

LXV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En homenaje al Dr. Héctor ALEGRÍA

San Isidro, 11 y 12 de mayo de 2.017.

Tema: La influencia y aplicación de las normas sobre derecho de daños del Código Civil y Comercial en el derecho societario.

Ponencia:

La teoría general de la responsabilidad civil regulada en sus presupuestos y aspectos conceptuales esenciales por el Código Civil y Comercial, es de fundamental e inexorable aplicación en el ámbito de las sociedades, ya sea para complementar las reglas que contienen el régimen legal especial, o para ser aplicadas en forma directa cuando dicha ley especial no contenga preceptos que traten temas o institutos específicos relacionados con el derecho de daños.

Sin embargo, este necesario vínculo normativo —nada nuevo, pues durante la vigencia del Código Civil también existía—, no hace perder vigencia al principio a la regla hermenéutica: “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” (la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general), lo que implica que en primer término, son aplicables las normas que contiene la Ley General de Sociedades sobre responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de los administradores de las sociedades esencialmente de naturaleza contractual y legal y, en principio, “subjetiva”, particularmente en lo que respecta a su actuación en el manejo y gestión de los negocios sociales.

La culpa del agente (administrador), si bien es analizada, *prima facie*, en “abstracto” —por aplicación del criterio del “buen hombre de negocios” que emerge del artículo 59 de la ley 19.550—, no puede prescindir de considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar, propias del sistema subjetivo —*en concreto*—, pues solo de esta manera puede ser evaluada en su real dimensión, la conducta “obrada” frente a la conducta “debida” por el administrador.

Sin embargo, las modificaciones que incluye el Código Civil y Comercial que decididamente impactan en el régimen societario, determinan que será factor objetivo el que corresponderá aplicar cuando se trate del incumplimiento de obligaciones de resultado.

Autor: Fernando Javier MARCOS (Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón).

I. Introducción

En una ponencia que presenté en el último Encuentro de Tandil, abordé un tema que, a mi entender, se imponía como primordial para poder avanzar en todo aquello vinculado a la influencia y alcances del Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad, respecto a los denominados microsistemas sociedades y concursos¹.

Allí, al analizar el contenido de los artículos 150 y 1709 del referido Código desde la perspectiva que proponen los artículos 1º, 2º y 3º del referido cuerpo legal, concluí que aquellas normas vinculadas a las personas jurídicas privadas y a la responsabilidad civil, establecen un orden de prelación que, en caso de conflicto normativo o de concurrencia de normas sobre un caso concreto, tornan aplicables en primer término los preceptos que contiene la ley especial y luego los del Código, siempre que trate de normas de igual jerarquía.

Esto me llevó a establecer, que en las particulares materias antes mencionadas, o sea, personas jurídicas privadas y responsabilidad civil, si se dan las condiciones indicadas en el párrafo precedente, se deben aplicar en primer lugar las disposiciones de la ley 19.550 o 24.522, según corresponda, y luego las del Código Civil y Comercial de la Nación.

Todo esto con una aclaración: igualmente las reglas del Código siempre son aplicables cuando los regímenes especiales no contengan normas sobre el caso específico.

Pues bien, a partir de estas primeras conclusiones, pretendo ahora ocuparme de analizar cómo ha quedado regulada la responsabilidad de los administradores de las sociedades luego de la reforma.

II. La influencia del Código Civil y Comercial en el derecho societario y las normas que regulan la responsabilidad de los administradores

En materia *societaria*, de los principales aspectos vinculados a la responsabilidad de los sus administradores o representantes se ocupan los artículos 59 y 274 de la ley 19.550, el último, relacionado con los directores de las sociedades anónimas y, por la expresa remisión que contiene el artículo 157 de la Ley General de Sociedades, también

¹ El trabajo citado se encuentra publicado en el libro de ponencias editado para el 64º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Pcia. de Bs. As., pp. 29-48.

con los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, sin olvidar que es de “aplicación analógica para los distintos tipos societarios”².

Como norma rectora del sistema que integran las sociedades (antes sociedades comerciales), el artículo 59 citado “establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, sea cual fuere el tipo social”³. Este paradigma que determina el precepto referido, impone a los administradores o representantes de las sociedades, el deber y obligación —esta de fuente legal— de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios⁴, responsabilizándolos en forma ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento a lo allí estatuido.

Esto hace nacer para el administrador la obligación de desempeñar el cargo “persiguiendo los intereses de la sociedad, con debida diligencia y lealtad”⁵. Sin embargo, estos “no responden personalmente frente a terceros por los actos realizados en forma regular en nombre de la sociedad”⁶ a la que, por otra parte, sí obligan (artículo 58 ley 19.550).

Como lo expuso Halperín al referirse al artículo 59 de la Ley de Sociedades, “con este criterio de apreciación la ley ha fijado un cartabón o estándar jurídico para apreciar la debida diligencia” de los administradores, para poder valorar adecuadamente su conducta y la previsibilidad de sus consecuencias. Pero aclaró que “este cartabón establece un criterio objetivo de comparación pero no una responsabilidad objetiva”⁷.

Al respecto, Otaegui destacó que “el administrador societario, al desempeñar las funciones no regladas de gestión operativa empresaria, deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (LS art. 59), tomado como modelo, diligencia que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (Cód. Civ., art. 902). La omisión de tal diligencia [...] hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la responsabilidad por la culpa leve *in abstracto*”, además de responder por culpa grave y dolo⁸.

Estas reflexiones, que no han perdido actualidad, permiten sostener que el plexo normativo que se inicia en la Ley General de Sociedades con los artículos 59 y 274

² NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, T. 1, p. 654.

³ VÍTOLO, Daniel R., *Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, p. 442-443.

⁴ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1980, Vol. I, p. 304.

⁵ DOBSON, Juan Ignacio, *Interés Societario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 97.

⁶ ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L., RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, T.II, Segunda Parte, p.525.

⁷ HALPERÍN, Isaac (edición actualizada y ampliada por Julio C. OTAEGUI), *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998, p. 547-548.

⁸ OTAEGUI, Julio César, *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 133.

(que no fueron modificados por la ley 26.944), se complementa con los artículos 1723, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

Sobre el parámetro abstracto —en principio— del “buen hombre de negocios”, el cual denota una responsabilidad de tipo “profesional” distinto del “buen padre de familia” del derecho romano, mucho se ha dicho y escrito. Este se presenta como una suerte de atavismo del sistema de “apreciación de la culpa” —que también supo seguir el derecho francés de la etapa previa al Código de Napoleón— que, a la hora de apreciar la responsabilidad del administrador, se impone como un criterio objetivo de valoración, cuyo significado no es otro que reconocer que tales sujetos “se desenvuelven dentro de un mercado de riesgo constante”⁹, circunstancia esta que no se puede obviar a la hora de analizar la conducta de aquel.

A pesar de ello, igualmente no se aparta del sistema legal general que regula el Código Civil y Comercial, que obliga a confrontar la diligencia debida por parte de ese administrador o representante societario, con la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (artículo 1724 del Código Civil y Comercial), como así también, con el deber jurídico genérico de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 1725 del Código Civil y Comercial).

Y no puede ser otra la solución, porque para poder apreciar en su justo término la *conducta obrada* por el agente que se considera responsable (administrador o representante) a través del criterio objetivo que como paradigma fija el artículo 59 de la ley 19.550, es absolutamente indispensable determinar cuál era la *conducta debida*. Esto inexorablemente lleva a tener que considerar la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, tal como lo prescribía el artículo 512 del Código de Vélez y hoy lo replica el artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

Lo expuesto lleva a extraer una primera conclusión: la aplicación del criterio subjetivo y de la apreciación de la culpa *en abstracto*, para poder evaluar adecuadamente la diligencia específica exigida al administrador, requiere de su valoración *en concreto*¹⁰.

Por otra parte, esta necesaria vinculación e interrelación entre criterios ya había sido destacada por Orgaz, quien sobre la separación de estos sistemas de apreciación de la culpa señaló que era “más bien, puramente verbal”, porque en la práctica, para considerar y evaluar la culpabilidad de un sujeto, ni el *sistema objetivo o abstracto* puede prescindir de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar (artículo 512 del Cód. Civil y artículo 1724 del Código Civil y

⁹ DOBSON, J. I., op. cit., p. 144. ,

¹⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 133; RICHARD, Efraín Hugo, *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 291; JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., pp. 1259-1265; NISSEN, Ricardo A., op. cit., T. I, pp.653-659; BORETTO, Mauricio, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2006, pp. 143-144, entre otros.

Comercial), ni el *sistema subjetivo o concreto* puede omitir la comparación de la conducta del imputado con la del individuo de diligencia normal u ordinaria¹¹.

Respecto al artículo 274 de la ley 19.550, este dispone que “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

La norma citada anteriormente, da lugar a diversas cuestiones a las que aquí solo me referiré brevemente.

El precepto estatuye la responsabilidad personal, directa, ilimitada y solidaria de los directores de las sociedades anónimas por el mal desempeño de su cargo, conducta que debe ser evaluada según el criterio del artículo 59 de la ley 19.550, al que ya me he referido. Posteriormente, agrega que tales administradores responderán por los daños ocasionados por su dolo, abuso de facultades o culpa grave, lo que a juicio de cierta doctrina, implicaría reeditar la aplicación de criterios de graduación de la culpa (levísima, leve y grave).

Como lo planteo en su oportunidad Otaegui¹², la redacción del artículo 274 de la ley societaria, dio lugar a tres interpretaciones: a) una que a partir de la inclusión de la culpa grave, consideró que los directores no debían responder por la culpa leve¹³; b) otra, que consideró que los supuestos indicados quedan subsumidos por la regla general del artículo 59 de la ley 19.550¹⁴¹⁵ y c) aquella que sostiene que el artículo 274 citado, no excluye la culpa leve, porque la última parte de dicha norma al hacer referencia al daño causado con dolo, abuso de facultades o culpa grave, “no está calificando la responsabilidad genérica, sino agregando nuevas razones para hacer responder a los directores”¹⁶

¹¹ ORGAZ, Alfredo, *La Culpa*, Córdoba, Ed. Lerner, 1970, p. 133.

¹² OTEEGUI, J. C., op. cit., p. 397.

¹³ DOBSON, J. I., op. cit., p. 149. No compartimos esta posición.

¹⁴ HALPERÍN, Isaac, op. cit., p. 553.

¹⁵ MORO, Emilio F., *Culpa en la administración de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2013, p. 423. El citado autor, también sostiene que a tenor del texto del artículo 274 y de la remisión al 59, ambos de la ley 19.550 los directores responden por la culpa grave y por la culpa leve, expresa sobre el particular, “que la referencia a la culpa grave es una inclusión sobreadundante”.

¹⁶ ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., op. cit., T.II, Segunda Parte, pp. 527-528. Los autores agregan, que una interpretación distinta de la indicada, sería ilógica y conduciría al absurdo de que los demás tipos societarios, en los que los socios tienen, por su carácter personalista, un control directo sobre la administración [...] la responsabilidad sería más grave que en la anónima —y en la sociedad de responsabilidad limitada, a la que el régimen también le es aplicable— en la que aquel control es más remoto e indirecto y respecto de la que siempre debe darse el equilibrio de una mayor responsabilidad frente a una autonomía orgánica también mayor”.

En resumen, la posición de cualquiera de las dos últimas opciones parecen ser las que representan el significado que emana de la letra y fin de la ley (artículo 274 ley 19.550) y conducen a sostener con razonabilidad, que la transgresión de la variable objetiva que fija el artículo 59 de la ley 19.550 (buen hombre de negocios) hace responsable al administrador de societario (director de S.A. o gerente de S.R.L.) por los daños y perjuicios causados (por acción u omisión), lo que constituye la responsabilidad de éste por culpa leve *in abstracto*, sin que ello obste para que responda por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, por el dolo¹⁷.

Vale también aquí la reflexión de Nissen, quien al referirse a la mención de la culpa grave que contiene el artículo 274 de la ley societaria, dijo que ello no autoriza a sostener la exclusión de la leve y levísima, porque la clasificación de la culpa en grados, de raigambre romana, fue abandonada en su momento por nuestro Código Civil (criterio, agrego, que también sigue el Código Civil y Comercial en su artículo 1724), pues se ha adoptado un sistema de individualización que tiene en cuenta el caso concreto y que debe ser analizado a la luz de la circunstancias en que el administrador debió actuar (antes artículos 512 y 902 del Código de Vélez y , actualmente, artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial)¹⁸.

III. La naturaleza de las obligaciones a cargo de los administradores

Un último punto al que dedicaré algunos pocos párrafos porque tiene particular importancia para poder extraer algunas —pocas— pero útiles conclusiones, es lo atinente a la naturaleza de las obligaciones que asumen los administradores y de la responsabilidad (subjativa u objetiva) que deriva del ejercicio de su cargo.

Respecto al primer aspecto, o sea, si la responsabilidad de los administradores es contractual o extracontractual, mayoritariamente la doctrina sostiene que la responsabilidad de aquellos frente a la sociedad y los socios es *contractual*, mientras que frente a terceros es básicamente *extracontractual*, aunque también podría ser contractual, según la naturaleza del acto de la determina¹⁹.

Se debe recordar que esta distinción —tal como fue expuesto con anterioridad (cap. III, puntos 1 y 2)— no solo no perdió vigencia a pesar de la unificación, sino que continúa generando diferencias que son propias de su índole y características, como por ejemplo, el agravamiento de la responsabilidad por dolo cuando esta es de origen contractual (artículo 1728 Código Civil y Comercial).

¹⁷ C.Nac.Com., sala B, 05/11/1993, autos “Paramio, Juan M. c.. Paramio, Pascual E. y otros s/ Sumario” (Fuente: Abeledo-Perrot *on line* n°: 941133).

¹⁸ NISSEN, R. A., op. cit., T. 1, p 657.

¹⁹ NISSEN, R. A., op. cit., T. 3, p. 266-267; BORETTO, M., op. cit., p. 107, HALPERÍN, I., op. cit. p.550; ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. F., ROVIRA, A. L., RAGAZZI, G. E. y SAN MILLAN, C., op. cit., T.II, Segunda Parte, p.526-527, entre otros.

Continuando con algunas citas necesarias sobre este tema, a lo expresado, se debe agregar que también se ha entendido que el origen de la responsabilidad de los administradores es extracontractual por “resultar de la ley”²⁰ (*ex lege*), pues de esta última nacen importantes deberes y obligaciones al margen de las que puedan desprenderse del contrato social o del estatuto²¹.

Sobre el particular, es muy interesante la calificada posición de Garrigues que cita Martorell, quien si bien entiende que la responsabilidad es contractual, ello no es porque nace de un contrato, sino porque tiene su fuente en una obligación preconstituida²².

Evidentemente estas posturas no dejan de tener razonable sentido jurídico y práctico. Es que bien la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y los socios aparece, *prima facie*, como de origen *contractual*, no se debe perder de vista que también existen innumerables deberes y obligaciones a cargo de estos que se derivan de la ley, que unas veces opera como fuente mediata y otras veces como fuente inmediata o específica de obligaciones²³.

Por lo tanto, es correcto sostener que la responsabilidad de los directores es *contractual* y *legal*, porque le imponen el deber de cumplir obligaciones preexistentes que pueden nacer de un contrato, del estatuto o de la ley misma, cuyo incumplimiento genera responsabilidad —incumplimiento obligacional—²⁴. En cambio, si el daño que pueda provocar el administrador a la sociedad, a los socios o a terceros es consecuencia directa de la violación del deber genérico de no dañar a otro —*alterum non laedere*—, su responsabilidad se deriva de la obligación resarcitoria que nace a causa de la transgresión de dicho deber jurídico —no es preexistente—.

Sin ánimo de pretender —ni siquiera mínimamente— agotar una temática tan compleja, diversa y amplia, creo que la interpretación dada en el párrafo anterior, es la que se ajusta a lo que prescribe actualmente el artículo 1716 del Código Civil y Comercial, que cuando se refiere al deber de reparar, prescribe que este se origina cuando el daño injustificado es provocado por el *incumplimiento de la obligación* —agrego, de la obligación preexistente— o *la violación del deber jurídico de no dañar a otro*.

²⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 380.

²¹ MARTORELL, Ernesto E., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, p. 376.

²² GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, Ed. Aguirre, 1976, T. I, p. 289, citado por Eduardo E. MARTORELL, en op. cit., p. 375.

²³ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, T. IV, pp. 423-424.

²⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis Abeledo Perrot, 2006, T. III, p. 483. El autor al referirse a las órbitas contractual y extracontractual, caracteriza a la primera porque la conducta culpable se manifiesta “con respecto a una obligación preexistente”.

En lo relativo al factor o criterio de atribución, la responsabilidad de los administradores es fundamentalmente y, en principio, subjetiva, lo que implica que para hacerlos responsables por la reparación del daño injustamente causado, se les debe imputar a estos culpa o dolo, además de acreditar el resto de los presupuestos (antijuridicidad, daño y relación de causalidad adecuada). Este es el criterio mayoritario y se apoya en los artículos 59 y 274 de la Ley General de Sociedades²⁵, aunque parte de la doctrina presenta matices distintos sobre este punto²⁶.

En favor de la tesis subjetiva, explica Nissen que “la circunstancia de que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores tenga su fundamento en la naturaleza colegiada del directorio, no significa que la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 debe considerarse objetiva, pues tratándose de obligaciones de medios y no de resultados, el deudor está obligado a prestar un conducta que razonable, pero no necesariamente, conducirá al resultado esperado por el acreedor”²⁷.

La opción por la responsabilidad subjetiva también se advierte en el artículo 160 del Código Civil y Comercial referido a las personas jurídicas privadas (en general), precepto que también reedita la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores frente a dicho sujeto cuyos intereses gestiona, a sus miembros y terceros, “por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”, no dejando espacio para dudar sobre la vigencia del factor subjetivo como base de la responsabilidad en esta específica área del derecho.

Deliberadamente unos párrafos atrás se dijo que la responsabilidad era subjetiva en principio.

Si bien es correcto decir que la principal obligación que el administrador asume al aceptar el cargo es *de medios*, dado que se compromete a gestionar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios los asuntos de la sociedad, por cuyos intereses debe velar —y por los de los socios—, es importante resaltar que no todas las obligaciones a cargo de estos tienen esa calidad.

²⁵ SCBA, autos “Fisco de la Provincia de Buenos Aires contra Raso, Francisco s/ Sucesión y otros. Apremio” (02/07/2014. C 110369. Fuente: JUBA): El tribunal decidió que: “la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima se encuentra regulada en los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, es decir que no hay responsabilidad de los directores si no puede atribuírsele un incumplimiento de origen contractual o un acto ilícito con dolo o culpa en el desempeño de su actividad. El factor de atribución es subjetivo”.

²⁶ MUGUILLO, Roberto A., Conflictos societarios, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p.252: El autor afirma que los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, por actos u omisiones del administrador configuran “una pauta de corte objetivo que genera responsabilidad por la mera infracción al orden jurídico general o al particular que regula la vida societaria, aunque el administrador no haya tenido la menor intención dolosa en su actuar ni haya cumplido en absoluto un acto contrario a la sociedad desde el punto de vista de su intencionalidad” que engendra imputación objetiva de la responsabilidad.

²⁷ NISSEN, R. A., op. cit., T. 3 p. 265.

Muchas veces los administradores también deben cumplir obligaciones que se caracterizan porque la prestación a su cargo consiste en un lograr un resultado determinado. Cuando eso sucede, se está ante una *obligación de resultado* (de dar — artículos 746 y ss. del Código Civil y Comercial y de hacer o no hacer, —artículo 774 inc. b y 778 del Código Civil y Comercial—).

En estas últimas, “el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (*opus*)”²⁸, que no depende como en las de medios, de la posibilidad o no de lograr el éxito esperado, por lo que “está obligado a asegurar un efecto determinado”²⁹.

Debe cumplir el resultado específico, concreto, cuyas características hacen que sea exigible sin más, pues su cumplimiento es posible y pudo ser previsto (artículo 1710 del Código Civil y Comercial).

Lo expresado sobre este punto, no es una mera opinión en abstracto, sino que, muy por el contrario, es fruto de reflexionar sobre la realidad y dinamismo de los vínculos jurídicos, los que lógicamente pueden dar lugar a obligaciones de medios, o de resultado y otros, por su complejidad —tal es el caso de los administradores—, de ambas clases.³⁰

Si bien estas obligaciones no fueron reconocidas por el legislador en el nuevo Código como una clase específica en el contexto de lo que la doctrina identifica la “clasificación de las obligaciones” (por ello me referí a estas como innominadas), igualmente quedaron integradas a diversos preceptos como los apuntados en el párrafo precedente y, explícitamente designadas en una importante norma que integra el plexo de las que regulan la responsabilidad civil: el artículo 1723 del Código Civil y Comercial al que me referiré.

La norma citada con anterioridad, permite de por sí sostener la existencia formal y legal de las obligaciones “de resultado” y, por lo tanto, también de su opuesta (antónima), es decir, la de “medios”.

A su vez, se debe destacar que la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado tiene suma importancia en materia probatoria, dado que en las de *medios*, el acreedor debe probar que el incumplimiento fue consecuencia de la culpa del deudor, mientras que en “en las obligaciones de “resultado” o de “fines” o “determinadas”, al acreedor le basta con establecer que no se obtuvo el resultado debido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor, para poder liberarse, la acreditación de que cumplió o bien de que medió una causal de exoneración de responsabilidad: un caso fortuito o que el incumplimiento provino de una causa ajena a

²⁸ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, p. 498.

²⁹ CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit., T. I, p. 306.

³⁰ MORO, E., op. cit.: Sobre este tema, véase la opinión del autor en pp. 336-338.

él”³¹. O sea, que “para liberarse tendrá que probar la concurrencia de una causal de inimputabilidad”³².

Bajo estas premisas, es posible hallar muchas obligaciones que califican como de resultado, de entre tantas que asumen los administradores y los representantes de una sociedad desde el momento en que aceptan el cargo.

Es el caso de la obligación de llevar registros contables (artículos 320 del Código Civil y Comercial), la de confeccionar la memoria para su tratamiento en la asamblea (artículo 66, ley 19.550), la de constituir la reserva legal en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y accionarias (artículo 70, ley 19.550), la de llevar libro de actas de asamblea o de reuniones de socios, de directorio (artículo 73, ley 19.550), entre tantas otras.

Como ya fue adelantado en este mismo punto, se debe tener presente que el hecho de tratarse de obligaciones de origen legal nada cambia.

En este punto, Messineo señaló que cuando se habla de obligaciones legales o *ex lege*, “se quiere hacer referencia a los casos en que la obligación, considerada en sí, nace exclusivamente por voluntad de la ley, que es por lo tanto, fuente directa”³³

Tampoco es un obstáculo sostener que las que derivan de un precepto de este tipo no son obligaciones sino deberes, dado que “la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico; y antes, se ha entendido a la obligación, no como relación en su totalidad, sino como lado positivo del derecho de crédito (débito)”³⁴. Ello, porque la obligación en un sentido amplio, es un “deber de dar, hacer o no hacer que viene impuesto por una ley, un contrato o una resolución administrativa, arbitral o judicial”³⁵.

Aclarados estos extremos, se debe destacar que por tratarse —la obligación *ex lege*— de una obligación *preexistente*, no cumplirla da lugar a un supuesto de incumplimiento obligacional al que, tal como ya fue expresado, hace expresa mención el artículo 1716 del Código Civil y Comercial cuando se ocupa del deber de reparar el daño injusto.

³¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los factores de Atribución. El rol otorgado a la culpa”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2015-2, pp. 55-56.

³² CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit. 307.

³³ MESSINEO, Francesco, (trad. Santiago Sentís Melendo), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1955, T. VI, p. 440.

³⁴ MESSINEO, F., op. cit., T. IV, p. 9.

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) y Consejo General del Poder Judicial, Santiago Muñoz Machado (dir.), *Diccionario del Español*, Barcelona, ESPASA LIBROS, 2016, p. 1121. A su vez, en dicha obra se define al “deber”, como “aquello a lo que las personas están obligadas bien sea por razones de orden moral, bien por determinación en las leyes, o como resultado de las obligaciones contraídas o los contratos que han podido celebrar”, p. 581.

Actualmente este tema no es para nada menor, especialmente porque la unificación del derecho civil y comercial ha cambiado las cosas en forma trascendente sobre las obligaciones de resultado, dado que ahora, en el artículo 1723 del Código se establece que la responsabilidad del deudor es *objetiva* “cuando las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado”, solución que no es nueva, porque la doctrina venía expidiéndose en tal sentido.

Pero más allá de ello, la existencia un precepto que ahora no deje margen sobre la aplicación de un factor objetivo, representa una modificación muy importante que no puede dejar de merecer atención.

Es que dejando de lado toda especulación, esto significa que si bien es verdad que básicamente la responsabilidad de los administradores es de *base subjetiva* —lo que no genera inconveniente cuando de obligaciones de medios se trate—, también y por excepción será finalmente *objetiva*, por lo menos y sin admitir mayores cuestionamientos, cuando se trate del incumplimiento de una obligación de resultado.

La dirección que tomó el Código Civil y Comercial en este tema es significativa, porque al no admitir que en el ámbito propio de las personas jurídicas privadas (sociedades y otras) las obligaciones de resultado deban, en principio, ser evaluadas como “atenuadas” en lugar de hacerlo como “ordinarias”, la nueva norma transforma de manera sustancial el abordaje de la responsabilidad de los administradores y representantes de estos sujetos de derecho frente a un sinnúmero de obligaciones y deberes legales de los que aquellas derivan.

Una solución adecuada a la complejidad de las prestaciones a cargo de los administradores, quienes —no se puede razonablemente ignorar— desempeñan su función en una actividad caracterizada por el riesgo empresario, era dejar este tipo de obligaciones bajo el amparo de aquellas calificadas por la doctrina como *de resultado atenuadas*³⁶.

Estas, si bien dan nacimiento frente al incumplimiento a una presunción de culpabilidad —*iuris tantum*—, permiten al agente liberar su responsabilidad acreditando su *falta de culpa*, que es lo mismo que decir, que obró con la debida diligencia³⁷ según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, el tiempo y el lugar (*culpa en concreto*).

De allí que no considero adecuado a las características de las obligaciones a cargo de los administradores societarios, que se trate a estas obligaciones como de resultado *ordinarias*, —que es lo que hace el Código ahora—, porque en este marco legal aquellos solo podrán invocar para liberarse de responsabilidad la causa ajena (artículo 1722 Código Civil y Comercial)³⁸. Insisto, no es razonable desentenderse del

³⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A., op. cit., p. 58.

³⁷ ALTERINI, A.A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 188.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, J., op. cit. pp. 296-298.

contexto en el que los administradores se desempeñan y agravar de esta manera su responsabilidad.

Como ya lo sostuve en alguna ponencia anterior, este es un tema que va a generar futuros debates y consecuencias, por cierto, especialmente cuando se comience a reflejar la aplicación del artículo 1723 del Código Civil y Comercial en casos judiciales concretos.

IV. Unas reflexiones finales

Se puede concluir luego de este somero análisis que se ha hecho de la responsabilidad civil y de su impacto en materia societaria, es que el microsistema sociedades regidos por la ley 19.550, depende necesariamente del Código Civil y Comercial.

Pero ello no quiere decir que las normas del Código y de estas leyes especiales se interrelacionen en un mero diálogo que termine dando como resultado, la posibilidad de tomar o usar indistintamente la norma más favorable de uno u otro cuerpo legal, pues claramente ese no es el fin que exhiben los artículos 150 y 1709 del Código analizados bajo el prisma de los preceptos que contienen los artículos 1º, 2º y 3º de este último.

Si algo surge de estas normas, es la existencia de un sistema normativo que pretende ese diálogo de fuentes, pero dejando en claro que este se debe dar siguiendo reglas de prelación normativa que establecen un orden o jerarquía para la aplicación de aquellas. En ese orden, las normas especiales tiene prelación por sobre las del Código cuando ostenten la misma jerarquía, incluso a pesar de lo que entiendo es un error de redacción que contiene el artículo 1709 del Código (este señala que la norma general se aplica en primer lugar, lo que es, desde un punto de vista lógico normativo inaplicable)³⁹.

Puntualmente, cuando se trata de responsabilidad en materia de sociedades, se deberá recurrir necesariamente en primer término a las normas que regulan la materia del derecho de daños en la ley especial, o sea, los artículos 24, 54, 59 y 274 de la ley 19.550.

Con el mismo criterio, no se podrán aplicar, ni hacer extensivo a los administradores, ni a los socios, lo preceptuado en los artículos 144, 159 y 160, todos del Código Civil y Comercial, relacionados con las personas jurídicas privadas en general.

Lo explicado demuestra que en cambio, sí se aplicará lo regulado por el Código Civil y Comercial para la mayoría de los institutos que integran la teoría general de la

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pp. 292-3.- OZZOLA, Federico (autor), RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dir.), *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2017, pp. 20-21.

responsabilidad civil, como es el caso de las actuales normas sobre el deber de prevención, sobre antijuridicidad, causas de justificación, factores de atribución de responsabilidad, relación de causalidad, valoración de la conducta, culpa concurrente, daño y reparación plena, entre otras.

Por cierto, reitero, que esto era así cuando aún estaban vigentes el Código Civil y el Código de Comercio.

Ello se explica porque, tal como fue descrito por Otaegui, “el régimen de responsabilidad resarcitoria se estructura sobre el ordenamiento del Código Civil, salvo disposición especial”⁴⁰ (hoy Código Civil y Comercial de la Nación).

Pero en todo los casos, cualquier análisis que se realice, no debe perder de vista los nuevos paradigmas que la unificación ha propuesto, que hacen especial foco en la persona humana y en su tutela efectiva.

Castelar, abril de 2.017.

⁴⁰ OTAEGUI, J. C., op. cit., p. 370.