

Riesgo empresario vs. Riesgo de ser empresario ¿Responsabilidad objetiva de los administradores y socios?

Carlota Palazzo y Maximiliano Rafael Calderón

Sumario

Hay quienes han comenzado a sugerir que con el Código Civil y Comercial habría entrado en vigencia un nuevo sistema de responsabilidad objetiva para los administradores y socios.

En esta ponencia se brindarán algunos de los fundamentos que refutan dicha postura y que reafirman la subsistencia del régimen de responsabilidad civil de índole subjetiva.

1. Planteo del Problema

Parte de la doctrina ha comenzado a pronunciarse a favor de:

- el encuadramiento de la actividad empresaria considerada en términos absolutos como actividad riesgosa de acuerdo al artículo 1757 del Código Civil y Comercial (CCyC) y, en su base,

- la posibilidad de atribuir objetivamente responsabilidad a administradores y socios por la producción de daños derivados de dicha actividad, en los términos del artículo 1758 in fine CCyC;

- la calificación de determinadas obligaciones de administradores y socios como obligaciones de resultado generadoras de responsabilidad objetiva conforme el artículo 1723 CCyC.

2. Posición de los Ponentes

Los artículos 1757 y 1758 del CCyC resultan inaplicables a la actividad empresarial genéricamente considerada.

El alea negocial del giro empresario no constituye actividad riesgosa generadora de responsabilidad objetiva.

No es posible fraccionar la gestión de los administradores societarios en obligaciones de medios (generadoras de responsabilidad subjetiva) y de resultado (generadoras de responsabilidad objetiva), debiendo apreciarse de manera unitaria y global.

El sistema de atribución de responsabilidad a administradores y socios es único y de neto corte subjetivo.

3. Argumentos en los que se fundamenta la Ponencia

(a) La razón económica del nacimiento del sistema objetivo de responsabilidad por riesgo radica en la existencia de una parte que se encuentra en una adecuada posición para asegurarse por un riesgo previsible y cuantificable, por lo que resulta más eficiente imputarle a ella la responsabilidad, pudiendo combinarse la imputación objetiva con una limitación cuantitativa de responsabilidad.

Por ello, los riesgos que pueden atribuirse a través de un factor objetivo son aquellos “riesgos asegurables”.

El alea negocial en sí misma constituye una hipótesis de riesgo difuso, que afecta de modo constante y homogéneo a toda la comunidad con motivo de la actividad económica y que es imposible de asegurar²¹³.

Ergo, si el riesgo que genera no es asegurable, resulta incongruente e ineficiente calificar la actividad empresaria en sí misma como actividad riesgosa en los términos del artículo 1757 CCyC.

(b) La articulación de sistema y microsistema normativos determina la exclusión de la aplicación de los artículos 1757 y 1758 del modo que se propugna desde que:

b.1) El artículo 150 del CCyC establece que las personas jurídicas se rigen por las normas imperativas de su ley especial y, en su defecto, por el Código;

b.2) A su vez, el artículo 1709 del CCyC establece que en caso de concurrir las disposiciones del Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables en el mismo orden de prelación las normas indisponibles de este Código y de La Ley especial;

²¹³ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Riesgo de empresa*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

b.3) Pero, el sistema de atribución de responsabilidades a administradores y socios de La Ley especial, o sea la 19.550, es de corte estrictamente subjetivo (artículos 54, 58, 59, 274, entre otros) acudiéndose históricamente en la práctica al derecho común solo para hacerse de las apreciaciones sobre qué es la culpa, el dolo, el nexo causal, cómo se define el quantum indemnizatorio, etc.²¹⁴, ya que estos son conceptos desarrollados por el Código y no por La Ley especial;

b.4) Luego una interpretación coherente y sistémica en los términos de los artículos 1 y 2 del CCyC supone que el régimen de responsabilidad subjetivo impuesto por La Ley especial no pueda ser modificado a partir de una interpretación desbordante del régimen de responsabilidad civil del Código.

El propio Código ha establecido criterios de prelación que marcan la prioridad de aplicación de las normas especiales (principio hermenéutico de especialidad). A su vez, no habiendo derogado ni modificado estas reglas particulares del ordenamiento societario (siendo que sí se alteraron otros artículos de La Ley 19.550), no puede razonarse sobre la base de una voluntad legislativa en contrario emergente de una ley posterior.

c) En la misma dirección, los artículos 1757 y 1758 del CCyC deben ser interpretados sistemática, coherente y evolutivamente de acuerdo con los Artículos 1 y 2 CCyC. Por ende debe tenerse en cuenta que:

c.1) Las normas vinieron a zanjar viejas discrepancias acerca de la admisión legal de la responsabilidad riesgosa, que en el viejo Código Civil se caracterizaba por la inexistencia de una norma expresa que receptara la figura; la división de la doctrina respecto de la posibilidad de admitir ese factor de atribución y la existencia de algún consenso acerca de la conveniencia de regular expresamente la responsabilidad por actividad riesgosa²¹⁵;

c.2) Los proyectos de reforma de 1987, 1992, 1993 y 1998, que fueron delineando y prefigurando la responsabilidad por actividad riesgosa, implicaron una ampliación de los supuestos de responsabilidad por riesgo compendiados en el Código Civil (desde la cosa riesgosa del viejo Artículo 1113, a la actividad riesgosa primigeniamente por su naturaleza y luego hasta abarcar las circunstancias de realización y los medios empleados) pero denotando

²¹⁴ BOQUÍN, Gabriela Fernanda, “*Responsabilidad de los Directores. Presupuestos*”, en Duprat, Diego (director), *Tratado de los Conflictos Societarios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 2013.

²¹⁵ CALDERÓN, Maximiliano R. y Márquez, José F., “*Responsabilidad por actividades riesgosas*”, en Márquez, José F. (director), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2015, t. 2, p. 123.

siempre criterios interpretativos estrictos y custodiando los límites externos de esta responsabilidad;

c.3) Para ser considerada riesgosa la ponderación de la actividad debe realizarse en abstracto con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto, exigiéndose que sea “especialmente” riesgosa. Es decir, que conforme el curso normal y ordinario de las cosas existe una clara probabilidad objetiva de que genere peligro o riesgo de dañosidad grave o frecuente²¹⁶;

c.4) La responsabilidad por actividades riesgosas debe ser objeto de una merituación restrictiva ya que de lo contrario absorbería la casi totalidad de los supuestos de responsabilidad civil, pues casi no hay actividad que de uno u otro modo no genere riesgos o peligros para terceros en el contexto de la denominada “sociedad del riesgo” en que vivimos contemporáneamente. De allí que una hermenéutica extensiva llevaría a resultados absurdos y sin antecedentes en el derecho comparado²¹⁷.

En este contexto, resultaría inadmisibles aplicarle al riesgo negocial propio de toda actividad económica la responsabilidad por actividad riesgosa.

d) El artículo 1758 del CCyC indica como sujetos responsables en caso de actividad riesgosa a quien: 1. la realiza, 2. se sirve ó 3. obtiene provecho de ella (por sí o por terceros). Parecería que quienes se pronuncian a favor de aplicar la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa a administradores y a socios lo harían con fundamento en el inciso 1. respecto de los primeros y en el inciso 3. con respecto a los segundos.

d.1) Por imperio de la teoría del órgano los actos de los administradores no se “imputan” a la persona jurídica sino que son propia y directamente actos de ella²¹⁸. Por ende, no podría adjudicársele a los administradores la “realización” de la actividad riesgosa ya que quien la realiza en verdad es la persona jurídica cuyo órgano de administración conforman.

d.2) Si bien puede predicarse que los socios obtienen provecho de la actividad, la regla de la responsabilidad limitada resulta sistemáticamente irre-

²¹⁶ PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, La Ley, Buenos Aires, publicación del miércoles 20 de agosto de 2015 y ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “Responsabilidad por riesgo. El nuevo Artículo 1113”, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 227.

²¹⁷ Argumentos expuestos por Ramón Daniel Pizarro en op. cit. que se comparten íntegramente.

²¹⁸ ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 826.

conciliable con un escenario de atribución objetiva de responsabilidad por el riesgo empresario genérico cuya limitación justamente constituyó uno de los incentivos para la utilización del recurso técnico societario.

Otro tanto ocurre piénsese desde la instancia concursal en la que se ha ido evolucionado hacia un sistema que prescinda de una visión sancionadora y calificadora del deudor fallido. La imputación objetiva de responsabilidad implicaría indirectamente un retroceso en ese sentido al achacarle a la empresa y al empresario responsabilidad por el solo hecho de serlos.

En todo caso, debe advertirse que la obtención de “provecho” que se ha utilizado para extender el espectro de sujetos responsables por demás de a quienes realizan los actos dañosos²¹⁹, lo ha sido en la medida que gozaran de facultades de control y dirección de la actividad que por su intensidad justifiquen la imputación objetiva, pero siempre debe interpretarse en sentido estricto y acotada al provecho obtenido de actividades “especialmente” riesgosas. Una visión contraria conllevaría resultados absurdos²²⁰.

e) No existen precedentes en el derecho comparado acerca de la imputación de responsabilidad objetiva a socios y administradores por actividad riesgosa²²¹.

f) La modificación del Artículo 1724 en lo que al concepto del dolo respecta, ahora expresamente inclusivo del “dolo eventual”, del que se nutren las leyes especiales, en particular La Ley 19.550 y La Ley 24.522, pareciera dotar

219 “Bogado, Juan Jorge y otro vs. Toledo, Víctor Adrián y otro” fallo dado por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires el 15/07/15, publicado en La Ley 30/9/2015, p. 10.

220 CERUTTI, María del Carmen, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas”, en *Revista de Derecho de Daños 2012-3 (Proyecto de Código Civil y Comercial)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 339; López Herrera, Edgardo, en Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1127; SÁENZ, Luis, en Carlos Calvo Costa (director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*. t. II, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 748.

221 Al efecto en lo que a administradores atañe resulta sumamente interesante revisar el “*Study on Director’s Duties and Liability*” preparado por el Departamento de Derecho de London School of Economics en abril de 2013 en el que se comparan pormenorizadamente los sistemas de los países que integran la Comunidad Europea. Por su parte, respecto a la responsabilidad de los socios igualmente enriquecedor resulta el Working Paper N°145 de julio de 2003 de InDret sobre “*Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital*”.

de amplitud suficiente y razonable los supuestos de responsabilidad subjetiva que antes se encontraban restringidos por dificultades interpretativas²²².

De igual manera completan el sistema de responsabilidad subjetivo imperante la obligación de implementar sistemas y medios preventivos que eviten la causación o agravamiento de daños o los disminuyan, conforme Artículos 159 y 1710 cuya operatividad resultante de su compatibilidad sistémica con los Artículos 54, 59 y 274 ley 19.550 constituye otro argumento más a *contrario sensu* para considerar inaplicable el Artículo 1757. Esto es: justamente porque es exigible y deseable la adopción de técnicas de prevención, es que se constituyen como un eximente de responsabilidad de administradores y socios, de modo de incentivar las buenas prácticas y conductas²²³.

g) La ponderación de la responsabilidad de los administradores societarios debe realizarse de manera integral e indivisible. La gestión social es unitaria y se materializa en múltiples conductas, todas ellas unificadas funcionalmente: se trata de una “actividad” (en tanto conjunto de actos interrelacionados y sistémicamente vinculados) y no un mero compendio de actos aislados.

Por ello, la pretensión de fraccionarla en innumerables obligaciones interdependientes (algunas de medios y otras de resultado, conforme clasificación del Artículo 774 CCyC) no se corresponde con la realidad e implica una atomización de la valoración de la conducta de los administradores (que podría conducir al error de atribuirles responsabilidad por una conducta puntual a pesar de la inexistencia de una mala gestión o de un daño resultante).

Por ello, no puede descomponerse la gestión social en una multiplicidad de actos específicos catalogables bajo factores de atribución subjetivos u objetivos según califiquen como obligaciones de medio o de resultados.

h) Por fin, debe destacarse que la sistemática del Código Civil y Comercial determina que “en ausencia de normativa, el factor de atribución es la

222 La doctrina producida a partir de la entrada en vigencia del Código parece ser pacífica en este sentido. Citar ponencias congreso concursal. Al efecto pueden revisarse las ponencias de María INDIANA MICELI, “*La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la Acción Concursal de Responsabilidad*”, p. 212 y ss.; Gabriela Fernanda BOQUÍN “*Factores de atribución de responsabilidad. Simplificación de la definición de dolo y consecuencias respecto de las acciones de responsabilidad*” p. 264 y ss. y CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, “*El dolo eventual y las acciones de responsabilidad concursal ante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial*”, p. 268 y ss., todas publicadas en el Tomo IV Control de Gestión del Concursado, de las ponencias del IX Congreso Argentino de Derecho Concursal, VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia.

223 A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de responsabilidad por actividad riesgosa en los que se consideran insuficientes para eximir de responsabilidad a los fines de incentivar la toma de seguros.

culpa”, lo que implica erigir la responsabilidad subjetiva como regla y la objetiva como excepción.

Esta pauta normativa impone ponderar de manera prudente y razonada las situaciones a encuadrar dentro de la imputación objetiva.

4. Reflexión Final

Los contornos de la responsabilidad civil deben precisarse para evitar fenómenos de sobreprevención de daños, que, de existir, conllevarían ya el desincentivo de actividades socialmente beneficiosas (especialmente de la inversión productiva), ya el incentivo de prácticas no queridas (tales como la utilización de testaferros o designación de administradores insolventes).

Tan importante como la cuestión de la responsabilidad de administradores y socios es su contrapeso natural constituido por los límites de tales responsabilidades. No debe soslayarse así la prolífica y constante búsqueda de mecanismos que permitan limitar los riesgos en pos de asegurar la presencia de administradores idóneos al frente de las sociedades (*indemnity clauses, D & O Insurance*, entre otros).

En un país en el que los socios montan empresas y los administradores ejercen sus tareas en un mercado con una gran inestabilidad política, económica y social a más de una constante inseguridad jurídica, la definición acerca del sistema de responsabilidad aplicable resulta clave a los fines de coadyuvar a la superación de la aversión al riesgo por parte de los emprendedores y/o inversores y por parte de quienes administren sus emprendimientos y/o inversiones.

Consiguientemente, ante la dicotomía entre “El riesgo empresarial”²²⁴ vs. “El riesgo de ser empresario” necesariamente debe preponderar la elección e implementación de los medios para limitar el segundo.

Ello porque toda decisión empresarial generará consecuencias que podrán ser interpretadas ambigüamente por quienes se perjudican o benefician; pero no pueden dejar de tomarse decisiones, ya que la inacción es tanto o más perjudicial que las medidas que pudieran tomar y pone en serio riesgo el futuro de la empresa²²⁵.

224 Entendido como el álea de todo negocio.

225 FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (Pater) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (H), “*Mecanismos para la limitación de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*”, publicado en Errepar, DSE, n° 298, t. XXIV, Septiembre 2012.

El sistema de responsabilidad subjetivo sigue constituyendo entonces el que mejor propende a una justa composición y equilibrio entre los derechos e intereses de quienes desarrollen la actividad económica organizada y quienes puedan verse perjudicados por ella. Debe resistirse cualquier interpretación en contrario.