

ANTE LA AUSENCIA DE NORMAS ESPECIFICAS E INSUFICIENCIA DE LAS EXISTENTES EN EL AMBITO DEL DERECHO SOCIETARIO EN TORNO A LA PRECISA ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS DISTINTOS ORGANOS SOCIALES ES IMPERIOSO Y NECESARIO ELABORAR UN MARCO JURIDICO RAZONABLE Y ADECUADO QUE BRINDE MAYOR SEGURIDAD A LOS TERCEROS

Viviana Gasparotti de Yanotti

FUNDAMENTOS

Si bien el fin perseguido por el ordenamiento jurídico societario es la tutela de la organización, desenvolvimiento y estabilidad de la actividad económica - empresa - a través de la creación de un ente distinto de los miembros que lo componen y dotado de personalidad jurídica, debemos tener siempre presente que existe un valor al que debe tender todo el sistema en un estado de derecho : la seguridad jurídica, que es una consecuencia del principio de reserva.

El ordenamiento jurídico societario no se puede sustraer de la aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad civil. Sus normas deben tender a ellos, en especial a la atribución de responsabilidad objetiva, criterio que va echando raíces cada vez más firmes.

Especial atención debe existir respecto de los terceros de buena fe que contrataron con la sociedad y a los que se les ocasiona un daño ; el ordenamiento jurídico les debe conceder vías de resarcimiento ágiles y seguras, y fundamentalmente establecer un mecanismo de sanciones a través de las cuales se restablezca el orden violado.

La teoría de la desestimación y las normas de los arts. 59, 274, 254, 157 de la ley de sociedades y los arts. 165 a 168 de la ley de concursos no son suficientes para proteger el interés de terceros ya que no son normas específicas de responsabilidad de los socios hacia los terceros, sino de éstos frente a los otros socios o la sociedad.

Es necesario que normas legales impongan un criterio objetivo de atribución de responsabilidad, superador de los actuales de “prudencia”, “diligencia”, y “elección” genéricos de la actual normativa societaria.

INTRODUCCION

El objetivo de esta colaboración es efectuar un aporte que contemple los requerimientos de la comunidad ante la compleja situación planteada en torno a la extensión de responsabilidad civil de los miembros de los órganos societarios, especialmente en relación a los terceros.

Ya el maestro Kelsen ha planteado interrogantes al tratar el tema de que el problema de las asociaciones radica en cuales son las atribuciones del órgano y al respecto ha manifestado: *“Referido este problema a la persona jurídica de la asociación, la cuestión radica en establecer bajo qué condiciones se interpretará*

la conducta de un hombre como conducta de un grupo como persona jurídica; bajo qué condiciones se podrá referir esa conducta y atribuírsela a la persona jurídica; bajo qué condiciones un hombre, en su carácter de órgano de una asociación, ejecuta u omite determinada acción".¹

Claro que nuestro interrogante será bajo qué condiciones el o los miembros de un órgano societario serán responsables personalmente por los perjuicios causados a terceros en la ejecución u omisión de actos jurídicos en ejercicio de sus funciones y que a prima facie se imputan a la sociedad.

A través de la sanción de la ley 19550 se ha dado un encuadre jurídico a los fines perseguidos por los que serán socios, y que, en ámbito comercial se reduce a la consecución de fines económicos-empresarios. Es claro el Mensaje de Elevación de dicha ley cuando afirma que con el proyecto "*se concreta en general la aspiración de dotar a las sociedades mercantiles, cuyo desarrollo es de fundamental gravitación en el orden económico y social, de un instrumento legal adecuado y eficaz que permitirá su desenvolvimiento en armonía con las actuales condiciones del tráfico mercantil*". La sociedad ha sido concebida por la ley como una realidad jurídica, con génesis en un contrato plurilateral por el cual se organizan diferentes actividades (objeto) y si bien el criterio de los legisladores de 1971 fue que no se agotara en la actividad empresaria, ya en las postrimerías del nuevo siglo la realidad económico-jurídica y la societaria de nuestro país nos dice que los fines perseguidos por los socios es dar un encuadre jurídico a actividades económicas con el menor riesgo patrimonial y personal posible, es por ello que particularmente se opta por los tipos sociales que otorgan el privilegio de limitar la responsabilidad, y así pretender escapar a la aplicación del régimen de responsabilidad civil para ampararse en el de responsabilidad societaria, en el supuesto de que exista uno.

Si bien la ley exige el cumplimiento de requisitos formales a los cuales debe ceñirse la creación de una sociedad, requisitos configuradores del tipo; ha motivado el establecimiento de un régimen de nulidad especial, como así también un régimen de responsabilidad de regulación equilibrada, especialmente en lo atinente a los directores de las sociedades anónimas, ya que la ley lo que ha querido es asegurar un régimen de administración leal y prudente. Pero esta regulación no es suficiente.

En razón de esta variación substancial de la realidad económica y jurídica de fines de siglo, es imperioso formular nuevos interrogantes acerca de los valores que se protegen y los que desampara la ley con el esquema de responsabilidad actualmente vigente.

Es muy complejo el análisis pormenorizado de esta temática, que de ninguna manera se agota en este estudio y en esta reunión jurídica. La realidad que envuelve la creación de una sociedad no es tan simple ni lineal y persigue múltiples aspectos y una variable problemática.

En materia societaria el valor seguridad jurídica debe estar orientado a la protección de los derechos de la sociedad, de los socios pero fundamentalmente de los terceros que contratan con la sociedad o que se ven perjudicados por los actos jurídicos imputables a ella. Qué recursos le otorga el orden jurídico para resarcirse en forma rápida y eficaz ?

¹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Ed. 1979

DE LOS ORGANOS SOCIETARIOS

Para que el ente jurídico manifieste su voluntad, actúe y logre la consecución de su objeto necesita de órganos que, constituidos por personas (físicas o jurídicas) tienen funciones, deberes, atribuciones y responsabilidades, establecidas por la ley de sociedades, por el contrato o estatuto y por la decisión de otro órgano.

“El órgano es entonces aquella estructura normativa que determina cuando y de que manera la voluntad o el hecho de un individuo o de varios serán imputados “en sus efectos” a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial”.²

Nuestro Derecho societario, en abandono de la teoría del mandato ha adoptado la teoría del órgano y afirma que toda sociedad se manifiesta a través de sus órganos, que pueden ser individuales o colegiados.

Los diferentes órganos sociales son: los de administración y representación : directorio, gerencia; de gobierno: asamblea; y de fiscalización : sindicatura, con funciones propias y específicas dispuestas por la ley, con la posibilidad de un *aggiornamento* contractual. La conducta de éstos en tanto órganos es imputada a la sociedad, pero por sus actos propios la responsabilidad es individual, no colectiva (254-274).

Asimismo la ley de sociedades ha estructurado, para las sociedades típicas un conjunto de normas que, conjuntamente a las previsiones contractuales particulares, atribuyen determinadas facultades a los diferentes órganos societarios, y a la vez posibilitan el reconocimiento de la persona jurídica. Pero los diferentes órganos no son compartimientos estancos sino que existe permanente interacción entre ellos, tan es así que se da el caso de que una decisión emane formalmente del órgano legalmente autorizado, pero ha tenido su génesis en la interrelación de varios de ellos; también en la esfera de las funciones de contralor, que recae sobre el órgano de fiscalización, existe, muchas veces, control recíproco interórganos. Especialmente en nuestro país donde las sociedades son conducidas por un grupo de personas reducido, que por una cuestión formal se produce la “escisión” de órganos pero que en la realidad todas gobiernan, administran, y fiscalizan. Quien escapa de esta realidad es el representante.

Las personas integrantes del órgano deben actuar dentro de los límites establecidos por la ley y por el contrato. A priori, la actuación que excede estos límites ocasionaría que estemos en presencia de un acto inválido, no imputable a la persona jurídica y, a su vez, atribuible a la persona individual.

EL OBJETO SOCIAL

Esta temática ya ha sido motivo de innumerables reuniones jurídicas, de discusiones doctrinarias y de diferentes criterios jurisprudenciales, no obstante efectuaré algunas afirmaciones a mi criterio importantes a tener en cuenta para este desarrollo.

El artículo 58 impone como límite de la capacidad de la sociedad el objeto

² CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Societario, T 4 pag. 50

social, que en la interpretación actual abandonaría la doctrina de la *ultra vires*³ para ampliarse e imputar la responsabilidad a los representantes legales por actos realizados ante la sociedad y los socios. Ya en el derecho anglosajón y en la doctrina italiana se ha flexibilizado el concepto de la *ultra vires*, y siguiendo este camino es necesario una modificación al art. 58 en el sentido de ampliar la capacidad de la sociedad en relación a la imputación a la persona jurídica de ciertos actos realizados por sus representantes, en aras a la protección de los terceros de buena fe, sin perjuicio de esto respecto de las relaciones internas y como límite de actuación se mantendría el objeto preciso y determinado.

En nuestro razonamiento y a la sazón de la realidad societaria argentina, sociedades de familia, con número de socios reducidos, sociedades de un sólo socio, etc. ya hemos privilegiado como sujetos objeto de protección a los terceros. Los actos de los representantes legales que no sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58) son imputables a la sociedad, pero en concordancia con lo dispuesto por el art. 59 LS impone a los administradores y representantes obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Ahora bien, cuál sería la solución respecto de un acto que no sea notoriamente extraño al objeto social pero sea desleal ? es evidente que hay que proteger al tercero de buena fe y a título oneroso, y la nulidad de dicho acto afecta a la sociedad, y si por la nulificación se producen daños a terceros, deben resarcirse, y estos deben contar con mecanismos precisos.

LA IMPUTACION Y LA RESPONSABILIDAD

Alterini nos recuerda que filosóficamente “imputar” una acción es declarar la autoría de alguien, y “responsabilizar” importa la posibilidad de preguntarnos acerca de ella, obligarle a dar explicaciones y aún a conceder una satisfacción”.⁴ Todo acto que emane de un órgano societario es imputable a la persona jurídica, pero quién o quienes responderán, y en consecuencia cuál será la prenda común de los acreedores ? Afirmamos sin dudar que no hay motivos para no extender la responsabilidad personal a los miembros del órgano involucrado.

De lege lata los ámbitos de responsabilidad civil son el extracontractual que surge del deber genérico de no dañar, en las palabras de Bustamante Alsina es un deber indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos, y que tiene origen legal; y el contractual que importa la pre - existencia de obligaciones determinadas, aunque no haya un contrato propiamente dicho.

La teoría general de la responsabilidad civil es concordante en los cuatro presupuestos que se deben reunir para que surja responsabilidad: la antijuridicidad (infracción al deber de no dañar), imputabilidad (objetiva o subjetiva), daño y relación de causalidad (entre el hecho y el daño). Sin estos cuatro requisitos no hay responsabilidad que origine obligación de indemnizar.

El Cod. Civil argentino tuvo filiación al criterio subjetivo de culpa, que luego

³ La posición rígida de la *ultra vires* es sostenida por Isaac Halperin “...el objeto de la sociedad en nuestro derecho está vinculado a la capacidad, los actos que exceden del objeto estatutario no obligan a la sociedad” HALPERIN Isaac., Sociedades Anónimas, Bs.As. 1979 Depalma n° 19 p. 81.

⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil. Ab.Perrot, Bs. As., 1992

de la sanción de la ley 17711 se atenúa para algunos supuestos aquilianos, es el caso del art. 1113 y 43.⁵

No obstante, la teoría clásica de la culpa está en crisis, hoy se atiende más que a la conducta reprochable, al daño sufrido por la víctima. El proyecto de código único de 1987 donde se propicia la modificación del art. 1113 que limita la imputación del deber de reparar a los daños causados por riesgo o vicio de la cosa ; siguiendo el criterio de los códigos más modernos se incluye una atribución objetiva del deber de reparar.

La responsabilidad puede surgir por obligaciones sociales, por obligaciones frente a los socios y a la sociedad y por obligaciones frente a terceros.

Más rica y variada es la doctrina y la jurisprudencia en relación a la responsabilidad por obligaciones sociales y frente a los socios, particularmente frente a los minoritarios que son los mayormente afectados.

Respecto de los terceros, de lege lata, si las obligaciones surgen de los contratos, la responsabilidad es de la sociedad; para que surja responsabilidad de los miembros de los órganos es necesario una acción individual antijurídica, si el hecho ilícito se imputa a la sociedad los miembros de los órganos no se liberarían de responder por los daños y perjuicios.

Las normas generales sobre responsabilidad actualmente de aplicación a todos los tipos sociales en cuanto no sean incompatibles, son los arts. 59, 254 y 274. Son una aplicación de los principios generales del derecho civil sobre la responsabilidad extracontractual.

Respecto de los terceros no existen normas específicas que impongan el deber de reparar, criterio contrario a los supuestos de daños a la sociedad y a los socios para los cuales sí se establecen responsabilidades específicas donde no es necesario investigar respecto de la imputabilidad y culpabilidad sino el sólo daño a la sociedad es suficiente.

LOS ORGANOS, SUS ATRIBUCIONES y RESPONSABILIDADES

El órgano de gobierno -la asamblea de socios- siempre está conformado por todos los socios, son el elemento esencial y necesario. A la asamblea le compete fijar los lineamientos generales de la actuación de la sociedad para llevar a cabo el objeto contractual, y la toma de decisiones fundamentales de la vida societaria. Lo que distingue al órgano de gobierno de los demás es que en todos los tipos societarios tiene idéntica conformación : todos los socios. Los socios deberían ser responsables por las obligaciones sociales y por los actos que realiza el órgano de gobierno de acuerdo al tipo elegido.

El art. 54 1ra parte, rige las relaciones de los socios con la sociedad; requiere dolo o culpa de los socios o controlantes..., este artículo refuerza los principios generales de responsabilidad civil. Si el daño es a terceros, esta norma resultaría insuficiente, ya que la responsabilidad que atribuye es subsidiaria en relación a

⁵ Art. 43 : "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título : "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

las obligaciones de los socios. Sí es aplicable los principios generales del art. 1109 Cod.Civil. A igual conclusión se llega con el análisis del art. 254 LS, que atribuye responsabilidad subjetiva. En relación a los terceros no tenemos una norma específica que establezca criterios sobre la responsabilidad, más allá de los deberes de actuar con prudencia y diligencia, se aplican las normas citadas en concordancia con el art. 512 CC.

El órgano de administración, decide, dentro de la estructura de la organización económica societaria, no sólo sobre las actividades que deberá llevar a cabo la sociedad (en general son productivas) para la consecución de su objeto sino que también la ley exige un poco más, que actúe en interés de la sociedad.

Los límites de actuación están encuadrados dentro de conceptos como “lealtad” y “diligencia de un buen hombre de negocios”, y además respecto de obligaciones que se le hayan atribuido por los estatutos o el contrato. Si incumple con la imposición legal del art. 59 se presume que además de quedar inmerso en la responsabilidad del derecho societario, incurriría en responsabilidad extracontractual si se reúnen los cuatro requisitos. Entonces, conforme a la normativa de nuestra ley de sociedades la responsabilidad del órgano de administración frente a terceros es extracontractual si ellos violan normas extracontractuales (512 CC, 1066, 1067, 1109 y conc.) o legales (art.59), tal como está nuestro régimen jurídico hoy, los contratos celebrados por los administradores como órganos sociales son imputados directamente a la sociedad, en consecuencia es ésta la que responde por el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas frente a terceros, pero ellos deben responder por los daños causados por sus propios actos sin que puedan ampararse en su calidad de órgano societario.

Ya precisado el alcance del art. 59, es necesario referirnos a la interpretación que debe hacerse del art. 274 y sobre el cual no es pacífica la doctrina⁶ en cuanto a si se aplica sólo a las sociedades anónimas o se extiende a los otros tipos con responsabilidad limitada, y respecto de los distintos tipos de responsabilidad que aparentemente contiene.

El art. 274 señala dos supuestos de exención de responsabilidad: “cuando se hubieran asignado funciones en forma personal...” y en el caso de que el director deje “constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie”. Creemos acertada la opinión de Cabanella de Cuevas que considera que las distintas hipótesis de este artículo no son distintos casos de responsabilidad, sino que son diferentes modos que se manifiesta la norma del art. 59, refiriéndose a los elementos de la responsabilidad civil, incluyendo la culpa leve y a la teoría del abuso del derecho en la figura de “abuso de facultades”. Así lo manifestó la exposición de motivos de la ley 22.903 en el sentido de que esta norma “no altera el régimen actual de responsabilidad sino que atiende a una posibilidad de distinción en la forma de asignarla cuando se dan ciertas situaciones que la ley establece en forma expresa y objetivamente”⁷.

Consideración especial merece el art. 279 que permite la acción individual de responsabilidad que tienen los terceros y los socios, es de aplicación a todos los tipos societarios y permite ejercer la acción de resarcimiento por los daños que se

⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, Zaldívar, Otaegui y otros en sentido contrario.

⁷ García Badaracco Adela, Regimen de Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, 1985

causen las personas físicas que los causen, y sin necesidad de acreditar la imputación al ente.

Al ser estas normas un tanto confusas en cuanto a la extensión de la responsabilidad personal de los administradores y directores, a los terceros se les dificulta el ejercicio de esta acción especialmente la prueba, por la dificultad en acreditar los elementos que demuestren la violación por parte de los administradores de la ley o el contrato o los estatutos, tornando ilusoria cualquier pretensión.

El órgano de representación actúa frente a terceros, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, las que se imputan directamente a la sociedad a través de la actuación de su representante. No obstante esta caracterización general, hay supuestos en que la representación social no recae únicamente y naturalmente sobre el órgano de representación sino que a través de distintas figuras jurídicas, pueden existir otros representantes (voluntarios por ej.) que obliguen a la sociedad y/o que ejecuten actos que le sean imputables a ella.

En relación a la normativa aplicable a la responsabilidad del órgano de representación, de lege lata, se aplica el art. 59, ante la ausencia de normas específicas. Si la representación es ejercida por terceros, rige la normativa relativa a los mandatarios.

La doctrina coincide en general respecto de la naturaleza y funciones del órgano de fiscalización, y, fundamentalmente, partiendo del análisis del art. 294 LS infieren que las funciones no se agotan en el control de legalidad, sino que también respecto de la honestidad e idoneidad de la administración⁸. El control societario, de la marcha de la administración, lo pueden ejercer uno o varios socios, o una o varias personas físicas y/o jurídicas no integrantes de la persona jurídica. Luego de la reforma por la ley 22903 puede prescindirse de sindicatura siempre que el estatuto así lo prevea y que la sociedad no está comprendida en las del art. 299 (158) LS, y los socios asumen los derechos de control, información y vigilancia, conforme el art. 55 LS. A los fines de este trabajo es importante tener en cuenta el rol de este órgano. Ya que, de existir como independiente contra él se ejercerían las acciones de responsabilidad, o sobre los socios (conf. Art. 55). La ley de sociedades establece un sistema de responsabilidad, cuyos pilares son los arts. 296, 234 inc.3, 297 y 271 a 279. Aparentemente existirían normas expresas sobre responsabilidad del síndico, pero, no es así. Se aplican normas sobre los administradores de las sociedades anónimas. El art. 279 no importa equipararlos en su responsabilidad al órgano de administración, ni por el art. 200 se les atribuye una responsabilidad objetiva, para lo cual es necesario una norma expresa.

CONCLUSION

Es compleja la diversidad de situaciones que pueden plantearse entre los diferentes órganos societarios, entre éstos y los socios, entre los socios entre sí y en relación a los terceros, en relación a las acciones de reparación de los daños ocasionados en ocasión y ejercicio de sus funciones.

La disparidad y superposición de normas aplicables a los diferentes órganos

⁸ MASCHERONI FERNANDO H. Sociedades Anónimas, 1987, p. 350.-

societarios impone recurrir a la interpretación de las mismas que provoca opiniones encontradas, que crean un estado de inseguridad jurídica, situación que se plantea fundamentalmente en relación a los arts. 274 y 279 LS.

Esta circunstancia hace imperioso reordenar la ley de sociedades a fin de lograr un sistema justo y adecuado de protección a los terceros, atribuyendo las responsabilidades acorde a la importancia de las funciones de cada órgano.

De lege lata la responsabilidad extracontractual de los miembros de los distintos órganos; el art. 59 LS es aplicable, en principio a todos ellos, propiciando de lege ferenda la sanción de normas que prevean criterios objetivos de atribución de responsabilidad.

En el esquema legal actual al dolo o culpa grave son los únicos dos factores de imputación, sin tener en cuenta que la culpa leve surgiría del deber de diligencia y cuidado.

Concordante con la teoría de la responsabilidad civil: quien ocasiona un daño debe repararlo sin poder ampararse en la protección legal de un tipo social y en la multiplicidad y superposición de normas, es decir la responsabilidad debe ser objetiva, y la subjetiva de carácter excepcional.

Hasta tanto se de solución legislativa en el ámbito del derecho societario a esta problemática la solución se debe encontrar en las normas generales de responsabilidad, la norma del art. 1081 y la teoría del abuso del Derecho, afirmándose que los principios de los arts. 54, 59, 274 y 298 son complementarios de dichas reglas.