

La noción de “culpa grave” fijada en el art. 274 de la Ley General de Sociedades

Alcances, derivaciones posibles y eventualidad de abrogación estatutaria

Emilio F. Moro

1. Propósito de estas líneas [\[arriba\]](#)

La mención de “culpa grave” que trae el art. 274 de la Ley General de Sociedades 19.550 (en adelante, la “LGS”), bien que por un lado ha sido una de las manifestaciones más palmarias de “microsistemas” de Derecho Privado que terminaron por echar por tierra con aquella célebre referencia de Vélez Sarsfield acerca de que nuestro sistema jurídico era ajeno a la gradación de culpas que venía del Derecho Romano[1], ha traído no pocas dificultades prácticas en cuanto a la ponderación de su exacto alcance y proyección en materia de responsabilidad de administradores societarios.

Ello ha sido tan así tanto en lo que hace a la responsabilidad de directores de sociedades anónimas respecto de sus propios socios y de la sociedad (sea a través de la acción social *uti universae* que ejerce el propio ente societario contra el administrador negligente o bien de la acción social *uti singuli* que puede promover un accionista minoritario con porcentual mayor al 5%) como en lo que hace a la responsabilidad que cabe a aquellos frente a terceros damnificados (v. gr., trabajadores, Fisco, consumidores, etc.) por su accionar reprochable y antijurídico (vía la acción individual de responsabilidad del art. 279 LGS).

El universo de hipótesis pasible de encuadrar en uno y otro escenario es, como puede observarse fácilmente, de gran amplitud. De allí, pues, la ingente importancia del tema y de su riguroso abordaje, a efectos de que la mención de “culpa grave” no se erija -y excuse el lector si con esto ya adelantamos opinión- en un valladar inexpugnable que torne inviable y de concreción ilusoria cualquier acción de responsabilidad contra directores de sociedades anónimas.

2. ¿Culpa grave como exigencia mínima para endilgar responsabilidad a los directores de sociedades anónimas? [\[arriba\]](#)

2.1 *El texto legal*

El cartabón de la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que consagra el art. 59, dado su emplazamiento estructural en la LGS (Parte General), es aplicable a los administradores de todos los tipos societarios que consagra este cuerpo normativo (v. gr., sociedades colectivas, comanditarias, SRL[2], etc.). La fuerza expansiva de este parámetro alcanza, incluso -y en razón de la analogía que existe entre una y otra hipótesis-, a los tipos societarios regulados por fuera de las fronteras de la LGS (v. gr., sociedades de garantía recíproca, sociedades del Estado, sociedades civiles, etc.). En consonancia con ello, no debieran caber dudas de que también las sociedades anónimas y sus directores se encuentran bajo la regulación del standard de conducta del art. 59 de la LGS.

Sin embargo, como suele suceder con más de una ley donde -como acaece en la LGS- la vertebración de sus disposiciones propias se subdivide en una Parte General y en una Especial, las dificultades para congeniar soluciones de uno y otro segmento no

tardan en aparecer. En ese escenario, el apotegma -idóneo para solucionar antinomias entre leyes- de que la ley especial deroga a la general (lex specialis derogat generalis) resulta transponible en el interior de una ley específica.

Si ése sólo fuera el criterio para dirimir la situación aquí planteada, la afirmación de que los directores de sociedades anónimas -y también los de sociedades en comandita por acciones (art. 316, LGS)- sólo responden por culpa grave tendría mucho más arraigo que el que en verdad tiene (según veremos a continuación) toda vez que el art. 274 LGS menciona expresamente a esta modalidad de la culpa.

A saber:

Art. 274, ley 19.550, párraf. 1ro.: “Mal desempeño del cargo. 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 art. 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”.

Si se interpreta esta norma en el sentido de que el factor de imputación para responsabilizar a los directores de sociedades anónimas ha de ser -siempre y en todos los casos- la culpa grave o el dolo, es claro que las negligencias o descuidos leves (ni que hablar los levisimos) quedarán fuera del alcance del juzgador. Semejante consecuencia, favorable a la actuación de los directores de sociedades por acciones, no tiene posibilidad de concretarse si la administración societaria se pondera bajo la égida del art. 59 de la LGS. Es claro: allí la culpa leve también se sanciona.

En efecto, si la culpa grave implica no haber previsto lo que todos hubieran podido prever o haber omitido los cuidados más elementales[3], la culpa leve supone la falta de diligencia propia de un buen padre de familia y la culpa levisima consiste en la omisión de las diligencias que adoptaría un muy buen padre de familia[4], y si es cierto que el módulo del “buen hombre de negocios” del art. 59 LGS es la “variante mercantil del bonus pater familias de alto contenido moral”[5], pues entonces los administradores societarios, a la luz de esta disposición, responden también por la culpa leve[6].

Empero, como venimos de señalar, la norma específica para sociedades anónimas (art. 274, LGS) habla solo de culpa grave. ¿A qué norma dar preeminencia? El tema, aunque no ha recibido de parte de nuestra doctrina la extensión de tratamiento que merece por su trascendencia y complejidad, es de inocultable relevancia teórica y práctica.

Dejando a un lado la imputación por dolo -donde, obviamente, no pueden haber hesitaciones en cuanto a la pertinencia del deber de responder-, en cuanto a la culpabilidad de los directores de sociedades por acciones y la interacción de las normas antes mencionadas existen diversas posiciones. Veamos.

2.2 Tesis que postula la necesidad de culpa grave

Desde una primera óptica se pregona que la especialidad con que la LGS ha tratado a la sociedad anónima -en éste como en tantos otros aspectos- impone que se altere la regla general del art. 59 LGS, fijándose a la “culpa grave” como el piso mínimo de negligencia que autoriza a imputar responsabilidad a los directores.

Imponer una responsabilidad por culpa leve y levísima implicaría un valladar inexpugnable para la asunción de riesgos de parte de los directores y ello culminaría en propio demérito y perjuicio del ente societario, el cual se vería privado de decisiones de gestión que, de otro modo, es probable que se hubieran adoptado y, quizás, arrojado beneficios.

En esa línea, se sostiene que la valoración de conducta que impone el standard del art. 59 LGS se enlaza a una exigencia mayor en cuanto a la magnitud de la inconducta, debiendo concurrir una grosera negligencia (culpa grave) para poder tener por acreditado el factor de atribución subjetivo y quedando fuera del radio de responsabilidad, así las cosas, aquellos perjuicios que fueran causados por culpa leve y levísima de los directores[7].

2.3 Tesis que distingue según se trata de daños cometidos “en ejercicio” o “en ocasión” de sus funciones

Desde esta perspectiva se sostiene que cuadra diferenciar: (i) Cuando se trate de daños producidos en ejercicio de sus funciones, caso en el cual rige el art. 59 LGS respondiendo los directores, en consecuencia, también por culpa leve; y, (ii) Cuando se trate de daños producidos en ocasión de sus funciones, respondiendo allí únicamente por dolo o culpa grave[8].

Se da a la expresión “y/o por cualquier otro daño” el sentido de referir a la actuación dañosa de directores “en ocasión de sus funciones”.

Una de las razones de quienes militan en esta corriente es que las sociedades anónimas gestionadas por los directores sindicados como responsables de algún daño, puede que acudan al ahorro público; esto es, que intervengan en el mercado de capitales. Por caso, el director de una sociedad anónima abierta “en ocasión de sus funciones” puede hacerse con información influyente en la cotización de sus acciones, que puede utilizar en beneficio propio (lo que reconduce a la conocida figura del insider trading)[9]. Se estima, entonces, conforme lo eminentemente subjetiva que es la responsabilidad en esta clase de incumplimientos (donde es cuestión dirimente la intención del director imputado en la maniobra fraudulenta), que es lógico exigir dolo o culpa grave para el progreso de la acción[10].

2.4 Tesis que postula la aplicación plena del art. 59 LGS

Finalmente, y en la que pareciera ser la postura mayoritaria en la materia, otro sector doctrinario preconiza la pertinencia de aplicar -sin excepciones- el art. 59 LGS a la actuación de los directores de sociedades anónimas[11].

Con argumentos más que atendibles se sostiene que fijar la culpa grave como el factor subjetivo-único de atribución en materia de actuación negligente de los directores de sociedades anónimas comportaría un marcado contrasentido con las reglas generales que consagra la LGS. En esta línea remarca Balbín que “Esta posición no luce adecuada -por asistémica- si se repara en que importaría establecer injustificadamente un doble régimen de responsabilidad, menos severo para los administradores de sociedades anónimas y más gravoso para aquellos de otros tipos”.

En adición, se apunta que la mención de la culpa grave en el art. 274 LGS es superabundante y no excluyente de la aplicación del cartabón del “buen hombre de negocios”.

Se concluye que es entonces el comportamiento culpable -sin más distinciones- el que convierte en responsables a los directores de sociedades anónimas, quedando atrapada su conducta tanto por la culpa grave como por la culpa leve, tal como resulta de la aplicación de la norma del art. 59 LGS.

2.5 Nuestra opinión

El emplazamiento de la culpa grave como piso mínimo para endilgar responsabilidad a quienes dirigen sociedades mercantiles es, qué duda pueda haber, un aliciente para la creatividad, asunción de riesgo y adopción de decisiones comprometidas en pos de acrecentar las ganancias sociales[12]. De hecho, es ésta la línea de pensamiento que sirve de basamento a la business judgement rule del Derecho norteamericano[13], la cual no exculpa “negligencias groseras” pero sí fallas o descuidos leves.

El criterio del legislador patrio para directores de sociedades anónimas -que es de lo que estamos hablando aquí- se asienta, centralmente, en la norma del art. 274 LGS. Es cierto, se menciona allí a la “culpa grave” como concreción circunstanciada del factor de atribución. El punto es que dicha referencia, evidentemente, no ha sido incluida como “piso mínimo” de imputabilidad; antes bien, parece claro que lo ha sido en forma redundante y residual[14].

En efecto, la norma del art. 274 LGS prevé que los directores serán responsables de todo daño dimanado de haber inobservado el standard de conducta del art. 59 LGS (lo cual implica que responden también por culpa leve), de haber quebrantado el estatuto, la ley o el reglamento y “por cualquier otro daño producido (...) por culpa grave”. El mismo tenor literal de la norma es el que revela, así entonces, que responden “tanto por lo uno (culpa leve) como por lo otro (culpa grave)”, para expresarlo en términos simples. Lo ya dicho: la referencia a la culpa grave es una inclusión sobreabundante.

Ahora bien, si ya se estipuló que los eventuales sujetos pasivos del caso (directores de sociedades anónimas) responden si provocan un daño derivado de un accionar con culpa leve, ¿para que agregar que también responden por danos causados con culpa grave? ¿Si en cualquier área del ordenamiento se establece que tal o cual sujeto dañador responde por dolo, para que adicionar que también responde por culpa, si ello es total y absolutamente obvio? He aquí una de las razones de las más que justificadas críticas que ha merecido la redacción de esta disposición de parte de la doctrina[15].

Otro argumento poderoso que se ha invocado para refrendar la postura que aquí se sustenta estriba en que, de otro modo, se caería en el absurdo de que mientras los administradores de sociedades por acciones solo responderían por negligencias mayúsculas y groseras, los de sociedades personalistas o SRL lo harían también por faltas leves. Medir con vara más severa, por caso, a quienes dirigen una sociedad colectiva (v. gr., un micro-emprendimiento familiar) y con vara más flexible a quienes dirigen una sociedad anónima (v. gr., una firma que cotiza en el mercado de capitales) no constituye, en efecto, una solución razonable.

Sin embargo, ninguna normativa de orden público se infringiría de estamparse, eventualmente, un criterio de esta clase en el futuro. De hecho, en la enorme mayoría de las legislaciones estatales de los EE.UU. rige una solución similar (business judgement rule) en cuanto a solo responsabilizar por groseras negligencias (culpa grave) a los directores[16], la cual, aunque extensible a todos los tipos societarios de ese ordenamiento, tiene en vista esencialmente a las sociedades anónimas (corporations). Por tanto, sin perjuicio del resultado ilógico que depararía -en el estado actual de nuestra legislación- la aplicación de la tesis de la culpa grave como piso mínimo de imputabilidad para los directores de sociedades anónimas, el fundamento más sólido para sustentar la visión opuesta surge del mismo tenor literal de la norma del art. 274 LGS.

Ello así, y si el cartabón del art. 59 de la normativa societaria comprende la responsabilidad por culpa grave y culpa leve pero no por culpa levísima (lo que si ocurriría si el legislador hubiera empleado la locución “muy buen hombre de negocios” en vez “buen hombre de negocios”[17]), y ya hemos explicado que el art. 274 LGS, en cuanto a factor de imputación subjetivo[18], no trasunta, en definitiva, una solución distinta para los directores de sociedades anónimas, podemos concluir que tanto éstos como los administradores del resto de los tipos societarios, responden por culpa grave y por culpa leve, y jamás por culpa levísima[19].

3. Posibilidad de abrogar vía estatutaria de la culpa grave: ¿ Es posible tolerar un “mal hombre de negocios” vía estatutaria? [\[arriba\]](#)

3.1 Autonomía privada y culpabilidad de los administradores societarios

Uno de los temas más álgidos que se presentan en la dinámica societaria -en rigor, a lo largo y a lo ancho del Derecho privado- es el de determinar cuál es el margen que tiene la autonomía de la voluntad frente al orden público[20]. La frontera a la autonomía privada se encuentra conformada por normas imperativas -algunas (de orden público) de mayor estatura jerárquica a otras (imperativas ‘strictu sensu’)[21]- y los canales de permisión, básicamente, por zonas no reguladas expresamente (siempre que su recorrido, claro está, no implique contravenir principios generales o garantías constitucionales) y por normas dispositivas[22] (pasibles de abrogación por las partes).

Excede las ambiciones de este trabajo pretender siquiera bosquejar un concepto de orden público exento de observaciones o cuestionamientos[23]. Una noción cuyo nivel de análisis es de tamaño complejidad y cuya implicancia consecencial es tan enorme exigiría -al menos para tener, por nuestra parte, una opinión consistente sobre el tópico- un estudio más pormenorizado en la materia, que, al día de la fecha, no hemos encarado.

Sin embargo, creemos que un punto de partida bastante sólido para pronunciarse con seriedad -y evitar los no infrecuentes desatinos que suelen observarse en la materia[24]- es visualizar con qué grado de rigidez pondera el ordenamiento la virtualidad de ciertos derechos subjetivos: si son o no renunciables[25], si la invalidez derivada de su afectación es o no susceptible de confirmación, si son o no disponibles, si se admiten o no dispensas, etc.

Desde esa óptica, toda vez que el Cód. Civ. y Com. prohíbe la dispensa del dolo (art. 1743, ex art. 507 del Código Civil de Vélez Sarsfield[26]), admitiendo, contrario sensu, la de la culpa[27], es razonable concluir que existen ciertas zonas en la

responsabilidad civil que no son de orden público. Puesto en otras palabras: quien dispensa -en el seno de un contrato- un accionar culpable está renunciando -si se quiere, tácitamente- a obtener una indemnización ante un daño causado con imprudencia o negligencia. Y si un derecho es renunciable parece claro que no estamos en terreno del orden público como sí, indudablemente, acontecería si pretendiera abdicarse de créditos derivados de relaciones laborales (arts. 12, LCT) o de derechos vinculados a herencias futuras.

3.2 *¿Es posible dispensar la culpa grave en el estatuto?*

La conclusión antedicha, aplicable, como tal -dada la fuente de la regulación (CCiv)-, a todo el ordenamiento jurídico en cuanto a responsabilidad por daños atañe, no goza de predicamento en la órbita societaria. Prueba acabada de ello es que la doctrina, en forma mayoritaria, pregona que la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales es una materia de orden público que, en tal entidad, no admite abrogaciones por los socios[28].

Nosotros, en línea con lo que venimos de señalar en el acápite anterior, consideramos que hay campo liberado a la autonomía estatutaria en esta temática y que una de ellas es, justamente, la dispensa de la culpa de los administradores societarios. Es viable, entonces, liberar a un administrador de sociedades mercantiles de los perjuicios que causa por un accionar culpable.

Como es obvio, esta dispensa solo tendrá efectos para los socios que hubieran aceptado suscribir una cláusula semejante; de ningún modo frente a terceros que puedan verse menoscabados en sus derechos o intereses por una mala gestión administrativa y que puedan -a través de la acción individual del art. 279 LGS- perseguir la reparación de tales daños.

¿Puede dispensarse también la culpa grave? No vemos impedimento[29]. La prohibición legal recae exclusivamente sobre el dolo (art. 1743, Cód. Civ. y Com.) (ex art. 507, CCiv). El hecho que la culpa grave implique que el nivel de descuido, negligencia, inobservancia, o imprudencia haya sido máximo, no puede conducir a equiparar factores de atribución[30] que, por más cercanía que tengan, siguen siendo ontológicamente distintos[31]. Por de pronto, en un caso (culpa grave) no hay mala fe, y en el otro sí[32]. De otra manera, ¿por qué no equiparar también el quantum resarcitorio que motiva una y otra clase de infracción y que, como es sabido, es diferente según los casos (art. 1728, CCyC, ex arts. arts. 506 y 511, CCiv.)?

Tampoco resiste el análisis trazar paralelos entre la inclusión de cláusulas como estas en un contexto de disparidad de contratación -como lo es, por antonomasia, una relación de consumo[33] (art. 37, LDC)- y lo que significa la diagramación estatutaria llevada a cabo por socios que dan nacimiento a un ente societario, como, sin embargo, se ha pretendido[34].

Por último, si una dañosa actuación directorial con culpa grave (en sede de sociedades anónimas) puede ser extinguida (ex post) por aprobación de la gestión por parte de asamblea ordinaria de accionistas o por renuncia de ella a iniciar acciones de responsabilidad[35] (en ambos casos sino media oposición del 5% del capital), no se explica por qué esa misma consecuencia (liberación de responsabilidad) no podría tener lugar, ab-initio, en el estatuto.

A todo evento, queda reservado al juez enfrentado a un caso donde se ha eximido de responder por culpa grave a un administrador societario, acudir al expediente del “dolo eventual” -tal como la ha hecho una reciente y plausible jurisprudencia[36]- para reputar inaplicable la cláusula de dispensa y responsabilizar al autor del daño[37].

4. Colofón [\[arriba\]](#)

A la luz de los argumentos antes esgrimidos, se impone concluir que los directores de sociedades anónimas, maguer la literalidad del texto de la norma del art. 274 de la LGS, responden tanto por culpa leve como por culpa grave -aunque no por culpa levisima- siendo del caso destacar que probablemente el argumento más importante para dar sustento a esta posición es que, de otro modo, se caería en el absurdo de que mientras los administradores de sociedades por acciones solo responderían por negligencias mayúsculas y groseras, los de SRL lo harían también por faltas leves. Medir con vara más severa, por caso, a quienes dirigen una sociedad colectiva (v. gr., un micro-emprendimiento familiar) o SRL y con vara más flexible a quienes dirigen una sociedad anónima (v. gr., una firma que cotiza en el mercado de capitales) aparece como un contrasentido.

Por lo demás, en lo que hace al alcance de la autonomía estatutaria frente a la noción de “culpa grave” como factor de atribución específico en la responsabilidad directorial, resulta razonable y ajustado a nuestro ordenamiento jurídico, concluir que dicha dispensa -plasmada en el contrato social- es válida y no lesiona el orden público.

Finalmente, no puede dejar de destacarse que, amén las reflexiones que bajo la égida de la LGS y su texto legal puedan hacerse (en este caso, específicamente, la alusión a “culpa grave” que trae el art. 274), siempre y en todos los casos -con posterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com.- habrán ellas de cohonestarse con las directrices plasmadas en el segmento para “personas jurídicas” [38] y las normas de los arts. 159 [39] y 160 [40] del nuevo digesto, que -es importante subrayarlo- no mencionan en ningún lado a la “culpa grave”.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Otro tanto sucede con la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (en adelante, la “LCT”), donde encontramos al art. 85 de la LCT[1] que prevé que el trabajador sólo responde ante su empleador por los perjuicios que ocasione a los intereses de éste cuando los mismos se motiven en una conducta dolosa o con “culpa grave”, siendo que también en el art. 254 se alude a la “culpa grave” dentro de este cuerpo normativo.

[2] Para este tipo societario, es uniforme la doctrina en postular su aplicación íntegra. Hemos abordado el tema en MORO, Emilio F., Tratado de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 711 y ss.

[3] En otras palabras, hay culpa grave cuando ha mediado “negligencia o imprudencia grosera, omitiendo las precauciones más elementales” (NIEL PUIG, Luis, “El dolo y la culpa en la responsabilidad de los directores de las sociedades por acciones”, en Derecho y Empresa, nro. 9, Universidad Austral, pág. 170). La culpa

grave consiste en no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, en omitir los cuidados más básicos, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más ordinarios o comunes (v. gr., un albañil que construye una pared sin cimientos, el dueño de un inmueble que no tapa un pozo, quien conduce un vehículo en estado de ebriedad, etc.).

[4] Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R. - PARELLADA, Carlos, “Los factores subjetivos de atribución”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.) - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R. (Coord.), Responsabilidad civil, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 147.

[5] JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 45.

[6] El empleo del mismo vocablo (“buen”) antecediendo a ambas fórmulas no deja lugar a otra conclusión.

[7] Cfr. MARTORELL, Ernesto E., Los Directores de sociedades anónimas, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 408; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad de quienes administran o dirijan Sociedades”, JA, 1973-670; DOBSON, Juan I., Interés societario, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 150; FARINA, Juan M., Tratado de sociedades comerciales, t. II-B, Zeus, Rosario, 1979, pág. 391.

[8] Cfr. OTAEGUI, Julio C., Administración societaria, Ábaco, Buenos Aires, 1979, págs. 397/399; ZALDIVAR, Enrique (Dir.) - RAGAZZI, Guillermo E. - MANOVIL, Rafael M. - ROVIRA, Alfredo L., y SAN MILLAN, Carlos D., Cuadernos de Derecho Societario, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 528.

[9] Cfr. CSJN, 24.04.07, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ Transferencia paquete accionario a Nabisco”, cit. en VÍTOLO, Daniel R. y otros (Dirs.), Temas de derecho societario vivo, Mac Tomas, Buenos Aires, marzo de 2008, págs. 699/735. Como es conocido, en este resonante caso -que mereció ni más ni menos que un pronunciamiento del Máximo Tribunal y que castigó severamente esta práctica en el marco de una transmisión de paquetes accionarios- se abordó de manera pormenorizada la figura del “insider trading”.

[10] Cfr. OTAEGUI, Julio C., Administración..., pág. 398.

[11] Cfr. CABANELLAS de las CUEVAS, Guillermo, Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios, t. 4, Heliasta, Buenos Aires, 1996, págs. 348/349; BALBIN, Sebastián, Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, págs. 710 y 711; FERRER, Germán L., Responsabilidad de los administradores societarios, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 139; ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 552; GULMINELLI, Ricardo, “El régimen de responsabilidad de los funcionarios societarios”, en Derecho Societario, t. 1, Ad-Hoc, Mar del Plata, 1996, pág. 240; JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad civil de los administradores societarios, Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 71.

[12] Cfr. DOBSON, Juan I., Interés..., pág. 150.

[13] Para el tema, cfr. ROVIRA, Alfredo L., “Responsabilidad por gestión empresarial”, LL, 2005-E-1137,

[14] Cfr. FERRER, Germán L., Responsabilidad..., pág. 99.

[15] Cfr. GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 565.

[16] Para el tema, cfr. KLEIN, William A. - COFFEE, John C., Business Organization and Finance, Foundation Press, New York, 2007; KLEIN, William A. - RAMSEYER, Mark - BAINBRIDGE, Stephen, Business Associations. Cases and Materials on Agency, Partnerships and Corporations, Thomson West. Foundation Press, New York, 2008.

[17] La conclusión se extrae de visualizar cómo se construye el distingo entre culpa levísima y culpa leve en Derecho civil. Remitimos para un análisis del punto a lo dicho en la Parte II, Cap. II de esta obra. En efecto, trazando un paralelo con las definiciones que nuestra doctrina y jurisprudencia civil ha elaborado sobre la culpa

levísima en el sentido de considerar que se configura ante descuidos impropios de un “muy buen padre de familia” y teniendo en cuenta que ambos estándares comparten la cualidad de ser “patrones abstractos” de apreciación de la culpa (cfr. KULMAN, David A., “Responsabilidad civil de los administradores societarios”, en CORNET, Roberto J., *El órgano de administración*, Mediterránea, Córdoba, 2005, pág. 187), parece lógico concluir que para poder imputar responsabilidad ante fallas o negligencias menores de parte de administradores también debería haber aludido el art. 59 de la LGS a un “muy buen hombre de negocios”. Como sabemos, no ha sido ése el caso.

[18] Usamos la bastardilla para el adjetivo “subjetivo”, por cuanto esta inexistencia de criterio diferencial se daría en cuanto al tratamiento -en uno y otro costado- de la culpa y el dolo pero no se daría, mas genéricamente hablando en cuanto al presupuesto “factor de atribución”, que, como es sabido, es un concepto más abarcativo porque comprende también los factores objetivos de atribución. Sucede que la expresión “abuso de facultades” no se encuentra en la regulación de ningún otro tipo societario al momento de endilgar responsabilidad. Hemos visto ya que el abuso de derecho, amén de institución que nutre la completitud del ordenamiento jurídico y actúa en las más diversas situaciones jurídicas, en cuanto a su incidencia en el fenómeno resarcitorio, es un factor de atribución, y de tipo objetivo, de suerte tal que la mayor o menor negligencia existente en el accionar es cuestión intrascendente para condenar a la reparación del perjuicio irrogado. Siendo ello así, y si la locución “abuso de facultades” no puede sino comprenderse como una aplicación pormenorizada del abuso del derecho cristalizado en el art. 10 del Cód. Civ. y Com. (ex art. 1071, Cód. Civ. de Vélez Sarsfield), pareciera que -por mas ilógico que esto pueda resultar- se está consagrando un factor objetivo de imputación también para los administradores societarios aunque, y aquí si con un temperamento diferenciador entre tipos societarios, solo para los directores de sociedades anónimas.

[19] En general, no es este el criterio dominante en nuestra doctrina. Al amparo de que la afirmación de que en nuestro sistema no rige la gradación de culpas, se concluye que tampoco ella rige para valuar el accionar de los administradores societarios. Por todos, cfr. CURA, Jose M., “Una vez más: Un gerente irresponsable (un caso de responsabilidad contractual o extracontractual)”, LL, 1986-B, págs. 127/131.

[20] Para un enfoque de esta problemática específico en la órbita societaria, cfr. GAGLIARDO, Mariano, “Orden público societario y estatuto de sociedad anónima”, RDPC, 2000-1, págs. 65/77.

[21] Tomamos partido entonces, como podrá verlo claramente el lector, por la posición que distingue entre normas imperativas de orden público y normas imperativas que no tienen esta entidad, en contraposición a aquella que preconiza que la dicotomía solo lo es entre normas dispositivas y normas imperativas (sin clasificación admisible dentro de estas últimas) (en este último sentido, cfr. NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000, pág. 449/452). En otras palabras: El tema reconduce a la problemática consistente en determinar si las normas imperativas son, a su vez, de orden público (tesis amplia) o si las normas imperativas pueden no ser de orden público, según los casos (tesis restringida); sobre este basamento, ciertamente, se desliza -en verdad- el punto nodal de la polémica (cfr. VAN THIENEN, Pablo A. - DI CHIAZZA, Iván G., “Orden público societario... ¿estás ahí? Con especial referencia a las nulidades absolutas, normas imperativas y derechos inderogables de los socios”, ED, t. 231, pág. 933 y ss.).

[22] En materia de SRL pueden encontrarse infinidad de ejemplos de normas dispositivas en nuestro régimen societario. Así, cada vez que en la LGS se confiere una determinada regulación a aspectos puntuales de este tipo societario y se agrega, a continuación, que ello es así siempre y cuando en el estatuto no se disponga otra

cosa, estamos en presencia de normas dispositivas. Ocurre de ese modo -siguiendo en el análisis de esta forma societaria- con la regulación de la transmisión de cuotas (art. 154), la elección de la manera para adoptar decisiones (art. 159), el régimen de mayorías (art. 160) y otras hipótesis que no viene a cuento analizar aquí. Dicha cantidad mayor de normas dispositivas va encaballada, así pues, a un grado de libertad estatutaria que nadie duda es mucho mayor que en el ámbito de las sociedades anónimas.

[23] Para un abordaje profundo de este tópico en materia societaria, puede leerse con provecho el excelente trabajo de MARTORELL, Ernesto E., "Orden público, patologías societarias (abusos corporativos, daño al Estado, etc.) y defensa del interés nacional", ED, fasc. del 01/06/2017, págs. 1/6.

[24] Un ejemplo de los resultados llamativos que ofrece nuestro repertorio jurisprudencial surge de comparar la gravedad que importa tramitar un proceso donde se ventilan pretensiones que repercuten directamente sobre un menor sin dar intervención al Ministerio Pupilar -incumpliendo, con ello, el viejo art. 59 del CCiv (actual art. 103 del Cód. Civ. y Com.)- frente a lo cual la jurisprudencia y doctrina en forma claramente mayoritaria sostienen que solo se vulnera un interés particular sin afectación del orden público (cfr. LLAMBIAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., Código Civil Anotado. Doctrina y jurisprudencia, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 158), y lo decretado por la jurisprudencia en casos de irregularidades por vicio de competencia o falta de quórum en materia de actos de directorio, donde, allí sí, se considerada violentado el orden público e interés general (cfr. CNCom, Sala B, 24.06.03, "Eduardo Fornis c/ Uantú S.A. s/ Ordinario", ED, 205, pág. 266; CNCom, Sala B, 24.09.80, "Guillermo Kraft Ltda. Impresores Generales c/ Motormecánica S.A.", ED, 91-492).

[25] Cfr. DE LA FUENTE, Horacio, Orden público, Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 87. Esta construcción tiene el mérito de extraer el contenido de la noción de "orden público" de normas de Derecho positivo. En ese tren, es muy atinado trazar una línea divisoria (entre lo que es de "orden público" y lo que no lo es) que discorra, como se focaliza en la obra precitada, sobre: a) el carácter renunciable o no del derecho o interés en cuestión; b) la consecuencia (en cuanto a pervivencia del acto y en los casos que ello está plasmado en la ley) dimanada de su vulneración (si nulidad absoluta o nulidad relativa).

[26] El Cód. Civ. y Com. aborda la cuestión en su art. 1743: "Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder". El art. 507 del CCiv de Vélez Sarsfield rezaba: "El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación".

[27] Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida R. - PARELLADA, Carlos, "Factores subjetivos...", pág. 170; LOPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría General de la Responsabilidad Civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 266; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 340; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. I, pág. 154.

[28] En este sentido, cfr. FARINA, Juan M., Sociedades anónimas, Rosario, Zeus, 1973, pág. 234.

[29] Contr. DOBSON, Juan I., Interés..., pág. 151. "En el derecho estadounidense se permite la dispensa de responsabilidad del administrador societario, por quebrantamiento del deber de diligencia, si su conducta no ha sido con intención deliberada de no cumplir las obligaciones que el cargo de administrador amerita. Es decir, conductas dolosas que demuestran mala fe. Pero no son responsables por

conductas que demuestran solamente negligencia, aunque sea grave. Esto es, conductas culposas de demuestran buena fe. Por el contrario, en el régimen societario argentino los administradores no podrán escudarse en una cláusula de limitación de responsabilidad por quebrantamiento del deber de diligencia cuando su conducta demuestre dolo o culpa grave”.

[30] Con ese entendimiento, ha dicho la jurisprudencia que “La culpa grave y el dolo no son nociones idénticas, ya que el dolo supone siempre una intención, sea de no cumplir la obligación, sea de dañar la persona o derechos de otros, en tanto la culpa --por más que se le adicione el calificativo ‘grave’-- consiste en negligencia (omisión de diligencia, hacer menos de lo que correspondía según las circunstancias) o imprudencia (hacer más de lo que correspondía según las circunstancias), pero está ausente esa intención de obrar deliberadamente contra derecho. La equiparación se circunscribe a los efectos, que la ley atribuye en forma idéntica tanto a la culpa grave como al dolo” (la bastardilla es nuestra) (CNCiv, Sala G, 28.06.91, “Ceruti, Roberto M. c/ Morixe, Guillermo s/ Ordinario”, LL, 1992-A, pág. 91; DJ, 1992-1, pág. 557).

[31] Contr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida R. - PARELLADA, Carlos, “Factores subjetivos...”, pág. 170. “No es admisible la dispensa de la culpa en los siguientes casos (...). b) Si se trata de dispensar la culpa grave. Aunque la culpa grave y el dolo son conceptos teóricamente no asimilables, en los casos prácticos es muy difícil distinguir cuándo el deudor ha incumplido deliberadamente de aquellos en que no ha observado la diligencia que cualquier persona hubiese puesto para cumplir la obligación. Desde antiguo los romanos equipararon el dolo o la culpa grave, pues no son diferenciables antes los casos concretos” (la bastardilla es nuestra). Con similar temperamento, cfr. PIZARRO, Ramón - VALLESPINOS, Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 625).

[32] Y ello tanto para quienes distinguen que una cosa es el dolo en materia extracontractual (intención manifiesta de dañar a la luz de la terminología del viejo art. 1072 del CCiv de Vélez Sarfield) y otra el dolo en materia contractual (intención deliberada de incumplir). Como bien se ha subrayado, considerar como sinónimos a la culpa grave y al dolo contractual vulnera principios elementales de la teoría de las obligaciones (cfr. SALVAT, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general, t. I, 4ta. ed., TEA, Buenos Aires, 1941, pág. 194).

[33] Cfr. STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, “Invalidéz de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta”, LL, 1984-D-995.

[34] Cfr. DOBSON, Juan I., Interés..., pág. 151.

[35] Se trata, junto con la hipótesis de la sentencia firme que rechaza las acciones de responsabilidad que pudieran haberse iniciado y junto con la hipótesis de transacción entre la sociedad y los directores involucrados en el reclamo resarcitorio (sin que medie oposición del 5% del capital), de los supuestos de extinción de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas (cfr. VÍTOLO, Daniel R., Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, Buenos Aires, Legis, 2007, pág. 45).

[36] Cfr. CNCom, Sala E, 04.04.11, “Aeroposta SA c/ General Electric Corporation s/ Acción de responsabilidad”, cit. en VÍTOLO, Daniel R. - NISSEN, Ricardo A. (Dir.), Derecho Societario y concursal. Tendencias jurisprudenciales, Legis, Buenos Aires, 2012, pág. 307.

[37] Es muy interesante, asimismo, en línea con lo aquí subrayado, y en conclusiones que estimamos trasladables al Derecho Civil, lo analizado en el Derecho Penal respecto a la distinción entre “culpa consciente” y “dolo eventual”. Para el punto, cfr. TERRAGNI, Marco A., Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

[38] Para el tema, en forma integral y de manera reciente, cfr. CALCATERRA, Gabriela S. (Dir.) - HADAD, Lisandro A. (Coord.), Personas jurídicas, Astrea, Buenos

Aires,

2018.

[39] Art. 159, CCyC: “Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”.

[40] Art. 160, CCyC: “Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”.