicas y fueron, al menos, cometidas con culpa. Así, entiendo que son responsables en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedad es Comerciales por el daño causado a la sociedad por su conducta culpable y antijurídica.

5. En segundo lugar, corresponde analizar lo atinente a la pérdida de los bienes del activo social de OFMA. Reitero que el síndico de la quiebra manifestó que "no han podido localizarse bienes -registrables o no- de propiedad de la deudora" (fs. 340/341 del expte. nro. 9862/2012), sin que este acto procesal haya sido fue observado por los demandados. En este sentido, considero concretamente la ausencia de (i) las maquinarias, herramientas, instalaciones, muebles y útiles, rodados, moldes y matricería registrados en la cuenta "Activo No Corriente" de los estados contables del ejercicio económico finalizado el 30.06.1998, y (ii) el horno de templado de vidrio, objeto del contrato entre OFMA y Vidriería La Nacional de Collia, cuya existencia y avanzado estado de producción fue incluso reconocido por el señor Cano.

En relación con los activos no corrientes de la sociedad, los demandados manifestaron, literalmente, que (i) "[l]as herramientas que poseía la sociedad en ese momento eran utensilios de trabajo sin valor alguno", y (ii) "[d]ichos elementos quedaron en el local de calle Miralla 1855, CABA, y como quedo acreditado, OFMA SA dejó de funcionar en 1998" (fs.47).

Este reconocimiento conduce a entender que su pérdida no habría ocurrido al momento del desapoderamiento por la quiebra sino con una significativa anterioridad, en proximidad temporal a la aprobación de los estados contables por la asamblea ordinaria de accionistas del 30.10.1998. Esta temporalidad incide en la valoración de la significación económica de tales activos y obsta a la admisibilidad del argumento de una eventual amortización que opusieron los demandados.

De hecho, como reconocen los demandados, el extravío del activo no corriente de la sociedad habría sucedido con el abandono del taller sito en Miralla 1855, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al respecto, en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. Compañía Ltda. c/ Ofma SA s/ ordinario" (expte. nro. 44071/1994) -ofrecido como prueba por los demandados- está agregada un acta de constatación notarial realizada en ese domicilio, donde se manifiesta que (i) el inmueble estaba deshabitado y en estado de abandono al 22.06.1994, y (ii) el señor Cano reconoció que la empresa OFMA no funcionaba más en ese domicilio (fs. 22/23). En cuanto al valor probatorio de este acto notarial, recuerdo que el Código Civil de la Nación establece que el instrumento público hace plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado ocurridos en su presencia hasta que sea argüido de falso (arts. 993; arg. arts. 994 y 995). Asimismo, esta fecha de abandono es consistente con el reconocimiento realizado por el señor Cano en el proceso caratulado "OFMA SA s/ quiebra" (expte. nro. 9862/2012) - también ofrecido como prueba por los demandados-, donde aquél manifestó que el desalojo de OFMA se realizó entre los años 1993 y 1996, y que fue entonces cuando dejaron de operar (fs.187).

De esta manera, la afirmación de falta de relevancia económica de los bienes involucrados resulta inconsistente porque estaban valuados contablemente en la sumas de \$ 40.334,30, \$ 47.550,69 y \$ 22.547,14 en los estados contables correspondientes a los ejercicios finalizados el 30.06.1996, 30.06.1997 y 30.06.1998, respectivamente, es decir, cantidades manifiestamente significativas para tales años. Asimismo, esta relevancia también está agravada por el hecho de que esos bienes eran el capital de trabajo con el cual OFMA desarrollaba su actividad principal.

Por otra parte, el planteo de que la sociedad había discontinuado su actividad en 1998 tampoco es admisible. Más allá de que este hecho no está probado -y, aún más, su propia afirmación contradice la declaración del señor Cano en el marco del proceso de la quiebra (fs. 187 del expte. nro. 9862/2012)-, la inactividad social no es una causal extintora de las obligaciones de los directores. Antes bien, la conservación de los bienes del activo en el patrimonio social es una de sus obligaciones principales ("Bahía de los Lobos SA c/ Morilla, Luisa del Carmen", ya citado), razón por la cual son responsables en los casos de su desaparición (CNCom, esta Sala, "Paramio,

Juan M. c. Paramio, Pascual y otros s/ sumario", 5.11.1993; "Bonmetique SA s/ quiebra c/ Bonserio, Miguel Ángel y otros s/ ordinario", ya citado).

Por otra parte, corresponde considerar también el extravío del horno de templado de vidrio que fue objeto del contrato entre OFMA y Vidriería La Nacional de Collia. Su existencia no puede considerarse controvertida porque en el marco del proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. Compañía Ltda. c/ Ofma SA s/ ordinario" (expte. nro.44071/1994) -ofrecido como prueba por los demandados-, (i) el testigo contador Salvador Ianello manifestó que el horno estaba terminado (fs. 620), registrado "en el inventario de bienes de cambio" de la sociedad e integraba su activo (fs. 621); (ii) el testigo Manuel Arteaga declaró que el horno se terminó de construir (fs.621); (iii) OFMA reafirmó en su alegato que el horno estaba terminado según tales testimonios (fs. 721); y (iv) principalmente, se tuvo por corroborada la construcción del horno en la sentencia definitiva de primera instancia (fs. 733), la cual fue ulteriormente confirmada por la alzada (fs. 787/788). En igual sentido, el testigo Elbio Alberto Silva declaró haber visto el horno en el taller de OFMA de la calle Miralla aproximadamente en 1992 (fs. 271 del expte. 17106143/2014). No obsta lo anterior la afirmación del señor Cano en el marco del proceso de la quiebra de OFMA de que el horno estaba avanzado en un 80% (fs. 187 del expte. nro. 9862/2012).

Sentada la existencia del horno, la referida ausencia de bienes de propiedad de la sociedad conforme fuera informado por el síndico de la quiebra y dada la ausencia total de una aclaración sobre su destino en los procesos invocados, corresponde situar temporalmente la pérdida del horno de temperado de vidrio. En este sentido, considero que (i) el horno fue construido en el inmueble de Miralla 1855, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (ii) el horno debía ser entregado a la Vidriería La Nacional de Collia en ese mismo domicilio (fs. 7 del expte. 44071/1994), y (iii) se constató notarialmente la manifestación del señor Cano del 22.06.1994 de que no tenía el horno. En atención a lo anterior -y a la negativa de OFMA a que se constate su eventual presencia en el proceso que tramitó por el expediente nro. 44071/94-, entiendo que la pérdida del horno ocurrió contemporáneamente a la de los activos no corrientes con el desalojo de la sociedad de aquél inmueble (art. 163, inc. 5, CPCCN). En concordancia con esto, ya en los estados contables correspondientes al ejercicio finalizado el 30.06.1996 no hay un reflejo del horno en cuestión en la cuenta "Bienes de cambio" del activo de la sociedad - calificación atestiguada por Salvador Ianello, contador de OFMA (fs.620)-, donde solo se asentaron materias primas e insumos por un valor contable significativamente inferior (fs. 115 expte. nro. 17106143/2014).

A ello cabe agregar que la desaparición del horno en cuestión fue dirimente en el dictamen fiscal agregado a fojas 179/182 -ponderado en la sentencia apelada- que se expidió en favor de la insuficiencia de la propuesta de pago formulada por los demandados. Esos argumentos fueron compartidos por esta Sala en su decisión del 12.03.2020, que revocó la homologación del acuerdo.

En suma, el extravío de los bienes en cuestión fue el resultado de un defecto grave de su gestión del patrimonio administrado. A este se agrega la ausencia de invocación o acreditación de actos

ulteriores tendientes a recuperarlos, es decir, a subsanar el daño implicado por (i) la pérdida del capital de trabajo de la sociedad y (ii) un bien de palmaria relevancia económica como el horno de temperado de vidrio. Ambos aspectos de esta misma conducta en el contexto de las circunstancias referidas en los párrafos y numeral anteriores constituye una violación manifiesta del deber de diligencia del buen hombre de negocios que establece el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales en conjunción con las normas mencionadas del Código Civil de la Nación (arts.

512, 625 y 902), es decir, mal desempeño conforme el artículo 274 de la misma ley. Agrego que resulta inverosímil que bienes de un valor económico tan relevante puedan extraviarse por meras negligencias en la realización del desalojo de un inmueble.

A partir de lo anterior, entiendo que existe una relación de causalidad manifiesta entre las conductas, de mínima, culpables y el daño patrimonial sufrido por la pérdida de los bienes en cuestión.

Por todo lo anterior, entiendo que los demandados son responsables en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales por el daño causado por la pérdida del capital de trabajo de la sociedad y del horno de templado de vidrio.

6. Por otra parte, corresponde considerar el extravío de los libros sociales y documentación comercial de OFMA. Al respecto, recuerdo que el síndico de la quiebra informó según el artículo 39 de la Ley de Concursos y Quiebras que "[l]a deudora no ha dado cumplimiento con el mandato legal del art. 88 inc. 4 L.C., por lo que no ha puesto a disposición ni de este funcionario ni del Tribunal sus libros de comercio y/o documentación" (fs. 341 del expte. nro. 9862/2012).

En relación con esta cuestión, los demandados sostuvieron la expiración del plazo del Código de Comercio de la Nación, según el cual los comerciantes tienen la obligación de conservar sus libros de comercio hasta diez años después del cese de su actividad y la documentación comercial durante diez años desde su fecha (art. 67).

Sin embargo, comparto aquí el criterio afirmado en la sentencia de primera instancia de que correspondía la conservación de tales documentos porque OF MA y sus directores estuvieron involucrados en juicios desde, al menos, el 26.05.1995, cuando contestó demanda en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. Compañía Ltda. c/ Ofma SA s/ ordinario" (fs. 119/125 del expte. nro. 44071/1994). Una conducta diligente de conformidad con su carácter de administradores hubiera consistido en mantener tales instrumentos a los efectos de defender los intereses sociales en tales procesos (art. 59, LSC; arts. 512 y 902, CCN).

De esta manera, tanto la pérdida de los libros y la documentación social como la falta de manifestación o acreditación de gestiones tendientes a su recupero implican una falta de los demandados. Más aún, su mal desempeño del cargo se evidencia generalizado al considerar los defectos relativos a otros aspectos incumbentes al órgano de administración de OFMA, tales como la convocatoria de asambleas ordinarias ulteriores, la confección y aprobación de estados contables posteriores, el llevado de libros sociales y contables, la realización de presentaciones correspondientes ante la Inspección General de Justicia, en adición a la ya considerada falta de cuidado e integración del activo social.

Todo lo anterior, aunque especialmente la ausencia de los libros sociales y la documentación contable y comercial, obstaron a la posibilidad de que el síndico de la quiebra pudiera lograr la recomposición del patrimonio de la sociedad, es decir, la subsanación del daño causado por la pérdida de los activos por los directores. En este sentido, recuerdo que la desaparición del activo y la ausencia de contabilidad representan un incumplimiento palmario del deber general de todo administrador de conformidad con el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales (CNCom, Sala D, expte. nro. 5196/2014, "Molinos Cerribal SA c/ Alprosil Trading SA y otros s/ extensión de quiebra", 7.12.2021).

Por lo tanto, las conductas en cuestión deben ser también ponderadas conjuntamente con las señaladas en los numerales antecedentes por reflejar, de mínima, el incumplimiento culpable del deber de diligencia propio de un buen hombre de negocios por los demandados (art 59, LSC; art. 902, CCN).

7.En estos términos, corresponde cuantificar los daños e intereses causados por los demandados a la sociedad por OFMA, de conformidad con lo señalado en los numerales "III.4", "III.5" y "III.6" y en concordancia con los términos de la demanda "en más o en menos de lo que resulte de la prueba a producir, hasta la concurrencia del pasivo falencial, con más sus intereses y costas".

En este sentido, dado que la parte actora carecía de interés en recurrir la sentencia definitiva que admitió totalmente su demanda y que propondré al Acuerdo modificar los alcances de la condena en los términos que seguidamente se detallan, corresponde considerar la cuestión atinente a los intereses expresamente demandados en su pretensión procesal en aplicación del criterio de la apelación implícita (CNCom, esta Sala, expte. nro. 4925/2018, "Consortio de Propietarios Barrio Haras - Sector La Pradera c/ ICBC y otro s/ ordinario", 30.06.2022; Podetti, Ramiro J., "Tratado de los Recursos", Ed. Ediar, 2009, p. 205).

Al respecto, el Código Civil de la Nación establece que el deudor es responsable por los daños e intereses que su culpa o morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación (arts. 508 y 511). A partir de esta inteligencia, corresponde tanto considerar la cuantificación de los daños como la fecha en que se fueron causados a la sociedad.

En primer lugar, la retribución de los directores correspondiente a la percepción a cuenta de honorarios debió ser eventualmente considerada por una asamblea ordinaria posterior a la del 30.10.1998 (art. 234, inc. 1, LSC). Ante su falta de celebración, advierto que esta asamblea debería haberse realizado en el plazo de cuatro meses desde el cierre del ejercicio, es decir, el 30.10.1999 (id.). Así, los demandados tendrían que haber realizado las gestiones tendientes al cobro de la deuda que tenían con la sociedad a partir de esa fecha. Por ello, entiendo que el daño causado por la falta de repetición de los adelantos a cuenta de honorarios es en la suma de \$ 99.840,37 y que el cómputo de los intereses también debe realizarse desde el 31.10.1999, día siguiente a la fecha límite en que debía celebrarse la asamblea para considerar su retribución.

En segundo lugar, conforme lo señalado en el numeral "III.5", los demandados son responsables por la pérdida de los bienes componentes del patrimonio social de OFMA. Entre ellos estaban (i) los activos no corrientes consistentes en maquinarias, herramientas, instalaciones, muebles y útiles, rodados, moldes y matricería, y (ii) el horno de templado de vidrio. Si bien no hay una fecha cierta de pérdida, entiendo que los elementos considerados en el mencionado numeral "III.5" conducen a sostener que (i) su pérdida ocurrió contemporáneamente al desalojo de OFMA del inmueble sito en Miralla 1855, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y (ii) este desalojo ocurrió con anterioridad al 22.06.1994, fecha de la constatación notarial del reconocimiento de que la sociedad no operaba más en ese domicilio por el señor Cano.

A partir de lo anterior, correspondería la cuantificación de los daños a la fecha de su ocurrencia. Sin embargo, dado que el síndico de la quiebra no impugnó la resolución aprobatoria de los estados contables correspondientes al ejercicio económico finalizado al 30.06.1998, entiendo que corresponde cuantificar los activos no corrientes perdidos en la suma de \$ 22.547,44. En cuanto al horno de templado de vidrio, su cuantificación deberá realizarse en su valor a la fecha de producción del daño en instancia de ejecución de sentencia. A tal efecto, entiendo razonable determinar que este daño se produjo el 22.06.1994, conforme lo manifestado en el acta de constatación notarial incorporada al proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Collia Hnos. Compañía Ltda. c/ Ofma SA s/ ordinario" (expte. nro. 44071/1994) (art.165, CPCCN).

En relación con la tasa de interés aplicable, el Código Civil de la Nación establece que los jueces establecen el interés que el deudor debe pagar ante la ausencia de un interés determinado convencional o legalmente (art. 622). A partir de esto, recuerdo la doctrina del fallo plenario del fuero en "SA La Razón SA s/ inc. de pago de honorarios a los profesionales", 27.10.1994 -según la cual no procede aplicar interés a tasa pasiva en caso de ausencia de convención o de leyes especiales que así lo establezcan y, por ende, corresponde aplicar la tasa activa- y del fallo plenario "Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ revisión de plenario", 25.08.2003 -según la cual no corresponde la capitalización de intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora fuera de los supuestos expresamente establecidos por la ley- (art. 303, CPCCN). En consecuencia, entiendo que corresponde aplicar la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días sin capitalizar en todos los casos.

Por todo lo anterior, propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada y determinar (i) la condena en la suma de \$ 122.387,81 más el monto resultante de la cuantificación del daño por la pérdida del horno de templado de vidrio, con los intereses a liquidarse, según el presente numeral, y (ii) que el monto actualizado de la condena no podrá superar el pasivo falencial con los gastos de la quiebra.

8. En este marco, el agravio vinculado a la falta de congruencia entre la demanda y sentencia apelada perdió virtualidad. En efecto, en la demanda el síndico promovió acción social de responsabilidad por la suma de \$ 122.378,81 "o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir, hasta la concurrencia del pasivo falencial y gastos del concurso, con más sus intereses y costas" (fs.1/8). En esa oportunidad, la principal conducta imputada a los directores consistió en la falta de conservación de los activos sociales y de los libros contables y societarios. La solución que propongo al Acuerdo resguarda adecuadamente el marco de la acción entablada - considerando la pretensión inicial y las pruebas ofrecidas y producidas en el devenir del proceso- en tanto la condena se limita a los daños efectivamente causados por las conductas antijurídicas comprobadas, con el límite del total pasivo falencial más los gastos de la quiebra.

En sentido similar, también perdió actualidad la queja vinculada a la supuesta similitud entre sentencia apelada y la acción de extensión de la quiebra, que fue rechazada en el proceso caratulado "Vidriería La Nacional de Colliá Hnos. y Cía. Ltda. c/ Cano, Mario Daniel y otros s/ ordinario" (expte. nro. 17106143/2014). Más allá de ello, señalo que la acción social de responsabilidad (arts. 59, 274, 275 y 276, LSC) y la acción de extensión de quiebra (arts. 161 y 163, LCQ) tienen presupuestos fácticos y consecuencias jurídicas diferentes, y que la demanda fue interpuesta expresamente según los artículos 59, 272 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

9. En atención a lo establecido por el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde considerar las costas de primera instancia.

En nuestro régimen procesal, las costas son el corolario del vencimiento (arts. 68 y ss., CPCCN) y se imponen como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, que deben ser reembolsados por el vencido, mas no como una sanción a éste. Si bien la ley contempla diversas excepciones al principio señalado, éstas deben ser interpretadas restrictivamente sobre la base de circunstancias objetivas y debidamente fundadas que demuestren la injusticia de aplicar el principio general. De otro modo se desnaturalizaría el fundamento objetivo del vencimiento convirtiendo la excepción en regla (CNCom, esta Sala, "Ediciones Arani SRL c/ NOP SRL", 24.07.1989).

Dado que los demandados han sido sustancialmente vencidos a pesar de la modificación propuesta de la sentencia de primera instancia, entiendo que corresponde imponerles el pago de las costas (art. 68, CPCCN).

En consecuencia, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

10. En relación sobre las costas en esta instancia, en virtud del resultado del recurso, propongo al Acuerdo resolver la imposición de costas en un 80% a las recurrentes y en un 20% a la actora (arts. 68 y 71, CPCCN).

IV. Conclusión Como corolario de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo (i) admitir parcialmente el recurso de Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez, (ii) modificar la condena de la sentencia apelada en suma de \$ 122.387,81 más el monto resultante de la cuantificación del daño por la pérdida del horno de templado de vidrio, con intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días sin capitalizar, según lo señalado en el numeral "III.6"; (iii) confirmar la condena en costas resuelta en la sentencia definitiva de primera instancia; e (iv) imponer las costas de Alzada en un 80% a las recurrentes y en un 20% a la actora.

He concluido.

Por análogas razones, la Dra. Matilde E. Ballerini adhiere a la solución del voto que antecede. Con lo que se terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Juezas de Cámara.

Oportunamente, incorpórese la foliatura correspondiente al Libro de Acuerdos Comercial Sala B, al momento de agregar esta sentencia digital en soporte papel.

ADRIANA MILOVICH

PROSECRETARIA DE CÁMARA

Buenos Aires, 9 de marzo de 2023

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve:(i) admitir parcialmente el recurso de Mario Daniel Cano y Lidia Inés Sánchez, (ii) modificar la condena de la sentencia apelada en suma de \$ 122.387,81 más el monto resultante de la cuantificación del daño por la pérdida del horno de templado de vidrio, con intereses a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días sin capitalizar, según lo señalado en el numeral

"III.6"; (iii) confirmar la condena en costas resuelta en la sentencia definitiva de primera instancia; e (iv) imponer las costas de Alzada en un 80% a las recurrentes y en un 20% a la actora.

Regístrese y notifíquese por Secretaría, conforme acordadas nros. 31/11 y 38/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y devuélvase.

Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según lo dispuesto en el artículo 4 de la acordada nro. 15/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

M. GUADALUPE VÁSQUEZ

MATILDE E. BALLERINI