

El decreto 196/2015 modifica el régimen general de la responsabilidad

Por Gustavo Carranza Latrubesse

Resumen: 1. Objeto de la disposición. 2. Cuando se aplica. 3. El régimen de las sociedades comerciales. 4. Razón de la asunción de las consecuencias de la actuación, por parte del Estado. 5. Conclusiones.

1. Objeto de la disposición. El decreto 196/15, fechado en 10 de febrero de 2015 y publicado en el Boletín Oficial el 12 del corriente mes y año, desde su título ('Delimitación de la responsabilidad'), parece tener por objeto dos aspectos de la actuación funcional de dependientes del Estado, en las sociedades en que éste tiene parte, como Directores, Síndicos, Consejeros y Funcionarios; esto es, una amplia gama de partícipes. El primer objeto apunta a que el Estado tome a su cargo la defensa de la actuación de esos 'dependientes' y, en segundo objeto, que asuma sus consecuencias; cabe entender que dañosas. Es decir, que el Estado no sólo asume, en función de esa normativa, la defensa del 'funcionario', que habrá de entenderse desde el origen de una denuncia o cuestionamiento judicial de su conducta; no asumirá las consecuencias –cabe pensar que patrimoniales- de sus actos, si es que se determina que ha obrado con dolo o culpa grave. Adviértase, que la investigación sobre una determinada conducta funcional, es una cuestión de hecho, que requiere de procedimientos y probanzas y, por tanto, de un desarrollo temporal a cuyas resultas, recién, podrá saberse si medió en la actuación funcional, culpa o dolo. Pero el imputado habrá dispuesto en ese procedimiento de la defensa necesaria 'a cargo del Estado'.

2. Cuándo se aplica. El límite de esa defensa estatal está en que la actuación de que se trate sea obrada con dolo o culpa grave. En tal caso, el funcionario estará 'solo' con su conducta frente a la ley y afrontará de su peculio las consecuencias a que esa conducta haya dado lugar. Así lo sostuvo en su momento Jorge Bustamante Alsina en su *Teoría de la Responsabilidad Civil*; frente a los delitos cometidos por el funcionario, él solo será responsable. En el régimen general del Código Civil vigente (en adelante CC), en el art. 43, con la reforma de la ley 17.711, se regulan dos situaciones: Una, la persona jurídica responde por el hecho de quienes la administran o dirijan, lo que respeta la doctrina de la responsabilidad acuñada en la Ley de Sociedades comerciales, en cuanto que la actuación de los órganos sociales presupone la 'de la sociedad misma'; con apego a la teoría organicista, es la sociedad la que actúa (art. 58, primera proposición, LSC). Otra, es la situación de los hechos 'ilícitos que no son delitos', o cuasidelitos, que son los que acontecen por culpa, negligencia e impericia, en los términos del art. 512, CC, por no haber puesto en sus acciones la diligencia necesaria que exige la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. También responde la

persona jurídica por estos hechos de sus dependientes (art. 43, CC, citado; concuerda con el art. 1113, primera parte, CC). Aquella fórmula, que se atribuye al genio de Vélez Sarsfield y que fue adoptada, con mejor redacción, en el CC español, se mantiene en el Código Civil Unificado de 2014 (CCU en adelante), art. 1724. Esta norma dice: “*Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”. No hay previsto allí un tercer factor subjetivo, con lo que, con deficiente técnica legislativa, aparece la ‘culpa grave’ mencionada en los arts. 1771, CCU (acusación calumniosa, en donde se asimila dolo y culpa grave); en el art. 1819, CCU (en la adquisición de un título valor) y en el art. 1867, CCU, en las situaciones que allí se indican relativas, también, a la adquisición de títulos valores. No advierto que haya otra mención de la ‘culpa grave’ en el resto del articulado del CCU. Y vuelve ahora a aparecer en este decreto.

En el art. 160, CCU, sobre la responsabilidad de los administradores, se dice: “*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*”. Esta posición jurídica es la correcta y debe aplicarse a todo aquel que tiene la administración y disposición de bienes ajenos. Obsérvese que, correctamente, no se menciona ni a la culpa grave ni al dolo que, recuérdese, es la producción de un daño de modo intencional o con manifiesta indiferencia (art. 1754, CCU, antes citado). Significa también un cambio de paradigma frente al vigente CC, en donde el dolo en los actos voluntarios implica la actuación con la intención deliberada (‘a sabiendas’) de dañar (art. 1072 y su nota, CC). Ese delito civil origina, por cierto, la obligación personal de reparar y, en algún caso, pudiera exonerar al principal, aunque, para nosotros, la responsabilidad de la persona jurídica es objetiva y directa, tal como tantas veces declaró la Corte federal con anclaje en el art. 1112, CC, hoy expurgada del CCU, y de la competencia ‘civil’, por vía de la ley 26.944. No obstante, el CCU regula la responsabilidad por el hecho de los dependientes declarando que la responsabilidad es objetiva y, por tanto, no está en juego la culpa. El art. 1753, CCU, dice: “*El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.- La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente*”. Según el primer párrafo, esa responsabilidad se funda en la garantía y no podrá invocar el principal que fue diligente en el control o vigilancia de su dependiente. Ahora, ¿puede probar que el dependiente no tuvo culpa y, en tal caso, exonerar a ambos? Si la responsabilidad, como la

norma indica, es objetiva, no cabrá la prueba de la no culpa. Cifuentes, al comentar el art. 1113, CC, entre los requisitos de esa responsabilidad, indica que “*debe mediar un acto culposo del dependiente o al menos objetivamente antijurídico. No importa si ese hecho es un delito o un cuasidelito*” (Código Civil. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 3ª ed. actualizada y ampliada, 2011, t. II, p. 659); pero, inmediatamente, se refiere a las causas eximentes de responsabilidad y sostiene que es inexcusable; “*esto es, que continúa subsistente aunque el patrón acredite un eximente de responsabilidad*”; se trata –dice– de una presunción *iure et de iure* (op. y loc. cit., p. 660). Un análisis exhaustivo de esta cuestión nos alejaría del objeto de este breve artículo. Pero pensamos que si no hay culpa del dependiente, no nacerá la responsabilidad del principal, pues éste responde en función de la garantía sobre el hecho de otro que, si ha actuado sin culpa, no habría un motivo para imputarle; dicho de otro modo, el dependiente no tendría que responder por su acto conforme a derecho; por tanto, tampoco lo haría su principal. Véase que, por ejemplo, un accidente de tránsito en el que participa el dependiente como conductor del rodado, autorizado por su principal y titular registral, éste podría invocar la culpa exclusiva de la víctima, la de un tercero por quien no deba responder y el caso fortuito extraño a la cosa y a la actividad. Si esto es así en función del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, CC, significa que aún en ese supuesto de responsabilidad objetiva (riesgo o vicios de las cosas), es posible la prueba de la culpa ajena. Habrá de serlo, entonces, también la prueba de la ausencia de culpa y de antijuridicidad en el hecho del dependiente. Permítaseme soslayar la cuestión en función del objeto del presente, no sin hacer constar que, para una parte de la doctrina, la figura de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa finca en una presunción de causalidad (Pizarro) y, para parte de la doctrina, se trata de una ‘carga probatoria agravada’ (Moisá).

A modo de ejemplo de lo que decimos, respecto de la culpa (lisa y llana), el CCU contiene referencias a la actuación con culpa, lo que respeta el sistema general. Así, en el caso de la tutela, el tutor responde, frente a su pupilo, por su mala administración atribuible a dolo o culpa, sin distinción (art. 134, CCU). En el art. 1310, CCU, el transportista puede convenir que habrá de responder del deterioro de los efectos transportados, cuando se trata de cosas frágiles o mal acondicionadas, solo si media culpa de su parte. En el depósito, si la cosa se pierde sin culpa del depositario, el depositante asume su pérdida (art. 1364, CCU; es la regla *res perit domino*). Para no abundar, la culpa dirime la imputación de las consecuencias por los hechos voluntarios ‘ilícitos que no son delitos’, lo que no es ninguna novedad en la tradición jurídica y ha regido entre nosotros en el CC, como un sistema ‘abierto’ de cuasidelitos, presididos siempre por la culpa y sin su distinción en clases, aunque en muchas ocasiones el Codificador se refiriera a ellas. Ello no quita que el CC, haya previsto, además, supuestos específicos de cuasidelitos, además del principio general del art. 1109, CC. Es claro que el CC impone que el acto sea ilícito o antijurídico (art. 1066, CC), no bastando la mera culpa (art. 1067, CC). En el CCU se responde del daño injusto, lo

que tuerce una saludable tradición legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, en donde la norma preexistente ejerce una función ejemplarizadora y docente. El art. 1749, CCU, en cambio, se refiere a los sujetos responsables, diciendo: “*Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión*”. La inconveniencia de esta concepción –a excepción de incumplir una obligación–, extraído del CC italiano de 1942, nos parece evidente, pues en la vida social hay infinidad de daños injustos que no se reparan por ausencia de ilicitud que, desde la vigencia del CCU, podrán ser considerados. El habitante, sin la claridad de una norma imputativa de una conducta prohibida, no sabrá a ciencia cierta cuándo deberá responder, perdiendo en seguridad jurídica. No en vano, Guido Alpa ha expresado que los juristas extranjeros no entienden el alcance de su norma particular. Para el CC y en nuestras convicciones, sólo la violación de la ley genera responsabilidad (garantía de legalidad, art. 19, Constitución Nacional y art. 9, Convención ADH) si, además, la acción reúne los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.

Ahora, si la responsabilidad del principal es objetiva, el fundamento del decreto 196/2015 para que el Estado concorra a la defensa de sus funcionarios –en sociedades en que el Estado es parte– y asuma las consecuencias de sus actos, es la garantía. Pero en la Ley General de Sociedades, contenida en el CCU, se mantiene la responsabilidad de los administradores y representantes sobre la base de su culpa (falta de diligencia de ‘un buen hombre de negocios’, art. 59, LSC). Entonces, ¿cómo es que se suprimió en el CCU, la responsabilidad objetiva y directa, basada en el art. 1112, CC? No sabemos si es una falta de coordinación entre las normas involucradas o el decreto 196 apunta a sostener la actuación de los representantes del Estado en las sociedades en que participa, de ‘cualquier manera’, o a ‘cualquier costo’. Por de pronto, habrá, cuando menos, dos centros de imputación directa de responsabilidad por el hecho de esos ‘dependientes’: Uno, la propia sociedad, en función del régimen general al que remite el art. 59, LSC, mantenido en el CCU; otro, la defensa y la responsabilidad patrimonial del Estado, siempre que la conducta no responda a dolo o culpa grave. Tal vez, debemos desentrañar qué hay en el expediente que se cita en el ‘visto’, para lograr más claridad en los fines que alientan esta particular disposición. En cuanto al régimen de la ley de sociedades del Estado, habrá de recordarse que su formación, dirección y control es de sujeción al derecho público, pero las relaciones que anuda con terceros se rige por el derecho privado, por lo que allí también, en virtud de este decreto, se modificaría el régimen general de la responsabilidad civil.

3. El régimen de las sociedades comerciales. El art. 54 y, en especial, el art. 59, LSC, marca la responsabilidad de los administradores –y de los socios– sobre la base de la culpa, tal como se postula en el régimen general del art. 512, CC. Así resulta de la ley de sociedades comerciales y, ahora, de la Ley General de Sociedades, que integra el CCU. Esos artículos no están incluidos entre los 23 modificados (con uno agregado, el 94 bis) por la

unificación de los regímenes civil y comercial. La actuación de tales órganos de la sociedad, como los de control (sindicatura y consejo de vigilancia) está sujeta a los mismos cartabones de la culpa (arts. 274, LSC). Adviértase que este artículo contiene dos supuestos; en el primero, se aplica el cartabón del art. 59, LSC, que, como ya dijimos, remite al régimen general de la culpa. Según el art. 276, LSC, esa responsabilidad puede extinguirse por el *quitus*. En el segundo, cuando la responsabilidad deviene de la violación de la ley, del estatuto o del reglamento, o tiene sustento en culpa grave, o si media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, resulta inexcusable. Tampoco se extingue esa responsabilidad en el caso de liquidación coactiva o concursal. Por los arts. 296 y 297, LSC, los síndicos (y miembros del consejo de vigilancia) asumen responsabilidad personal, ilimitada y solidaria (entre sí) y con los directores en caso de incumplir sus obligaciones legales. Además, el art. 271, LSC, impone responsabilidad solidaria por los daños causados a la sociedad que resulten de contratos celebrados por los directores, en caso de colisión de intereses y no mediare autorización de la sindicatura o aprobación de la asamblea. Allí la responsabilidad no es ‘ilimitada’ sino que ha de entenderse con sujeción a la cuantía del daño ocasionado. Esos contratos deben informarse a la asamblea (y a la sociedad) en los términos del art. 65, inc. ‘j’, LSC.

El decreto en estudio confiere a los representantes del Estado Nacional en las sociedades que integra, una protección desmesurada, pues pone a su cargo no solo la defensa sino las consecuencias de la actuación –dañosa- con culpa del funcionario. A modo de ejemplo de que la culpa propia no excusa a los integrantes de los órganos societarios (y fuera del *quitus* aprobado por la asamblea y sin la oposición antedicha), el art. 184, LSC (y LGS), pone a cargo de la sociedad, con apego a las reglas del art. 274, LSC, las consecuencias de los actos realizados durante la constitución de la sociedad anónima por acto público, pero deja a salvo la responsabilidad personal. La última proposición del artículo, dice: “*La asunción de estas obligaciones por la sociedad, no libera de responsabilidad a quienes las contrajeron, ni a los directores y fundadores que los consintieron*”.

No aparece en este decreto una imposición al Estado, como lo establece la sabia Constitución del Chubut, de traer a juicio a quienes, con sus actos, han originado la responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de ejercer la acción de repetición (art. 69)¹.

¹“*Artículo 69. Todos los funcionarios públicos, electivos o no, y aun el Interventor Federal, en su caso, son solidariamente responsables con el Estado por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones. En tales supuestos debe accionarse contra el responsable para que indemnice al Estado los daños que con su actuación le haya irrogado. El Estado y los municipios están obligados a hacer citar al juicio en que son demandados a los funcionarios o ex funcionarios que se encuentren en las condiciones precedentes y a ejercitar la pertinente acción de repetición*”.

4. Razón de la asunción de las consecuencias de la actuación, por parte del Estado. Baste citar uno de los párrafos de los considerandos en que se sustenta la asistencia y asunción de consecuencias de las conductas de los agentes mencionados, a quienes el decreto refiere como ‘funcionarios públicos’. Se dice allí que toda vez que la actuación de los funcionarios aludidos encuentra su origen en una designación estatal, deviene necesario que el Estado Nacional, a través de la jurisdicción que corresponda, o de la entidad estatal involucrada, asuma la asistencia profesional correspondiente, como así también las consecuencias de los eventuales procesos, cuando con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus funciones, los referidos funcionarios sean demandados, intimados, denunciados, querellados, imputados o requeridos de cualquier otra forma. Además, el decreto otorga carácter retroactivo a sus disposiciones para atrapar situaciones existentes al tiempo de su dictado, con lo que la sospecha del intento de cubrir las responsabilidades en ciernes de ser dispuestas, da pábulo a la creencia de que el objetivo encubierto apunta a asegurar indemnidad por los daños resultantes de las actuaciones referenciadas. Si se considera que las causas judiciales tienen en nuestro país inusitada demora, no habría razones para excluir del paraguas protectorio del decreto, a actuaciones funcionales de gobiernos precedentes; ello, porque el decreto se aplica a situaciones preexistentes, sin delimitación temporal alguna (art. 4º). Desde que comprende la asistencia en juicio penal (‘denunciados’, ‘imputados’), parece claro que la defensa debe asumirla el Estado desde el primer momento pues ello hace a la eficacia del derecho a la defensa en juicio. No se aclara si, de las investigaciones de la causa penal, resulta que el funcionario sólo ha cometido un delito de los que se puede ser imputado por culpa, también el Estado asumirá las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo.

Otro de los fundamentos esgrimidos es la aplicación de la doctrina del órgano, con mención de la elaborada por la Corte federal. Pero, adviértase, que ello significa que la sociedad en la que participan los funcionarios es la que debe hacer frente a las consecuencias de los actos, siempre que entren en la categoría de situaciones previstas en su objeto social, en que deben ser considerados actos propios del ente, como hemos afirmado antes. Y, como también hemos indicado, la actuación con culpa genera responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, no solo frente a la sociedad, sino también frente a socios y terceros. Esta responsabilidad no admite paternalismos que expongan al tesoro público por las consecuencias patrimoniales de sus actos.

Es preocupante otra cuestión. Tal, la que se refiere en el art. 2 de la parte dispositiva, en cuanto a que el funcionario sea cuestionado por no acatar “*directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de las autoridades competentes de la jurisdicción, organismo o entidad que ejerza la representación de los derechos accionarios de las participaciones*” del Estado nacional. Y, que ocurrirá si el denunciado lo es en virtud de acatar esas ‘directivas’? En tal caso, el superior que dispone una determinada conducta padecerá las consecuencias ‘políticas’ de su decisión, pero ello no quita que deba ocupar, también, el sitio del acusado o cuestionado. Ahora,

las decisiones políticas que orientan el desempeño de sus actividades por parte de las empresa del Estado o en las que él participa, son justiciables? De allí que pareciera que el decreto en estudio persigue poner a cubierto a esos funcionarios de las acusaciones o cuestionamientos previsibles que puedan resultar de sus conductas funcionales, en las sociedades en que participa el Estado. Y, como es sabido, es muy difícil probar el dolo y la culpa grave, en especial, cuando se siguen directivas y órdenes. Acaso, vuelve a quedar sobre el tapete la cuestión de la ‘obediencia debida’?

5. Conclusiones. Para no incurrir en subjetivismos que empañen la crítica jurídica que intentamos, nos aferramos al sistema normativo que nos rige, sin que debamos aceptar las soluciones propuestas que, como las de la ley 26.944, vienen a alterar una doctrina jurídica consolidada. No podemos dejar de señalar la dicotomía que resulta entre desconocer la responsabilidad del Estado –vía de la citada ley- y poner a su cargo la defensa y el resultado dañoso de las conductas funcionales carentes de la más elemental exigencia del derecho de todos los tiempos: la diligencia del buen hombre de negocios, del buen padre de familia. Y no advertimos la razón por la que el Estado deba hacerse cargo de ese obrar culposo y el resto de los habitantes deban asumir las consecuencias de su conducta, si la ley ha de ser igual para todos y soberana reina de la conducta social. Aunque la cuestión habrá de dirimirse en sede judicial, lo que es bueno que ocurra prontamente, es del caso recordar lo que Vélez Sarsfield cita en la nota al art. 3136, CC: “*sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara*”.-

Villa Carlos Paz, 20 de febrero de 2015.