

La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés

ADRIANA MARÍA CELY

SUMARIO: *Premisa. I. El deber de conducta profesional. A. Noción de profesional. B. Deber general de conducta de los administradores. II. Teoría de la responsabilidad civil de los profesionales. A. Orígenes de esta teoría. 1. Orígenes jurisprudenciales. 2. Intervención del legislador. B. Las obligaciones profesionales y en particular las de los administradores. 1. Deberes profesionales contractuales. Principio de lealtad. a. La lealtad contractual. b. Lealtad del cocontratante. 2. Deberes profesionales extracontractuales. a. Obligaciones ante los terceros. b. Responsabilidad de uno de los contratantes frente a terceros.*

PREMISA

La disciplina en permanente evolución que es la responsabilidad civil adopta contornos específicos al tener como destinatario de su régimen a los profesionales, categoría de personas cuya identificación constituye uno de los avances más importantes del derecho privado de los últimos tiempos¹ y que, por oposición a la categoría de consumidor², se pregona de quienes son expertos en una actividad y viven de ella.

En aras de perpetuar la confianza en el tráfico jurídico-económico³, se espera

1 PH. LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2005, 1.

2 El Código Civil de Québec (art. 1384) define al consumidor como la persona natural que contrata con un profesional para satisfacer sus necesidades personales, familiares o domésticas. La directiva europea de 1993 (art. 2.º) adopta una definición muy cercana al establecer que es consumidor "toda persona natural que actúa con fines ajenos al marco de su actividad profesional". V. CH. LARROUMET. *Droit Civil*, T. III, 6.ª ed., París, Economica, 2007, n. 125 y 436 ter.

3 Esto lo percibió claramente la ideología de la *corporate governance* que tiene su origen en los países anglosajones y que se extendió al derecho societario internacional, al buscar dar transparencia a la gestión del capital, con el objetivo de garantizar el respeto del interés social y conservar la confianza de los accionistas. Véase nuestro artículo "El gobierno

legítimamente de los profesionales una conducta transparente en el ejercicio de dicha actividad.

En efecto, no es un secreto que el mantenimiento de la confianza es fundamental para la buena salud de la economía: la confianza de los ciudadanos frente a sus instituciones, la de los inversionistas en los establecimientos financieros, la de los particulares frente a su contraparte en el vínculo contractual, la de los consumidores frente a los profesionales. La esperanza sólida en una persona o en una cosa, el sentimiento de seguridad de quien se fía de algo o de alguien, constituye un concepto moral, pilar de la armonía social.

He aquí dos nociones vecinas: confianza y seguridad. No es raro encontrar ahora en las diferentes ramas del derecho el postulado moderno de "seguridad". Seguridad para los terceros, para la contraparte, para los ciudadanos; el concepto ha invadido de manera positiva los sistemas jurídicos, y constituye una herramienta de adaptación del régimen de la responsabilidad civil a la época contemporánea.

Tratándose de profesionales, el cocontratante espera que la prestación debida sea no sólo correctamente ejecutada, sino técnicamente eficaz. Se impone en definitiva al profesional un deber de conducta más exigente que a cualquier particular. Él es el experto, quien conoce el arte y la técnica, el que puede prestar un servicio especializado a quien lo necesita. El usuario o consumidor contrata con el profesional precisamente por ser éste quien conoce del asunto: el médico especialista en la enfermedad, el arquitecto o ingeniero experto en el tipo de obra, el productor o fabricante que tiene los conocimientos precisos y organizados para fabricar y poner en el mercado un bien, el abogado que sabe qué es lo que debe hacer y cómo, el administrador que sabe cómo gerenciar una sociedad. El celebrar un contrato con un profesional y no con otro sería, para quien necesita una prestación determinada, constitutivo de la causa del contrato⁴.

El deber de conducta profesional es entonces más riguroso que el que se exige por lo general de cualquier particular. Antes de ver qué se entiende por deber de conducta profesional, detengámonos en lo que la doctrina entiende por profesional, para luego hacer una presentación de las obligaciones específicas que recaen sobre éste y en particular sobre los administradores.

corporativo y los riesgos empresariales globales", en GONZALO A. RAMÍREZ (ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

4 "La causa en materia de acto jurídico es la motivación de la voluntad, es decir, la razón por la cual un deudor se compromete en virtud de un contrato". LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n.º 441. "En materia de causa, se habla de causa de la obligación o causa abstracta, que es la justificación económica de la obligación, sin la cual el contrato no será válido; pero si se trata de apreciar la conformidad a la ley o las buenas costumbres, o en general las razones que se tuvieron para celebrar el contrato, se habla de "causa del contrato o causa impulsiva y determinante, o aun de motivos principales y determinantes". LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n. 447.

I. EL DEBER DE CONDUCTA PROFESIONAL

A. Noción de profesional

Es "profesional" quien ejerce habitualmente una ocupación o actividad en razón de su experiencia⁵ y saca de ella una remuneración⁶.

Ante la carencia de definición legal, varios son los criterios que LE TOURNEAU propone para definir al profesional⁷. Como primera medida, según este autor, se deben dejar de lado particularidades indiferentes para calificar al profesional, tales como que éste sea persona natural o jurídica, de derecho privado o público, comerciante o no⁸.

En efecto, si bien el código de comercio francés define al comerciante como quien ejerce actos de comercio y hace de esa actividad su profesión habitual⁹, no siempre el profesional será comerciante; aunque el comerciante será siempre considerado como profesional. Así, el ordenamiento jurídico colombiano dispone que son comerciantes las personas que *profesionalmente* se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles¹⁰.

El profesional debe declararse como tal, de manera que dé la apariencia de su calidad, y los terceros que se le dirijan lo hagan porque consideren útil para ellos precisamente esa aptitud.

El profesional debe ejercer una actividad lícita de producción, distribución de bienes o prestación de servicios, y lo debe hacer de manera habitual, lo que implica la realización repetida de los mismos actos, durante un tiempo más o menos prolongado, puesto que el hábito implica una idea de duración.

Su actividad debe ser remunerada, de tal manera que el profesional saque de ella una ventaja económica de la que obtendrá, por lo general, sus medios de subsistencia.

El quinto criterio es, para LE TOURNEAU, el principal, puesto que el profesional debe estar organizado funcionalmente para realizar su actividad, y gracias a esa organización, que puede ser compleja (fábrica, empresa) o rudimentaria (maletín de herramientas), la actividad realizada podrá ser eficaz. Esa organización da al público la idea de profesionalismo.

5 Diccionario *Larousse Sélection*, 1987, T. I.

6 Para el profesor LARROUMET, es el profesional quien se encuentra en posición de superioridad socioeconómica y que por lo general impone a su contraparte los términos del contrato. LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n. 125.

7 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 6.

8 El derecho de Québec habla de comerciante y no de profesional. V. B. MOORE. *Les contrats du consommateur*, Rapport National Québécois, 4, n. 1.1, en [www.henricapitant.org/IMG/pdf/Quebec.pdf].

9 Artículo L.121-1 C. Co. francés: "*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*".

10 Artículo 10.º C. Co. colombiano.

El profesional domina la técnica de su trabajo, y por consiguiente, también los riesgos por las cosas que utiliza. En otras palabras, es un experto en la ejecución de una actividad determinada, y en ello se distingue de un simple profano, ignorante de la técnica.

Por último, el profesional tiene autoridad sobre quienes ejecutan, como auxiliares o substitutos, el contrato. De este modo, será responsable extracontractualmente por el hecho de éstos, por aplicación de la responsabilidad de los comitentes por el hecho de sus dependientes. El profesional será entonces responsable tanto por el hecho de las cosas que utiliza en la ejecución de la actividad, como por el hecho ajeno.

Si adaptamos esta delimitación del concepto "profesional" a los administradores sociales, tendríamos que el administrador es un profesional porque actúa en nombre de la sociedad (que sería su organización) y ejerce funciones legales y estatutarias propias de su cargo. El administrador forma parte del órgano social, de tal manera que se confunde con él, y de este modo garantiza a los terceros, socios o accionistas, la eficacia de una gestión profesional. Por esta razón, la responsabilidad personal del administrador rara vez es puesta en juego, pues los terceros contratan directamente con la sociedad y será esta la que, en virtud del telón protector que ejerce, responda ante ellos. No obstante, la responsabilidad de los administradores depende directamente de la solvencia económica de la empresa: si bien la regla general es que sea la sociedad la que responda (salvo falta separable de las funciones)¹¹, en caso de crisis de tesorería será el administrador personalmente responsable, si se reúnen los requisitos para declarar su responsabilidad. El administrador puede no ser remunerado por su gestión: los tribunales franceses toman en cuenta el carácter oneroso o gratuito de su labor para determinar con mayor o menor rigidez su responsabilidad.

B. Deber general de conducta de los administradores

El profesional está sometido a reglas de conducta específicas debido a características que lo diferencian de cualquier persona. Por la actividad que ejecuta, y en particular porque ofrece sus servicios al público, debe inspirar confianza. Si traiciona esa confianza, debe asumir las consecuencias¹². Debe por lo tanto actuar con particular cautela con el fin de cuidar la seguridad y la integridad física de los demás. El profesional está sometido a las normas de responsabilidad civil personal como cualquier otro, y por lo tanto debe abstenerse de causar daño en desarrollo

11 Ver "La responsabilidad del dirigente de la persona jurídica en derecho francés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 115 ss.

12 G. VINEY. "Responsabilité des professionnels, rapport de synthèse", en *Petits Affiches*, n.º 137, 11 de julio de 2001, 95. El administrador que traiciona la confianza de los socios o accionistas debe responder por haber faltado al interés social.

de una conducta anormal o injustificada, pero también debe realizar una acción tendiente a prevenir los daños a las personas con quienes contrata y a los terceros en el ejercicio de su actividad¹³. El administrador profesional debe, además, velar por el respeto de las normas que gobiernan los contratos, la propiedad industrial y el medio ambiente. El deber de conducta profesional engloba entonces una serie de deberes que trascienden el campo puramente mercantil porque se determina en función de la calidad de profesional. Se trata del deber de no causar daño en desarrollo de una actividad profesional normal.

Los administradores deben observar ciertos deberes de carácter general, pero también otros específicos de su profesión.

Dentro de los primeros, encontramos un deber general de administrar con diligencia y prudencia, aunque el contenido de esta última es relativo porque depende del conocimiento de mercado que el administrador tenga al momento de tomar la decisión. El juicio de valor sobre la decisión de gestión no debe verse influido por el conocimiento del resultado final, porque la actividad de gestión es por definición de ejecución sucesiva y dirimida en el tiempo, y una decisión que hoy pareciera ser adecuada puede revelarse nefasta a final de cuentas, porque entran en juego factores externos a la prudencia y diligencia medianas del administrador, como lo aleatorio del mercado, la solvencia de las empresas con quienes tiene intercambio crediticio, o la robustez del sistema financiero. Es por ello por lo que su conducta no se analiza sólo *in abstracto*, sino también *in concreto*.

En todo caso, la violación del deber de administrar con diligencia no es abstracta, sino que se analiza en relación con la violación de deberes específicos, como por ejemplo el deber de llevar una contabilidad regular, o privilegiar siempre el interés social sobre su interés individual.

Los jueces u organismos con funciones jurisdiccionales deben analizar cada caso en concreto, pues, como afirma G. VISINTINI, "el enunciado exhaustivo de todos los deberes específicos que recaen sobre los administradores es imposible, porque exigiría considerar todas las leyes en la materia, comprendidas las penales, fiscales, de seguridad social, y además se requeriría examinar también las fuentes contractuales de dichos deberes"¹⁴.

El administrador debe actuar de acuerdo con el interés de la sociedad, como lo haría un buen hombre de negocios, lo que supone un mayor esfuerzo y exigencia en la conducción de los asuntos sociales de la que se exigiría a un buen padre de familia¹⁵.

13 VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, 3.^a ed., París, L.G.D.J., 2006, 380 ss.

14 G. VISINTINI. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1999, 344.

15 Superintendencia Colombiana de Sociedades, Circular Externa del 9 de julio de 1997: En este sentido, en Colombia, la Superintendencia de Sociedades, órgano de control de las sociedades con algunas facultades jurisdiccionales, tuvo oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: "La ley 222, adicionalmente, impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que hasta ahora se les exigía. En efecto,

Pero, por ser un profesional, la referencia de conducta debe ser, en nuestra opinión, aún más específica y rigurosa, como quiera que el buen hombre de negocios puede ser todo comerciante y que la visión de "profesional" trasciende la de comerciante.

El estándar de comportamiento que debe observar el buen administrador debe ser entonces el del buen profesional, de acuerdo con los cánones propios de la actividad que realiza, y no sólo el del hombre de negocios prudente y diligente que sirve para valorar la culpa del comerciante, pues el administrador guarda la confianza de los inversionistas, clientes y público en general.

El criterio de buen profesional es, a la vez, más concreto y amplio que el de buen hombre de negocios: más concreto porque se refiere a cada profesión en particular: la diligencia exigida del médico no es la misma que la exigida del notario, abogado o electricista. Y es más genérico porque desborda la categoría de comerciante, e incluye a todas las profesiones, no sólo las que realizan actividades mercantiles, sino también las liberales y las de gestión de negocios.

No obstante, la apreciación no es exclusivamente *in abstracto*, pues el modelo de conducta del buen profesional dependerá de la profesión específica, así como de circunstancias concretas del caso particular, como la dimensión de la empresa, el nivel de experiencia del administrador, sus funciones, el carácter oneroso o gratuito del mandato.

El administrador de sociedades, quien es un profesional que ejecuta un servicio, está sometido a una obligación de medios donde se perciben dos fuerzas opuestas: por un lado, la severidad en cuanto a su responsabilidad por tratarse de un profesional. Por el otro, la toma en consideración del azar propio de su actividad, que permite una menor severidad en el juicio de su conducta. Los tribunales condenan al administrador que ha sido deshonesto, imprudente o de mala fe, y permiten un margen de error en la toma de decisiones, propio de las variaciones del mercado. El administrador no será responsable cuando globalmente su gestión ha sido correcta, ha actuado de buena fe y con respeto de los usos relativos a su profesión. Para apreciar la falta en la gestión, los jueces deben situarse en la fecha en que aquella se comete, para evitar que el conocimiento del resultado final les influya, y determinar así si la decisión al momento en que se tomó parecía la correcta.

Pero ¿cuál es el régimen propio de los profesionales, distinto del que recae sobre cualquier particular? Antes de ver las obligaciones propias de estos agentes

ya no basta conducir los negocios con diligencia y prudencia simplemente medianas, esto es, con la que se esperaría de un buen padre de familia. La nueva ley exige a los administradores actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con aquélla que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de los asuntos sociales".

económicos, así como los elementos de la responsabilidad civil que recae sobre ellos, sería conveniente acercarnos a lo que fueron los orígenes de la teoría.

II. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES

A. Orígenes de esta teoría

La responsabilidad civil de los profesionales tiene orígenes en la jurisprudencia francesa (1), que emitió principios rápidamente acogidos por el legislador (2).

1. Orígenes jurisprudenciales

El profesional se fue perfilando con el tiempo, a medida que la jurisprudencia le fue imponiendo deberes cada vez más específicos frente a los clientes, y que los contratos se fueron volviendo cada vez más especiales. El carácter principal de esos deberes fue el no haber sido expresamente pactados por las partes¹⁶.

Como dice el profesor LARROUMET, con el fin de "proteger, por el contenido implícito del contrato, al contratante que se libra a su contraparte por ser ésta un profesional y por contar sobre su lealtad y competencia"¹⁷, la jurisprudencia francesa realizó una doble labor de descubrimiento y de creación. "Descubrió" deberes extracontractuales que ponen en relieve imperativos morales tradicionales, como la buena fe, la lealtad o la honestidad. Pero también creó deberes contractuales nuevos tendientes a garantizar el orden social, y en particular la seguridad de las personas y la confianza en el tráfico económico de bienes y servicios.

La labor creadora se basó en lo que RIPERT llamó "el arte de hacer hablar al contrato"¹⁸ y consistió en la búsqueda de las obligaciones derivadas de la naturaleza misma de éste, de los usos y de la equidad¹⁹. También se fundamentó en la exigencia legal de ejecutar los contratos de buena fe²⁰.

Entonces, para la jurisprudencia francesa, los profesionales deben por ejemplo adaptar y renegociar el contrato si sobreviene un cambio en las circunstancias que afecten las condiciones de ejecución, como corolario del deber de buena fe²¹ en la ejecución contractual. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano

16 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 1.

17 LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n. 128.

18 RIPERT et BOULANGER, *Droit Civil*, T. II, 183, citados por G. VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 450.

19 De conformidad con la norma civil según la cual las convenciones obligan no sólo a lo que expresan, sino también a lo que su naturaleza imponga según lo que establezcan la ley, los usos o la equidad. Art. 1135 Código Civil francés, equivalente al 1603 del Código Civil colombiano.

20 Artículo 1134, inc. 3.º, C. C. francés, equivalente al 1603 del C. C. colombiano.

21 Com. 3 de noviembre 1992, JCP, 1993, II, 22164, nota de Virassamy; RTD. Civ., 1993, 124, obs. Mestre.

dispone en el artículo 868 del Código de Comercio, una revisión del contrato para encontrar un reequilibrio ante "circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles" que alteren o agraven la prestación futura de alguna de las partes de manera tal que resulte excesivamente onerosa.

La labor "descubridora" se inició por su parte en materia de transporte de personas, cuando la Corte de Casación francesa decidió inventar la obligación de seguridad con el fin de facilitarle la prueba al damnificado sustrayéndolo del régimen común de responsabilidad civil extracontractual²². La obligación de seguridad tuvo la ventaja de dispensar a la víctima de demostrar la culpa del transportista para comprometer su responsabilidad.

La idea fundamental para disponer de una obligación de seguridad en el contrato de transporte fue que el particular se confiaba plenamente a un profesional que dominaba por completo la actividad en la cual existía un peligro para su integridad física²³. Para la jurisprudencia, el conducir a la persona y depositarla sana y salva en el lugar de destino era una obligación de resultado²⁴ y su incumplimiento en caso de accidente comprometía su responsabilidad.

Posteriormente se alargó su campo de aplicación a una multitud de contratos que ya nada tenían que ver con el transporte, lo que en parte desvirtuó su utilidad inicial. Así, la jurisprudencia la exigió del establecimiento comercial que acoge clientela, como el restaurante²⁵, sin llegar no obstante a los extremos conocidos del derecho estadounidense de aplicación de responsabilidad de pleno derecho por daños corporales causados dentro de las instalaciones comerciales²⁶.

Otras obligaciones fueron también "descubiertas" por la jurisprudencia, como la obligación de información o el deber de lealtad, particularmente exigibles de los administradores sociales y que trataremos más adelante.

2. Intervención del legislador

El legislador intervino paulatinamente en la regulación minuciosa de diferentes actividades, como el transporte, los productos defectuosos, el contrato de venta, o el derecho del consumidor. La obligación de seguridad se comenzó a exigir en un gran número de contratos suscritos por profesionales. Así por ejemplo la ley

22 LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n.º 612; VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 472.

23 VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 542.

24 En la época en que la jurisprudencia descubrió la obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas (1911), las expresiones "obligación de medios" y "obligación de resultado" no habían sido propuestas todavía por DEMOGUE (1928), y fue precisamente el contrato de transporte que le inspiró el ejemplo de obligación de resultado. VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 542.

25 CA París, 17 de enero de 2005, D. 2005 IR, 388, en un caso en que un menor hace caer un vaso de café hirviendo sobre otro niño y le ocasiona quemaduras.

26 VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 543.

relativa a la seguridad de los consumidores²⁷, en donde se afirma: "Los productos y servicios deben, bajo condiciones normales de utilización o en otras condiciones razonablemente previsibles por parte del profesional, ofrecer la seguridad que legítimamente pueda ser esperada y no atentar contra la seguridad de las personas". Esta disposición se concretó en 2004²⁸, al disponerse que quien ponga el producto en el mercado debe tomar las medidas necesarias tendientes a seguir el producto y estar informado de la aparición eventual de un riesgo. Eso le permitirá reaccionar rápida y anticipadamente al advenimiento de un daño, por ejemplo retirando el producto del mercado, como le ocurrió al fabricante de juguetes Mattel en 2007 por las pinturas tóxicas y otros vicios peligrosos para la seguridad de los niños que presentaban sus juguetes fabricados en China²⁹, o más recientemente al fabricante de muebles Ikea, por un modelo de sillas altas de bebé.

Asimismo, se consagró en el contrato de venta una obligación de seguridad (de resultado)³⁰ distinta y autónoma de la garantía por vicios ocultos, que recae sobre el vendedor profesional por los daños ocasionados por los defectos del objeto vendido. Y esta obligación se extendió también a proteger a los terceros³¹. Esta obligación de seguridad, inspirada en la Directiva Europea del 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos³², determina que el productor es responsable por los daños causados por un defecto de su producto, esté o no ligado a la víctima mediante un contrato. Este régimen insta un sistema de responsabilidad de pleno derecho en beneficio de cualquier víctima, sea esta cocontratante o tercero, por los daños causados por el defecto del producto, salvo en caso del "riesgo de desarrollo", esto es, el riesgo debido

27 El artículo 1.º de la ley del 21 de julio de 1983, incluida en el artículo L.221-1 del Código de Comercio francés.

28 Por la ordenanza 2004-670 del 9 de julio de 2004 que incluyó el artículo L.221-1-2, según el cual: "[...] II. - Le responsable de la mise sur le marché adopte les mesures qui, compte tenu des caractéristiques des produits qu'il fournit, lui permettent : a) De se tenir informé des risques que les produits qu'il commercialise peuvent présenter ; b) D'engager les actions nécessaires pour maîtriser ces risques, y compris le retrait du marché, la mise en garde adéquate et efficace des consommateurs ainsi que le rappel auprès des consommateurs des produits mis sur le marché. Ces mesures peuvent notamment consister en la réalisation d'essais par sondage ou en l'indication sur le produit ou son emballage d'un mode d'emploi, de l'identité et de l'adresse du responsable de la mise sur le marché, de la référence du produit ou du lot de produits auquel il appartient. Ces indications peuvent être rendues obligatoires par arrêté du ministre chargé de la consommation et du ou des ministres intéressés". Ver LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., n. 4-14.

29 Mattel, el gigante americano del juguete, recogió unas 844.000 piezas: 522.000 en los Estados Unidos y 322.000 en el resto del mundo. Los juguetes fabricados en China y vendidos entre noviembre de 2006 y agosto de 2007 presentaban alto grado de toxicidad en plomo, así como elementos rompibles susceptibles de ser ingeridos por los niños (fuente: diario *LCL.fr* del 5 de septiembre de 2007).

30 VINEY. *Les conditions de la responsabilité*, cit., 460.

31 Civ. 1.ª, 17 de enero de 1995, D. 1995, 350, nota de JOURDAIN; JCP, 1995, I. 3853, n. 9 ss, obs. VINEY.

32 Transcrita en derecho francés por la Ley 98-389 del 19 de mayo de 1998, incluyó un título cuarto *bis* en el código civil.

a la aparición de defectos que el estado de la ciencia o de la técnica no permitía conocer al momento de la puesta en circulación del producto en el mercado.

B. Las obligaciones profesionales y en particular las de los administradores

Como ya tuvimos oportunidad de señalar, el régimen de la responsabilidad civil profesional se caracteriza, por un lado, por la severidad en la apreciación de la culpa del profesional, y por otro, por la inclusión de una serie de deberes que, junto con la obligación de seguridad y la objetivización de la responsabilidad por inobservancia de esa obligación particular, constituyen un derecho propio de los profesionales cuyo campo de aplicación es vasto, pues va de una responsabilidad personal o por el hecho ajeno rigurosa, a una responsabilidad objetiva cuando el daño lo produce una cosa o una persona a quien se debía vigilar y controlar³³.

El deber de prudencia y diligencia, propio del fundamento de toda responsabilidad por culpa, es más exigente cuando se trata de profesionales. El profesional incurre en culpa cuando se aleja de los deberes legales, reglamentarios, jurisprudenciales o deontológicos a que está sometido. El modelo de conducta profesional se analiza *in abstracto*, conforme a lo que un buen profesional, prudente y diligente, hubiera hecho en su mismo caso, pero también *in concreto* de acuerdo con las reglas propias de cada tipo de profesión y el nivel de experiencia personal y provecho económico adquirido por el profesional en particular.

Los profesionales se obligan contractualmente ante sus clientes o usuarios, y responden por el incumplimiento de sus deberes contractuales; pero también deben responder extracontractualmente ante los terceros, frente a quienes no tienen ningún vínculo contractual. Sin embargo, el principio de no cúmulo de las acciones contractual y extracontractual desaparece tratándose de ciertos profesionales como el vendedor fabricante o el notario en derecho francés³⁴.

Esto ha llevado a una parte autorizada de la doctrina francesa³⁵ a proponer un régimen autónomo de responsabilidad profesional. Sería un régimen híbrido, específico, justificado en la necesidad de transparencia en las actuaciones de los operadores económicos, en la protección debida a quien requiere bienes o servicios y está en manos del concededor, y en que el incumplimiento de una obligación

33 Jurisprudencia Blicq y aplicaciones subsiguientes sobre los profesionales, As. Plen. 29 de marzo de 1991, D. 1991.324, nota de LARROUMET.

34 Artículo 1386-1 Código Civil francés: "El productor responderá por el daño causado por un defecto de su producto, bien sea que esté ligado o no mediante un contrato con la víctima". Al decir "víctima" la norma incluye tanto al consumidor como al profesional que resulte damnificado al utilizar un producto. Ver LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 85.

35 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 9; P. SERLOOTEN. "Vers une responsabilité professionnelle?", *Mélanges Hébraud*, 1981, 805, G. VINEY. *Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., París, LJDJ, 1996, n. 244.

profesional tiene consecuencias que pueden afectar tanto al cliente como a los terceros³⁶.

1. Deberes profesionales contractuales

El conjunto de obligaciones contractuales que recaen sobre el profesional, expuestas en particular por LE TOURNEAU³⁷, dependen del contrato. Serán más o menos rigurosas de acuerdo con la prestación prometida, y se mezclan unas con otras, de manera que no se trata de obligaciones con fronteras precisas, sino más bien de un conjunto gobernado por el principio de *lealtad*.

Es leal quien es sincero y honesto en el cumplimiento de su deber. Si bien este concepto es de contenido variable, no es raro admitir que en la actualidad el funcionamiento de la economía exige lealtad de los operadores económicos para fundamentar la confianza en el mercado. El administrador societario es deudor de un deber de lealtad ante la sociedad y los socios, y esa conducta leal se le exige dentro de un marco de *moralización de la vida de los negocios*³⁸. Nunca antes el interés social había sido de más actualidad, por oposición al interés individual, el cual puede ostentar, por ejemplo, un gestor de negocios ajenos, que se encuentra en la situación de poder privilegiar el uno o el otro, si es que carece de una técnica de control adecuada.

La lealtad profesional se exige tanto del texto del contrato como de la persona misma del contratante profesional³⁹.

a. La lealtad contractual

Las convenciones obligan no sólo a lo que está escrito, sino también a lo que su naturaleza imponga según lo que establezcan la ley, los usos o la equidad⁴⁰. He aquí el fundamento del principio de lealtad contractual. Esta norma, común a quienes adoptaron el sistema jurídico francés, establece obligaciones supracontractuales en la medida en que la conducta esperada esté contemplada en la ley (exigible a todos sin distinción) o sea impuesta por los usos propios de un

36 Y la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual produciría la aplicación de regímenes distintos a las víctimas cuando el ser contraparte o tercero al momento de la comisión del daño es una circunstancia meramente fortuita. Por ejemplo, al médico que ocasione un daño con el tratamiento u operación, en el marco de una relación contractual, se le aplicará, naturalmente, el régimen contractual. Pero si el médico interviene frente a una persona inconsciente que se convierte de hecho en su paciente, no existe contrato y su responsabilidad será entonces extracontractual. También lo será ante los herederos de su paciente contractual si éste fallece. VINEY. *Introduction à la responsabilité*, cit., n. 243.

37 Véase LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 85 ss.

38 B. DAILLE-DUCLOS. *Le devoir de loyauté du dirigeant*, II, JCPE, 1998, 1486.

39 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 85 y ss

40 Artículo 1135 C. C. francés, equivalente al 1603 del C. C. colombiano.

arte o actividad, o por el sentido común, que aparece en principios filosóficos como la equidad.

Para LE TOURNEAU, la lealtad contractual es una idea dinámica⁴¹, que comprende corolarios como el deber de ejecutar correctamente el contrato, de informar a cabalidad a la contraparte, o de guardar silencio cuando el secreto profesional así lo exija. Forman parte del deber de lealtad contractual, en especial, las siguientes obligaciones, particularmente exigibles de los administradores sociales:

La obligación de información: Se trata de una de las obligaciones más importantes, sobre todo tratándose de administradores. Esta obligación, derivada de la lealtad que estos deben observar ante la sociedad y los socios, recae de manera general sobre el profesional que celebra acuerdos con un consumidor, sobre las características de la prestación debida y en particular sobre los elementos que puedan resultar peligrosos para este último en el sentido de llegar a vulnerar su integridad física. Si bien el problema de la integridad física no se aplica tratándose de participaciones sociales, los accionistas pueden ser equiparados a los consumidores porque, como ellos, tienen un derecho a la información y a la protección que se debe a todo consumidor⁴².

El administrador debe ser particularmente vigilante respecto de la información que suministra a socios, accionistas, demás administradores, y aun a los terceros en caso de emisión o cesión de acciones⁴³. El administrador que actúa como intermediario en la venta de acciones y no informa al cesionario sobre el precio real acordado con el comprador, es responsable y ha sido condenado por los tribunales franceses a pagar al accionista cesionario la diferencia del valor⁴⁴. El administrador debe ser veraz en la publicación de los resultados de fin de ejercicio, debe llevar bien las cuentas, de manera que los socios y accionistas conozcan claramente el estado patrimonial de la empresa, ya que de ella dependerán operaciones posteriores sobre su participación en la sociedad. La cesión de acciones exige que convencionalmente se suministre el mismo tipo de

41 LE TOURNEAU. *Les obligations professionnelles*, Mélanges Boyer, 1996, 365.

42 Y. GUYON. *Actionnaires et consommateurs*, Mélanges Calais-Auloy, 481.

43 La sociedad que hace llamado público al ahorro debe, en el régimen francés, elaborar un documento informativo que hará aprobar por un organismo de control de operaciones en bolsa (COB), sobre las características de la sociedad y las condiciones de la operación. Cuando la venta de acciones la realiza un accionista, éste se basará para fijar el precio (y el comprador para eventualmente adquirirlas), en la información suministrada por la sociedad sobre la situación y beneficios sociales. Si la sociedad no está cotada en bolsa, debe informar al accionista en un documento especialmente redactado para el efecto. La información debe ser muy completa, sobre todo en caso de cesión de control.

44 Jurisprudencia francesa *Vilgrain* del 27 de febrero de 1996, que declara por primera vez que el administrador tiene un deber de lealtad frente a los accionistas, en un caso en que el dirigente de una SA había negociado la venta de unas acciones por un precio de 8.000 francos/acción y paralelamente había acordado con el accionista minoritario adquirirlas a 5.600 francos/acción.

información que la exigida en caso de cesión de establecimiento comercial (art. 141-1, C. Co. fr.)⁴⁵.

Existe en Francia un verdadero derecho a la información correlativo al deber de informar del administrador, cuyos beneficiarios son los demás administradores de la compañía, los socios y accionistas. Es así como la ley del 15 de mayo de 2001, sobre nuevas regulaciones económicas, trae la posibilidad de conminar al administrador a mostrar los documentos que por ley debe comunicar (art. L.238-1, C. Co. fr.).

Obligación de confidencialidad: Los principios Unidroit disponen que habiéndose o no celebrado el contrato, la parte que recibió durante la etapa precontractual una cierta información confidencial no podrá divulgarla ni utilizarla indebidamente con fines personales (art. 2.16, Unidroit). Para LE TOURNEAU, en ausencia de cláusula específica, la contraparte debe respetar la confidencialidad sobre todas las informaciones que le han sido procuradas y que sirvan para aventajar a competidores de su contraparte. Al ser el administrador un mandatario y estar en posición privilegiada para conocer informaciones confidenciales de la empresa, debe respetar la obligación de guardar los secretos de ella aun después de haber terminado sus funciones.

Obligación de seguridad: Los profesionales deben ser particularmente prudentes y evitar exponer a sus clientes y a los terceros a riesgos que atenten contra su seguridad física. El legislador ha multiplicado las disposiciones tendientes a garantizar la seguridad de personas, cosas o medio ambiente. Esa protección aparece desde hace mucho tiempo en el derecho laboral, que reconoce la obligación del empleador de hacer respetar las condiciones de higiene y seguridad en la empresa en beneficio del trabajador⁴⁶. La jurisprudencia francesa ve en este deber de conducta una obligación general de seguridad que permite declarar la responsabilidad del patrono sin que sea necesario probar la culpa por irrespeto de alguna disposición legal que imponga el asegurar la seguridad en el trabajo⁴⁷.

El riesgo físico que corre un consumidor no lo tiene un accionista, para quien el riesgo es esencialmente financiero. Pero tratándose del socio de sociedades de tiempo compartido, que está entre el usuario o consumidor y el socio propiamente dicho⁴⁸, podría eventualmente considerarse un riesgo para su integridad física si las instalaciones puestas a su disposición presentan algún tipo de peligro, y la seguridad debe por consiguiente estarle garantizada por la sociedad de tiempo compartido a que adhirió.

45 GUYON, *Actionnaires et consommateurs*, espec. 485.

46 Código Laboral francés, artículo L.230-2, que impone al empleador tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, aun los temporales.

47 Soc, 28 de febrero de 2002, JCP 2002.I., 186, n. 23, obs. G. VINEY; RTD. Civ, 2002, 310, obs. JOURDAIN.

48 P. MOUSSERON. *L'associé-consommateur*, Mélanges Calais-Auloy, 751.

En todo caso, una obligación contractual de seguridad, que incluiría en las obligaciones contractuales el deber de no vulnerar la integridad física de la contraparte, es, en opinión de una doctrina reputada, un artificio, pues releva fundamentalmente del campo de la responsabilidad extracontractual⁴⁹. Es así como dice CARBONNIER: "Lo que llamamos responsabilidad contractual debe ser concebido como algo muy limitado: la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que esperaba del contrato; es artificio tratar de hacer entrar ahí brazos rotos y muerte de hombres; las tragedias son competencia de los arts. 1382 y ss."⁵⁰.

b. Lealtad del cocontratante profesional

Su fundamento es el principio según el cual los contratos deben ser ejecutados de buena fe⁵¹. La jurisprudencia francesa vio en esta norma un deber de lealtad en la ejecución del contrato, que implica que ambas partes (y no sólo el profesional) observen desde la etapa precontractual un comportamiento íntegro, que va desde el abstenerse de contratar si se percibe que la contraparte no está en posibilidades de seguir adelante en el cumplimiento de las obligaciones⁵², o que el proyecto sea insalubre para el medio ambiente o para los consumidores⁵³. Forman parte de este deber de buena fe:

La obligación de vigilancia: Particularmente exigible de los administradores sociales, la obligación de vigilancia implica el deber de estar activo, y no esperar pasivamente la realización de una gestión eficaz. "Su inercia es un incumplimiento contractual"⁵⁴.

La obligación de transparencia: también se pregona usualmente de los administradores. El gobierno corporativo busca controlar el poder que ejercen los dirigentes en las sociedades para evitar los abusos, y en este sentido, la transparencia será fuente de buen funcionamiento empresarial. Se acerca a la sinceridad y fidelidad, y ha sido acogida por cuerpos normativos de rango internacional.

La obligación de perseverancia: el profesional debe hacer frente a las dificultades que se presenten en el curso del cumplimiento del contrato, sean estas previsibles o imprevisibles, salvo en caso de fuerza mayor. El administrador debe velar por tomar las decisiones que parecen correctas y debe afrontar los azares del merca-

49 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 95.

50 CARBONNIER. *Droit Civil*, vol. II, París, PUF, 2004, n. 1211, 2412.

51 Artículo 1134, inc. 3.º, C. C. francés, equivalente al 1603 del C. C. colombiano.

52 Cass. com. 22 de febrero 1994, RTD civ. 1994, 850 obs. MESTRE, citado por PH. LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 96.

53 CA París, 26 de junio 1991, Contr. Con. Cons. 1992, n. 42 obs. RAYMOND, cit. por PH. LE TOURNEAU, *ídem*.

54 A propósito de una sociedad de vigilancia, CA Dijon, 17 de noviembre de 2000, JPCE 2001, pan.1307, cit. por PH. LE TOURNEAU, cit., 97.

do que finalmente determinarán si las decisiones tomadas eran o no adecuadas. El profesional puede mantenerse obligado aun después de su prestación, como por ejemplo por un servicio posventa, o, en caso del administrador, este será responsable aun después de finalizado su mandato, por hechos anteriores ocurridos durante la ejecución de este.

La obligación de fidelidad: El profesional debe ejecutar el contrato al pie de la letra. El administrador debe además ser fiel al interés social, y nunca privilegiar su interés personal sobre el de la sociedad. En este sentido, el administrador, como todo mandatario, debe respetar los intereses de su mandante y poner en obra todos los medios necesarios para alcanzar ese objetivo.

1. *Deberes profesionales extracontractuales*

En cuanto a los deberes extracontractuales que recaen sobre todo profesional, LE TOURNEAU nos los presenta de tres formas⁵⁵: Por un lado, el profesional puede comprometer su responsabilidad ante un tercero independientemente de todo incumplimiento contractual; por otro lado, su responsabilidad puede ser perseguida por un tercero en virtud de un incumplimiento contractual; finalmente, los mecanismos de protección de los profesionales radican en las teorías de competencia desleal y parasitismo.

Sin adentrarnos a analizar lo correspondiente al parasitismo y la competencia desleal, nos enfocaremos en los deberes atinentes a los administradores societarios, que es la aproximación que nos interesa.

a. *Obligaciones ante los terceros*

El profesional debe ser veraz en la información que publica. Toda publicidad mentirosa es sancionable cuando trasciende los límites del *dolos bonus* (y resulta, a la postre, la causa del contrato para el consumidor). También la seguridad debe ser respetada, en particular cuando se trata de productos defectuosos, como ya tuvimos ocasión de mencionar.

Para la jurisprudencia francesa, los vendedores profesionales tienen una obligación precontractual de información, así como la tiene la persona que ofrece bienes o servicios por Internet (ley francesa del 21 de junio de 2004 sobre la confianza en la economía numérica). En caso de faltar a esa obligación, la sociedad juega su papel de telón protector ante el administrador reticente, es decir, será ella la responsable por el no suministro de la información completa, y no personalmente el administrador si no ha cometido una falta separable. Cuando se trata de información financiera presentada al público, el administrador está

55 LE TOURNEAU. *Responsabilité civile professionnelle*, cit., 121.

sujeto a la obligación de información ante los terceros, que se traduce en el deber de comunicar al público una información financiera veraz sobre el estado de la sociedad. La jurisprudencia francesa declara la responsabilidad personal de los administradores que no cumplen con este deber⁵⁶.

b. Responsabilidad de uno de los contratantes frente a terceros

Para la jurisprudencia francesa el efecto relativo del contrato no se opone a que los terceros puedan invocar una situación de hecho creada por la convención de la cual no son parte, ello, si de la inejecución contractual se deriva un hecho generador de responsabilidad extracontractual. Así, el caso del empleado que al dejar de prestar sus servicios en una sociedad determinada, abre una empresa y se dedica a competir deslealmente con su antiguo empleador⁵⁷; la sociedad podría demandar la responsabilidad contractual de su antiguo empleado por desconocimiento de la cláusula de competencia desleal, pero también podría actuar extracontractualmente contra la sociedad que éste dirige porque la deslealtad en la competencia le ocasiona un perjuicio económico⁵⁸.

CONCLUSIÓN

Después de delinear una aproximación a los deberes profesionales, enfocados particularmente a los exigibles de los administradores societarios, podemos afirmar que el profesional está atado a un sistema de responsabilidad civil que le es propio y que se ha venido abriendo camino con el transcurso del tiempo, la especificación de los contratos y el consumismo. El campo de aplicación de su responsabilidad es vasto, pues sin estar desligado de la consideración de una conducta culposa, puede ser objetivamente responsable por desconocimiento de obligaciones específicas como la de seguridad, o por el hecho de las cosas de que es guardián, o por el de las personas que debía vigilar y controlar. El administrador societario no escapa a la rigidez en materia de responsabilidad, pues si bien es cierto que en principio responde la sociedad por hacer un solo cuerpo con ella, es un profesional que además está sometido al respeto de una obligación de lealtad reforzada por el interés de la sociedad, que deberá siempre privilegiar sobre el suyo. El deber de lealtad de los administradores, que sería la espada de Damocles sobre su cabeza, se

56 CA Paris, 1^{ère}, 1.º de abril de 2003, RTD. Com. 2003, 776; Cass. Com, 31 de marzo de 2004, D. 2004, jur., 1961, obs. CARAMALLI.

57 Cass. Com. 24 de febrero de 1998, JCPÉ II 98, 1486, nota de DAILLE-DUCLOS.

58 "No se trata de crear un derecho de acreencia para un tercero en virtud del contrato, sino simplemente de permitirle invocar una situación jurídica creada por el contrato como fuente de responsabilidad extracontractual, porque la inejecución imputable al deudor es al mismo tiempo un hecho generador de responsabilidad extracontractual". LARROUMET. *Droit Civil*, cit., n. 749.

traduciría en una doble obligación de no hacer: abstenerse de utilizar los poderes que ostentan y que se derivan del contrato de mandato, y las informaciones que poseen en virtud del ejercicio de sus funciones, en un interés personal distinto del interés de la sociedad. La responsabilidad civil de los administradores sociales se justifica en todo su rigor por su carácter de profesionales. Sería una especificidad de la disciplina multiforme que es la reciente responsabilidad civil profesional.

