

NO HAY RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES POR ERRORES DE GESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

JUAN MALCOLM DOBSON

LA CUESTIÓN A ANALIZAR

Existe alguna discusión en el derecho argentino sobre la extensión de la responsabilidad civil que tienen los administradores de sociedades comerciales. En las gradaciones que admite la Ley de Sociedades 19.551 de la culpa simple, culpa grave y dolo, vengo a sostener que no ha de existir responsabilidad en este ámbito por culpa simple y sí solamente por culpa grave o dolo. A la culpa simple he de denominar "error empresario" o "error de gestión", en cuanto en este accionar empresario que no da lugar a responsabilidad civil habrá que eliminar la intención de dañar (dolo) y la culpa con representación (culpa grave). Por cierto que en este ámbito no me he de ocupar de la responsabilidad penal, laboral ni tributaria de los administradores, que se rigen por otras reglas.

LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA CUESTIÓN

Desde un punto de vista teórico, la cuestión resulta de importancia, en cuanto permite esclarecer el sistema de responsabilidad civil previsto por el derecho argentino para el accionar empresario. Pero tiene efectos en otras áreas, ya que existe un amplio sector del mercado del seguro destinado a asegurar el error empresario ("El segmento factura en la Argentina 5 millones de dólares", El Cronista Comercial, martes 15 de mayo 2001). De no existir responsabilidad civil por error empresario, como lo propongo, entonces la contratación parte de una base errónea. Por el contrario, siendo el dolo y la culpa grave del asegurado condiciones de la conducta que permiten al asegurador declinar su responsabilidad frente a él (art. 70, ley de Seguros 17.418-1967) entonces puede afirmarse que un amplio sector del mercado de seguros depende de la respuesta al interrogante que se propone.

Por otra parte, es necesario destacar que el sistema de responsabilidad civil de administradores que se adopte es una importante decisión de política legislativa. Un sistema "blando" de responsabilidad actuará como un aliciente para la actividad empresaria, pero probablemente determine un relajamiento de las reglas de responsabilidad. Por su parte, un sistema "duro" de responsabilidad actuará como un elemento moralizador del mercado, pero seguramente determinará una retracción del accionar empresario frente a operaciones de riesgo.

LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA QUIEBRA EMPRESARIA

No advierto la necesidad -consagrada por la ley argentina vigente (art. 173 LCQ) para distinguir entre la responsabilidad en el ámbito de la quiebra y fuera de ella. Creo que un sistema coherente de responsabilidad civil debe ser único, en cuanto responderá a las reglas que deben regir el accionar empresario, sean cuales fueran las consecuencias. Ello no empece de los deberes de colaboración de los administradores de sociedades comerciales para con los Jueces y los Síndicos Concursales, que deben estar y de hecho lo están (art. 102, ley 24.522) sometidos a reglas especiales más estrictas.

EL MERCADO DE RIESGO (AGRAVADO)

Piedra angular de esta construcción que propongo se halla en el ámbito donde desarrolla su actividad el administrador de sociedades comerciales. He denominado a este ámbito el de "mercado de riesgo agravado" para enfatizar que el mismo requiere del administrador una

conducta de especial riesgosa. Estimo que la nota dominante del mercado actual es un riesgo agravado y que las características de esta situación no pueden ser obviadas en la elaboración de una teoría de la responsabilidad de administradores. El riesgo es agravado en la economía actual por la competencia global, y es el factor más ostensible de la economía actual. La teoría de la "administración del riesgo" ("Risk Management theory") expuesta a principios de la década del 90 (por Charles Sanford Jr., en aquel entonces CEO del Bankers' Trust N.Y: en 1993 en su conferencia "Mercados Financieros en el 2020", Time Magazine, 27 abril 1998, p. 20) ha sido una de las ideas más importantes de las finanzas de nuestra época. Ello ha determinado la aparición de los índices de riesgo, entre los cuales el más notorio es el de "riesgo país" elaborada en el año 1992 por J. P. Morgan Securities, N.Y. (La Nación, 22 de julio 2001, Secc. Economía y Negocios 2, p. 1) del que depende la suerte de los mercados denominados "emergentes" como el nuestro. También ha determinado la aparición de las "sociedades calificadoras de riesgo" destinadas a definir el riesgo que significa una determinada entidad financiera. Una economía donde el "riesgo país" es muy alto, donde las leyes "antidumping" son ineficaces, donde la competencia global determina que el empresario industrial argentino debe tomar decisiones contra la importación de productos de países con costos laborales de producción ínfimos comparativamente con los nuestros, determinan un aspecto de suma relevancia para mi desarrollo. Este es el hecho que en este mercado las ganancias son cada vez menores y ello determina que las decisiones que deban ser tomadas sean cada vez más riesgosas.

Consecuencia de lo expuesto es que el alto riesgo empresario es ínsito a la actividad comercial. Ello no debe ser visto como una deficiencia del mercado, sino como una característica ineludible de él. La asunción de riesgos empresarios es beneficiosa para la economía, como se viene sosteniendo en el derecho de la insolvencia inglés desde 1701. En un sistema como el capitalista, cuya producción de bienes y servicios depende de la actividad privada en un mercado de competencia, la asunción de riesgos debe ser vista como ínsito al sistema. Un empresario no debe ser sancionado por asumir riesgos, sino que su actividad debe ser vista con la comprensión de que el riesgo es el motor del sistema mismo.

EL "BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS" FRENTE AL "BUEN PATER FAMILIAS"

El factor riesgo agravado ínsito a la actividad es lo que distin-

gue al “buen hombre de negocios” del “buen pater familias”. El hombre común representado por el “pater familias” no actúa y no debe actuar en un mercado de riesgo agravado, sino que por el contrario, es un deber de prudencia del hombre común el evitar los riesgos agravados. Obviamente el “buen pater familias” debe enfrentar riesgos inevitables, pero su deber es evitar riesgos innecesarios. Por el contrario, el hombre de negocios debe asumir el riesgo agravado como parte del perfil de su actividad. Un equilibrista, un bombero no pueden ser medidos con los mismos patrones que los hombres comunes: sus actividades se desarrollan en un ámbito de riesgo agravado y las reglas con las que se miden sus responsabilidades deben ser distintas de las que rigen las responsabilidades de los hombres comunes.

Para medir la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, que se desempeñan en un ambiente de riesgo agravado, es necesario establecer reglas especiales, y a ello me abocaré de inmediato.

EL “STANDARD” JURÍDICO DEL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS”

La Ley de Sociedades 19.550 (LS), art. 59 establece para los administradores de sociedades comerciales, el standard jurídico del “buen hombre de negocios”, sin que se prescriban reglas que denoten qué es un buen hombre de negocios. La regla del art. 274 LS prescribe la responsabilidad por “mal desempeño del cargo”, pero sin establecer reglas relativas a qué constituye “buen desempeño del cargo”. En consecuencia, la medida de la responsabilidad civil del administrador de una sociedad comercial dependerá de la respuesta que se dé al interrogante: ¿qué es un “buen hombre de negocios”? Para ampliar el espectro del interrogante, podría formularse una pregunta complementaria: ¿cómo debe actuar un buen “pater familias” en un mercado de riesgo agravado?. Estimo que para poder obtener una respuesta adecuada a este interrogante, es necesario establecer reglas especiales del juzgamiento de la actuación empresaria. en efecto, determinar qué es diligente y qué es prudente en un mercado de riesgo, es distinto en un mercado de riesgo que en una situación razonablemente exenta de él. El deber de diligencia de un empresario debe ser juzgado con criterios distintos ya que el sistema económico capitalista le obliga a tomar riesgos para tomar más ganancias, o siquiera para obtener alguna ganancia. Los jueces juzgan “ex post facto” decisiones riesgosas que deben ser tomadas en forma rápida y dentro del marco del funcionamiento de una empresa donde las decisiones a tomar son múltiples y

difíciles. Por ello el marco de su juzgamiento debe ser limitado.

EL EJEMPLO DE LA "BUSINESS JUDGEMENT RULE" (REGLA DEL JUZGAMIENTO EMPRESARIO) DEL DERECHO NORTEAMERICANO: ACTUAR SIN LA DEBIDA INFORMACIÓN ES CULPA GRAVE

La evolución en el derecho norteamericano de la respuesta al interrogante que formulara en el párrafo anterior resulta esclarecedor a mi criterio del método que debe utilizarse para establecer las reglas del juzgamiento de la conducta empresario.

El "standard" jurídico de la conducta en general en el derecho norteamericano es el "duty of care" o deber de diligencia. Pero a los fines de interpretar en qué consiste el "duty of care" de un empresario, los jueces norteamericanos han diseñado una regla especial, regla que es conocida como el "business judgement rule". Se trata de una regla negativa que prescribe que:

"un empresario no ha de tener responsabilidad civil por decisiones honestas pero equivocadas, aun cuando éstas fueren claramente erróneas".

La regla se halla integrada por una serie de reglas positivas que determinan que un empresario tendrá responsabilidad civil por: (a) actos dolosos (fraudulentos); (b) actos contra la ley; (c) cuando actúe en interés contradictorio con la sociedad; y (d) actos realizados con culpa grave ("gross negligence").

La doctrina del "business judgement rule" de jurisprudencia norteamericana distingue los casos de culpa simple y los de culpa grave ("gross negligence"). Para poder hacerlo, determina que los jueces deben analizar el procedimiento de la toma de decisiones del empresario. Si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente.

En el cúmulo de casos estadounidenses puede establecerse diversos supuestos en los que los jueces han estimado que ha existido "gross negligence" (culpa grave). Los más usuales son: (a) administradores que se han desentendido de sus obligaciones, no asistiendo a las reuniones donde se han tomado las decisiones; y (b) administradores que han tomado decisiones sin leer los informes o la documentación contable. A su vez, la jurisprudencia norteamericana ha establecido reglas específicas para los directores de grandes empresas, determinando una atenuación del "deber de vigilancia" relativo al monitoreo de la actividad de los empleados. Los jueces no han de juzgar

decisiones equivocadas y han de respetar el criterio empresario que las determinó.

LA REGLA DEL “WRONGFUL TRADING” DEL DERECHO INGLÉS

El derecho inglés de la insolvencia (Insolvency Act 1986, pero con antecedentes desde 1924) ha elaborado una regla positiva para determinar la existencia de responsabilidad civil en el juzgamiento del accionar empresario, en la que la culpa grave (“wrongful trading”) consiste en:

“continuar con la actividad empresaria cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”.

El accionar con culpa grave (“wrongful trading”) se distingue del accionar fraudulento (“fraudulent trading”) en que éste último requiere de intención o malicia. Casos de culpa grave son conforme a la legislación de 1986: (a) cobro de salarios muy altos; (b) incumplimiento de deberes de contabilidad legal; (c) redacción defectuosa de memorias anuales e informes de auditoría; (d) falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubiesen sido pagados o cumplidos en todo o en parte; (e) ventas por valores anormales.

EL DERECHO ARGENTINO: LA IRRESPONSABILIDAD POR EL ERROR EMPRESARIO DENTRO DE LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

En el derecho argentino es posible llegar a las mismas conclusiones del derecho norteamericano y del derecho inglés que he muy sucintamente mencionado en los párrafos anteriores, a través del desarrollo de la teoría de la “causalidad adecuada” dentro de las reglas generales aceptadas de la teoría de la responsabilidad civil.

La teoría de la causalidad adecuada responde a la distinción formulada por el art. 906 del Código Civil que prescribe que no se responde por las consecuencias remotas de los hechos, lo que determina que los jueces deben individualizar un nexo causal suficiente (“adecuado”) entre el acto ilícito y el daño producido.

Para establecer una causalidad adecuada entre la conducta empresaria y el resultado dañoso, bastará con recurrir a las construcciones realizadas por la doctrina argentina en materia de responsabilidad civil. Habrá causalidad adecuada cuando el resultado de un acto empresario hubiera sido previsible, siendo entonces necesario que el empresario hubiera podido prever el daño. Para ello habrá que investigar:

- (1) la razonabilidad del daño a partir del hecho imputado al empresario. Para ello los jueces habrán de investigar: (a) el contexto y la situación en que se actuó; (b) las previsiones posibles y el curso efectivo de los acontecimientos posteriores. La regla de la doctrina argentina en la materia es que para que exista responsabilidad no basta con que las consecuencias hayan sido posibles: dado el contexto y la situación las consecuencias deben haber sido inevitables (necesariamente debían ocurrir).
- (2) el poder causal del sujeto (arts. 902 a 905 Código Civil). Para ello los jueces deben investigar: (a) los conocimientos o aptitudes especiales de un sujeto determinado; (b) el conocimiento que ese sujeto en particular tenía de la situación, con especial referencia a la información privilegiada (“insider information”).
- (3) la previsibilidad del daño. Habrá previsibilidad del daño cuando éste habría de surgir “según el curso ordinario de las cosas” (art. 901 Cód. Civil). Habrá que tener en cuenta en este aspecto que los empresarios hacen de la previsión su actividad principal y como tales deben ser juzgados con rigor en este aspecto. Para analizar la previsibilidad del daño será necesario investigar: (a) las circunstancias anteriores o concomitantes, para determinar si eran conocidas o podían ser conocidas por el empresario empleando la debida atención y conocimiento de las cosas o si por el contrario no podían ser conocidas, y por ello la consecuencia extraña a la conducta (art. 904 Cód. Civil). Acá es notorio el parentesco de la doctrina de la causalidad adecuada con la “business judgement rule” norteamericana; (b) las circunstancias posteriores: (i) si hubieran sido previsibles, el empresario debe responder por las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 901, 903 y 904, Código Civil); (ii) si hubiesen sido imprevisibles, la relación causal se interrumpe y en consecuencia el empresario no ha de responder.

El juicio de “probabilidad del daño” es la “business judgement rule” argentina

El juicio que debe realizar el juez argentino es el de la previsibilidad del daño frente a un determinado accionar empresario. El juez debe realizar un análisis “ex post factum” y formular un juicio de probabilidad del daño, preguntándose si ese acto era idóneo para producir el daño. El criterio para hacerlo es subjetivo: si el acto realizado resultaba idóneo para causar el daño para el empresario en particular que se está juzgando, analizando las circunstancias que él conoció o debió conocer si hubiera consultado la información disponible. Es aquí donde la experiencia de cada persona debe ser tenida en cuenta, analizando

do las condiciones personales de cada uno: si el empresario es abogado, contador público, etc., ya que la previsibilidad no es igual para todos. Lo que es previsible para uno no lo es para todos.

LAS "CONCAUSAS" EN LAS DECISIONES EMPRESARIAS: EL FACTOR DE DESVIACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS DE LOS EMPRESARIOS

Un aspecto crucial en la elaboración de una doctrina del juzgamiento empresario es la consideración de las concausas del daño, ya que las decisiones empresarias son tomadas en un ambiente de riesgo agravado. Las concausas son los factores concurrentes que incidieron en la producción del daño. Para la doctrina de la causalidad adecuada, deben analizarse todas las circunstancias posteriores -no previstas ni previsible- que introdujeron un factor de desviación e hicieron que las consecuencias fueran distintas de las previstas o de las que se pudieron prever.

Es aquí donde adquiere una relevancia especial la noción de riesgo dentro de la teoría de la responsabilidad civil. Conforme lo indica el Diccionario de la Academia Española, la voz "riesgo" significa "contingencia o proximidad del daño", y "correr riesgo" es "estar una cosa expuesta a perderse o no verificarse".

LA NOCIÓN DEL "RIESGO EMPRESARIO" EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA DE LA "CAUSALIDAD ADECUADA". EL RIESGO DEL MERCADO Y LAS CONDUCTAS TEMERARIAS Y DOLOSAS

Establecida las nociones de riesgo como proximidad del daño, y del riesgo como ámbito necesario de las decisiones empresarias, puede señalarse indicando la ubicación de la actividad empresaria dentro de la teoría de la causalidad adecuada que el riesgo empresarial se adopta necesariamente en el contexto de una multiplicidad de concausas. Esta multiplicidad de concausas son el "riesgo del mercado" y ello es ínsito y propio del sistema capitalista de la libre empresa. El riesgo del mercado está dado precisamente por esa multiplicidad de concausas que hacen imprevisible el resultado de cualquier acción, y ello determina la necesidad de juzgar la conducta empresaria utilizando reglas especiales.

Esta noción de actividad empresaria desarrollada en un marco necesario de intenso riesgo, lo que lleva a sostener que no podrá imputarse responsabilidad civil por los actos de los empresarios, sino en los casos en que sea posible discernir que no existieron concausas que

interrumpieran el nexo causal. Esta es también una regla negativa del tipo de la "business judgement rule", pero obtenida en el derecho argentino.

La actividad empresaria al desenvolverse en un contexto necesario de riesgo, hace necesario juzgar conductas de riesgo necesario, lleva a sancionar sólo las conductas temerarias (culpa grave) o con intención dañosa (dolo).

CONCLUSIÓN: LA NOCIÓN DE "BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS" DEBE OBTENERSE EN EL MARCO DE UN MERCADO DE RIESGO EMPRESARIO

El fundamento normativo de la posición que se sostiene se halla en el propio art. 59 LS.

El "standard" jurídico del "buen hombre de negocios" que prescribe el art. 59 LS debe interpretarse necesariamente en el contexto del mercado de riesgo donde la actividad empresaria se desarrolla. La consecuencia de esta posición es que el buen hombre de negocios no responderá por errores de gestión, sino solamente por dolo o culpa grave.

La interpretación que se propone para el art. 59 LS se encuentra confirmada por otras disposiciones legales y por la interpretación jurisprudencia, a saber:

- 1) El art. 274 LS que sanciona este tipo de conductas, sin considerar a la culpa simple;
- 2) El Código Penal, que sólo establece como tipo sancionable en la figura del quebrado "culpable" (art. 177 CP) los actos de negligencia o imprudencia "manifiesta" (lo que debe entenderse como culpa grave).
- 3) Las disposiciones de la derogada ley 19.551 en el instituto de la calificación de la conducta (con un régimen de causalidad adecuada a partir de 1983), cuando prescribía en su art. 236 que la conducta de los fallidos era considerada culpable cuando el empresario hubiera abandonado sus negocios, o realizado cualquier otro acto de negligencia o imprudencia "manifiesta".
- 4) La ley de Concursos y Quiebras 24.522 vigente sanciona específicamente con una acción concursal a las conductas realizadas con dolo (art. 173 LCQ).
- 5) los casos jurisprudenciales han sancionado solamente los casos de culpa grave y dolo.