

RESPONSABILIDAD E INSOLVENCIA. RÉGIMEN UNITARIO. MODIFICACIÓN DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Ricardo Javier Belmaña

I. SUMARIO

La reforma a la legislación civil y comercial, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ha producido un importante impacto en el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores y síndicos de las sociedades anónimas. Ello en función del establecimiento de un régimen unificado de reparación que se asemeja más al sistema de responsabilidad extracontractual; de las modificaciones en relación a la extensión del resarcimiento; a la incorporación del dolo eventual como factor subjetivo de responsabilidad y en relación al régimen de prescripción, respecto a la existencia de un término unificado, de tres años y a la suspensión del curso de la prescripción mientras el director permanezca en el cargo.

Si bien es cierto que la reforma no ha introducido cambios directos vinculados tanto al régimen de responsabilidad societaria como concursal, las modificaciones introducidas al régimen de responsabilidad civil resarcitoria han impactado de manera directa en el ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria, desde que las mismas se nutren en lo sustancial de la regulación contenida en la legislación civil y comercial.



II. Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la legislación societaria

Si bien el número de normas de la ley general de sociedades, en adelante L.G.S., que resultó modificado por la ley 26.994 resultó escaso en relación al total de artículos que contiene la ley –en una ley que contiene 389 artículos la reforma afectó a poco más de 20 artículos–, a nuestro parecer la reforma produjo

un notable impacto al régimen societario desde que afectó la vigencia y extensión de un principio cardinal en la materia, cual es el de la tipicidad.

De un sistema rígido, en donde la omisión del tipo acarreaba la nulidad absoluta e inconfirmable del contrato (art. 17 L.G.S.), se ha mutó a un sistema en donde tiene un fuerte predominio la autonomía de la voluntad y se alienta la subsistencia del contrato societario, pese a cualquier vicisitud de la cual pudiera adolecer el mismo.

Ha sido criterio de la comisión, respetar la existencia de los microsistemas normativos autosuficientes, como es el caso de la ley general de sociedades. En este sentido, la comisión reformadora presidida por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci en su oportunidad señaló: “Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario...” “... en otros casos no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras...”.

Sin perjuicio de lo señalado, como se dijera al inicio, los cambios introducidos a la legislación de fondo, han producido impacto en el ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria en tanto y en cuanto la legislación civil y comercial, constituye la fuente de la cual se apoya en muchos aspectos, el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

III. Presupuestos de la acción de responsabilidad societaria

Los requisitos que deben cumplimentarse a los fines del ejercicio de una acción de responsabilidad societaria, son los mismos que impone el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad: elemento objetivo - antijuricidad -, elemento subjetivo - factor de atribución -, daño y relación de causalidad.

a) Antijuricidad: coincidimos con un importante sector de la doctrina, en el sentido que la regulación de la acción de responsabilidad para el caso de los directores de las sociedades anónimas contenida en el art. 274 L.G.S., desde el punto de vista jurídico constituye un gran desorden¹. El régimen de responsabilidad general para el caso de los administradores que se encuentra contenido en el art. 59 de la L.G.S., posee mucha mayor claridad que el previsto para el caso de las sociedades anónimas, en cuanto establece solo como standart de conducta la del actuar como un “buen hombre de negocios”. Esta última noción *establece una auténtica responsabilidad profesional ya que implica capacidad técnica,*

¹ Germán Luis Ferrer “Responsabilidad de los administradores societarios”, Ed. La Ley, 2009, p. 92

experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto, se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia; acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió el deber de diligencia²

En el régimen previsto para las sociedades anónimas se han superpuesto dentro de la norma contenida en el art. 274 de la L.G.S., diferentes elementos atinentes al ejercicio de la acción de responsabilidad y se ha limitado el factor de atribución a la culpa grave, lo cual consideramos que es un error si se advierte que es una limitación no contenida en el régimen general (art. 59 L.G.S.) y que resulta irrazonable para un tipo societario en el cual se requiere mayor profesionalidad y eficiencia para el ejercicio del cargo de administrador derivadas de la naturaleza de la sociedad anónima, cual es la de ser un tipo societario concebido para la “gran empresa”, aun cuando la realidad ha distorsionado esta idea.

El concepto de antijuridicidad *comprende todo comportamiento contrario a lo debido o esperado, cualquiera sea su fuente. Esto incluye el incumplimiento tanto de obligaciones legales, cuanto de obligaciones contractuales previamente acordadas entre las partes. Hay antijuridicidad, cuando el agente tiene un comportamiento distinto al que por algún motivo es debido, sea por acción o por omisión, sea obligación contractual o legal³*

El incumplimiento a los deberes que emanan de la ley y el estatuto social configuran la antijuridicidad a los fines del ejercicio de la acción de responsabilidad.

b) Factor de atribución: “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa” (art. 1721 C.C. y C.).

En las obligaciones en las cuales el factor de atribución es objetivo, el deudor debe obtener un resultado. La culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. El deudor se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (arts. 1722 y 1723 del C.C. y C.). Los factores de atribución son objetivos *cuando la responsabilidad por la generación del daño no es imputada a la inconducta del sujeto, como es el caso del dolo, culpa o mala fe, sino a una pauta cierta e impersonal seleccionada por la voluntad del legislador para atribuirle la obligación de resarcir los menoscabos a determinada persona. Ello impone que no se indague respecto del cumplimiento o no de los deberes que impone la obligación asumida, sino que por el resultado da-*

² Isaac Halperín “Sociedades Anónimas”, Depalma, 1974, p. 453

³ Germán Luis Ferrer, ob. cit. p. 86.

*ñino se censura socialmente a la causa eficiente de su producción sin necesidad de acreditar la imprudencia, negligencia o intencionalidad del sujeto imputado como responsable del deber de resarcir*⁴

Mediando un factor subjetivo de responsabilidad, es menester la concurrencia del dolo o la culpa. La culpa es la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Comprende la imprudencia, negligencia e impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 C.C. y C.).

La incorporación expresa de la figura del dolo eventual es de gran utilidad en el ejercicio de las acciones de responsabilidad, dado que este supuesto resulta de aplicación para el caso de que exista un grave descuido o improlijidad por parte del administrador en el manejo de la administración (vg. omisión o defectos en relación a la forma en que es llevada la documentación y contabilidad societaria, incumplimiento de deberes formales, etc.). *El dolo incumplimiento obligacional en el texto del art. 1724 debe ser encuadrado en la conducta que se manifiesta con indiferencia por los intereses ajenos, de este modo cuando haya evidencia de la existencia de algún grado de incuria intencional: aún cuando puedo no pago, se configuraría el dolo obligacional al quedar en evidencia la voluntad dañina*⁵

La naturaleza de la obligación que contrae el administrador es predominantemente subjetiva, con excepción de aquellos supuestos que importan el incumplimiento de una obligación expresa (vg. presentación de las declaraciones juradas frente a la AFIP, etc.). Lo señalado implica que a los fines del ejercicio de una acción de responsabilidad, el actor deberá acreditar la existencia de algún factor de atribución (dolo o culpa).

De otro costado, a los fines de la valoración de la conducta del administrador, corresponde encuadrar la misma en el ámbito de la responsabilidad agravada prevista en el art. 1725 del C.C. y C., en cuanto establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 C.C. y C.), aplicables al administrador societario en virtud del deber de diligencia (art. 59 L.G.S.). Ha señalado Alfredo Orgáz que *en cuan-*

⁴ Alferillo Pascual E. “El factor de atribución en la responsabilidad derivada del transporte de personas en ferrocarril” Revista de Derecho de Daños, 2012-1 citado por Jorge H. Alterini “Código Civil y Comercial comentado” Tratado Exegético, Ed. La Ley, Tomo VIII, 2015, p. 73.

⁵ Jorge H. Alterini, ob. cit. p. 104.

to a las circunstancias de las personas para la determinación de la culpabilidad la ley toma en cuenta las condiciones particulares de aquella, su mayor capacidad, conocimiento, aptitudes, etc. Se admite únicamente que el agente con superiores cualidades o habilidades a las comunes, se lo juzga con mayor rigor y en caso de omisión de la diligencia o la prudencia necesaria, se le atribuye la culpa en supuestos en que el hombre común sería considerado inculpable, así la imprevisión o la imprudencia de un técnico es menos excusable que la de un agente no técnico, que se ha visto obligado a actuar sin demora.⁶

c) Relación de causalidad: la legislación civil y comercial regula en los arts. 1726 y 1727 las distintas consecuencias que se derivan del actuar de una persona y en qué medida pesa sobre la misma la obligación de responder.

Las consecuencias inmediatas son aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas; las mediatas son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y las causales son las mediatas que no pueden preverse (art.1727 C.C. y C.). Son reparables las consecuencias dañosas que tienen adecuado nexo de causalidad con el hecho productor del daño y resultan indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726 C.C. y C.).

La prueba de la relación de causalidad incumbe a quien la alega, salvo que la ley la impute o presuma. La carga de la prueba de la causa ajena o imposibilidad de cumplimiento recae sobre quien la invoca (art. 1736 C.C. y C.).

d) Daño: “... hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva...” (art. 1737 C.C. y C.). En relación a la indemnización, la legislación actual ha receptado de manera clara el concepto de reparación plena (art. 1740 C.C. y C.). Asimismo, han sido definido de manera más clara y precisa los conceptos de daño emergente – daño material–; de lucro cesante y de pérdida de chances (art. 1738 C.C. y C.), conceptos que habían sido definidos desde antaño, por la doctrina y jurisprudencia nacional.

A los efectos de la acreditación del daño, resulta menester la acreditación de la existencia de un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto o subsistente (art. 1739 C.C. y C.).

La legislación ha incorporado de manera expresa la posibilidad por parte del magistrado de atenuar la responsabilidad del deudor si resulta equitativo en función del patrimonio del deudor, situación de la víctima y circunstancias del hecho. Esta facultad resulta inaplicable en caso de dolo del agente (art. 1742

⁶ Alfredo Orgaz, “La culpa. Actos Ilícitos”, Lerner, 1981, p. 118.

C.C. y C.) y tiene carácter excepcional dado que puede limitar el derecho al resarcimiento integral.

En relación a la prueba del daño, corresponde a quien lo invoque excepto que la ley lo impute o presuma o que surja notorio de los propios hechos (art. 1744 C.C. y C.). En relación a la carga probatoria del daño *se adopta el principio general, pero la norma marca como excepción a la regla que la ley impute o presuma o que surja notorio de los propios hechos. De la lectura del texto de las excepciones verificamos que se asimila imputar un daño con presumir legalmente la existencia del mismo. Y en otro sector, se coloca a la prueba que se presenta evidente de los propios hechos.*⁷

Por último y en relación a los intereses: la legislación ha tomado partida en lo que constituyó el criterio jurisprudencial preponderante antes de la reforma, cual fue computar los intereses desde la producción de cada perjuicio (art. 1748 C.C. y C.).

IV Facultades judiciales en el proceso de daños

La norma contenida en el art. 1735 del C.C. y C. establece “...*Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso deberá comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa...*”.

Si bien esta norma tiene naturaleza eminentemente procedimental, su inclusión en la legislación de fondo se encuentra justificada en la necesidad de garantizar el ejercicio de un derecho contenido en la legislación común, justificación que autoriza al legislador nacional a legislar en materia procesal –la que estaría en principio reservada a las provincias por tratarse de materia no delegada–.

Coincidimos con la opinión de Peyrano⁸, en el sentido que no es acertado incluir como una facultad judicial que se podrá hacer saber a una de las partes que deberá soportar el mayor esfuerzo probatorio. No consideramos que ello sea materia que deba ser legislada por el legislador nacional. La aplicación del principio de las cargas dinámicas de la prueba tiene que ver con la posición que

⁷ Jorge H. Alterini, ob. cit. p. 262.

⁸ Jorge W. Peyrano “La doctrina de las cargas dinámicas en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Procesal, 2013-1).

ostentan los distintos sujetos involucrados en un proceso en relación a la posibilidad de producir determinado medio probatorio, pero no es materia que pueda ser legislada en abstracto.

A más de ello, esta norma plantea una serie de interrogantes, cuales son el momento en que el Juez debe hacer conocer esta facultad, la posibilidad de impugnar esta decisión, entre otras.

V La prescripción

El régimen de responsabilidad unificado ha determinado en todos los casos un plazo común de prescripción equivalente a tres años (art. 2561 C.C. y C.), lo que ha puesto final a una discusión de antaño en orden al plazo de prescripción aplicable según fuere una acción de responsabilidad iniciada por la sociedad, por un accionista o por un tercero.

En relación al *dies a quo* a los fines del ejercicio de las acciones de responsabilidad: recomendamos la lectura de un trabajo del profesor Héctor Alegría publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo 22, año 2000 intitulado “Prescripción de acciones de responsabilidad contra directores de sociedades anónimas”, que trata de manera integral la problemática vinculada a este tema. A los fines de este trabajo diremos que existen diferentes posturas en orden a la determinación del *dies a quo* a los fines del inicio del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad. Algunos autores hacen coincidir la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha en que se celebró o debió celebrarse la asamblea a los fines de la aprobación de la gestión, mientras que otros, como el Dr. Germán L. Ferrer, en la obra citada, entienden que el mismo comienza a partir de la exteriorización del daño.

Resulta interesante la previsión contenida en el art. 2543 inc. d) del C.C. y C., en cuanto establece que el curso de la prescripción se suspende entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúen en el ejercicio del cargo. Esta causal *encuentra justificativo en la relación personal de los miembros del órgano de administración y fiscalización interna de una persona jurídica y su relación particular con el ente ideal al cual pertenecen funcionalmente y de ahí la situación de incompatibilidad existente que justifica esta causal suspensiva (...)* El inciso bajo análisis refiere únicamente a la acción social, es decir a la acción por responsabilidad a los integrantes de los órganos societarios involucrados por daños causados a la sociedad que administran o fiscalizan. Deberá interpretarse que esta causal de