

EL DERECHO DE DAÑOS REGULADO POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SUS ALCANCES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Fernando Javier Marcos

Sumario:

El derecho de daños, regulado en sus presupuestos y aspectos conceptuales esenciales por el Código Civil y Comercial, es aplicable en materia de responsabilidad societaria, para complementar las reglas que contienen el régimen legal especial o, en su caso, cuando este última no contenga preceptos que traten temas o institutos relacionados con la responsabilidad civil, como el *deber de prevención del daño* que prevé el artículo 1710 del mentado Código, entre otros.

Sin embargo, este necesario vínculo normativo –nada nuevo, pues durante la vigencia del Código Civil también existía–, no hace perder vigencia a la regla hermenéutica: “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” (la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general), lo que implica que, en primer término, rigen las normas de Ley General de Sociedades sobre responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de los administradores de las sociedades es esencialmente de naturaleza contractual y legal y, en principio, *subjetiva*, particularmente en lo que respecta a su actuación en el manejo y gestión de los negocios sociales –esencialmente obligación de medios–, donde el proceder de aquellos no se puede evaluar sin justipreciar el riesgo que entraña la actividad empresarial, es decir, su real contexto, lo que impone considerar el criterio del “buen hombre de negocios”, pero también, la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar –culpa en concreto– (art. 59, ley 19.550 y art. 1714, C.C. y C.).



I. Aclaración previa

El tema que abordaré a continuación parte de lo tratado en una ponencia que he presentado por separado en este mismo evento, donde luego de analizar el

contenido de los artículos 150 y 1709 del referido Código desde la perspectiva que proponen los artículos 1º, 2º y 3º del referido cuerpo legal, concluí que tales preceptos establecen un orden de prelación que, en caso de conflicto normativo o de concurrencia de normas sobre un caso concreto, tanto en materia de personas jurídicas privadas, como en derecho de daños –responsabilidad civil–, tornan aplicables en primer término las reglas que contiene la ley especial y luego las del Código, siempre que trate de normas de igual jerarquía –“*lex specialis* sobre la *lex generalis*”–.

Esto me llevó a establecer que, en las particulares materias antes mencionadas –personas jurídicas privadas y responsabilidad civil–, si se dan las condiciones indicadas en el párrafo precedente, se deben aplicar en primer lugar las disposiciones de las leyes 19.550, 27.349 o 24.522, según corresponda, y recién después las del Código Civil y Comercial de la Nación.

Todo esto con una aclaración: las reglas del Código siempre son aplicables cuando los regímenes especiales no contengan normas sobre el caso específico.

Dicho esto, pasaré a considerar cómo ha quedado regulada la responsabilidad de los administradores de las sociedades luego de la reforma.

II. La influencia del Código Civil y Comercial en el derecho societario

1. Como se sabe, en materia societaria, son los artículos 59 y 274 de la ley 19.550 los preceptos que tratan principalmente los aspectos vinculados a la responsabilidad de los administradores y de los representantes legales –en su caso–, ocupándose específicamente el último de los directores de las sociedades anónimas, cuyo contenido –por la expresa remisión que contiene el artículo 157 de la Ley General de Sociedades– también alcanza a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, más allá de su “aplicación analógica para los distintos tipos societarios”¹.

Encabezando el sistema de responsabilidad especial, el artículo 59 citado “establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, sea cual fuere el tipo social”². Este verdadero paradigma, impone a los administradores o representantes de las sociedades, el deber y obligación –esta de fuente legal– de obrar con lealtad y con la diligencia de un

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

² VÍTOLO, Daniel R., *Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, p. 442-443.

buen hombre de negocios³, responsabilizándolos en forma personal, ilimitada y solidaria por los daños injustificados que causen en el ejercicio de su función.

Desde esta plataforma, surge esa obligación sustancial para los administradores de desempeñar el cargo “persiguiendo los intereses de la sociedad, con debida diligencia y lealtad”⁴. Si así no lo hacen, estos no van a responder personalmente frente a terceros “por los actos realizados en forma regular en nombre de la sociedad”⁵, a la que, por otra parte, sí obligan (artículo 58 ley 19.550).

Como lo expuso Halperín al referirse al artículo 59 de la Ley de Sociedades, “con este criterio de apreciación la ley ha fijado un cartabón o estándar jurídico para apreciar la debida diligencia” de los administradores, para poder valorar adecuadamente su conducta y la previsibilidad de sus consecuencias. Pero aclaró que, “este cartabón establece un criterio objetivo de comparación pero no una responsabilidad objetiva”⁶.

Al respecto, Otaegui destacó que “el administrador societario, al desempeñar las funciones no regladas de gestión operativa empresarial, deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (LS art. 59), tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Cód. Civ., art. 902). La omisión de tal diligencia [...] hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la responsabilidad por la culpa leve *in abstracto*”, además de responder por culpa grave y dolo⁷.

Estas reflexiones, que no han perdido actualidad, permiten sostener que el plexo normativo que se inicia en la Ley General de Sociedades con los artículos 59 y 274 (que no fueron modificados por la ley 26.944) y, en su caso, con el artículo 52 de la ley 27.349, se complementa con los preceptos contenidos en los artículos 1723, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

³ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1980, Vol. I, p. 304.

⁴ DOBSON, Juan Ignacio, *Interés Societario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 97.

⁵ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T.II, Segunda Parte, p.525.

⁶ HALPERÍN, Isaac (edición actualizada y ampliada por Julio C. OTAEGUI), *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998, ps. 547-548.

⁷ OTAEGUI, Julio César, *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 133.

Sobre el parámetro abstracto –en principio– del “buen hombre de negocios”, el cual denota una responsabilidad de tipo “profesional” distinto del “buen padre de familia” del derecho romano, mucho se ha dicho y escrito.

Este se presenta como una suerte de atavismo del sistema de “apreciación de la culpa” –que también supo seguir el derecho francés de la etapa previa al Código de Napoleón– el cual, a la hora de apreciar la responsabilidad del administrador, se impone como un criterio objetivo de valoración, cuyo significado no es otro que reconocer que tales sujetos “se desenvuelven dentro de un mercado de riesgo constante”⁸, circunstancia esta que no se puede obviar a la hora de analizar la conducta de aquel.

A pesar de ello, igualmente no se aparta del sistema legal general que regula el Código Civil y Comercial, que obliga a confrontar la diligencia debida por parte de ese administrador o representante societario, con la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (artículo 1724, C.C. y C.), como así también, con el deber jurídico genérico de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 1725, C.C. y C.).

Y no puede ser otra la solución, porque para poder apreciar en su justo término la *conducta obrada* por el agente que se considera responsable –administrador o representante– a través del criterio objetivo que como paradigma fija el artículo 59 de la ley 19.550, es absolutamente indispensable determinar cuál era la *conducta debida*. Esto inexorablemente lleva a tener que considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, tal como lo prescribía el artículo 512 del Código de Vélez y hoy lo replica el artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

Lo expuesto lleva a extraer una primera conclusión: la aplicación del criterio subjetivo y de la apreciación de la culpa *en abstracto*, para poder evaluar adecuadamente la diligencia específica exigida al administrador, requiere de su valoración *en concreto*⁹.

De otra forma, por ejemplo, sería imposible considerar razonablemente la participación del *riesgo empresario* en la que se desenvuelven los negocios, lo que podría dar lugar a responsabilizar a los administradores por cualquier incumplimiento o perjuicio que podría sufrir quien contrata con la sociedad. Importaría

⁸ DOBSON, J. I., *op. cit.*, p. 144.,

⁹ OTAEGUI, J. C., *op. cit.*, p. 133; RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 291; JUNYENT BAS, Francisco, *op. cit.*, ps. 1259-1265; NISSEN, Ricardo A., *op. cit.*, T. I, psp. 653-659; BORETTO, Mauricio, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, ps. 143-144, entre otros.

prescindir del contexto donde se desenvuelven los negocios, lo que podría dar lugar a severas arbitrariedades en perjuicio de directores y gerentes, entre otros.

Por otra parte, esta necesaria vinculación e interrelación entre criterios ya había sido destacada por Orgaz, quien sobre la separación de estos sistemas de apreciación de la culpa señaló que era “más bien, puramente verbal”, porque en la práctica, para considerar y evaluar la culpabilidad de un sujeto, 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 C.C. y C.), ni el *sistema subjetivo o concreto* puede omitir la comparación de la conducta del imputado con la del individuo de diligencia normal u ordinaria¹⁰.

2. Respecto al artículo 274 de la ley 19.550, este dispone que “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

La norma citada anteriormente, da lugar a diversas cuestiones a las que aquí solo me referiré brevemente.

El precepto estatuye la responsabilidad personal, directa, ilimitada y solidaria de los directores de las sociedades anónimas por el mal desempeño de su cargo, conducta que debe ser evaluada según el criterio del artículo 59 de la ley 19.550, al que ya me he referido.

Se agrega luego en el artículo que se analiza en este punto, que tales administradores van a responder por los daños ocasionados por su dolo, abuso de facultades o culpa grave, lo que, a juicio de cierta doctrina, implicaría reeditar la aplicación de criterios de graduación de la culpa (levísima, leve y grave).

Como lo planteo en su oportunidad Otaegui¹¹, la redacción del artículo 274 de la ley societaria, dio lugar a tres interpretaciones: a) una que a partir de la inclusión de la culpa grave, consideró que los directores no debían responder por la culpa leve¹²; b) otra, que consideró que los supuestos indicados quedan subsumidos por la regla general del artículo 59 de la ley 19.550^{13,14} y c) aquella

¹⁰ ORGAZ, Alfredo, *La Culpa*, Córdoba, Lerner, 1970, p. 133.

¹¹ OTEEGUI, J. C., *op. cit.*, p. 397.

¹² DOBSON, J. I., *op. cit.*, p. 149. No compartimos esta posición.

¹³ HALPERÍN, Isaac, *op. cit.*, p. 553.

¹⁴ MORO, Emilio F., *Culpa en la administración de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2013, p. 423. El citado autor, también sostiene que a tenor del texto del artículo 274 y de la remisión al 59, ambos de la ley 19.550 los directores responden

que sostiene que el artículo 274 citado, no excluye la culpa leve, porque la última parte de dicha norma al hacer referencia al daño causado con dolo, abuso de facultades o culpa grave, “no está calificando la responsabilidad genérica, sino agregando nuevas razones para hacer responder a los directores”¹⁵

En resumen, la posición de cualquiera de las dos últimas opciones parecen ser las que representan el significado que emana de la letra y fin de la ley (artículo 274 ley 19.550) y conducen a sostener con razonabilidad, que la transgresión de la variable objetiva que fija el artículo 59 de la ley 19.550 (buen hombre de negocios) hace responsable al administrador de societario (director de S.A. o gerente de S.R.L.) por los daños y perjuicios causados (por acción u omisión), lo que constituye la responsabilidad de éste por culpa leve *in abstracto*, sin que ello obste para que responda por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, por el dolo¹⁶.

Nissen, por su parte, al referirse a la mención que sobre la *culpa grave* contiene el artículo 274 de la ley 19.550, dijo que ello no autoriza a sostener la exclusión de la leve y levisima, porque la clasificación de la culpa en grados, de raigambre romana, fue abandonada en su momento por nuestro Código Civil –criterio, agregó, que también sigue el Código Civil y Comercial en su artículo 1724–, pues se ha adoptado un sistema de individualización que tiene en cuenta el caso concreto y que debe ser analizado a la luz de la circunstancias en que el administrador debió actuar (antes artículos 512 y 902 del Código de Vélez y , actualmente, artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial)¹⁷.

por la culpa grave y por la culpa leve, expresa sobre el particular, “que la referencia a la culpa grave es una inclusión sobreabundante”.

¹⁵ ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., op, cit., T.II, Segunda Parte, ps. 527-528. Los autores agregan, que una interpretación distinta de la indicada, sería ilógica y conduciría al absurdo de que los demás tipos societarios, en los que los socios tienen, por su carácter personalista, un control directo sobre la administración [...] la responsabilidad sería más grave que en la anónima –y en la sociedad de responsabilidad limitada, a la que el régimen también le es aplicable– en la que aquel control es más remoto e indirecto y respecto de la que siempre debe darse el equilibrio de una mayor responsabilidad frente a una autonomía orgánica también mayor”.

¹⁶ C.Nac.Com., sala B, 05/11/1993, autos “Paramio, Juan M. c.. Paramio, Pascual E. y otros s/ Sumario” (Fuente: Abeledo-Perrot on *line* n°: 941133).

¹⁷ NISSEN, R. A., op. cit., T. I, p 657.

III. La naturaleza de las obligaciones a cargo de los administradores

1. Un punto que reviste particular importancia, es el atinente a la naturaleza de las obligaciones que asumen los administradores y de la responsabilidad (subjettiva u objetiva) que deriva del ejercicio de su cargo.

Respecto al primer aspecto, o sea, si la *responsabilidad* de aquellos es contractual o extracontractual, mayoritariamente la doctrina sostiene que la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y los socios es *contractual*, mientras que ante terceros es básicamente *extracontractual*, aunque también podría ser contractual, según la naturaleza del acto de la determina¹⁸.

Destaco que esta distinción no solo no perdió vigencia a pesar de la unificación, sino que continúa generando diferencias que son propias de su índole y características, como, por ejemplo, el abordaje del deber de reparar (artículo 1716, C.C. y C.), el agravamiento de la responsabilidad por dolo cuando esta es de origen contractual (artículo 1728, C.C. y C.). Sucede que el Código adoptó la tesis de la unidad del fenómeno de la ilicitud, “lo cual no implica homogeneidad”¹⁹.

Asimismo, se ha sostenido también que el origen de la responsabilidad de los administradores también puede ser extracontractual por “resultar de la ley”²⁰ (*ex lege*), pues de esta última nacen importantes deberes y obligaciones al margen de las que puedan desprenderse del contrato social o del estatuto²¹.

Empero, es muy interesante la calificada posición de Garrigues –que comparto–, quien si bien entiende que la *responsabilidad es contractual*, ello no es porque nace de un contrato, sino porque tiene su fuente en una obligación preconstituida²².

Evidentemente estas posturas no dejan de tener razonable sentido jurídico y práctico. Es que bien la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y los socios aparece, *prima facie*, como de origen *contractual*, no se debe perder de vista que también existen innumerables deberes y obligaciones a cargo

¹⁸ NISSEN, R. A., *op. cit.*, T. 3, p. 266-267; BORETTO, M., *op. cit.*, p. 107, HALPERÍN, I., *op. cit.* p.550; ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., *op. cit.*, T.II, Segunda Parte, ps. 526-527, entre otros.

¹⁹ Comisión Redactora creada por dec. 191/2011, en los *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial*.

²⁰ OTAEGUI, J. C., *op. cit.*, p. 380.

²¹ MARTORELL, Ernesto E., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 376.

²² GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, Ed. Aguirre, 1976, T. I, p. 289, citado por Eduardo E. MARTORELL, *op. cit.*, p. 375.

de estos que se derivan de la ley, que unas veces opera como fuente mediata y otras veces como fuente inmediata o específica de obligaciones²³.

Por lo tanto, es correcto sostener que la responsabilidad de los directores es *contractual y legal*, porque le imponen el deber de cumplir obligaciones preexistentes que pueden nacer de un contrato, del estatuto o de la ley misma, cuyo incumplimiento genera responsabilidad –*incumplimiento obligacional*–²⁴. En cambio, si el daño que pueda provocar el administrador a la sociedad, a los socios o a terceros es consecuencia directa de la violación del deber genérico de no dañar a otro –*alterum non laedere*–, su responsabilidad se deriva de la obligación resarcitoria que nace a causa de la transgresión de dicho deber jurídico –no es preexistente–.

Sin ánimo de pretender –ni siquiera mínimamente– agotar una temática tan compleja, diversa y amplia, creo que la interpretación dada en el párrafo anterior, es la que se ajusta a lo que prescribe actualmente el artículo 1716 del Código Civil y Comercial, que cuando se refiere al deber de reparar, prescribe que este se origina cuando el daño injustificado es provocado por el *incumplimiento de la obligación* –agrego, de la obligación preexistente– o *la violación del deber jurídico de no dañar a otro*.

2. En lo relativo al *factor o criterio de atribución*, la responsabilidad de los administradores es fundamentalmente y, en principio, *subjetiva*, lo que implica que, para hacerlos responsables por la reparación del daño injustamente causado, se les debe imputar a estos culpa o dolo, además de acreditar el resto de los presupuestos (antijuridicidad, daño y relación de causalidad adecuada). Este es el criterio mayoritario y se apoya en los artículos 59 y 274 de la Ley General de

²³ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T. IV, ps. 423-424.

²⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2006, T. III, p. 483. El autor al referirse a las órbitas contractual y extracontractual, caracteriza a la primera porque la conducta culpable se manifiesta “con respecto a una obligación preexistente”.

Sociedades²⁵, aunque parte de la doctrina presenta matices distintos sobre este punto²⁶.

En favor de la tesis subjetiva, 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”²⁷.

La opción por la responsabilidad *subjetiva* también se advierte en el artículo 160 del Código Civil y Comercial referido a las personas jurídicas privadas (en general), precepto que también reedita la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores frente a dicho sujeto cuyos intereses gestiona, a 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.

3. Ahora bien, si bien es correcto decir que la principal obligación que el administrador asume al aceptar el cargo es *de medios* en lo referido a gestionar con la lealtad y diligencia de un buen hombre los los asuntos de la sociedad, no todas las obligaciones a cargo son de esa clase.

En que también asume obligaciones *de resultado* (de dar –artículos 746 y ss. y de hacer o no hacer, –artículo 774 inc. b y 778, todas del C.C. y C.), como es el caso de la obligación de llevar registros contables, la de confeccionar la memoria para su tratamiento en la asamblea, la de constituir la reserva legal en

²⁵ SCBA, autos “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Raso, Francisco s/ Sucesión y otros. Apremio” (02/07/2014. C 110369. Fuente: JUBA): El tribunal 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”.

²⁶ MUGUILLO, Roberto A., *Conflictos societarios*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p.252: El autor afirma que los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, por actos u omisiones del administrador configuran “una pauta de corte objetivo que genera responsabilidad por la mera infracción al orden jurídico general o al particular que regula la vida societaria, aunque el administrador no haya tenido la menor intención dolosa en su actuar ni haya cumplido en absoluto un acto contrario a la sociedad desde el punto de vista de su intencionalidad” que engendra imputación objetiva de la responsabilidad.

²⁷ NISSEN, R. A., *op. cit.*, T. 3 p. 265.

el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y accionarias, la de llevar libro de actas de asamblea o de reuniones de socios, de directorio, entre otras, donde en principio, a la luz de lo que estatuye el artículo 1723 del Código Civil y Comercial, corresponde la aplicación del factor de atribución de responsabilidad *objetivo*.

Sin embargo, considero que siendo la regla de la ley especial el *factor subjetivo*, también en estos casos debe primar este último por sobre lo normado por el citado artículo 1723, lo que determinará que estas deban continuar siendo evaluadas como obligaciones de resultado *atenuadas*²⁸ y no como *ordinarias*, pues mientras que en el primer supuesto, si bien existe una presunción de culpabilidad *–iuris tantum–* frente al incumplimiento, el agente se puede liberar de responsabilidad demostrando su *falta de culpa*, mientras que en la de *resultado ordinaria* solo invocando la causa ajena, lo que resulta incompatible con la naturaleza de la administración societaria y el contexto donde esta se desenvuelve.

Igualmente se tratará este tema en una ponencia por separado en el marco de este Congreso, a la que me remito.

4. Por último²⁹, quiero referirme –por su trascendencia– a la *función preventiva de la responsabilidad* y al *deber de prevención* que de ella se deriva.

Este *deber de prevención* y la *acción preventiva*, que lo complementa, fueron incorporados a nuestro sistema legal por los artículos 1710 y 1711, respectivamente, del Código Civil y Comercial, significando ello el reconocimiento expreso de la *función preventiva*³⁰ de la responsabilidad, que se adicionó a la función *resarcitoria*, clásica y propia de esta materia.

Se consagró así, el *deber genérico* de “adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes”³¹ para evitar *causar* un daño injustificado o para evitar

²⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A., “ Los factores de Atribución. El rol otorgado a la culpa”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. 2015-2, p. 58.

²⁹ Ciertamente, la complejidad de la responsabilidad, exceden las posibilidades de desarrollo material de esta ponencia. Por esta razón, me he referido a aquellos aspectos e institutos que considero más relevantes, con el fin de poder conceptualizar y fundamentar la tesis propuesta al comienzo en este trabajo.

³⁰ La función preventiva encuentra algún antecedente, aunque más acotado, en la ley 17.418 de Contrato de Seguro, en la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la ley 24.457 de Riesgos del Trabajo, en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la ley General de Medio Ambiente que lleva el número 25.675 y en normas relacionadas con la manipulación, tratamiento y disposición final de residuos industriales, peligrosos o no, tanto en el orden nacional como provincial.

³¹ GALDÓS, Jorge M., LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, p. 294.

que dicho daño se *produzca*, para *disminuir* su magnitud o para no agravar sus consecuencias cuando el daño se produjo.

Este *deber* es impuesto a las personas en general –la norma dice “toda persona tiene el deber ...”–, e involucra no solo al sujeto responsable –por ejemplo, al dueño de las cosas riesgosas o que pueden poseer vicios, o al titular de las actividades riesgosas o peligrosas, o al empresario titular de una compañía o a sus administradores–, sino también, a *todas las personas*, incluyendo al potencial damnificado, este último, a quien tiene el *deber* de llevar a cabo las acciones necesarias que de él dependan, para disminuir la magnitud del daño y para no agravarlo (P.e.: usar el casco cuando circula en motocicleta).

En el caso bajo análisis en este ensayo, no solo quedarían alcanzados –por ejemplo– los accionistas que, ante la insolvencia de la sociedad y/o la pérdida de capital social no toman medidas adecuadas y oportunas a fin de intentar reparar esa deficitaria situación o para recomponer el capital perdido³², o si el concurso no es abierto cuando la empresa aún es viable y es posible el cumplimiento de su objeto social³³, sino también los administradores y representantes de las sociedades en su gestión como tales.

Si bien la complejidad de este tema no puede ser abordada en el estrecho marco de esta ponencia, sirvan estas breves citas para advertir sobre la necesidad de profundizar en el futuro los estudios sobre esta función preventiva, pues no se puede ignorar el impacto que tiene y que va a tener en el futuro este aspecto de la responsabilidad en la administración societaria.

IV. Conclusiones

Se puede concluir luego de este somero análisis que se ha hecho de la responsabilidad, que el microsistema sociedades regidos por la ley 19.550, o por la ley 27.349 (SAS) e, incluso, la ley 24.522, dependen necesariamente del derecho de daños que regula el Código Civil y Comercial.

No obstante, esto no significa que estas leyes especiales se interrelacionen en un *mero diálogo* que termine dando como resultado, la posibilidad de tomar o usar indistintamente la norma más favorable, de uno u otro cuerpo legal, pues claramente ese no es el fin que exhiben los artículos 150 y 1709 del Código, que claramente establecen un sistema de *prelación normativa*.

³² RICHARD, Efraín H., *Metodología sobre abusividad de las propuestas en concurso de sociedades*, p. 11, (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, web: www.acader.unc.edu.ar, Fecha de captura: 15/04/2018).

³³ RICHARD, Efraín H., *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 96.

En ese orden, las normas especiales tiene prelación por sobre las del Código cuando ostenten la misma jerarquía, incluso a pesar de lo que entiendo es un error de redacción que contiene el artículo 1709 del Código (este señala que la norma general se aplica en primer lugar, lo que es, desde un punto de vista lógico normativo inaplicable)³⁴.

Puntualmente, cuando se trata de responsabilidad en materia de sociedades, se deberá recurrir necesariamente en primer término a las normas que regulan la materia del derecho de daños en la ley especial, o sea, los artículos 24, 54, 59 y 274 de la ley 19.550 o 52 de la ley 27.349, pero no se podrán aplicar, ni hacer extensivo a los administradores, ni a los socios, lo preceptuado en los artículos 144, 159 y 160, todos del Código Civil y Comercial.

Lo explicado demuestra que en cambio, sí se aplicará lo regulado por el Código Civil y Comercia para la mayoría de los institutos que integran la teoría general de la responsabilidad civil, como es el caso de las actuales normas sobre el *deber de prevención*, sobre antijuridicidad, causas de justificación, factores de atribución de responsabilidad, relación de causalidad, valoración de la conducta, culpa concurrente, daño y reparación plena, entre otras, de la misma manera que sucedía cuando aún se encontraba vigente el Código Civil, dado que “el régimen de responsabilidad resarcitoria se estructura sobre el ordenamiento del Código Civil, salvo disposición especial”³⁵ (hoy Código Civil y Comercial de la Nación).

En síntesis, la responsabilidad de los administradores y representantes de sociedades, se rige específicamente por la ley especial, dentro de los parámetros y límites que esta fija.

³⁴ LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, ps. 292-3.- OZZOLA, Federico (autor), RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dir.), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, ps. 20-21.

³⁵ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 370.