



Responsabilidad de gestores en sociedades y otras personas jurídicas versus la responsabilidad civil ordinaria

Liability of managers in companies and other legal entities versus ordinary civil liability

Max Salazar Gallegos*

Resumen: La Ley General de Sociedades no establece un juicio de responsabilidad civil distinto al que se deduce del Código Civil, pero sí le son aplicables a los gestores de empresas factores de atribución diferenciados a los civiles, y graduaciones paralelas. Sobre el particular, el autor señala que la ley societaria no ha establecido una regla general de aplicación de responsabilidad para todas las formas de sociedades que admite, sino que lo ha hecho de manera discriminada y desordenada. Igualmente, señala que si la relación de un gestor con la sociedad nace de un contrato, y, por ende, es de índole obligacional, el factor de atribución de la responsabilidad ha de ser indefectiblemente subjetivo, por lo que la culpa debe jugar un rol preponderante.

Abstract: The General Corporations Law does not establish a civil liability judgment different from the one deduced from the Civil Code, but different attribution factors and parallel graduations are applicable to the managers of companies. In this regard, the author points out that the corporate law has not established a general rule of application of liability for all the forms of companies that it admits, but has done so in a discriminate and disorderly manner. He also points out that if the relationship of a manager with the company arises from a contract and, therefore, is of an obligatory nature, the factor of attribution of liability must be unfailingly subjective, for which reason fault must play a preponderant role.

Palabras clave: Gestores de sociedades / Responsabilidad civil / Factores de atribución

Keywords: Company managers / Civil liability / Attribution factors

Marco normativo:

- Código Civil: arts. 1315 al 1321, y 1972.
- Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (9/12/1997): arts. 51, 177, 190, 265, 278, 282, 283, 287, 288, 295 y 422.

Recibido: 17/03/2023 // Aprobado: 30/03/2023

* Abogado. Máster en Derecho y Diplomado en Servicios Públicos y Regulación por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Especialización civil y mercantil en la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Mercantil y Civil en pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima, y profesor de Derecho Registral Societario de la Maestría en Derecho Registral de la Universidad de San Martín de Porres.

INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en la responsabilidad civil, de manera inmediata nos afincamos en lo que señalan las reglas generales del Código Civil (en adelante, el CC) al respecto, pues recordamos que aquél contiene la normativa extendida sobre acto jurídico, obligaciones, contratos y responsabilidad (subsidiaria de aquellos), es decir, los fundamentos del derecho civil patrimonial. Pensar de esa manera es correcto, y como veremos en adelante, si bien la responsabilidad empresarial navega en el caso peruano sobre leyes especiales que pretenden unificar el sistema de sociedades¹ (aunque estas no constituyen el único tipo corporativo al cual referirse en el orden mercantil, y no lo hace con éxito), el caso del denominado “juicio de responsabilidad” para establecer lo propio, ha de aplicarse también en sede empresarial. Del mismo modo, veremos que la graduación culpable es distinta, ya no solo medida en torno a la diferencia entre actividades civiles y mercantiles, sino que también al interior de la norma societaria “general” se demarcan espacios diferenciados.

Esto deviene en materia compleja, ya que en el Perú no solamente existe una Ley General de Sociedades (en adelante, indistintamente LGS) que abarca cinco formas corporativas con respectivas subespecies, sino que, como lo hemos hecho notar en otros trabajos previos, La Ley General de Minería peruana incluye dos tipos societarios adicionales: la sociedad minera de responsabilidad limitada y la sociedad contractual minera; del mismo modo que existen las sociedades por acciones

cerradas simplificadas, producto de una ley *ad hoc*, como también las sociedades de beneficio de interés colectivo (BIC), que responden también a una ley específica, sin dejar de mencionar a las sociedades de beneficencia, cuya norma regulatoria las compromete también dentro del espectro mercantil, así como las sociedades anónimas creadas por ley, y aquellas con objeto especial de acuerdo a la Ley de Mercado de Valores, por ejemplo, donde las sociedades de propósito especial (SPE) constan de un solo socio, lo que evidentemente hace gran incidencia sobre deberes fiduciarios y responsabilidad seguida. En suma, existen más formas y contornos dibujados fuera de la Ley “General” de Sociedades que dentro de la misma, y la primera no contiene una fórmula general de responsabilidad aplicativa a todas las sociedades que ella misma comprende, menos aún sobre las que se encuentran fuera de su campo de creación.

He establecido antes comillas en torno a la palabra general que conlleva la ley citada (de sociedades), pues debo hacerlo, ya que después de la aclaración hecha en el párrafo previo, aquello suena por lo menos curioso, sino equívoco, ya que no puede ser general aquello que no abarca a todas las sociedades y aquello que no regula la constitución de la mayoría de las sociedades. La realidad ha superado a la normativa nuevamente, donde aparece como un ejercicio de extrema arrogancia pretender abarcar en una sola ley los principios esenciales aplicables a las formas corporativas más utilizadas y de mayor dinamismo en el mercado para la realización de actividades económicas—esto también nos mueve a reflexión sobre la especialización que se ha de tener

1 Hoy en franco retroceso. Si bien la Ley N° 26887 (1998) es una Ley General de Sociedades (LGS) que regula de manera particular cinco tipos corporativos, no se puede desconocer que existen variadas leyes más específicas que regulan otros tipos de sociedades y que escapan en muchos aspectos a la regulación general de la LGS, como son aquellos comprendidos en la Ley de Mercado de Valores; la Ley de las Sociedades por Acciones Cerradas Simplificadas (SACS) del 2018; la Ley de Sociedades de Beneficio de Interés Colectivo (BIC) del 2020; la Ley General de Banca, Seguros y AFP; la Ley de Sociedades de Beneficencia; la Ley General de Minería, entre otras.

cada vez que se modifica alguna de aquellas, mirando el panorama completo, una cuestión que en estas tierras parece inexistente—.

Del mismo modo, salvo la mención hecha a la mal denominada Ley General de Sociedades, esta no contiene criterios distintos de aplicación de responsabilidad a los que conocemos en el ámbito civil —es por ello que el juicio de responsabilidad habría de ser el mismo—, aun cuando se haga una graduación distinta de la culpa en distancia a la acaecida en el CC, a mi criterio, de manera ineficiente —ya lo vemos a reglones seguidos—, y se establezca un estándar de actuación que no encontramos tampoco en el ámbito de la última norma referida, aun cuando el mismo sea parcial.

En estas líneas entonces nos referiremos a la responsabilidad de los gestores con relación a cuestiones internas de la persona jurídica, por actuaciones propias que se consideran dañosas para la misma corporación, y que se vislumbran examinando de manera subjetiva, analizando la diligencia, en contraposición con las cuestiones externas de la sociedad —responsabilidad ante terceros—, que normalmente son tratadas desde un criterio objetivo.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA ES ÚNICA, PERO APARENTEMENTE LA INTENSIDAD ES DISTINTA EN LA RESPONSABILIDAD GESTORA EMPRESARIA. NO SE TRATA IGUAL AL HOMBRE COMÚN QUE AL EMPRESARIO

Esto es cierto. Una primera aproximación al tema nos lleva a creer que la responsabilidad civil constituye un todo unitario, entendido ello como que la misma es un solo conjunto de reglas definidas, a pesar de las diferencias que

denota objetivamente nuestro ordenamiento en relación a la responsabilidad obligacional (comúnmente llamada contractual) y aquella denominada extracontractual, y que esta trasciende al CC para impregnarse en todas las relaciones jurídicas, lo que incluye al sistema empresario, y esto es casi exacto, “casi”.

Está por demás mencionar que, en sede nacional, la doctrina más cuidada ha comprendido ya hace un tiempo que la unidad implica orden y predictibilidad, y, por ende, la aplicación de criterios unificados. Esta preocupación se evidencia expresamente en el anteproyecto del Código Civil peruano del año 2018, que pretende superar los desaguisados que se encuentran en la actual legislación; y para muestra baste señalar, entre ellos, (i) la referencia a la relación de causalidad y la teoría que debe primar al respecto en cualquier supuesto (que ha de ser única), y (ii) el principio de reparación integral del daño, que ha de ser transversal a cualquier tipo de responsabilidad.

Pero, la responsabilidad civil ordinaria, aplicable en vista de lo preceptuado por el Código Civil a los actos de la vida diaria, ¿tendría que modularse para hacer una distinción con la responsabilidad civil empresaria? A lo largo de mucho tiempo esto se ha discutido y se han producido cambios de pareceres al respecto, y, por ende, tenemos reglas distintas para supuestos distintos (que separan los ámbitos civil y empresario), sin perjuicio a que todo ello genere la misma comprensión del tipo de juicio que ha de realizarse en ambos casos, es decir, (i) se trata de una misma responsabilidad, por daños, sujeta a indemnización (¿o reparación?²), que es de orden civil, y de ningún otro orden, y (ii) los elementos del juicio de responsabilidad son los mismos, a saber,

2 La relación indemnización-reparación aparece hoy como un binomio sobre el cual se discute, sin convencer a la generalidad.

(a) el daño, (b) la relación de causalidad, y (c) el factor de atribución, como mínimo³.

Es una responsabilidad de orden civil pues no es laboral, ni administrativa, ni penal, como se grafica en un ejemplo de esto último: distinto es que, como consecuencia de un delito, que genera responsabilidad penal o delictual, se generen asimismo daños que deban ser reparados, pero de este último hecho nace una responsabilidad, en este caso civil, que es consustancial al daño, no al delito⁴. Del mismo modo, la que corresponde al empresario como tal, y aquí uso este último concepto enderezado al orden típico corporativo, no responde a criterios administrativos ni penales, dado que dichas situaciones jurídicas se enmarcan en estricta clave mercantil o comercial societaria, donde hay una relación de género a especie, y que esta, en última instancia, se encuentra ligada con la responsabilidad laboral en muchos aspectos; y es que cuando se comenta un caso de responsabilidad de gestores empresariales, debemos adentrarnos en lo que a jurisprudencia laboral emiten las cortes especializadas sobre esas materias, pues las relaciones gerenciales, por ejemplo, se encuentran engarzadas en dicha temática, es decir, los gerentes ejercen como tales bajo una relación laboral⁵. De ahí se entienden perfectamente las distancias que

existen entre la estructura orgánica funcional de una sociedad, ya sea de orden programático legal o fruto de la autonomía de la voluntad, y la autodeterminación, de la que forma parte una gerencia, de la persona que ocupa el puesto gerencial y que para hacerlo suscribe un contrato de trabajo, y acepta el cargo, más allá de las funciones asignadas por el estatuto societario o la designación correspondiente.

No obstante, si bien lo señalado es gravitante, aun así, el ejercicio y funciones de un gerente de una sociedad anónima, como vehículo típico corporativo regulado por la ley, se rige principalmente por lo dispuesto por esa propia ley que regula la forma y estructura de esa sociedad, lo que incide directamente sobre su responsabilidad.

Teniendo en consideración que por especialidad de materia las actividades ordinarias son distintas a las actividades mercantiles –existe un derecho mercantil sujeto a principios y reglas propias– para la doctrina y la legislación hay divergencias entre la responsabilidad civil–mercantil con la responsabilidad civil ordinaria, y es que, si bien en ambos casos se han de dilucidar las consecuencias de actuaciones u omisiones que den lugar a un daño indemnizable, efectuando el juicio de responsabilidad para determinar los

3 A más saber, de la antijuricidad o ilicitud, la imputabilidad, y el hecho generador, siendo la primera –la ilicitud– base ineludible de examen a nivel jurisprudencial.

4 Como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 177-2020, Madre de Dios, del 28 de marzo de 2022: “F. Octavo. Es pertinente señalar, como premisa en el caso, que como señala Del Río Labarthe debe partirse de la idea de que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal no deriva de la comisión de un hecho delictivo: el delito tiene como consecuencia una pena; el ilícito civil, una consecuencia de esa naturaleza. No hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y otra lo sea de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito. La respuesta judicial a la acción civil nunca es de carácter penal, sino civil. Consiste en una restitución, en una reparación o en una indemnización. La responsabilidad civil nace porque el hecho produce el daño o porque implica un menoscabo patrimonial de la víctima (2). Ahora bien, el Código Civil respecto a la inejecución de obligaciones en el artículo 1319 regula que “incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

5 Ley N° 29497. Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...)

b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio. (...).

elementos propios que den lugar a la obligación de reparar –sobre esto la LGS no hace ninguna distinción–, son diferentes, ya sea por (i) la especial relación que se establece; (ii) la aplicación de criterios de imputación o atribución específicos; o (iii) de la particular forma de graduación de la responsabilidad (cuestión que se ha criticado, como veremos más adelante); y (iv) también por el estándar o modelo atribuido, lo que también ha sido blanco de críticas.

II. ESTÁNDAR DIFERENCIADO DE ACTUACIÓN

De este modo, se ha dicho que en la responsabilidad civil ordinaria estamos frente a un estándar distinto que ante la responsabilidad gestora empresarial.

En el primer caso se estará ante la actuación y conducta del buen padre de familia (*bonus paterfamilias*), que corresponde a la diligencia del hombre medio –recordemos que este concepto viene desde Roma, y qué tiene que ver con el estándar de diligencia al actuar, y no confundirse con lo que puede esperarse, por ejemplo, en el derecho de las relaciones familiares, por ello es equiparable al concepto del “hombre razonable” o *reasonable person* del *common law*– y que debe preocuparse por el cumplimiento de sus obligaciones como tal en el orden convencional de la vida en la comunidad en general. Este concepto lo podemos encontrar en la región sudamericana tanto en el Código Civil uruguayo, donde se reitera muchas veces en su articulado, pero particularmente en el artículo 1344 que tiene que ver con la responsabilidad civil; así como en el Código Civil chileno, cuyo artículo 44 incluye incluso la mención a la administración de negocios; también en el Código Civil ecuatoriano, respecto a la responsabilidad en el artículo 29; y si bien no lo hace el Código Civil y Comercial argentino actual, sí lo hacía el anterior antes de la reforma del año 2014, y la doctrina de este último país

lo sigue mencionando; y por supuesto, no es menor hacer hincapié en el hecho de que, ya en Europa, el artículo 1176 del Código Civil italiano lo contiene –y hago esta última mención por la trascendencia que ha tenido esta norma en el derecho civil peruano–, y ya que nos hemos adentrado en el derecho continental, haremos recuerdo también a lo que señala el Código Civil español, que hace la referencia en reiteradas oportunidades, y particularmente en el artículo 1903 relacionado a la responsabilidad civil y los criterios de diligencia.

“La responsabilidad civil ordinaria, aplicable en vista de lo preceptuado por el Código Civil a los actos de la vida diaria, ¿tendría que modularse para hacer una distinción con la responsabilidad civil empresarial? A lo largo de mucho tiempo esto se ha discutido y se han producido cambios de pareceres al respecto, y, por ende, tenemos reglas distintas para supuestos distintos”.

En el caso del ámbito mercantil, nos referiremos al buen hombre de negocios, que ha de preocuparse por sus obligaciones asumidas en clave comercial –extrema atención a ello–. Un ejemplo concreto lo encontramos en el art. 59 de la LGS argentina, que exige al administrador societario los deberes de obrar con lealtad y con la diligencia de un “buen hombre de negocios”; lo mismo que hace el art. 83 de la L. 16.060 de sociedades comerciales,

grupos de interés económico y consorcios de la República oriental del Uruguay, que dispone: “Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño”. Dato similar encontramos en lugares más distantes como España, Alemania, Polonia y Bélgica, por citar algunas jurisdicciones continentales.

Esto se explica a través de la determinación y distinción entre la culpa en un caso concreto (basada evidentemente en una concepción culposa, siempre subjetiva, que se asienta en las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar) frente a la abstracta (concepción objetiva de la culpa, basada en un modelo a seguir y comparar, demarcado por la legislación o definido por la jurisprudencia⁶); aun cuando ello no es óbice para que a pesar de optar por un sistema en el que se objetivice lo concreto, la conducta deba ser apreciada en cada caso por quien juzga, y, además, con proyección a un modelo, es decir, no creemos que uno y otro caso sea separado y contradictorio, sino complementario.

Por tanto, la comparación entre el modelo atribuido (y esperado) por la ley y la conducta

desplegada por el imputado, debemos señalar, en general, no escapa necesariamente al análisis condicional circunstancial⁷, o lo que es lo mismo, no hay imposibilidad absoluta de sumar lo concreto a lo abstracto (aun cuando reconocemos que hay opiniones contrapuestas al respecto). No puede haber una culpa y la graduación de la misma, que prescinda de las circunstancias de las personas el tiempo y el lugar.

Todo esto corresponde a la denominada “teoría de la prestación de la culpa”, estudiada ya de antaño desde el punto de vista teórico.

Pero estas concepciones de personas razonables (*reasonable man*)⁸, según el ámbito de sus circunstancias, no se encuentran plasmadas en el Código Civil peruano (donde se analiza en concreto, y no hay asomo de modelo abstracto alguno), como tampoco en la ley societaria peruana de manera general, aunque sí aparece en esta última la idea del “ordenado comerciante” (en abstracto), solo que, y es muy importante tenerlo presente, especialmente enquistada en un apartado correspondiente a un órgano colegiado perteneciente a uno solo de los tipos sociales que la misma regula (sobre esto último volveremos más adelante).

Otras legislaciones sí hacen la referencia específica en su ley civil, v.gr. Francia, Italia⁹ y Chile¹⁰, lo mismo que España; aunque, es imprescindible recordar, que, en la primera

6 En el Perú, la ley es fuente de derecho primigenia, de raigambre en el derecho continental.

7 Un tema estrictamente teórico que ha sido resuelto en judicaturas distintas a la peruana, ya que en esta última no se discute respecto a los estándares del “buen padre de familia” dado que dicha categoría no se encuentra afincada en la ley.

8 En las cortes del *common law* esto se discute hace muchísimo tiempo, como se recuerda en *Vaughan v. Menlove*, (1837) 132 ER 490 (CP), que fue el primer caso en que se introdujo el concepto.

9 Codice Civile. Art. 1176. (Diligenza nell’adempimento. Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata.

10 Código Civil: Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

de estas jurisdicciones, dada la aprobación de la ley de igualdad entre hombres y mujeres¹¹, el proclamado cartabón del buen hombre de negocios ha sido sustituido por el de “persona razonable”.

Y se ha discutido al respecto, por cuanto algunos no creen que debe analizarse esto, ya sea en abstracto, repudiando estándares, como tampoco que los modelos sean iguales, sino que se trata de concepciones diferenciadas.

Al respecto, parece que no es lo mismo el desenvolvimiento en los quehaceres y obligaciones propios y ordinarios de una persona común en las relaciones con sus semejantes de la vida cotidiana, que aquellos que corresponden a la misma persona que asume una función de empresario, siendo este último sujeto a una regulación especial, con deberes propios del comerciante –con funciones específicas–, y un tomador de riesgos por excelencia¹². Incluso, si sumamos a todos los tipos corporativos (que hay muchos), se ha aludido también a funciones gestoras distintas –cada tipo legal es diferente en estructura, funcionamiento y dimensión– que a su vez

han de calibrar de modo dispar las actuaciones (por ejemplo, y más grave, la dicotomía de los vehículos corporativos con o sin fines de lucro, hoy también en entredicho¹³), y el mayor o menor incentivo para su realización, ya sea por la relación estrecha o el divorcio del tándem control-propiedad, u otro factor.

III. EL ORDEN PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA EN UN CASO DE CULPA

Esta se basa en el denominado juicio de responsabilidad que se sustenta en las conocidas bases o elementos de: (i) el daño, (ii) la anti-juricidad¹⁴, (iii) la relación de causalidad; y (iv) los factores de atribución.

Para determinar la responsabilidad civil ordinaria normalmente nos basamos en el juicio de responsabilidad civil, y este se identifica con los elementos sobre los cuales hemos citado como pacíficos para comprenderla. Y digo que es pacífico comprender aquello porque para otros habría además que sumar algunos elementos adicionales, como son, la imputabilidad, y el hecho generador, cuando

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

11 L. N° 2014 - 873 del 04 de agosto del año 2014.

12 Un concepto transversal al derecho de contratos, donde se negocian, y a la responsabilidad civil, donde se asignan.

13 A dos ejemplos me remito. Primero, en el Perú hace ya por lo menos ocho años la administración pública, reiteradas veces ha sostenido que las entidades no lucrativas no se sustentan necesariamente sobre un criterio causal, a pesar de lo que señale expresamente la ley –claramente–, si bien no con este mismo razonamiento, han plasmado que las actividades empresarias y mercantiles son propias de estas, y por ende susceptibles de ser consignadas dentro de sus estatutos, particularmente en lo que corresponde a su objeto social. Segundo, en España la Dirección General de Fe pública y Seguridad Jurídica ha resuelto hace ya casi dos años con respecto a una sociedad que el fin del lucro no es esencial en la misma y por ende se puede consignar en su pacto social y estatutos aquello. Esta dicotomía la mencioné yo en un trabajo previo: “La naturaleza de las personas jurídicas y el Registro Público: cuando la tipología corporativa se confunde con relación a la hipótesis de fusión y otras formas de reorganización”. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, julio 2019, N° 73, pp. 331-340.

14 Como comenté líneas atrás, añado el elemento de antijuricidad o ilicitud, al ser contenido de manera ineludible por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia peruana.

en contraposición otros omitirían la antijuridicidad, por ejemplo. Sin embargo, sobre los elementos mencionados en el párrafo anterior parece haber consenso en la jurisprudencia, por lo menos en sede nacional, si bien la doctrina peruana mayoritaria decanta por no reconocer a la ilicitud entre ellos.

El caso de la responsabilidad civil del gestor empresarial, sostenida en la culpa, no tendría por qué ser distinto, dado que la LGS no señala nada especial sobre aquello, ni en contrario. Para determinar entonces responsabilidad, tanto en sede civil como empresaria, tratándose de actos de gestión y la producción de daños, estaremos a la evaluación del juicio de responsabilidad civil o imputabilidad conforme los elementos antes anotados.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA Y LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN. TIPOS DE RESPONSABILIDAD Y FUENTE DE LA OBLIGACIÓN

La responsabilidad civil ordinaria sustenta el juicio de responsabilidad en dos factores de atribución hartos conocidos: (i) la culpa y (ii) el riesgo. Evidentemente, la culpa es primera en sentido histórico y cronológico, y por ende la más estudiada, y la única que en su momento existió (sin culpa, no hay responsabilidad, *Haftung*, o *Liability*). Posteriormente hemos pasado a reconocer y estudiar, básicamente en virtud de la revolución industrial y los accidentes de trabajo consecuentes, que está no era la única variable a tomar en consideración para poder atribuir responsabilidad (aunque si la más importante), sino que también el riesgo y la exposición al peligro (de actividades y bienes, y las obligaciones de seguridad consecuentes) juegan en ella

de manera gravitante¹⁵. Hoy en día hay quien refiere a modelos semi objetivos de responsabilidad inclusive, particularmente en el derecho laboral y administrativo.

Aun así, en algunos lugares se sostiene que el riesgo, como factor única y exclusivamente considerado, puede ser insuficiente para atribuir responsabilidad; y, por ende, siempre debe ser acompañado de un factor subjetivo o acción humana. Las cosas, se dice, por ejemplo, no son riesgosas *per se*, como no existen actividades peligrosas por sí mismas, sino operadas por y a través de las personas.

V. LA GRADUACIÓN CERRADA DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA

La responsabilidad civil ordinaria, basada en la culpa, es decir, la obligacional, tiene un largo desarrollo dogmático. Sobre la misma también podemos encontrar, según la circunscripción territorial a la cual nos estemos refiriendo, distinta graduación. Sin perjuicio de ello, este tipo de responsabilidad se basa en la inejecución de obligaciones, que parte de la premisa de no encontrar agentes exógenos o externalidades que impidan ejecutar la prestación concebida del programa contractual, salvo estos efectivamente se presenten y puedan probarse, caso concreto de la fuerza mayor, el caso fortuito, hecho propio de la víctima, o intervención de terceros; pero si ninguna de estas circunstancias se ha dado y se presenta el incumplimiento, la culpa se presume en calidad de leve (art. 1329, CC), dado que objetivamente existe un incumplimiento, y si no hay justificación, resta la culpa.

En el Perú se tienen tres grados establecidos y claramente definidos en el Código Civil al respecto, norma fundamental para estos

15 Para una recensión sobre la calificación de la culpa en el Perú, recomiendo leer a Gastón Fernández Cruz, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”, *Themis. Revista de Derecho*, N° 50, 2005.

aspectos, a saber: (i) la culpa leve; (ii) la culpa o negligencia grave; y (iii) el dolo¹⁶. La primera se identifica con aquella actuación que hace justicia al hombre diligente ordinario —y es que aquí yo veo indefectiblemente un elemento internalizado y psicológico que tiene que ver con un patrón, y que algunos pueden considerar suficiente para no complementarlo con el estándar del buen padre de familia—, según el tipo de obligación asumida, conforme las circunstancias del tiempo y lugar¹⁷ (asumimos la tarea con cuidado, prudencia, de forma ordenada), se trata de alguien que toma precauciones, aunque no extremas; la segunda es identificada con aquella actuación del hombre descuidado, e incluso se ha hablado del estúpido extremo¹⁸, básicamente no se actúa del modo en que lo haría la absoluta gran mayoría; y la tercera se identifica con aquella actuación u omisión encaminada y consiente del daño que puede o vaya a

causar, intención de dañar, o ya sea referente al desdén por cumplir¹⁹.

Aun así, como todas las cuestiones civiles, esto no es pacífico tampoco entre la doctrina (tampoco en tribunales). Y se ha criticado esta graduación. Recordemos que en el Derecho romano el dolo incluía graduación, y posteriormente se separa a la culpa como institución.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIA Y LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Cuando nos referimos a la responsabilidad civil empresaria es muy difícil dejar de anotar qué es lo que señala al respecto a la Ley General de Sociedades - LGS, pues aquella se constituye como la norma fundamental sobre la cual descansan la mayor cantidad de tipos

16 Código Civil. Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

El paralelo, por ejemplo, el Código Civil Chileno establece: Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En peruano no considera la culpa levisima, el chileno sí, luego, las graduaciones son distintas.

17 Código Civil. Culpa leve. Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

18 Código Civil. Culpa inexcusable. Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

19 Código Civil. Dolo. Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Nota importante es que el Anteproyecto del Código Civil peruano del año 2018 mantiene la graduación del dolo, culpa inexcusable y culpa leve, para la inexecución de obligaciones en general, si bien así precisiones necesarias sobre las consecuencias para el resarcimiento.

sociales corporativos elegidos para la actividad mercantil y conducción de los negocios, y es por ello que hemos hecho referencia a la misma desde el inicio de estos comentarios. La sociedad es el vehículo jurídico por excelencia de los emprendimientos empresariales, y particularmente aquellas recogidas en el texto de la LGS, ya que existen otros tipos de sociedades regulados por leyes paralelas, así como otras formas de organización corporativa de orden mercantil ajenas a las sociedades *v.gr.* la empresa individual de responsabilidad limitada - EIRL (que no contiene normas de graduación de culpa sobre responsabilidad civil, en lo que concierne al gestor).

No es menor acotar también, y surge como un tema de especial gravitación, el hecho de que la LGS constituye una norma especial, y forma parte del derecho mercantil. Por ende, su regulación aplicada a los vehículos que se estructuran a su alrededor no solamente resulta imprescindible para ellos, sino que es de su primigenia y preponderante atribución, es decir, debe partirse del análisis que se trata de una ley especial, que prima sobre cualquier otra ley de orden general en aquellos aspectos como los que venimos comentando.

La LGS contiene normas sobre responsabilidad aplicables a los tipos legales que regula –por lo menos a la mayoría–, y lejos ha de estar del pensamiento doctrinario justificar una ley general de personas jurídicas –inexistente en el Perú– o la aplicación transversal de normas sobre aquellas a todos los tipos regulados –hay quien lo hace–, teniendo en consideración que en el país existen distintos cuerpos normativos que regulan entidades corporativas, como lo son el Código Civil, la Ley de la EIRL, la Ley de Cooperativas, e incluso también las propias sociedades se han diseminado a través de variada regulación, como la constituyen, y ya hemos citado: la ley de Sociedades de Beneficencia; la Ley de Mercado de Valores; la Ley General de Banca, Seguros y AFP; la Ley de Sociedades

por Acciones Cerradas Simplificadas (SAC); la Ley de Sociedades de Beneficio de Interés Colectivo (BIC); entre otras, por mencionar a las más importantes. En general, y como hemos puesto de manifiesto, existe mayor número de tipos societarios creados y regulados fuera de la regulación de la LGS que en el propio texto de esta última.

Entonces, lo lógico sería encontrar en la Ley General de Sociedades los supuestos correspondientes a la responsabilidad civil que deberán afrontar los gestores empresariales en cada caso; es decir, para cada tipo social, y en cada cuerpo legal específico lo propio (*v.gr.*, la ley de las SAC) , salvo remisión normativa expresa de estas últimas a la primera. Sobre aquello, indicaremos, como ya lo hemos anotado antes, que la LGS no establece un juicio de responsabilidad civil distinto –obvia en absoluto tal mención– al que se comprende y deduce del Código Civil, pero sí le son aplicables factores de atribución diferenciados (en minoría y por la naturaleza de la relación jurídica establecida, según veremos en adelante) a los civiles, y graduaciones paralelas. Del mismo modo, y más complejo aun, es comprobar que la ley societaria no ha establecido una regla general de aplicación de responsabilidad para todas las formas de sociedades que admite, sino que lo ha hecho de manera discriminada (y desordenada).

VII. EL FACTOR DE DISTRIBUCIÓN DE LOS GESTORES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES. TIPO DE RESPONSABILIDAD Y FUENTE DE LA OBLIGACIÓN

Sería presuntuoso en estos breves comentarios referirse a todos los tipos sociales regulados por la Ley General de Sociedades, que en resumidas cuentas son cinco, y algunos de ellos con formas especiales, es decir, subespecies. Antes incluso ya hemos dejado constancia de que aquellos cinco se complementan

con otros más, y que, además, existen otras formas corporativas de orden mercantil que no son sociedades (la EIRL, por ejemplo), donde la responsabilidad por las actuaciones de gestión no es ajena.

La relación que une a un gestor con una sociedad es del orden obligacional, de origen contractual, y esto es ya casi un dato casi incontrovertible alrededor del mundo, conforme lo atestigua la doctrina y la jurisprudencia más entendida; muy a pesar de los contrastes que uno puede hacer de aquello con los comentarios más populares y conspicuos en el país. En esto gravita también el modo de asumir funciones, que no constituye un mundo unitario, pues depende del tipo social y del órgano al que nos estemos refiriendo. Algunas importantes voces también han señalado que los gestores societarios responden a obligaciones *ex lege*, pues además de la estructuración societaria de orden estatutario, la ley especial contiene apremios que deben ser observados de manera ineludible por aquellos. Es evidente que cuando se constituye una sociedad, o cualquier tipo de persona jurídica bajo el sistema de determinaciones normativas, en la medida que se instauran como *numerus clausus* dominados por una ley, esta supone su relación obligatoria con la norma que permite su creación, como ya lo hemos explicado en otros trabajos²⁰, pues esto último es un efecto jurídico ineludible de lo primero.

Cuestión distinta es que se pueda establecer algún tipo de responsabilidad de orden extracontractual con terceros *stakeholders* o con los propios socios, fruto de una relación distinta a la gestión propia y obligaciones que de ella derivan (y que puedan derivar a su vez de pretensiones individuales la responsabilidad, por ejemplo).

En suma, la responsabilidad interna es obligacional, y la externa, si cabe, de orden extracontractual.

“Estas concepciones de personas razonables (*reasonable man*), según el ámbito de sus circunstancias, no se encuentran plasmadas en el Código Civil peruano (donde se analiza en concreto, y no hay asomo de modelo abstracto alguno), como tampoco en la ley societaria peruana de manera general, aunque sí aparece en esta última la idea del ‘ordenado comerciante’ (en abstracto)».

Y es que esta responsabilidad se sustenta en los actos jurídicos que unen a una persona con un sujeto de derecho de orden corporativo, de existencia diferenciada (la sociedad), y en ello no se debe confundir la posición jurídica que se asume dentro del órgano, como puede ser una gerencia o miembro del directorio, y el órgano mismo, cuando este último es una parte de la persona jurídica —estructura de la misma—, con la persona que la ocupa, —es decir, un ser humano—, o lo que dice de la relación de un gestor con una sociedad. Esta relación no puede ser otra que la del tipo obligacional, convencional; de allí se

20 Max Salazar Gallegos, “Los sistemas de constitución de las personas jurídicas de Derecho Privado. La existencia, el registro y sus repercusiones en el tráfico jurídico”. *Actualidad Jurídica*, N° 148, pp. 49-55, marzo 2006.

asumen ciertas funciones que son propias del cargo, que pueden estar enmarcadas y tener como fundamento un reglamento interno, los estatutos, y la ley. Cuando nos referimos a la ley, ineludiblemente, como ya se ha podido advertir, no solamente se trata de la ley mercantil aplicable al caso concreto, sino también en lo que aquello prevea la de orden laboral.

Si la relación de un gestor con la sociedad nace de un contrato, y, por ende, es de índole obligacional, el factor de atribución de la responsabilidad ha de ser indefectiblemente subjetivo, y así lo hace notar expresamente la ley. Luego, la culpa juega un rol preponderante en estas lides.

VIII. LA GRADUACIÓN CERRADA DE LA CULPA DE LA RESPONSABILIDAD GESTORA SOCIETARIA

Al igual que el Código Civil, la Ley General de Sociedades ha establecido una graduación de la culpa de los gestores, pero, no es la misma que la de aquel, como la repasamos líneas atrás.

Esto no ha sido atendido por la doctrina en el Perú. Esta graduación especialísima de la LGS, y que algunos podrían entender —erróneamente— que se extiende a la actividad empresarial en general, comprende a: (i) la culpa o negligencia grave; (ii) el dolo;

y (iii) el abuso de facultades²¹. Así mismo, y para el caso el gerente general de una sociedad anónima, se atribuye responsabilidad por: (i) incumplimiento de sus obligaciones; (ii) dolo; (iii) abuso de facultades y (iv) negligencia grave²²; nótese la asistemática y reiteración comparada con la de los directores, que luego predico de su error.

Y aquí encontramos una piedra de toque, y es que esta graduación se expresa en un artículo que corresponde a un tipo de gestores, en este caso el directorio, que se corresponde a su vez un tipo de sociedad determinado, la sociedad anónima. Pero ya hemos dicho que hay cinco tipos societarios en la LGS; y que cada uno de ellos respondería a una organización y factores de estructuración distinta (obviamente, de lo contrario no tendría ningún sentido hacer la distinción entre tipos o formas corporativas).

Recordemos que la estructura corporativa y el nacimiento de los tipos (formas de las personas jurídicas) y su regulación responden individualmente a criterios diferenciados; y han de serlo, pues de otro modo tendríamos una sola norma o un solo tipo, con variables o subespecies que claramente podríamos nosotros moldear a nuestro propio criterio, ahorrándonos grandes costos de transacción²³. Sin perjuicio a ello, he de recordar al respecto, como lo hemos hecho notar en otros trabajos, que

21 LGS, Artículo 177.- Responsabilidad

Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que esta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que estos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general.

22 LGS, Artículo 190.- Responsabilidad.

El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

El gerente es particularmente responsable por: (...).

23 Sobre el particular, me pronuncié con más detalle en: *La Tipicidad de las Personas Jurídicas*, por Max Salazar Gallegos | Max Salazar-Gallegos.

la voluntad privada resulta insuficiente para generar una persona jurídica o crear un tipo social determinado.

Ya sea por símil, aplicación analógica, contexto, historia, tipo estructural, mero desconocimiento, omisión u otras razones que usted pueda añadir, la graduación antes anotada en sede societaria no es transversal a las otras formas que se regulan en la ley citada. Ciertamente esto no proviene de los tribunales y no se ha hecho justificación de aquello.

Señalar que la graduación antes aludida se aplica e implica de manera indiferente y ayuda a responder los conflictos actuales de órganos colegiados en general, como lo es para el directorio en una sociedad anónima, ya genera un problema, puesto que, entre otros: (i) la norma no lo dice textualmente; (ii) no forma parte de las reglas generales, e insisto; (iii) desconoce la distinción entre tipos o formas corporativas, y ello no se ha explicado y justificado.

La regla en cuestión, como hemos anotado, se encuentra enraizada en un tipo legal específico de la LGS, esta es, la sociedad anónima. Ello no se ha establecido dentro de las condiciones generales o de las cláusulas aplicables a todos los tipos societarios (la ley tiene una parte general aplicable a todas las sociedades, que se encuentra exenta de estos conceptos).

Tómese en consideración como ejemplo la ley general de sociedades argentina, que sí determina una concepción general aplicable a todos los tipos que regula, y lo propio hace la ley de sociedades comerciales de Uruguay²⁴.

En la LGS peruana, de los otros tipos restantes regulados, distintos a la sociedad anónima, se ha asimilado el mismo tipo de graduación de responsabilidad para (i) las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (SRL), conforme el artículo 288 de la misma²⁵, aunque sin mención a lo que corresponde por la denominada “inejecución de obligaciones”, como se hace para el gerente de las sociedades anónimas ¿Qué significa esto, el gerente de una SRL sería entonces menos responsable?; y, (ii) la sociedad en comandita por acciones, otra forma regulada por la LGS, donde el artículo 282, numeral dos, destaca que los administradores sociales se encuentran sujetos a las obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas²⁶.

Entonces, resulta por lo menos dudoso que exista una sola regla de responsabilidad y una sola graduación consecuente para todos aquellos tipos societarios; muy por el contrario, si uno se da el trabajo de leer y analizar la norma, verificará que, por ejemplo, la regulación de la sociedad comercial de responsabilidad limitada incluso contiene algunas

24 LGS argentina, Artículo 59.- Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

En el caso de Uruguay la norma citada contiene un extenso título sobre disposiciones generales aplicables a todas las sociedades.

25 LGS, Artículo 288.- Responsabilidad de los gerentes

Los gerentes responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. La acción de la sociedad por responsabilidad contra los gerentes exige el previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social.

26 LGS, Artículo 282.- (...) 2. Los socios colectivos ejercen la administración social y están sujetos a las obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas.

Los administradores pueden ser removidos siempre que la decisión se adopte con el quórum y la mayoría establecidos para los asuntos a que se refiere los artículos 126 y 127 de la presente ley. Igual mayoría se requiere para nombrar nuevos administradores; (...).

concepciones expresamente distintas, ya que no solo no incluye el “incumplimiento de obligaciones” como un factor determinante de la responsabilidad de los gerentes, sino que además, establece que si estos fuesen designados como condición del pacto social, solo podrían ser removidos judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad para ejercer el cargo²⁷. Nótese como muy importante, que, en este acápite, la culpa no se ha graduado, por lo que ha de admitirse la leve –no he de distinguir donde la ley no lo hace–; y la “inhabilidad” justificante no se ha definido, una cuestión de amplio espectro, y de confusión no menor. Es de apreciarse también la asistemática entre los tipos sociales que se están comparando, pero que sin embargo se encuentran regulados en la misma norma.

Otra cuestión resulta de la verificación de lo que se encuentra regulado para el caso de las sociedades colectivas, una forma corporativa adicional, pues en aquellas el régimen es distinto, los socios son los que gestionan, y nada de aquello sobre las graduaciones para imputar responsabilidad se ha mencionado en el texto de la ley.

Lo mismo ocurre con la sociedad en comandita, particularmente en la simple, donde se repite la historia de las sociedades colectivas en relación a la responsabilidad de gestores. Para el caso de la sociedad en comandita por acciones –un subtipo de aquella–, ya hemos hecho mención al hecho de que los gestores responden como directores de una sociedad anónima, lo cual no parecería adecuado, en tanto estos actúan de manera individual, y sería más apropiado haberles impuesto, para guardar lógica con lo que ha graduación corresponde, la de los gerentes de sociedades anónimas directamente; aunque lo más

diligente tendría que haber sido la expresa constancia de una regla aplicable a ese tipo.

El caso de los liquidadores de sociedades –que se convierten en gestores por su nombramiento– es otro caso de atención, ya que la LGS en su artículo 422 señala de manera lacónica que “los acreedores pueden hacer valer sus créditos frente a los liquidadores después de la extinción de la sociedad si la falta de pago se ha debido a culpa de estos”. Nótese pues, que no se ha regulado ninguna graduación sobre la culpa, por lo que les sería aplicable la culpa leve.

Si los tipos legales son distintos y las reglas están afinadas en cada tipo, y ellas son variables, y en algunos casos se ha omitido establecer aquello, entonces, estamos ante más que una omisión, sino ante reglas asistemáticas y un tratamiento desprolijo. En efecto y en tanto se constata que no existe una regla general, cada tipo se rige por una regla particular, y está ha debido hacerse constar. Por supuesto, el giro más inteligente hubiese sido imponer una regla general de aplicación transversal a todos los tipos. Preocupa esto aún más cuando se verifica que lo mismo ha sido también obviado en el anteproyecto peruano de Ley General de Sociedades del año 2018.

Ciertamente, la voluntad privada no puede crear una regla que le permita favorecer un tratamiento benevolente (como se ha criticado) para los casos de responsabilidad en los que pueden incurrir sus gestores. Es decir, no se puede sustentar que exista una sola regla para todas las sociedades dado el tratamiento normativo que hemos verificado.

Sin perjuicio de lo anotado, y en otro (a) salto, un lector atento comprende perfectamente que el abuso de facultades no se corresponde

27 LGS, Artículo 287.- (...) Los gerentes pueden ser separados de su cargo según acuerdo adoptado por mayoría simple del capital social, excepto cuando tal nombramiento hubiese sido condición del pacto social, en cuyo caso solo podrán ser removidos judicialmente y por dolo, culpa o inhabilidad para ejercerlo.

con la graduación de una culpa, sino con un subtipo del abuso del derecho; por ello, tal mención constituye otro error de la ley. Luego, anotar que el abuso es prácticamente lo mismo que la culpa resulta en un absurdo. Y más absurdo aún es que la norma no defina aquello. Lo es adicionalmente que cuando los glosadores más conspicuos tocan el tema, se refieran a ello de manera extremadamente genérica. El abuso de facultades es una especie del género “abuso del derecho”, y, por ende, deberá verificarse esto mismo cada vez que se produzca un caso de aquellos.

IX. LA JUSTIFICACIÓN DE LA GRADUACIÓN DE LA CULPA DIFERENCIADA EN LA RESPONSABILIDAD GESTORA SOCIETARIA

De lo antes anotado se verifica plenamente que, en clave de hombre común, se responde por la culpa leve, pero en clave de hombre empresario, ello no se produce.

En esta instancia, ¿es posible señalar que tal graduación resulta o debe ser especial? No ha estado exenta de justificación esta situación, es decir, se ha dicho, entre otros, que el empresario es un gestor de riesgos, y que, para tomar esos riesgos, no se le puede comprender o aplicar el mismo tipo de culpa que a un hombre común, y es que a este último le es atingente la culpa leve. Rescato el hecho de que el empresario no está obligado a constituirse bajo el paraguas de una sociedad para poder realizar su actividad, así como de ninguna otra forma corporativa, y que la garantía constitucional correspondiente (art. 59 de la Constitución Política del Estado, que regula la libertad de empresa) es transversal a las personas naturales y a las personas jurídicas, siendo las primeras preferidas sobre aquellas, en tanto las segundas funcionan únicamente como vehículos jurídicos para la conducción de emprendimientos y las bondades que de

las mismas se derivan, en esencia y principalmente, la responsabilidad limitada.

“El caso de la responsabilidad civil del gestor empresarial, sostenida en la culpa, no tendría por qué ser distinto, dado que la LGS no señala nada especial sobre aquello. Para determinar entonces responsabilidad, tanto en sede civil como empresarial, tratándose de actos de gestión y la producción de daños, estaremos a la evaluación del juicio de responsabilidad civil”.

Esto va de la mano con los incentivos para dedicarse a una determinada actividad. Lo mismo sobre el profesionalismo requerido para tales faenas. Qué decir de la posibilidad de reclutar a gestores con menor responsabilidad y en consecuencia a menor costo; y es que si las responsabilidades se miden por una graduación alta, en teoría resulta menos probable que se puedan interponer acciones al respecto donde hay que probar la negligencia grave, y más complejo aún, el dolo —recuérdese que la culpa leve se presume, y es el deudor quién debe probar la diligencia debida, pero la culpa grave o inexcusable y el dolo han de probarse por parte del acreedor, por lo que hay pues una inversión de la carga probatoria—; al mismo tiempo que resulta más probable que los seguros correspondientes sean menos gravosos —salvo las cortes encaucen el

tema—, y en consecuencia, habrá menos reticencia por parte de los candidatos para aceptar dicha posición jurídica.

Así, al gestor empresarial no puedo imputarle culpa leve, sino que parto de la grave para juzgar la responsabilidad. Ergo, para imputarle responsabilidad es imperativo que este obre como un idiota. Esto, insisto, no es pacífico, ni siquiera dentro de la propia LGS para los distintos tipos que regula, y ya vimos los casos donde, o no hay graduación, o donde la culpa leve se admite (aun cuando estoy seguro de que aquello es fruto de una omisión, pero al fin y al cabo es la ley).

X. EL PROBLEMA DE LA GRADUACIÓN DE LA CULPA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA SEGÚN LOS TIPOS SOCIALES: SA VS SRL

En el caso de las SRL, habíamos apuntado que el artículo 287 de la LGS asume que un gerente puede ser removido judicialmente, y ello cuando su nombramiento fue condición del pacto social, en las actuaciones con dolo, culpa (que debemos entender como simple) o inhabilidad para ejercer el cargo. Esto nos coloca frente a una gran esfera deductiva.

Si la remisión es llana y lisa a la culpa, deberíamos entender que se trata de la culpa leve, además de la grave. Incluso alguien perspicaz podría señalar que la culpa levísima podría asomar en este aspecto. Una salvedad es que la culpa levísima no se encuentra en ningún texto legal en el Perú, es decir, no se ha previsto aquella (caso distinto, por ejemplo, el Código Civil chileno).

Ni qué decir de las sociedades colectivas, en comandita, y las civiles ordinarias, donde no existe responsabilidad limitada de los gestores (responden de manera solidaria e ilimitada, donde yo añadiría también, subsidiaria) y donde los socios asumen una función preponderante, pues gestionan o administran

directamente (justamente porque responden de manera solidaria y limitada, luego, tienen interés directo en la gestión, y así lo reconoce la ley).

Tampoco escapa a nuestro criterio lo que corresponde a las sociedades familiares, donde no hay ninguna distinción entre gestión y propiedad, o donde las relaciones de control son manifiestamente únicas. Esto no hace sino graficar lo que ya hemos comentado antes en las aulas, y es que una Ley General Societaria no resulta del todo práctica en nuestro entorno, ya que tendría que modularse a grandes, medianos, pequeños y microempresarios a la vez —la dimensión importa—. Yo creo que es por ello que se han extendido otras leyes específicas dentro de nuestra jurisdicción, creando nuevos tipos, las más recientes, la ley de las Sociedades por Acciones Cerradas Simplificadas (del año 2018, aunque la posibilidad de su constitución recién se materializó en diciembre de 2020) y la ley de las Sociedades de Beneficio de Interés Colectivo (BIC), también del año 2020. Quizás, y lo más probable, es que debamos (una gran omisión, reiteramos) hacer parcelas diferenciadas de responsabilidad, o anotar lo que fuere pertinente en cada texto.

Una cuestión no menor es que la doctrina, como ya lo habíamos anotado, no se ha hecho eco sobre el particular. Y, además, que no existe jurisprudencia atingente para determinar aquello. Y aquí vemos por lo menos dos problemas. Los casos de responsabilidad civil empresaria, en el orden de gestión, se regulan también por ley especial y transitan a su vez por ley especial en el fuero laboral, es decir, son los juzgados laborales, y la Sala correspondiente de la Corte Suprema, los que han de fallar sobre estos aspectos, aun siendo su especialidad el tema estrictamente laboral y no el empresario. Si ya las salas civiles especializadas no hacen mayor mención a la distinción para la graduación de la culpa, y esto uno lo puede comprobar claramente

con la jurisprudencia actual, incluso en las sentencias casatorias (emanadas de la Corte Suprema), donde se atribuye culpa leve, culpa grave y dolo, sin ingresar en un análisis al respecto, ya sea por falta de tiempo u otras razones; entonces, las Cortes y Salas laborales tendrán pocos incentivos y material de consulta y confrontación para hacer lo propio.

XI. ¿SE JUSTIFICA UNA GRADUACIÓN DIFERENCIADA ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMPRESARIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL ORDINARIA?

No está claro y es difícil sino imposible de encontrar un texto en Perú que explique y justifique meridianamente el tratamiento diferenciado entre los regímenes de responsabilidad que estamos comparando.

El Perú claramente no es el Estado de Delaware (proclive al empresario, donde resulta casi imposible declarar la responsabilidad de un director por daños, especialmente por deberes de cuidado, por ejemplo, lo que incluye la posibilidad de pactarlo expresamente, pero siendo la negligencia grave el estándar para evaluar dicho deber, es decir, se excluye la culpa leve), pero tampoco es Madrid (donde un gestor social responde por culpa leve, conforme al art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital). En el primero existe un tratamiento normativo y jurisprudencial proclive a favorecer a los gestores empresariales, lo que ha posicionado favorablemente su legislación frente a los demás estados de la Unión norteamericana entre los empresarios. Pero tal tratamiento normativo se ha afinado por muchas décadas, y se sustenta no solo en la ley, sino también en fallos jurisprudenciales acotados sobre la materia, y en los que se

han desarrollado diversas instituciones aplicables a estos casos.

En la segunda, las leyes de sociedades españolas decantan hoy, como acabamos de señalar, admitiendo la culpa leve como parte de la graduación para los gestores societarios. De hecho, este cambio fue precedido por el castigo vehemente por parte de la doctrina al respecto, que no vio con buenos ojos el trato tan benevolente que se hacía hacia los gestores societarios. No es menor mencionar la impronta de esta última en la LGS peruana, algo innegable, pero que fue modificada ya hace mucho tiempo, pues ya en la Ley de Sociedades Anónimas - LSA de 1989 se introducen modificaciones relevantes en lo que a regulación de responsabilidad de gestores atañe.

XII. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SOCIO GESTOR EN LA SOCIEDAD COLECTIVA, LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE Y LA SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA

Este acápite toma como referencia el magnífico estudio del Prof. Cándido Paz-Ares²⁸ en relación a estos temas, aterrizándolos en sede nacional. Las figuras que abordamos tienen un interés excepcional dadas las especiales características de estos tipos sociales, la relación con los socios, y la de los socios entre sí, además de copar un tema que no ha recibido mayor atención -aquí- por parte de la doctrina.

XIII. AUTONOMÍA PATRIMONIAL IMPERFECTA

Evidentemente, en la S.C. tratamos una persona jurídica estructurada bajo los límites de la autonomía patrimonial imperfecta,

28 *La responsabilidad del socio colectivo*. Civitas. Thomson Reuters. Reimpresión, 2016.

relativa o parcial, donde los socios, y en extensión ordinaria los administradores, no gozan en consecuencia de responsabilidad limitada. Ocurre lo mismo en la S. Civil²⁹, y en la S en C, aunque en estas última existe la posibilidad de encontrar socios con responsabilidad limitada. Estas dos variables constituyen características esenciales de los tipos legales a los que nos referimos, pues la admisibilidad de estos fuera del registro resulta compleja, ¿qué se perseguiría con la irregularidad?, y justamente en relación con la última de las características mencionadas, donde los socios no se amparan bajo el manto del denominado “velo societario”. Se trata entonces de los denominados socios colectivos (antiguamente llamados “industriales” conforme la LGS que rigió hasta el 31.12.97). Asumimos que tanto en la SC como en la S en C la gestión la conduce uno o más de los socios que no han limitado su responsabilidad, aunque admitimos que cabe régimen diferente si así se hubiese dispuesto de forma convencional.

XIV. FALTA DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La falta de limitación de dicha responsabilidad corresponde a las obligaciones contraídas por la sociedad, en la SC “... los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales” (art. 265, LGS); y en el texto citado existe, sin lugar a duda, más de una omisión; y “los socios colectivos responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales ...” (art. 278, LGS) en las S en C, y “la sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. en la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales ...” (art. 295, LGS).

XV. LA RESPONSABILIDAD NO ES EN ESTRICTO POR LAS OBLIGACIONES SOCIALES

El problema con estos enunciados es que la responsabilidad de los socios colectivos no se puede ver reflejada en el cumplimiento de la obligación, por ende, no responden por la misma, sino que se constituyen como garantes, pero de la consecuencia de la inejecución de aquellas. Esta es una cuestión que fluye claramente del establecimiento de la relación jurídica obligatoria primigenia, cuál es entre acreedor y sociedad, y no entre acreedor y socio. El socio no tiene ninguna obligación de dedicarse a las mismas actividades que el corporativo, lo cual por demás sería extraordinariamente costoso e impracticable, además de injusto. La solidaridad que se predica es sobre la responsabilidad civil consecuente, que se genera como una obligación de forma secundaria ante el incumplimiento, se trata pues de resarcir los daños y no de cumplir con la obligación. El tipo de solidaridad, que puede ser distinto según se trate de, (i) respecto de la obligación; o (ii) sobre la responsabilidad, y de sus consecuencias patógenas, no puede ser confundido. Una cosa es constituirse como solidario en la relación jurídica obligatoria, y otra distinta en la responsabilidad consecuente, ante una anomalía, cual es la responsabilidad civil.

Los socios colectivos y/o que no hayan limitado su responsabilidad, entonces, son solidarios con la responsabilidad resultante (esta es su obligación: responder), no con la obligación primigenia que es de la sociedad como persona jurídica. No es lo mismo la obligación contraída que los daños resultantes o reclamados, y responderían solo por el pasivo social.

29 Distinto el caso de la S. Civil de Responsabilidad Limitada.

La LGS utiliza fórmulas diferenciadas que revelan una técnica legislativa curiosa (y errónea) al respecto, así verificamos por ejemplo que dice, (i) art. 51 (S.A.): “quienes no responden personalmente de las deudas sociales”; art. 265 (S.C.): “los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales”, *idem* art. 278 (S. en C.), y art. 283 (SRL); y art. 295 (S. Civil): “los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales En la segunda ... no responden personalmente por las deudas sociales.

1. Obligaciones o deudas sociales

Las reglas antes anotadas no solo utilizan indistintamente los vocablos diferenciados de “deudas” y “obligación”, un error que tendría que ser resuelto, sino que además, y tal como ocurrió con el texto del cual se tomó el precepto³⁰, el legislador no acabó por diferenciar entre deudas contraídas con ocasión y a favor de la actividad de la sociedad u otras distintas, como tampoco por las generadas a guisa de contratos civiles y mercantiles, y de cualquier otro tipo, y las que fueren consecuencia de responsabilidad extracontractual, de lo que veremos más adelante, guarda especial importancia.

En España, por ejemplo, el tema podría resultar discutible –lo fue–, pues el art. 127 del C de C exige la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad de origen negocial, pero no se pronuncia sobre otro tipo de deudas, aun cuando la doctrina haya decantado sobre una responsabilidad total.

Dada la amplitud del texto en la LGS, en estricto sentido, y mientras no podemos distinguir donde la ley no distingue, el socio

responderá por todas las obligaciones a las que se sujete la sociedad.

“Si la relación de un gestor con la sociedad nace de un contrato, y, por ende, es de índole obligacional, el factor de atribución de la responsabilidad ha de ser indefectiblemente subjetivo, y así lo hace notar expresamente la ley. Luego, la culpa juega un rol preponderante en estas lides”.

XVI. RESPONSABILIDAD OBLIGACIONAL Y EXTRACONTRACTUAL

Ahora bien, es necesario determinar por qué es que los socios responderían tanto de forma obligacional absoluta como de la responsabilidad extracontractual.

No sería en estricto una vinculación negocial, doble, es decir que la responsabilidad del socio es consecuencia y se fundamenta en la situación que ocurre cuando los representantes contratan con terceros, de lo que se dice, obran en favor de la sociedad y a la vez a nombre de cada uno de los socios colectivos –como gestores–, y de allí la teoría de la doble vinculación. Para Paz-Ares la responsabilidad devendría en una consecuencia automática, pues opera *ex lege*, fruto de la estructuración propia de este tipo de sociedad, y, por

³⁰ España.

ende, del mandato legal (en realidad, la solidaridad *per se opera ex lege*). Esto último se explica asimismo a guisa del hecho que los terceros relacionados, en particular los acreedores, no gozarían de una garantía estricta, ante la falta de formación de un patrimonio indisponible por parte de la sociedad (los servicios constituyen aporte, pero no en sólido). Sobre esto último también se teorizó en sede nacional en su oportunidad, e incluso de manera contundente se afirmó que no se exige determinación y pago de un capital, no siendo este obligatorio, y que los aportes de servicios no se encuentran sujetos a valorización imperativa³¹.

Una cuestión relevante a dilucidar implicó en su oportunidad establecer el alcance del concepto de “obligación social” (art. 265, LGS), aquello sobre lo cual responderán los socios colectivos. Sobre este aspecto, como le hemos apuntado antes, la ley peruana utiliza indistintamente también las frases “deudas sociales” y “deuda exigible” (art. 273, LGS). Este es un tema criticable, que gráfica una vez más la falta de sistemática del texto –esto se verifica hasta el cansancio–, y que confunde o puede llegar a confundir cuestiones propias de la realización del objeto, fruto de negocios jurídicos encaminados a la consecución de este (que es a lo que se debe abocar la sociedad y sus gestores y que sujetan sus deberes), con otras situaciones jurídicas a las cuales pueda verse expuesta la sociedad. Sin embargo, cómo hemos anotado antes, parece no tener mayor relevancia en este caso concreto, ya que la responsabilidad del socio es global. Así, las menciones antes anotadas deberán ser entendidas como equiparadas y equivalentes.

En primera instancia, las obligaciones sociales se constituyen de manera contractual, en

el campo civil, mercantil, administrativo, y/o laboral (fundamentalmente), mediante la actuación de los representantes con poder suficiente para vincular al ente.

Otra cuestión de extremo interés es precisar el alcance de las obligaciones extracontractuales y su posibilidad de imputación a los socios colectivos. Se toma en extrema relevancia aquellas derivadas de actos de competencia desleal, que como sabemos pueden ser muy onerosas.

Alguien pudo suponer que las consecuencias de las obligaciones provenientes de este último tipo de responsabilidad anotado, no han de surgir expresamente de la actividad propia de la sociedad, es decir, los representantes actúan dentro de los límites de sus facultades y por ende participan en la construcción de negocios jurídicos válidos y eficaces (en teoría) que satisfagan el objeto social, por lo que la responsabilidad aquiliana no haría parte del juego en el que ha de participar el socio colectivo (estos se comprometerían entonces con lo ordinario y ordenado). Esto fue descartado de manera liminar por la doctrina, ya *que* “no se trata de dilucidar un problema de representación, sino que determinar si una conducta dañosa pertenece al círculo de competencias que el contrato de sociedad atribuye a los administradores o el contrato de que se trate –trabajo, servicios, mandato, etc.– encomienda a los auxiliares”. Luego, tal suposición resulta falaz. Aquí también se ha anotado el hecho que han de ser atribuidas tales consecuencias por funciones propias consecuentes al cargo, y fruto del riesgo típico negocial mercantil (estas últimas precisiones parecen bastante lógicas).

Las obligaciones extracontractuales entonces se constituyen y generan como relaciones

31 Elías Laroza, E. (1998). *Ley General de Sociedades comentada*. Fascículo sexto. Trujillo: Editorial Normas Legales.

jurídicas de la sociedad, y como tales, garantizadas por los socios. Satisfecho este parámetro, la doctrina se centra en encontrar el fundamento normativo de esta última.

Aquí se han generado varias respuestas, y en el caso español, por ejemplo, se repasan las distintas teorías y posiciones jurídicas que sustentan la representación social y la vinculación última de esta con tales extremos, repasando la implicación de la responsabilidad por hecho del dependiente, y que por ende la sociedad responde objetivamente ante terceros (y allí la discusión acerca de que se le atribuye la culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in instruendo*, bajo una presunción *iure et de iure*³²); otra asume que es la condición orgánica de la gestión la que justifica la imputación de responsabilidad, lo que no requeriría mayor explicación. En nuestro medio, las aplicaciones prácticas de la representación han sido, hasta donde tengo entendido, correctamente enunciadas por la doctrina³³, y repasan las dos situaciones antes descritas, incluyendo además de los casos de representación general, el principio de responsabilidad objetiva. En resumen (no voy a citar aquí todos los casos y supuestos, lo que será materia de otra entrada), la representación es de la persona jurídica —por hecho propio o a través de interpósita persona—, pero no de otro tercero, y por ende, salvo patologías propias, como es el caso del exceso y la falsedad del supuesto representante, o la mala fe del tercero contratante —muy difícil de probar—, los actos así contruidos son válidos, eficaces y por ende vinculantes con la sociedad, y en segundo término, con el socio colectivo.

La explicación más sencilla (válida y lógica) es entender que existe un único ente, centro unitario de imputación de derechos y deberes,

«La regulación de la sociedad comercial de responsabilidad limitada incluso contiene algunas concepciones expresamente distintas, ya que no solo no incluye el ‘incumplimiento de obligaciones’ como un factor determinante de la responsabilidad de los gerentes, sino que además, establece que si estos fuesen designados como condición del pacto social, solo podrían ser removidos judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad para ejercer el cargo».

que se constituye como un ente capaz, independientemente que haya logrado o no formar un patrimonio (¿no todos lo tienen?) o que se encuentre en suma positiva, puesto que aquel es inescindible del mismo (todos los sujetos de derecho tienen un único y exclusivo patrimonio que responde por sus obligaciones), y es aquel el que se obliga, y por tanto, con dicho patrimonio obviamente, y que se ve sostenido en segundo término por la respuesta que ha de dar el socio colectivo por la posición especial que ocupa en la relación jurídica interna con el ente, y externa con los sujetos relacionados, puntualmente, los acreedores sociales.

32 En realidad, este es el escenario de explicación transversal a la figura de la representación.

33 Un estudio compendioso lo encontramos en Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las Personas*, Pacifico Editores, Lima, 2021.

Se dice al respecto que la responsabilidad por el hecho propio se constituye como una de orden necesario, y que la responsabilidad por hecho ajeno se configura de manera eventual. Pues bien, esta también es una máxima de aplicación general a todas las personas jurídicas. Así como se ha estudiado en otros lares, en nuestro país esta responsabilidad también es posible evitarla a través de pactos expresos en la graduación que fuese pertinente (y aquí me refiero a la culpa leve), cláusulas penales, y fracturas causales.

Cuestión de particular interés implican las sanciones administrativas de orden pecuniario, v.gr. multas. En este acápite Paz-Ares decanta por señalar que la sociedad colectiva “no es responsable penalmente y, en consecuencia, por este título tampoco puede exigírsele responsabilidad a los socios. La responsabilidad pesa solo sobre el administrador al que haya de imputarse la falta”. Pues bien, en el caso peruano la solución es distinta, ya que como hemos señalado, la responsabilidad del socio colectivo es total, global, absoluta, completa y perfecta en relación a las obligaciones o deudas sociales, sin perjuicio a su origen. Evidentemente hay casos de responsabilidad administrativa en los que el gestor responde a título individual –otra vez en sede de libre competencia, por ejemplo, o también con ocasión de ilícitos contra consumidores–, pero son extraordinarios.

XVII. EL CASO DE LA IRREGULARIDAD

¿Y qué sucede con la responsabilidad en la sociedad no inscrita que líneas atrás hemos mencionado? En el Perú no existe divergencia respecto a la calidad de sujeto de la sociedad

irregular de origen, como tampoco respecto a la sobrevenida³⁴. La plena capacidad y titularidad de esta situación negocial societaria está respaldada por los textos legales. La diferencia en el tratamiento regulatorio estriba en lo que a la sociedad irregular sobrevenida acontece, y que ya hemos criticado en otras oportunidades. Y es que no puede ser posible que habiéndose hecho conocida la causal de disolución, el socio permanezca indemne. Lo mismo va en clave de los administradores sociales.

XVIII. LA RESPONSABILIDAD POST EXTINCIÓN

Una cuestión que si bien tengo esquematizada hace mucho –*mea culpa*–, pero que he dejado para otros comentarios, es la que tiene que ver con la responsabilidad luego de la extinción de la sociedad, pero que menciono aquí brevemente por la confusión que puede llevar la revisión de otros textos, sobre todo extranjeros, y es que en el Perú no es discutible que luego del cierre de la partida registral, y consecuente extinción del corporativo, ya no hay responsabilidad que alcance a los socios –en otras circunscripciones territoriales el deber del socio subsiste al margen del registro–, salvo se demuestre fraude, lo que nos llevaría a la sede judicial. La respuesta de otros ordenamientos es muy distinta (además que no la compartimos por inconsistente).

XIX. ANTE QUIEN RESPONDEN LOS SOCIOS

Los socios responderán como se ha dicho frente a cualquier acreedor válido de la sociedad. La doctrina marca una excepción, cual

34 Un estudio más completo lo hice en Max Salazar Gallegos. “Anomalías societarias: la sociedad irregular”. En: *Actualidad Civil*, N° 46, abril 2018, Instituto Pacífico, Lima, pp. 247 – 274.

es “la del cesionario de un crédito derivado del contrato de sociedad (v. gr.: el cesionario de crédito al dividendo). Ese tercero –en la medida que pasa a ocupar la posición que tenía el socio transmitente– no puede hacer efectivo su crédito contra la sociedad sobre el patrimonio personal de los socios, y ello porque ... tampoco podría hacerlo el socio que lo cedió”³⁵. Esto se explica en función a la propia figura de la cesión, y es que el cesionario se expone en el ejercicio de sus derechos a las excepciones que corresponderían oponerse al cedente.

Importante mención merece aquella que refiere a la acción ejecutiva por parte de la sociedad en contra del socio, la cual es inexistente. Esto es así porque se entiende que el socio responde frente a terceros, no frente al corporativo del cual forma parte. Entonces, como se ha dicho, “no significa que la sociedad colectiva ... puedan obligar a sus miembros para que realicen las contribuciones que resulten precisas para saldar las deudas sociales”. No debe confundirse esta responsabilidad con la obligación de aporte o las accesorias.

No existe tampoco, y en consecuencia a la especial posición del socio, un deber de complementariedad a favor del patrimonio social para su nivelación (lo que se ha llamado un deber) que deba satisfacer ninguno de los socios colectivos.

Del mismo modo, se ha razonado si esto puede perseguir al socio colectivo en la etapa de la liquidación, y aquí cabe hacer varias reflexiones en relación a lo que específicamente señala la LGS al respecto, puesto que el artículo 408 es equívoco al hacer referencia para la sociedad colectiva a un capital social y su reducción, cuando aquel

“En el Perú no es discutible que luego del cierre de la partida registral, y consecuente extinción del corporativo, ya no hay responsabilidad que alcance a los socios –en otras circunscripciones territoriales el deber del socio subsiste al margen del registro–, salvo se demuestre fraude, lo que nos llevaría a la sede judicial”.

presupone, en este tipo corporativo, una presencia numérica basada en la tasación de un servicio, cuando en realidad no se ha aportado nada en sólido. Esto es incongruente con lo que corresponde a la normativa propia del articulado específico de dicho tipo social, donde ninguna de las reglas menciona la conformación del capital. De igual forma, el artículo 417 obliga a la convocatoria a junta cuando se extingue el patrimonio de la sociedad y se apura la solicitud de quiebra; mientras que el 422 expresamente reza: “Después de la extinción de la sociedad colectiva, los acreedores de esta que no hayan sido pagados pueden hacer valer sus créditos frente a los socios”, pero no hay atinencia alguna ni relación específica con lo preceptuado por La Ley General del sistema concursal, que es la que regula propiamente las quiebras –de aquello la LGS no dice nada–, y si el juez de la causa ya ha expedido a favor de los acreedores los

35 Paz Ares. Op. cit.

certificados de incobrabilidad correspondientes, luego, ¿cómo así se han de satisfacer tales apremios ante los socios?

1. El socio como acreedor

Hemos de hacer también referencia a otro escenario peculiar cual es de la posición del socio como acreedor de la sociedad. Tampoco es una cuestión por la cual existe una definición legal expresa en la LGS. Es evidente que nada obsta para que, (i) el socio pueda haber concluido algún tipo de relación jurídica con la sociedad merced la cual el primero ocupe la posición de acreedor —proveniente de responsabilidad obligacional o extracontractual indistintamente—, la cuestión es contra quién y cómo puede hacer valer su crédito; y (ii) menos aún es ajena la posición del mismo que de manera conatural y en su calidad de socio aplique al sustento del reparto de dividendos cuando aquello sea exigible, o en su caso, el pago por derecho de separación o liquidación de la posición, disminución de capital —una cuestión extraordinaria en este tipo social— u otra semejante.

No debería ser cuestión controversial verificar en nuestro medio, que cuando el socio titulice una deuda proveniente del acuerdo de reparto de dividendos, aquella no podrá ser exigida si no a la propia sociedad, pues esto resultaría evidente por la doble posición que asumiría como parte del órgano que así lo haya decidido y la posición jurídica que ocupa en él, y a la vez acreedor, aun cuando se haya opuesto a tal acuerdo. Lo mismo se ha de deducir de manera pacífica con respecto a la disminución de capital. En ambos casos el conflicto de interés surge de forma nítida.

Situación distinta es aquella que provenga de la separación y de la exclusión, donde claramente no existe un conflicto de interés subyacente, pues el socio ya no formará parte de la sociedad y por ende de sus beneficios, y él mismo se convierte en un ajeno a la misma; aunque aquello se cita en la doctrina como una cuestión de no menor complejidad.

Finalmente, y siguiendo con el caso peruano, en la liquidación el socio se enfrenta a las posibilidades que emerjan luego de concluida la misma, que son variadas, pero que supondrían un haber neto resultante, es decir, inexistencia de quiebra, por lo que el escenario supone que el gestor cumpla con la cuota respectiva, y aquí cabe repensar el artículo 422 de la LGS al respecto, por su poca utilidad.

Con respecto a obligaciones que no provengan de la posición de socio, otra será la respuesta, y decanta por la exigencia a los colectivos, puesto que en tales lides aquel primero se comporta de manera ordinaria como cualquier tercero acreedor y no sujeta su crédito a la posición de socio individualmente considerado —que ningún derecho le corresponde como tal en esta instancia—, luego, se trata de una relación jurídica distinta amparada y protegida por las reglas generales. Es decir, se trata de una obligación generada extra-pacto societario.

Paz Ares da cuenta de que, en España, si el título de la obligación es societario, “La deuda no puede hacerse efectiva más que con cargo al patrimonio social”, y se afirma para ello en sentencias del Tribunal Supremo español (por supuesto basado en normativa y desarrollo propio, y lo dispuesto por su Código de Comercio y la LAIE³⁶). Coincide el

36 Ley de agrupaciones de interés económico.

autor citado, siguiendo a Girón Tena y a otros en España, Alemania e Italia, sin embargo, en que, si el título de la obligación es extra societario, “es de aplicación el régimen general de responsabilidad, de manera que, en estos casos, el socio puede hacer efectivo el crédito que ostenta contra la sociedad sobre el patrimonio personal de sus consocios”. Este mismo autor da cuenta de “la regla del descuento” que consideró de perfecta aplicación en nuestro medio, y que dice que, “el socio acreedor que se dirige contra un consocio ha de descontar del importe de su reclamación la cuota que le corresponde como socio, eventualmente incrementada en la proporción oportuna para hacer frente a la insolvencia de otro consocio”.

2. Otras cuestiones relevantes

Atingencias relevantes al respecto y que espero desarrollar en una próxima entrada tienen que ver con los hechos de que, todos los socios colectivos son los que responden de manera solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales; que los regímenes del socio de hecho, aparente, oculto y similares ingresan dentro de las responsabilidades antes señaladas, lo mismo que el socio ingresante (aún sobre las previas), y que este tipo de responsabilidad lo admite su exención a través de pactos para societarios.

XX. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL, SOLIDARIA, ILIMITADA, Y SUBSIDIARIA, Y EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

Ya hemos establecido que la responsabilidad del socio es sobre el incumplimiento, no sobre la obligación.

Ahora bien, la responsabilidad es personal, del socio, por razones más que obvias de acuerdo a la posición que ocupa en la relación con la sociedad –no con el acreedor–, y recae sobre el patrimonio del mismo.

Se dice que esta responsabilidad es ilimitada, por el efecto que produce en función del principio de prenda general –tan maltratado en la regulación peruana–, pues recae sobre todos los bienes disponibles de aquel.

La responsabilidad es solidaria, porque en principio deviene del título de la obligación (CC, artículo 1183, “La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”), y es entre los socios, no con la sociedad, pues la solidaridad implica una referencia a una pluralidad de personas, dos o más, sin más límites que los que correspondan a la naturaleza de las obligaciones, la posición jurídica de las partes, y la convención jurídica materia de acuerdo, o el estatuto legislativo que la promueva; y se trata de una solidaridad pasiva³⁷.

Del mismo modo, se ha de estar a que se trata de una responsabilidad que se construye de manera provisoria en el orden interno societario.

1. El beneficio de excusión y la subsidiariedad

La responsabilidad es subsidiaria, esta no se sujeta a la quiebra, sino que versa sobre lo que se ha denominado como la subsidiariedad cualificada, que quiere decir que el reclamo del acreedor se perfila hacia los socios cuando se acredita la insuficiencia del patrimonio de la sociedad. Esto no debería

37 Sobre aquello me he explayado en “Max Salazar Gallegos: Comentarios al artículo 1183 (Carácter expreso de la solidaridad) del Código Civil”. En: *Nuevo comentario del Código Civil peruano*. T. III. Lima. Julio 2022. Editora Pacífico.

ser ningún misterio, y más bien, perseguir de manera transversal a todos los socios colectivos en todas las formas sin siquiera tener que establecer una regla expresa al respecto, puesto que esta responsabilidad, como se deduce claramente en los comentarios aquí mismo vertidos, se produce luego de una inejecución de obligación y en consecuencia es de carácter secundario, de efecto garante, de lo que se deduce claramente esta subsidiariedad.

“La Ley General de Sociedades, en materia de responsabilidad civil de gestores al interior de las cinco formas que regula, establece expresamente para las sociedades anónimas, y en particular para el caso concreto de los directores, una graduación de culpa de diversa intensidad que comprende: a) la negligencia grave, b) el dolo, y, c) el abuso de facultades”.

El beneficio de excusión constituye una condición previa indispensable a cumplir antes de la exigencia concreta de cumplimiento a los socios colectivos, y como lo ha dicho la doctrina, el problema estriba en la acreditación de dicha situación, es decir, la acreditación de que el patrimonio social resulta insuficiente para satisfacer las deudas. Aquí estamos ante un hacer y un probar por parte del acreedor que no tendría por qué ser en extremo gravoso para el mismo, sin perjuicio de que sea fehaciente.

Conforme la LGS, el art. 273 lo regula para las SC; el art. 295 para las S. Civil, y el art. 303, numeral 8 nuevamente lo reitera para la misma S. Civil. Entonces, resulta asistemático, pues si constituye un principio para socios sin limitación de responsabilidad—los colectivos— lo que ni siquiera exigiría una norma expresa por las razones que se deducen de lo antes acotado, debería comprender todos los tipos colectivos, y entonces ¿Por qué se ha excluido de aquel a los socios colectivos a la sociedad en comandita? A nuestro juicio, no existe ninguna justificación para ello y, por el contrario, la estructura propia de dicha sociedad y la posición del socio justifica plenamente que este pueda oponer el patrimonio del corporativo ante los acreedores sin necesidad de que exista la norma que ha omitido el texto de la Ley General de Sociedades.

XXI. RESPONSABILIDAD DEL GESTOR EN ASOCIACIONES, EIRL Y COOPERATIVAS: OTRAS LEYES EMPRESARIAS Y LA GRADUACIÓN DE LA CULPA

Como lo hemos comentado anteriormente, el CC regula la responsabilidad civil en los escenarios de culpa y riesgo (criterios subjetivo y objetivo), y en el primer escenario la gradúa de manera transversal para las obligaciones con tres intensidades, a saber: (i) culpa leve (art. 1320), (ii) culpa grave (art. 1319), y (iii) el dolo (art. 1318); las que son aplicables de manera general a su inejecución (de obligaciones), que comprende a la diligencia en la actuación, y las consecuencias del incumplimiento total o del cumplimiento parcial, tardío, defectuoso (art. 1314 CC), sin perjuicio de acudir a las consabidas fracturas causales para su excepción (arts. 1315, 1317, y 1972; y si se pregunta usted por qué acudimos a los señalado por esta última norma enquistada en la sección de responsabilidad extracontractual, le diré que es imprescindible para la

unidad del sistema, como lo ha atestiguado la doctrina peruana más conspicua).

Por su parte, la Ley General de Sociedades en materia de responsabilidad civil de gestores al interior de las cinco formas que regula, establece expresamente para las sociedades anónimas, y en particular para el caso concreto de los directores, una graduación de culpa de diversa intensidad que comprende: a) la negligencia grave, b) el dolo, y, c) el abuso de facultades (art. 177, LGS), y la hace extensiva para algunos de los tipos que regula —no todos—, pero no establece una regla general al respecto, sino que lo ha hecho de manera discriminada, por ello, en cada caso se ha de aplicar la regla que corresponda por el tipo de persona jurídica societaria de que se trate. No hay pues una norma común.

El eje comparativo para los comentarios que siguen se encuentra afinado, por supuesto, en la autonomía patrimonial perfecta de las formas citadas (una cuestión que tampoco es uniforme en la LGS).

XXII. LAS ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO REGULADAS EN EL CÓDIGO CIVIL

Ahora bien, cuando nos referimos a otras leyes empresarias, identificamos que la situación no varía —es decir, no hay solución común—. El Código Civil, que regula el caso de algunas personas jurídicas sin fines de lucro, no establece una graduación de aquella culpa a la que debería estar sometido el gestor de las mismas, a pesar de que esta norma contiene una parte especial, que corresponde justamente a entes corporativos (personas jurídicas).

En materia de entes no lucrativos, en el Perú la doctrina no ha desarrollado estos aspectos,

entre otros, por la ausencia de lucro en el accionar de los miembros que componen este tipo de organizaciones, y por tanto, subyace la presunción, muchas veces ingenua, de que aquellos carecen de un interés propio de orden económico respecto de sus actividades (a pesar de que ello contradice la propia definición contenida en el artículo 80, y los pronunciamientos registrales de los últimos años al respecto), lo que ha dado como consecuencia a su vez al poco interés que ha demostrado la jurisprudencia sobre el tema.

Los escenarios que se plantean al respecto sugieren que se podría sostener de manera seria que la graduación de la culpa en el caso de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, llámense Asociaciones, Fundaciones, y otros (las estrictamente confinadas a su texto), se encuentra sujeta entonces al régimen general establecido en el mismo cuerpo legal, esto es, lo que allí se regula sobre la graduación y que corresponde a la culpa leve, la culpa grave y el dolo. Esto sería lógico, fruto de un orden orgánico y sistemático³⁸, sostendría la unicidad de la norma.

Luego, se entiende y, es consecuencia, que esto genera una diferenciación entre el régimen de personas jurídicas, cual sería lo previsto por esta norma (el CC), y las culpas que se pueden imputar en una y otra persona jurídica regulada por otra norma (LGS), y entonces, podemos concluir que, en las asociaciones, y en particular sobre la gestión de las mismas, conllevaría a una graduación diferente que en las sociedades. Esto mismo se ve precedido y sustentado por lo prescrito en la ley de la EIRL, una norma también especial, conforme veremos líneas adelante, que tampoco coincide con la LGS.

Difícil sería sustentar, en opinión divergente, que la Ley General de Sociedades es aplicable

³⁸ De lo cual, debo decir, luego de leer los comentarios a la norma, me queda más de una duda.

para asociaciones en estos aspectos, o que el Código Civil es aplicable para sociedades, o que existe un vacío normativo, ya que, entre otros: (i) la propia LGS no establece aquello de manera transversal para las formas que regula; (ii) el CC expresamente regula estos aspectos, si bien no en la parte especial de personas jurídicas; (iii) los tipos de personas jurídicas que ampara el CC ingresan dentro de su regulación, son entidades sujetas a sus disposiciones, lo que sustenta el orden y sistemática del mismo; (iv) el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano del año 2018 en nada modifica la situación, ya sea en la parte pertinente sobre personas jurídicas, o del derecho de obligaciones en general, esto es, la graduación como consecuencia de la inejecución de obligaciones; (v) no se ha sustentado jamás por qué una situación y regla aplicable de responsabilidad a unas formas corporativas reguladas en una ley especial, esto es la LGS, podrían sostener lo propio para formas distintas, creadas y regidas por una ley diferente.

Si una solución sistemática es lo que se busca, debo decantar por la unidad del Código Civil, y, considerarlo una norma *per se* especial –para la regulación de las formas corporativas que ampara, en su caso, sin fines de lucro–, por ende, hay que rescatar que en materia de asociaciones el régimen de responsabilidad aplicable es el ordinario de las obligaciones.

El problema evidente es que, como consecuencia de lo anterior, el régimen no lucrativo resultaría más gravoso que el societario, que ya hemos comentado en anterior

entrada, no se justifica (aunque a continuación veremos que esto no es tan complicado como parece).

Sobre aquello también se ha dicho que el estándar atribuido para la gestión de una asociación, como persona jurídica sin fines de lucro, es diferente al estándar que debe atribuirse en una sociedad como persona jurídica con fines de lucro³⁹ –o mejor, digámosle mercantil, a pesar de que esto no lo señala la LGS expresamente, pues se advierte que el criterio causal no forma parte de aquella⁴⁰–, es decir, lo que hace la comparación entre el estándar profesional empresario versus el estándar de administrador común de un ente corporativo del tipo asociación, que no busca réditos personales, entendidos como lucro subjetivo.

De este modo, en tanto hemos revisado que los miembros de un directorio en una sociedad anónima ejercen el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, como parámetro de conducta, símil a la que corresponde al profesional (art. 1762 del CC) que en determinados casos responde solo por dolo o culpa inexcusable; en contraposición, el directorio de una organización sin ánimo de lucro no estaría sujeto a tales parámetros exactos. De allí se predica que esta última, (i) no funciona dentro del espectro de competencia mercantil –aunque esto resulta altamente dudoso, pues las leyes que regulan la competencia desleal, por ejemplo, incluyen a las entidades no lucrativas, lo cual es racional, pues se constituyen como agentes de mercado dentro de su propio segmento–, o (ii) bajo riesgo comercial –lo que también desafío, pues

39 Puede leerse al respecto en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Título preliminar y libro primero. Directores Marisa Herrera, Gustavo caramelo, y Sebastián Picasso, Primera edición 2015. Infojus. Buenos Aires.

40 Todo esto lo expliqué antes más ampliamente en varios artículos, siendo el primero de ellos: “El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones: su relación con la separación de los socios”. En: *Actualidad Civil*. N° 12, pp. 102-113. Instituto Pacífico editores, junio 2015. Lima.

como ya lo hemos expresado en otros trabajos, estas entidades aun en carencia de fin lucrativo subjetivo, deben lucrar de alguna forma (objetiva) para poder permanecer en el mercado— y (iii) no se sujeta a la maximización de beneficios, otro tema altamente discutible, sujeto a incentivos personales, y que las leyes tributarias sustentan en contra con la regulación sobre el destino de sus rentas y la distribución indirecta de las mismas.

Pero, esto no implica que el director de una organización no lucrativa se le deba atribuir el estándar del buen padre de familia, pues además de que ello no está establecido en la ley (no lo encontramos en el Código Civil, ya sea en la parte general de personas jurídicas ni en el derecho de obligaciones y contratos, como ya hemos mencionado en otras entradas ya citadas), pues este último es el de las cuestiones ordinarias no organizacionales y/o corporativas, y la asociación y otras formas típicas causalizadas hacia un fin no lucrativo constituyen corporaciones, y por ende, vehículos jurídicos especializados, que van más allá del margen del ámbito doméstico. No es menor señalar que en el espectro de las personas jurídicas sin fines de lucro, aquellos que las gestionan no son ajenos al principio de buena fe y a los deberes fiduciarios que se encuentran presentes en toda relación en la cual existe un cuidado de la cosa ajena o relación de agencia⁴¹. Y es que en las personas jurídicas no lucrativas, los miembros y gestores no son propietarios de nada, pues el íntegro del patrimonio le corresponde a la propia

entidad, y no existe una relación causalista con los primeros, ya sea para detraer cualquier tipo de beneficio utilidad, y/o cuota de liquidación, que es inexistente —de ahí la falta de incentivos personales a la que hacíamos antes referencia—; una situación muy distante en paralelo a lo que sucede con una sociedad, dónde las dos últimas instituciones —dividendo y cuota de liquidación—, que implican reparto y lucro subjetivo, sí aparecen de manera nítida (y resultan las más de las veces imprescindibles).

Otra posición, que no compartimos, sería señalar que existe un vacío, una omisión legislativa, y que por ello en las asociaciones no se ha regulado lo propio, y que, por tanto se ha de regir por el mismo criterio de la Ley General de Sociedades, habida cuenta de que se trata de vehículos jurídicos de naturaleza similar, y que hoy en día algunos tribunales administrativos han equiparado (véanse los precedentes de los últimos seis años del Tribunal Registral peruano al respecto, sobre actividades económicas realizadas por entes no lucrativos), y que gozan del mismo régimen de capacidad (sobre esto último me cabe mayor duda, ya que es aceptado mayoritariamente por la doctrina que el objeto social circunscribe de manera fundamental las actividades y funciones propias de los órganos en las personas jurídicas sin fines de lucro, y, como ejemplo evidente de aquello se encuentra el artículo 96 del Código Civil, que se nutre de estos pensamientos⁴²). Esto es, que la actividad empresarial de una sociedad se equipara con la de

41 *Agency*: is the fiduciary relationship that arises when one person (a 'principal') manifests assent to another person (an 'agent') that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests or otherwise consents so to act. **Restatement of the Law of Agency** (3rd edition, 2006). American Law Institute, paragraph 1.01.

42 Código Civil, Disolución por atentar contra orden público. **Artículo 96.-** El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

una asociación, imputando la misma teoría en uno y otro caso. Esto, aun cuando este comentarista entiende con Hasmann⁴³, al contrario de lo que se ha resuelto en sede administrativa, que el factor causal es distinto al estructural, y separa de manera diametral ambas instituciones. Son leyes especiales las que crean cada una de estas formas corporativas, y de las cuales se originan, lo que las aleja en varios aspectos.

En nuestra opinión, las asociaciones han de regirse, en el caso de la responsabilidad civil de sus gestores, por la graduación establecida en el libro de obligaciones del Código Civil, ley de la cual forman parte, que incluye la culpa leve; y en tanto no existe un criterio en abstracto que se haya moldeado en dicha norma, basta tal regulación para ser aplicable sobre aquellas.

Si debiéramos atender para estas últimas a un estándar de comparación de conducta con un criterio objetivo, ciertamente el del buen hombre de negocios, u ordenado comerciante estaría atenuado, pero nunca relajado al criterio del buen padre de familia. Por supuesto, estas consideraciones tendrán que enfrentarse a las circunstancias de las personas y el tiempo y el lugar, pues como hemos señalado en otros trabajos, existen organizaciones no lucrativas que facturan decenas de millones de dólares anualmente, con estructuras altamente complejas, que requieren una atención profesional en sus quehaceres propios, y, por ende, un criterio de satisfacción más alto de diligencia les será exigible. Y aquí se percibe de manera

nítida el desaguizado que ha creado y generado el legislador nacional.

Una cuestión no menor es observar que la culpa ordinaria permite pactar en contra de la culpa leve, y así quedaría empatada a la culpa empresarial; en la culpa empresarial no se permite pactar en contra de la culpa grave ni el dolo, como tampoco del abuso de facultades (mal concebido como un aspecto de graduación). Esto resulta en una delicada construcción convencional, como a la usanza proclamada en Delaware –la regulación corporativa por excelencia–, que se debe plasmar en los estatutos.

XXIII. LAS EIRL

Otro caso es el de las Empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL), donde la norma, también especial, no hace referencia al respecto de una graduación de culpa o dolo para el ejercicio de acciones de responsabilidad. Entonces, debemos preguntarnos ¿Cuál será la graduación culposa que tendremos que atribuir allí a la gestión social? Recuérdese aquí que la EIRL se rige por la misma teoría causal estructural que reseña la Ley General de sociedades, es decir, son vehículos afines; sin embargo, se me dificulta creer que aquello sea relevante sobre estos aspectos.

Surgen en este tipo legal problemas de gestión-control, y por ende de competencias, ya sea cuando existe identidad entre el titular (propietario de la empresa) y el gerente (administrador), que hacen función sobre lo que atañe a los deberes fiduciarios, sí es que cabe referirse a los mismos cuando no

La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte demandada a la asociación. Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

En cualquier estado del proceso puede el Juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas.

43 *The Ownership of Enterprise*. The Belknap Press of Harvard university Press. London. 1996.

exista diferencia entre el administrador y el titular (donde el deber de lealtad es inexistente), y por ende, no se esté administrando cosa ajena, y por lo tanto los intereses teóricamente se encuentren alineados internamente. Otra situación diametralmente distinta es posible cuando exista diferencia entre el gestor y el titular, sin embargo, ello no es una regla. En todos los casos, los terceros relacionados, entre ellos los acreedores, deben ser protegidos (esta es una máxima poco atendida en el derecho societario peruano, principalmente el registral).

En consecuencia, podrían existir dos escenarios en el caso de una EIRL, a saber: (i) cuando coincide las posiciones jurídicas de la persona en el titular y el gerente; y (ii) cuando el titular es distinto a quien ejerce la gestión.

Resulta entonces claro qué la ley de la EIRL no se ocupó de una gradualidad especial de la culpa en clave gestonaria. Y si bien es cierto esta norma data de 1976, la misma ha sufrido intervenciones posteriores, por lo cual, no se justifica que no se haya tomado atención a este tema o, si se quiere, no se ha considerado ello de manera particular.

Evidentemente se trata de otra omisión legislativa, porque sea que uno abogó por un sistema u otro de responsabilidad, lo más eficiente sería que la norma contenga la precisión exacta al respecto. Tal vez habremos de señalar, como se ha hecho en otra parte, qué lo propio no se ha realizado efectivamente en nuestro país, quizá porque hay mucho que construir y poco que copiar (ya hemos dejado aclarado que la doctrina no ha parado mientes al respecto).

En definitiva, en tanto no existe una norma expresa en la propia ley especializada en este tipo legal corporativo, y no existe una justificación individual para un trato benevolente –como el que le atribuye la LGS a las sociedades que regula–, en este particular aspecto

de la responsabilidad gestonaria en las EIRL, será preciso decantar por el régimen general constituido en el Código Civil. Al igual que otras normas de responsabilidad en leyes corporativas, se encuentra redactada en clave civil. A falta de precisión, se ha de entender que se aplican los niveles o graduaciones de culpa contenidos en el CC, es decir, culpa leve, grave y dolo.

“Las asociaciones han de regirse, en el caso de la responsabilidad civil de sus gestores, por la graduación establecida en el libro de obligaciones del Código Civil, ley de la cual forman parte, que incluye la culpa leve; y en tanto no existe un criterio en abstracto que se haya moldeado en dicha norma, basta tal regulación para ser aplicable sobre aquellas”.

Si hubiere alguna duda al respecto, el artículo 52 de la ley de la EIRL indica, de manera llana y desprendida de circunloquios, que cada gerente responde ante el titular y terceros por los daños y perjuicios que ocasione por incumplimiento de sus funciones. No existiendo ordenamiento jurídico especial sobre el juicio de responsabilidad civil en la misma, estamos ante el propuesto por el CC.

XXIV. LAS COOPERATIVAS

El caso de las cooperativas, que obviamente, también tienen una ley especial, es distinto,

pues su regulación sí contiene expresamente aquella graduación para la imputación de responsabilidad civil de gestores. Y esta es idéntica a la señalada en la Ley General de sociedades para la atribución de responsabilidad a los administradores corporativos en una sociedad anónima⁴⁴.

Las Cooperativas, contrario a lo resuelto para la Ley General de sociedades, y la ley de las EIRL, se encuentran causalizadas, una cuestión que la emparenta con las formas reguladas en el CC. Al parecer la especialización determinó un celo específico que hizo prever montar como regla una norma igual de benevolente que la contenía en la LGS para los directores de sociedades.

Entonces podemos comprobar que, en algunos casos la ley ha decantado apropiadamente por especificar cuál es el régimen de responsabilidad y gradualidad del tipo corporativo que se regula, y en otros casos sencillamente ha obviado a estos aspectos, descansando aquello en la regulación general de la responsabilidad civil. Así, las reglas del Código Civil son aplicables cuando los regímenes especiales no contengan normas sobre el caso específico. Lo mismo habrá que reconocer que dentro de un mismo texto legal que regula distintos tipos corporativos, la regla no ha de ser idéntica, salvo así expresamente se prevea, pues al interior de un mismo texto incluso se hace diferenciación según los tipos.

Resulta importante también destacar que la regulación peruana en materia de corporaciones, a la vista de lo expuesto, y sin ingresar en hacer un estudio exhaustivo

de todo aquello, es bastante asistemática y desordenada.

ALGUNAS CONCLUSIONES

- La responsabilidad civil ordinaria nace del riesgo o de la culpa, mientras que la responsabilidad civil empresaria de gestión solo nace de la culpa.
- La responsabilidad civil ordinaria tiene una graduación que implica mayor responsabilidad que la gestora empresaria, que es más benevolente en algunos de sus tipos.
- Existe un solo estándar para la responsabilidad civil ordinaria. La responsabilidad gestora empresaria no se encuentra regulada bajo un solo estándar, los distintos tipos generan responsabilidad y graduación también distinta.
- La responsabilidad civil ordinaria parece completa. La responsabilidad gestora ordinaria parece omisiva, sino incoherente.
- La culpa ordinaria permite pactar en contra de la culpa leve, así quedaría equiparada –en algún caso y por intervención privada– a la culpa empresaria; en la culpa empresaria no se permite pactar en contra de la culpa grave ni el dolo, como tampoco del abuso de facultades.
- El abuso de facultades es una especie del género abuso del derecho, y no una graduación de la culpa.
- La culpa ordinaria, a pesar de que no se señala así en los textos legales, “pareciera”

44 Ley de Cooperativas. **Artículo 36.-** El gerente responderá ante la cooperativa, por: 1. Los daños y perjuicios que ocasionare a la propia cooperativa por el incumplimiento de sus obligaciones, negligencia grave, dolo o abuso de facultades o ejercicio de actividades similares a las de ella, y por las mismas causas, ante los socios o ante terceros, cuando fuere el caso; (...).

obedecer a la larga tradición del reconocimiento obligacional del buen padre de familia, mientras que en la culpa empresarial, si bien se menciona un estándar abstracto de equiparación, como es el ordenado comerciante, no podemos establecerla como una regla que afinque tal institución de manera transversal a todos los tipos corporativos, al estar confinada respecto a un tipo de gestores en una forma legal determinada.

- En la LGS no aparece de manera ineludible en cada tipo societario una regla especial de responsabilidad, pero tampoco la regla del art. 177 de la LGS (dolo, abuso y negligencia grave) y del art. 190 de la LGS (dolo, abuso y negligencia grave) puede extenderse sin más al resto de formas por varias razones, algunas ya explicadas.
- La graduación de la culpa no (debería) es ajena a un estándar de comparación.