

Órganos. Conflictos societarios en general y en sociedades abiertas Convergencia del régimen de responsabilidad societario y concursal con el nuevo Código Civil y Comercial

Francisco Junyent Bas

Abstract

El régimen de responsabilidad societario y concursal se sustenta en el esquema general establecido por el Código Civil y Comercial y, por ende, no cabe apartarse de los conceptos de daño, relación de causalidad, dolo y culpa reglados en los arts. 1708 y siguientes. El esquema de prelación del art. 150 del nuevo ordenamiento no torna a los microsistemas en “mundos impermeables” sino que corresponde realizar el correcto diálogo de fuentes para una adecuada hermenéutica.

I. El régimen de responsabilidad societario y el nuevo Código

El régimen de responsabilidad de La Ley de Sociedades, articulado sobre los arts. 59 y 274 de dicho ordenamiento, implica que los administradores deben obrar con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, y son responsables por las faltas y el mal desempeño del cargo.

Oportunamente señalamos⁴³ que el esquema de La Ley de Sociedades se integra necesariamente con la teoría general regulada en el Código Civil, donde se estipulan los presupuestos fundamentales como son: el daño, como elemento fundamental, al que debe sumarse una conducta antijurídica y culpable, vinculada por un nexo de causalidad con aquél resultado lesivo.

⁴³ JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad civil de los administradores, Córdoba, Advocatus, 1998.

Ahora bien, la nueva regulación que introduce el Código Civil y Comercial en los arts. 160 y muy especialmente en los 1708 y siguientes, viene a impactar en el esquema societario pues, reestructura los presupuestos fundamentales del régimen de reparación.

En especial, cabe ponderar cómo juega la denominada “acción preventiva” reglada en el art. 1711 del CCC, y cómo debe entenderse la legitimación del art. 1712, máxime teniendo en cuenta el régimen preventivo reglado en los arts. 113 a 116 de La Ley 19.550, que regula la intervención societaria para el caso de una administración eventualmente dañosa para el ente social.

A su vez, la nueva conceptualización del dolo, en cuanto incorpora la “manifiesta indiferencia para los derechos de terceros” también implica un cambio de factores de atribución que debe ponderarse.

Por su parte, no podemos dejar de ponderar el art. 2543 del CCC, en cuanto en el inc. “d” establece como causal de suspensión de la prescripción entre las personas jurídicas y sus administradores, la circunstancia de que continúen en ejercicio del cargo.

Por último, cabe debatir si ante la ausencia de plazo de prescripción en La Ley 19.550, las acciones de responsabilidad prescriben a los tres años, de conformidad al art. 2561 del CCC, o están sujetas al plazo general del art. 2560, tal como sostiene alguna doctrina.

II. El esquema concursal

Por su parte, el régimen de responsabilidad en La Ley 24.522 constituye uno de los capítulos más importantes de dicho estatuto. Las acciones regladas en los arts. 173 a 176 habilitan el resarcimiento de los daños que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido le hayan infringido a la empresa insolvente.

Asimismo, el esquema legal establece la responsabilidad de terceros, es decir, de aquellos que de cualquier forma hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo.

La Ley contiene dos tipos de acciones; una la denominada “concursal” propiamente dicha, que es aquella que se endereza en contra de los administradores y/o terceros que con sus “conductas torpes” han provocado o facilitado el estado de cesación de pagos; y otra, la “asunción de la acción societaria”, reglada en La Ley 19.550 para perseguir también las “inconductas” de los administradores por el mal desempeño de sus cargos.

La acción concursal propiamente dicha requiere como factor de atribución el “dolo”, y ello impone la consideración del sentido y alcance de este

término, máxime luego de la unificación del Código Civil y Comercial, cuyo art. 1724 en su último párrafo expresa que: “el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Cabe analizar si el precepto aludido puede ser aplicado en el ámbito concursal, atento el principio establecido en el art. 150 del nuevo CCC.

III. El impacto del nuevo ordenamiento en los microsistemas

Desde esta perspectiva, surge entonces el debate sobre si este “ensanchamiento” del concepto de dolo es aplicable a las leyes Societaria y Concursal, en una palabra, se pone en juego la integración y aplicación entre el régimen de responsabilidad del Código Civil y Comercial y el de las leyes especiales.

Alguna doctrina entiende que en función del orden de prelación establecido por los arts. 150 y 1709 del CCC no es factible aplicar la nueva concepción de dolo en materia societaria y concursal, pues de los textos en estas materias, como microsistemas especiales, se derivaría que las conductas deben ser “intencionales”, y que consecuentemente, la “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” no deviene aplicable, pese a que el Código Civil y Comercial establece los presupuestos fundamentales del régimen de responsabilidad o del derecho de daños, por prevalecer La Ley especial.

Por el contrario, otra corriente de opinión entiende que cuando La Ley societaria y concursal hacen referencia al “dolo”, no contienen conceptualización alguna y, consecuentemente, el nuevo régimen de responsabilidad del CCC resulta plenamente aplicable en orden a qué debe entenderse por actuación dolosa, pues no se trata de un problema de prelación de leyes, sino de integración del sistema.

En este sentido, cabe puntualizar que la doctrina especializada advertía la necesidad de ampliar el factor de atribución subjetivo y así debatía si era viable la aplicación del dolo eventual a las conductas descriptas en el art. 173 de La Ley 24.522.

Por su parte, y con relación a las acciones societarias cabe destacar que, desde hace mucho tiempo, sosteníamos y mantenemos la opinión de que aquellas articulan un régimen de responsabilidad unitario, que se devenga del ejercicio del cargo, y por consiguiente superaba y supera cualquier distinción que se pretenda entre responsabilidad contractual y/o extracontractual y que abrevia en el esquema general del Código Civil y Comercial en cuanto a los conceptos de dolo, abuso del derecho y culpa.

La responsabilidad de los administradores societarios se origina por el mal desempeño del cargo, y no por las características de su designación, de allí que la distinción que supo hacer la doctrina y la jurisprudencia entre el ámbito contractual y extracontractual no constituye una correcta hermenéutica del esquema legal.

Hoy, a la luz de la unificación que impone el nuevo ordenamiento Civil y Comercial, a partir de los arts. 1708 y siguientes, podemos descubrir que La Ley de Sociedades y el régimen concursal habían avanzado en esta misma línea.

IV. El esquema societario

Desde esta atalaya, y en el ámbito societario, se puede afirmar que tanto la antijuridicidad material como el factor de atribución subjetivo surgen con meridiana claridad del art. 59 de La Ley 19.550, que hace responsable al administrador que viola el “deber de diligencia y lealtad” del buen hombre de negocios.

Así, algunos autores se quedaron con el patrón abstracto y, consiguientemente, entendieron que el régimen societario se apartaba del sistema de la culpa concreta, asumido por Vélez Sársfield en el art. 512 del Código Civil.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se inclinó por una visión diferente. En este sentido, un maestro como Otaegui⁴⁴ explica que la diligencia del buen hombre de negocios se asemeja al “duty of care” del derecho angloamericano, y que consecuentemente, entre la culpa leve “in abstracto” y la responsabilidad concreta no existe diferencia sino que termina “consustanciándose” y así se ha afirmado que el sistema de la LS, art. 59, precisa la obligación que el art. 902 del Código Civil –hoy 1725- impone al obrar, noción que se complementa con el art. 512 del C.C. –hoy art. 1724 del CCC- en la misma línea que otro gran maestro Halperín⁴⁵.

La actuación diligente del directivo de la sociedad no puede ser juzgada conforme a la previsibilidad y a la pericia del hombre común, pues tal como lo mandaba el art. 902 del C.C., hoy art. 1725 del CCC, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias de los hechos.

⁴⁴ OTAEGUI, Julio C., *Administración Societaria*, Buenos Aires, Abaco, 1979, p. 130 y ss.

⁴⁵ HALPERÍN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 451.

Por ello, le asiste razón a Dobson⁴⁶ cuando afirma que la diligencia requerida del administrador se adecúa al tiempo y lugar pues, el estándar del “buen hombre de negocios” debe conjugarse con el art. 512 del C.C., hoy 1724 del CCC.

Por su parte, Rivera⁴⁷ señala que en el caso de La Ley de Sociedades la distinción con el régimen de apreciación de la “culpa in concreto” es sólo aparente pues en los sistemas que siguen la apreciación en abstracto, no puede omitirse la consideración a las circunstancias concretas de la actuación del sujeto.

En definitiva, el administrador societario deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y la actuación presumible de un comerciante experto ante la misma.

En igual línea de pensamiento, se advirtió que las bases normativas de la responsabilidad por daños regladas en el Código Civil, servían de sustento al régimen especial de La Ley societaria, y así Mosset Iturraspe⁴⁸ señaló que existía un factor de atribución “tornasolado”, es decir, que no podían dejarse de lado las consideraciones concretas de cada caso, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas tiempo y lugar.

V. La cuestión de la culpa grave

El debate se tornó más álgido con motivo de la lectura del art. 274 de La Ley de Sociedades, que hace referencia a la pauta del art. 59, pero también agrega que los administradores son responsables por todo daño derivado del dolo, abuso de facultades y culpa grave.

Cabe la pregunta si los directores responden solamente por la culpa grave, aspecto que respondimos también hace mucho tiempo, señalando que la correcta inteligencia del texto legal no permitía apartarse del art. 512 del Código Civil, y consecuentemente, los directores respondían también por la culpa “in concreto”, sea grave o leve.

⁴⁶ DOBSON, Juan I., El interés social como protección del objeto social, LL suplemento especial “Sociedades Comerciales”, dirigido por Julio C. Rivera, diciembre 2004, p. 54.

⁴⁷ RIVERA, Julio C., Responsabilidad de administradores y síndicos, Daños en la actividad comercial, Revista de Daños 2001-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1981, N° 42.

En este sentido, es sumamente claro Otaegui⁴⁹ cuando enseña que la diligencia y lealtad del buen hombre de negocios implica experiencia, y por ende, conocimiento de las actividades configurativas del objeto social de la sociedad administrada, importando la carencia de tal conocimiento un elemento configurativo de responsabilidad.

A partir de la sanción de La Ley 26.994 que unifica el Código Civil y Comercial el debate se replantea en toda su extensión.

El nuevo ordenamiento unifica el régimen de responsabilidad, sin perjuicio de las particularidades de la previsibilidad contractual y la extracontractual, pero incorpora una nueva conceptualización de dolo, que incluye el “menosprecio” por los derechos que no puede ser desconocido ni por la legislación societaria, ni por la concursal, pues de lo contrario, bajo el velo “formal” del argumento de “jerarquía de leyes”, se violaría la correcta construcción del esquema de responsabilidad.

Resulta patente que no puede ser más responsable el “hombre común de a pie” que el administrador que requiere de una “experticia” es decir, conocimiento y experiencia, propias de la actuación empresaria, tal como explicaron los maestros hemos citado, cuyas enseñanzas se mantienen vigentes.

En resumen, el problema de la vigencia o no de la culpa no tiene la relevancia que pretende dársele pues, el primer párrafo del art. 274 de la LS consagró la responsabilidad según el criterio del art. 59, lo que indudablemente, mide las conductas del administrador societario a la luz de las diligencias que impone observar la culpa leve “in abstracto”, tal como lo explica Boretto⁵⁰.

VI. El ámbito concursal

Desde la perspectiva del régimen concursal, la circunstancia de que el art. 173 requiera que las conductas regladas sean a título de dolo, de ningún modo permite afirmar que dicho concepto responde al viejo art. 1072 del C.C., es decir, la intención de dañar.

En efecto, la nueva comprensión que establece el art. 1724 del CCC, cuando refiere también a la manifiesta indiferencia por los derechos del otro, implica claramente una conducta que permite representarse el daño que se puede ocasionar y, pese a ello, no se toman las medidas preventivas y funcionales para ajustar la conducta a los parámetros legales.

⁴⁹ OTAEGUI, J., ob. cit., p. 133.

⁵⁰ BORETTO, Mauricio, Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 144.

Dicho derechamente, no puede argumentarse que el art. 150 y 1709 del CCC impiden la aplicación del nuevo concepto de dolo incorporado por el ordenamiento civil y comercial.

VII. La necesidad de una hermenéutica que respete la correcta télesis del sistema

Todos estos aspectos merecen un abordaje desde el denominado “diálogo de fuentes”, que hemos esbozado en la presente comunicación, con la finalidad de introducirnos en un tema complejo pero que merece una respuesta adecuada a los nuevos tiempos, y donde la interpretación del bloque de juridicidad del Código Civil y Comercial con los microsistemas de La Ley Societaria y la Concursal, resulte una derivación “razonable” del derecho.