

LA INAPLICABILIDAD DEL FACTOR OBJETIVO EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Javier Fernando Marcos

SUMARIO:

El incumplimiento de obligaciones de resultado por parte de administradores y representantes de sociedades, no da lugar a la aplicación de la responsabilidad objetiva, tal como lo dispone el artículo 1723 del Código Civil y Comercial.

En cambio, cuando se presenten estos casos, de acuerdo a lo que establecen los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, será el *criterio o factor de atribución subjetivo* establecido por dicha ley especial prevalente (artículos 150, inc. “a” y 1709 inc. “a”, C.C. y C.), al que se deberá recurrir para evaluar la responsabilidad de tales directores o representantes societarios, quienes para exonerarse, deberán demostrar que obraron con la debida diligencia de un buen hombre de negocios, con el fin de desactivar la presunción de culpabilidad –*iuris tantum*– que se deriva del incumplimiento de una obligación de esta clase, lo que significará tratar estos estos supuestos como *obligaciones de resultado atenuadas*.



I. Introducción

1. El tema que abordaré a seguidamente, parte de lo tratado en una ponencia que he presentado por separado en este mismo evento¹, de la que esta es una suerte de continuación –si se quiere–, donde luego de analizar en general las normas que regulan la responsabilidad societaria y las principales disposiciones que informan el derecho de daños en el Código Civil y Comercial, se estableció,

¹ “El derecho de daños regulado por el Código Civil y Comercial y sus alcances en materia de responsabilidad de administradores societarios”.

entre otras cuestiones relacionadas con el objeto de dicho ensayo, que la responsabilidad de los administradores que regula la Ley General de Sociedades es esencialmente de *base subjetiva*.

Concluimos allí que, para responsabilizar al agente generador del perjuicio injustificado –administrador–, es necesario acreditar que aquél es autor de una conducta –acción u omisión– culpable o dolosa (artículo 1724, C.C. y C.) generadora de un daño injustificado (artículo 1717, C.C. y C.), que es consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar –*neminem laedere*– o del incumplimiento de una obligación –incumplimiento obligacional, el cual implica la existencia de una obligación preexistente de origen contractual o legal– (artículo 1716, C.C. y C.), en la medida que se encuentre en *relación de causalidad adecuada* con el hecho productor de dicho menoscabo (artículo 1726, C.C. y C.).

2. Antes de continuar, cabe aquí nuevamente otra aclaración, esta vez, en torno a la aplicación de las normas del Código en materia de responsabilidad societaria.

Sobre el particular, el análisis que se realiza en este trabajo reivindica la vigencia de la regla hermenéutica que establece la prelación de la “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” (la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general) y “*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*” (la nueva ley general no deroga a la antigua anterior ley especial)².

Esto determina la vigencia y aplicación en primer término, de las reglas sobre responsabilidad que contiene la ley 19.550 –incluso, la ley 27.349 para las sociedades por acciones simplificadas y la ley 24.522 en materia concursal–, y recién luego las del Código Civil y Comercial, en caso que se produzca un conflicto normativo o de concurrencia de normas sobre un caso concreto, o para atender a la regulación de institutos que la ley especial no trata, como por ejemplo, el deber de reparar, la antijuridicidad, los factores de atribución, relación de causalidad, el daño resarcible, etc.

3. Dicho esto, pasaré a considerar el tema que es objeto de este trabajo, o sea, la inaplicabilidad del factor objetivo en las obligaciones de resultado a cargo de los administradores societarios, a tenor de lo que prevé el artículo 1723 del Código.

² BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 119.

II. Primeras consideraciones sobre la inaplicabilidad del artículo 1723 del Código Civil y Comercial

1. En algún anterior trabajo sobre esta materia,³ expuse mi preocupación por la eventual aplicación del artículo 1723 del Código Unificado a la responsabilidad de los administradores y representantes de sociedades.

Sucede que esta norma, dispone que “[c]uando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Tal precepto nos confronta con una cuestión sustancial en lo que respecta al factor de atribución de responsabilidad que regiría el caso concreto, porque si se sigue lo previsto por el referido artículo 1723, cuando la obligación a cargo del administrador es de *resultado*, el criterio de atribución aplicable sería el *objetivo*, con todo lo que ello trae aparejado.

Me explico. Si bien es correcto decir que la principal obligación que el administrador asume al aceptar el cargo es *de medios*, pues se compromete a gestionar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios los asuntos de la sociedad, por cuyos intereses debe velar –y por los de los socios–, es importante resaltar que no todas las obligaciones a cargo de estos tienen esa calidad.

En ocasiones, el o los administradores de una sociedad, asumen y, por lo tanto, deben cumplir obligaciones que se caracterizan porque la prestación a su cargo consiste en un lograr o en alcanzar un *resultado* concreto o determinado, dado que su cumplimiento es posible y pudo ser previsto (artículo 1710, C.C. y C.).

Cuando eso sucede, se está ante una obligación *de resultado* (de dar –artículos 746 y ss. del Código Civil y Comercial y de hacer o no hacer, –artículo 774 inc. b y 778 del Código Civil y Comercial–) que, desde la perspectiva que ahora propone el mentado artículo 1723, dan origen a una responsabilidad objetiva a cargo del agente involucrado.

Sabemos que en esta clase de obligaciones, “el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (*opus*)”⁴,

³ MARCOS, Fernando J., “La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación”, *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, Año II, n° 10, nov. 2016, ps. 189-212).

⁴ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 498.

que no depende como en las de medios, de la posibilidad o no de lograr el éxito esperado, por lo que “está obligado a asegurar un efecto determinado”⁵.

Lo expresado sobre este punto no es una mera opinión en abstracto, sino que, muy por el contrario, es fruto de reflexionar sobre la realidad y dinamismo de los vínculos jurídicos que se dan el marco de la vida societaria, que razonablemente pueden dar origen a obligaciones de medios, o de resultado y otros, por su complejidad –tal es el caso de los administradores–, a relaciones jurídicas obligacionales de ambas clases⁶.

Si bien las obligaciones de medios y de resultado no fueron expresamente descriptas por el legislador en el nuevo Código como un tipo específico en el contexto de lo que la doctrina identifica la “clasificación de las obligaciones”, igualmente quedaron integradas a diversos preceptos como los apuntados en el párrafo precedente y, explícitamente designadas en una importante norma que integra el plexo de las que regulan la responsabilidad civil: el artículo referido 1723 del Código Civil y Comercial. Esta norma, permite por sí sola, sostener la existencia formal y legal de las obligaciones *de resultado* y, por lo tanto, también de su opuesta, es decir, la *de medios*.

2. A su vez, se debe destacar que la diferenciación entre ambas clases de obligaciones tiene suma importancia en materia probatoria, porque mientras que en las *de medios*, el acreedor debe probar que el incumplimiento fue consecuencia de la culpa del deudor, “en las obligaciones de “resultado” o de “fines” o “determinadas”, al acreedor le basta con establecer que no se obtuvo el resultado debido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor, para poder liberarse, la acreditación de que cumplió o bien de que medió una causal de exoneración de responsabilidad: un caso fortuito o que el incumplimiento provino de una causa ajena a él”⁷. O sea, que “para liberarse tendrá que probar la concurrencia de una causal de inimputabilidad”⁸.

Bajo estas premisas, es posible hallar numerosas obligaciones que califican como *de resultado*, de entre tantas que asumen los administradores y los representantes de una sociedad desde el momento en que aceptan el cargo.

⁵ CAZEAX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, p. 306.

⁶ MORO, Emilio F., *Culpa en la administración de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2013: Sobre este tema, véase la opinión del autor en ps. 336-338.

⁷ 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, ps. 55-56.

⁸ CAZEAX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 307.

Tal es el caso de la obligación de llevar registros contables (artículos 320 del Código Civil y Comercial), la de confeccionar la memoria para su tratamiento en la asamblea (artículo 66, ley 19.550), la de constituir la reserva legal en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y accionarias (artículo 70, ley 19.550), la de llevar libro de actas de asamblea o de reuniones de socios, de directorio (artículo 73, ley 19.550), entre tantas otras.

3. Antes de continuar, es útil recordar que, el hecho de tratarse –en ciertos casos– de obligaciones de origen legal nada cambia.

Al respecto, Messineo sostuvo que cuando se habla de obligaciones legales o *ex lege*, “se quiere hacer referencia a los casos en que la obligación, considerada en sí, nace exclusivamente por voluntad de la ley, que es por lo tanto, fuente directa”⁹

Tampoco es un obstáculo para aplicar esta particular clasificación a las obligaciones que sume un administrador, sostener que las que derivan de un precepto legal no son obligaciones sino deberes, dado que “la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico; y antes, se ha entendido a la obligación, no como relación en su totalidad, sino como lado positivo del derecho de crédito (débito)”¹⁰.

Esto es así, porque la obligación en un sentido amplio, es un “deber de dar, hacer o no hacer que viene impuesto por una ley, un contrato o una resolución administrativa, arbitral o judicial”¹¹.

Aclarados estos extremos, se debe destacar que por tratarse –la obligación *ex lege*– de una obligación *preexistente*, no cumplirla da lugar a un supuesto de incumplimiento obligacional al que, tal como ya fue expresado, hace expresa mención el artículo 1716 del Código Civil y Comercial cuando se ocupa del deber de reparar el daño injusto, de la misma manera que sucede frente al incumplimiento de una previsión de orden contractual, como las que asumen los administradores al aceptar su designación por parte del órgano de gobierno.

4. Ahora bien, como se puede apreciar, este tema de las obligaciones de resultado no es para nada menor, especialmente porque la unificación del dere-

⁹ MESSINEO, Francesco, (trad. Santiago Sentís Melendo), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1955, T. VI, p. 440.

¹⁰ MESSINEO, F., *op. cit.*, T. IV, p. 9.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) y Consejo General del Poder Judicial, Santiago Muñoz Machado (dir.), *Diccionario del Español*, Barcelona, ESPASA LIBROS, 2016, p. 1121. A su vez, en dicha obra se define al “deber”, como “aquello a lo que las personas están obligadas bien sea por razones de orden moral, bien por determinación en las leyes, o como resultado de las obligaciones contraídas o los contratos que han podido celebrar”, p. 581.

cho civil y comercial cambió las cosas en forma trascendente al disponer que la responsabilidad del deudor es *objetiva* (artículo 1723, C.C. y C.), solución que no es nueva, porque la doctrina venía expidiéndose en tal sentido en general.

Dicho esto, la cuestión a resolver es si dicho precepto puede ser invocado frente a los administradores y representantes de una sociedad o, si, por el contrario, el criterio subjetivo de la responsabilidad establecida por la ley 19.550 debe prevalecer y, en su caso, de qué forma y con qué alcances.

El tema no es de fácil dilucidación, al extremo que en algún momento, sostuve inicialmente en otros trabajos relacionados con la reforma de nuestro derecho privado, que el factor a aplicar frente al incumplimiento de una obligación de resultado era el objetivo, aunque señalando mis reparos al respecto, fundados en las particulares características del ámbito o contexto en el que se desarrollan la gestión de los negocios y asuntos de una sociedad por parte de sus administradores, donde indudablemente el *riesgo empresario* es un factor a tener presente.

No obstante, el tiempo que ha transcurrido desde que conocimos el Anteproyecto luego transformado en Código Civil y Comercial vigente, me ha permitido encontrar una salida distinta y ajustada a la realidad de los vínculos societarios.

Conforme lo explicaré a continuación, entiendo que se debe estar por la inaplicabilidad del precepto contenido en el artículo 1723 del Código, por resultar incompatible con la responsabilidad societaria en sí misma, pero principalmente, porque el régimen de la Ley General de Sociedades, a la que remite también el artículo 33 de la ley 27.349 (SAS), no admite otra posibilidad para estos casos –responsabilidad por la gestión como administradores y u o representantes de una sociedad– que acudir al factor de atribución de responsabilidad subjetivo.

III. El criterio a seguir. La prevalencia del factor de atribución de responsabilidad subjetivo

1. La dirección que tomó el Código Civil y Comercial en tema que aquí nos ocupa es significativa, al extremo que si se sostiene su vigencia –del artículo 1723 del C.C. y C.– en el ámbito propio de las personas jurídicas privadas –sociedades y otras– para abordar la responsabilidad de los administradores y representantes de estos sujetos de derecho, estas específicas obligaciones que se vienen apreciando, deberían ser evaluadas como de resultado *ordinarias* y no como de resultado *atenuadas*, solución –la primera– que no se adecúa a la complejidad de las prestaciones a cargo de los administradores, quienes –no se puede razonablemente ignorar– desempeñan su función en una actividad caracterizada por el riesgo propio de la actividad empresarial.

Desde esta plataforma fáctica, no parece lógico cargar sin más –objetivamente– al administrador o representante de la sociedad, las consecuencias de un eventual incumplimiento con una prestación porque esta se trate de la obtención de un resultado determinado.

Por estas razones, en estos casos –responsabilidad societaria–, entiendo que este tipo de obligaciones de resultado deben ser calificadas como *de resultado atenuadas*¹².

Estas últimas, se diferencian de las *de resultado ordinaria*, porque frente al inicial incumplimiento y para tutelar los intereses del acreedor, dan nacimiento a una “presunción de culpabilidad” –*iuris tantum*–, lo que permiten al agente (deudor) liberar su responsabilidad si acredita su *falta de culpa*, que es lo mismo que decir, que obró con la debida diligencia¹³, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, el tiempo y el lugar (*culpa en concreto*).

Se puede advertir a simple vista, lo complejo y grave a la vez, que puede resultar considerar a las obligaciones de *resultado* a cargo de los administradores societarios como de *resultado ordinarias* a secas, que es lo que pregonan el Código actualmente, dentro de cuyo marco legal, aquellos solo podrían invocar para eximirse de responsabilidad la denominada *causa ajena* (artículo 1722 Código Civil y Comercial)¹⁴, o sea, el caso fortuito, la fuerza mayor, la imposibilidad de cumplimiento (artículo 1732, C.C. y C.), el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

De ello se puede inferir que, imponer sin más régimen legal semejantes consecuencias y cargas legales, significaría desentenderse del contexto y de las características propias de actividad que tales agentes desarrollan como administradores del patrimonio de la sociedad –patrimonio ajeno–, ente que además es gobernado por los socios –calidad que puede no ostentar el administrador o el representante–, para agravar artificial e injustamente la responsabilidad de aquellos.

Nótese que, si este fuese el criterio a seguir, si, por ejemplo, un administrador o representante legal no paga una obligación tributaria de la sociedad a su vencimiento porque no cuenta con los fondos, atento a que la asamblea decidió disponer de estos para otros fines, no tendría defensa posible frente al acreedor, aunque demostrase que aconsejó lo contrario a los accionistas en dicha asamblea asentando su opinión en el acta respectiva.

¹² TRIGO REPRESAS, Félix A., *op. cit.*, p. 58.

¹³ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, p. 188.

¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge B., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, ps. 296-298.

Surge así evidente, la necesidad de tener que analizar el contexto donde el incumplimiento se verificó, es decir, de considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, el tiempo y el lugar (*culpa en concreto*)¹⁵, como ya se adelantó. Lo contrario, podría dar lugar a situaciones injustas y arbitrarias, pues se aplicaría a la responsabilidad por la gestión societaria un factor de atribución pensado para otros supuestos –riesgo, garantía, seguridad, etc.–.

Para culminar con este punto, es interesante incorporar al debate, el contenido de uno de los principios de la responsabilidad civil elaborados por el reconocido *European Group on Tort Law*.

Al referirse a la responsabilidad de la empresa, este grupo afirma que, si bien el empresario debe responder por “todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca”, puede eximirse de dicha responsabilidad si prueba “que ha cumplido con el estándar de conducta exigible”¹⁶.

En el *sub examen*, también se podría traducir en acreditar la ausencia de culpa cuando el resultado comprometido no fue logrado, algo que se ajusta a la realidad contextual donde el administrador y representante de una sociedad opera habitualmente.

2. Pero la inaplicabilidad del artículo 1723 del Código Civil y Comercial en el tema bajo análisis en esta ponencia encuentra un verdadero e inexpugnable obstáculo en el sistema legal societario.

¹⁵ TARABORRELLI, José Nicolás, “El Rol de la culpa en las obligaciones de medios y de resultado”, publicado en *LA LEY*, Buenos Aires, T. 2014-E, Sec. Doctrina, p. 825. El autor, sin dejar de citar la doctrina opuesta en la materia, reconoce la existencia de una clasificación tripartita de estas obligaciones de medios y de resultado: “a) Obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, por lo que la frustración del logro final genera la presunción de culpa del deudor, cuando el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo y su cumplimiento depende de la exteriorización de una conducta o comportamiento humano, salvo la prueba de la no culpa o la causa ajena. b) Otras obligaciones de resultados o de fines determinados que deberán lograrse y que, frente a la frustración de ese logro final, presumen la responsabilidad del deudor, cuando el factor de atribución de responsabilidad es objetivo y el mero incumplimiento es el que genera esa responsabilidad, estando afuera de todo análisis el concepto de culpa, salvo la acreditación de la causa ajena como eximente de responsabilidad. c) En otras obligaciones –en las de medio ordinarias–, producido el incumplimiento contractual, le incumbe la carga de la prueba de la culpa del deudor al acreedor damnificado y víctima del daño”.

¹⁶ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, art. 4: 202, en *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537584011>, fecha de captura: 15-10-2017.

Se desprende específicamente de la ley especial, fundamentalmente cuando describe y regula la responsabilidad de los administradores y representantes, que el factor o criterio de atribución exigido para activar el deber de reparar que a estos puede caber frente a la sociedad, los socios o terceros, cuando causan un daño injustificado, es *subjetivo*, por lo que la responsabilidad que de ello se deriva, también es *subjetiva* (artículos 54, 59, 157 y 274, todos de la ley 19.550).

Dada esta inobjetable realidad de orden jurídico que emana del texto de los preceptos norma que regulan el microsistema societario, especialmente a partir de las precisas normas imperativas citadas anteriormente, las que, dicho sea de paso, deben ser aplicadas con prelación a cualquier otra contenida en el Código Civil y Comercial sobre estos tópicos (artículo 150, inciso “a” y 1709, inciso “a”, ambos del C.C. y C.), no quedan dudas sobre la inaplicabilidad del factor objetivo en cualquier supuesto de responsabilidad de administradores y representantes societarios ante el incumplimiento de una obligación de resultado, sea esta de fuente contractual, estatutaria o legal,

Empero, a estos particulares casos, no corresponderá acudir en materia probatoria a la regla que coloca en la prueba de la falta de diligencia –criterio a seguir en las obligaciones *de medios*–, sino que, por el contrario, el incumplimiento por parte del administrador o del representante de una *obligación de resultado* dará origen a una *presunción de culpabilidad* que favorecerá, *prima facie*, al acreedor, por lo que corresponderá al deudor o agente al que se imputa la acusación de un daño injustificado, demostrar que obró con la debida diligencia (artículos 59 y 274, ley 19.550).

Claro que seguir el camino que he propuesto en los párrafos precedentes no va a ser tarea fácil, en tiempos como los que corren donde pareciera que lo importante es encontrar alguien que pague primero, incluso, antes de saber a ciencia cierta si es el verdadero responsable.

La justificada y comprensible pretensión de reparar el daño injustificado, por momentos se ha tornado en una suerte de búsqueda poco reflexiva de un sujeto responsable, a toda costa.

En el campo societario se lo ve cada vez más y, para lograrlo, se acude a argumentaciones dogmáticas y en abstracto que encuentran en los factores de atribución objetivos –sumamente útiles y necesarios en ciertos casos, según fue señalado– una herramienta útil que no siempre es utilizada con la necesaria razonabilidad que la severidad de sus consecuencias exige a la hora de resolver.

Lo vemos diariamente en reiterados fallos vinculados a las materias laboral, tributaria y, en los últimos años, cada vez más, sobre relaciones de consumo.

Como ya lo sostuve en alguna ponencia anterior, este es un tema que va a generar futuros debates y consecuencias, que nos van a interpelar nuevamente

sobre los fundamentos de la responsabilidad societaria, que a la fecha y con matices, continúa estructurada sobre los postulados que brinda la ley 19.550.