

La responsabilidad del dirigente de la persona jurídica en derecho francés

La noción de falta separable
y la responsabilidad frente a terceros

ADRIANA CELY

SUMARIO: Premisa- I. La culpa personal del dirigente de sociedad separable de sus funciones. Teoría de la falta separable- II. Crítica de la noción de falta separable como fundamento para la responsabilidad personal del dirigente de sociedad- A. Divergencias en la jurisprudencia- B. Criterios que permiten definir la falta separable del servicio.

PREMISA

El dirigente de sociedad es la persona natural o moral detentadora de al menos uno de los tres poderes siguientes: la representación de la persona jurídica ante los terceros, la dirección interna que lo ubica a la cabeza de la jerarquía social, y el control que lo faculta para censurar los actos realizados por el resto de órganos sociales. Por un antropomorfismo el dirigente encarna la sociedad; le da forma humana a la ficción jurídica. La sociedad actúa por su intermedio, toma decisiones, y emite su consentimiento en las relaciones contractuales con los terceros, pero así mismo, el dirigente también comete la falta que obliga a la reparación.

Al ser la responsabilidad el contrapeso del poder, los gerentes o directores serán tan responsables como poderes extendidos tengan. El dirigente no actúa por sí mismo, sino como representante legal de la sociedad. Su responsabilidad civil obedece a ciertas reglas establecidas en el Código de Comercio, o, en su defecto, en el derecho común del Código Civil. De este modo, son responsables frente a la sociedad o a los terceros, de toda infracción a las disposiciones legislativas o reglamentarias, a los estatutos, o por las faltas cometidas en la gestión¹ de la sociedad.

1 Art. L. 223-22, L. 225-251, L. 225-256.

La responsabilidad frente a la sociedad o a los socios es una responsabilidad clásica, por culpa probada. La víctima debe entonces demostrar, por un lado, la falta cometida por el dirigente de la sociedad, apreciada *in abstracto*, es decir en comparación con el comportamiento que hubiera tenido, en las mismas circunstancias, un dirigente normalmente prudente y diligente; de otro lado, el perjuicio sufrido, que puede consistir en un daño emergente o en un lucro cesante; y por último, la relación de causalidad entre ese comportamiento y ese perjuicio.

La apreciación de estos elementos es difícil en la práctica, ya que una decisión tomada durante la gestión de la sociedad, que parecía razonable en su momento, puede producir al final resultados desastrosos, o, al contrario, una decisión errónea puede no producir perjuicio alguno, o no tener relación con el perjuicio alegado.

La responsabilidad frente a terceros se encuentra sometida, por su parte, en la jurisprudencia a una condición adicional, además de las tres condiciones de la responsabilidad. Se trata de la *falta separable* de las funciones de dirección. Si la falta no es separable de las funciones, la única responsable será la sociedad.

La noción de falta separable ha sido bastante criticada por la doctrina. Algunos autores la consideran ilógica² e imprecisa³, y carente de armonía con otras soluciones jurisprudenciales no sólo del derecho comercial sino también de otras ramas del derecho, como el penal⁴. Esta noción ha producido una inflación de la responsabilidad de la persona jurídica⁵, y una irresponsabilidad creciente de los dirigentes sociales⁶.

Vamos a ver en un primer momento cómo la jurisprudencia acogió la noción de falta separable para fundamentar la responsabilidad personal de los gerentes y directores de sociedades, para luego plantear las críticas doctrinales a esta noción.

I. LA CULPA PERSONAL DEL DIRIGENTE DE SOCIEDAD SEPARABLE DE SUS FUNCIONES. TEORÍA DE LA FALTA SEPARABLE

El 12 de octubre de 1993, la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa emitió una jurisprudencia conocida como "jurisprudencia *Rochas*". En este caso, la sociedad de perfumes *Rochas* demandó a la sociedad *Valières*, productora también de perfumería, y a dos de sus empleados, un agente comercial viajero y un director regional. La demandante se quejaba de haber sido víctima de maniobras

2 B. PETIT. *Droit des Sociétés*, 2.^a ed., Paris, 2004, 64.

3 VÉRONIQUE WESTER-OUISSÉ, Doctor en derecho, Universidad de Nantes, "Critique d'une notion imprécise: la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions", *Dalloz affaires*, mayo 1999, 782.

4 WESTER-OUISSÉ. Ob. cit.; DELPHINE CARAMALLI, Doctor en derecho y abogada ante la Corte, "Le dernier épisode du feuilleton jurisprudentiel de la faute séparable", D.2004 jur. 1961.

5 J.-F. BARBIERI. *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants?*, MéL. Guyon 2003, 41.

6 PETIT. Ob. cit.

de competencia desleal y de utilización ilícita de su marca, y estableció que estos dos empleados habían ejecutado directamente los actos ilícitos de los cuales solicitaba reparación.

La Corte de apelación acogió la acción en contra de la sociedad *Valières*, pero denegó la acción incoada en contra de los dos empleados. La perfumería *Rochas* demandó en Casación, apoyándose en una jurisprudencia tradicional de las salas civiles de la Corte, según la cual: "si bien el vínculo de subordinación de un empleado permite que la responsabilidad esté garantizada para la víctima por medio de la responsabilidad del empleador, no lo exonera de ninguna de las consecuencias personales de su responsabilidad". Pero la sala comercial denegó este argumento y excluyó la responsabilidad de los dos asalariados, teniendo en cuenta que habían actuado "dentro del marco de la misión que les había sido impartida por su empleador, y que no estaba establecido que habían transpasado los límites", de manera que "ninguna falta personal susceptible de comprometer su responsabilidad había sido caracterizada en contra de esos empleados en la realización del acto dañino"⁷.

Esta importante decisión, que modificó el régimen de la responsabilidad de los empleadores por el hecho de sus empleados, acogió la noción de falta personal separable de las funciones, traída del derecho administrativo⁸.

Para BERNARD PUILL⁹, la evolución necesaria de la responsabilidad de los empleadores o empresarios por el hecho de sus empleados o dependientes debía pasar por la adopción de conceptos propios al derecho administrativo. E. LAFERRIÈRE había definido la falta personal como aquélla que revela en el hombre "sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias"¹⁰. Por su parte, LÉON BLUM precisó que

7 La traducción es nuestra.

8 Esta decisión fue el antecedente para la jurisprudencia *Costedoat* (Ass. Plén. 25 février 2000, *Costedoat c/ Girard* y otros, Bull civ AP n. 2, JCP 2000 I 10295 concl. KESSOUS y nota BILLIAU), en la que se descartó la responsabilidad del empleado o dependiente cuando éste actúa "sin exceder los límites de la misión que le ha sido impartida por su cometiente o empresario". En el caso, se buscaba la responsabilidad de un piloto de helicóptero frente al propietario de un terreno vecino, víctima del tratamiento herbicida de unos arrozales.

Estas dos jurisprudencias (12 de octubre de 1993 y *Costedoat*), cambiaron el sentido de la interpretación en materia de responsabilidad del cometiente o empresario. Antes de ellas, se admitía el cúmulo de responsabilidades de empleado y empresario, dando una opción a la víctima para actuar contra cualquiera de los dos por la totalidad de la obligación debida. La responsabilidad era entonces solidaria. Ahora, el empleado o dependiente que causa un daño en el cumplimiento de su misión, aún si ha cometido un acto ilícito, ya no compromete su responsabilidad personal, salvo si ha cometido un acto penal intencionalmente (precisión aportada por jurisprudencia de la Asamblea Plenaria *Cousin* del 14 de diciembre de 2001).

9 Maestro de Conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brest, en su artículo "*Les fautes du préposé: s'inspirer de certaines solutions du droit administratif?*", JCP G. 1996, I, 3939.

10 E. LAFERRIÈRE. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.^a ed., vol. 2, Paris, 648. La traducción es nuestra.

“[s]i la falta personal ha sido cometida durante el servicio, o con ocasión del servicio, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos a disposición del culpable por el servicio, si la víctima ha sido puesta en relación con el culpable únicamente gracias al servicio, si, en una palabra, el servicio ha condicionado la realización de la falta [...] ésta se puede desprender del servicio [...] pero el servicio no puede desprenderse de la falta”¹¹.

Para que la responsabilidad deje de caer sistemáticamente en cabeza de la administración, se requiere que el funcionario haya realizado una falta personal. Este concepto fue tomado por la jurisprudencia administrativa en su célebre jurisprudencia *Pelletier* de 1873¹², como “*falta personal separable del servicio*”, exigida para establecer la responsabilidad personal de los funcionarios y agentes públicos.

Algunos autores hablan de una “transposición” de ese criterio en derecho comercial¹³, al resaltar la similitud de las expresiones, pero otros no llegan tan lejos y estiman tal consideración excesiva¹⁴. Para G. VINEY, esta decisión lo que hizo fue, sin perder de vista la función de garantía de la responsabilidad del empleador por el hecho de su empleado, dar a este último un poder de apreciación sobre sus propios actos que no salen de las funciones impartidas por su empleador. Para esta autora, la noción es muy angosta en el derecho privado, a diferencia de lo que ocurre en derecho administrativo, donde el Consejo de Estado dio flexibilidad a su aplicación al combinar la responsabilidad de la administración con la del agente público, para así asegurar, a la vez, la indemnización de las víctimas y la prevención de faltas más graves¹⁵.

La falta separable sería, para VINEY, una falta que no es totalmente ajena a las funciones, y podría definirse como aquella que el empresario o empleador no podía normalmente esperar de su empleado. J.-P. MÉTIVET considera que son susceptibles de comprometer la responsabilidad personal del gerente o administrador las “faltas cometidas por motivos personales (búsqueda de su propio interés, animadversión hacia la víctima, venganza...) o de pronto también de una gravedad excepcional que excluye el ejercicio normal de las funciones”¹⁶.

11 Citado por G. BRAIBANT, B. STIRN. *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 4.^a ed., 1997, 274 y ss. La traducción es nuestra.

12 PELLETIER. Tribunal de Conflictos, 30 de julio de 1873, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n. 2.

13 Y. GUYON. *Droit des Affaires*, t. 1, *Droit Commercial Général et des Sociétés*, Economica, n. 459; D. OHL, nota sobre Cas. Com, 28 abril 1998; D. GIBIRILA, nota sobre as. Com, 27 de enero de 1998, jur., 605; G. AUZERO. *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, Dalloz Aff. 1998, 502, B. PETIT, Y. REINHARD, obs. Cas. Com 28 de abril de 1998, *RTDCom* 1998, 623; C. FREYRA. *Libres propos sur la responsabilité civile dans la gestion d'une entreprise*, MéL. BOYER, P. U. Toulouse, 1996, 178.

14 G. VINEY. *La responsabilité personnelle d'un préposé ne peut être recherchée s'il n'a pas outrepassé les limites de sa mission*, Dalloz 1994, jur. 124.

15 Ídem.

16 J.-P. MÉTIVET, alto consejero, citado por BARBIERI en su artículo “Responsabilidad de la persona moral o responsabilidad de sus dirigentes?”, MéL. Guyon 2003, 41 y 51. La traducción es nuestra.

Para algunos autores la falta separable, se identifica con el abuso de funciones, para otros, con la culpa grave, o con la falta de carácter penal. El derecho laboral adopta tradicionalmente la falta personal del empleado, de manera muy pertinente para B. PUILL. En esta materia, la falta personal se equipara a la "culpa grave equivalente a dolo"¹⁷. Según este autor, habría que ver en esta óptica relativa a la gravedad de la falta, el criterio esencial de la falta personal. Esa perspectiva del derecho laboral se acerca a la del derecho público, donde la falta personal del agente público se mide, por lo general, en relación con su gravedad¹⁸.

Para VINEY¹⁹, este criterio de la gravedad de la falta para definir la falta personal tendría dos inconvenientes: de un lado, la gran dificultad real para definir la culpa grave o lata, y de otro, el hecho que el mismo empleador pudo haber favorecido la comisión de la falta, por ejemplo cuando una empresa de transportes de mercancías ofrece primas a sus conductores a partir de cierto kilometraje recorrido, lo que abre la puerta a la comisión de accidentes. En opinión de G. AUZERO, la culpa grave de los dirigentes de sociedad y de los empleados y dependientes sería la única susceptible de comprometer su responsabilidad personal, y la indemnización de los daños causados por las faltas ligeras deberían ser a cargo de la sociedad o el comitente: "La falta grave, a la cual sugerimos someter la responsabilidad personal de los empleados y los dirigentes de sociedad, debe ser clásicamente entendida como la falta enorme, grosera, signo de la extrema defectuosidad de un comportamiento. A diferencia de la falta intencional, la falta grave no implica mala fe. No existe intención de dañar, ni deshonestidad, pero frente al hecho, diríamos que lo hizo adrede"²⁰.

La Corte de Casación consagra una concepción restrictiva de la falta separable, que una jurisprudencia definió como la falta intencional de una particular gravedad incompatible con el ejercicio normal de las funciones sociales (Cass. Com. 20 de mayo de 2003). En el caso, una gerente fue condenada por haber cedido dos veces la misma acreencia a dos cesionarios diferentes. Este acto constituyó, para la Sala Comercial de la Corte, una falta separable: "Teniendo en cuenta que la responsabilidad personal de un dirigente empresarial ante los terceros sólo puede ser establecida si éste ha cometido una falta separable de sus funciones; y ello es así cuando el dirigente comete intencionalmente una falta de una excepcional gravedad, incompatible con el ejercicio normal de sus funciones sociales"²¹.

En esta sentencia, los magistrados trataron de definir la falta separable con relación a la gravedad del acto, tomando en cuenta su carácter intencional y ex-

17 Cass. Soc., 27 nv. 1958, JCP 1959 ed.G II 11143.

18 PUILL. Ob. cit.

19 VINEY. Ob. cit.

20 G. AUZERO. "L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé", *Dalloz Affaires* 1998, 502. La traducción es nuestra.

21 Cass. Com., 20 de mayo de 2003, D 2003 jur, 2623, nota DONDERO. La traducción es nuestra.

cepcionalmente grave. Esta es la definición, que prevalece hoy, y que es considerada como restringida por la doctrina²².

Recientemente, la aplicación de esta noción en derecho privado se encuentra en una decisión de la Corte de Casación, Sala Comercial, del 31 de marzo de 2004, jurisprudencia en la cual la teoría de la falta separable no es aplicable en materia de sanción de las autoridades financieras. En este caso, el presidente del consejo de administración de una sociedad inscrita en la bolsa de valores, fue sancionado por la COB (Comisión de Operaciones de Bolsa²³) por haber faltado a las obligaciones de sinceridad y exactitud impuestas por el reglamento COB n. 98-07 (arts. 2.º, 3.º y 4.º), relativos a la obligación de información al público. La demanda en apelación señalaba que la COB lo había sancionado sin demostrar que su falta había sido distinta de las obligaciones que tenía en su calidad de dirigente, es decir, separable de sus funciones. La Corte de apelación deniega esta demanda y la Corte de Casación, confirma la responsabilidad personal del dirigente sin ser necesario demostrar la existencia de una falta separable a partir del momento en que el reglamento COB prevé expresamente que el dirigente puede ser sancionado directamente. El fundamento para esta decisión es que no se trata de una acción en responsabilidad sino de una acusación penal en sentido de la Convención Europea de Derechos Humanos (los actos en cuestión están sancionados por el Código Monetario y Financiero).

Esta decisión de la Sala Comercial de la Corte descarta la aplicación de la teoría de la falta separable en razón al carácter penal de la acusación. Para D. CARAMALLI, esta decisión no es sino "la manifestación de una evolución en gestación"²⁴. En todo caso, el concepto de falta separable de las funciones no se encuentra totalmente delimitado, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. El criterio para definirlo es fluctuante, y esta problemática constituye la principal fuente de crítica a esta teoría.

II. CRÍTICA DE LA NOCIÓN DE FALTA SEPARABLE COMO FUNDAMENTO PARA LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL DIRIGENTE DE SOCIEDAD

La mayoría de los autores consideran que existe todavía mucho camino que recorrer antes de llegar a una noción de falta personal claramente establecida. La Corte de Casación no ha logrado hacerlo aún. J. F. BARBIERI considera insuficiente la afirmación según la cual la falta separable es la cometida por motivos de carácter

22 PETIT. Ob. cit.

23 La Comisión de operaciones de bolsa es una autoridad administrativa independiente que vela por la protección de las inversiones en los instrumentos financieros, por la información de los inversionistas y por el buen funcionamiento del mercado de instrumentos financieros (art. L621-1 Código Monetario y Financiero). Su presidente está facultado para actuar, en nombre del Estado, ante todas las jurisdicciones salvo la penal.

24 CARAMALLI. Ob. cit.

personal, o de una gravedad tal que se excluye del ejercicio normal de las funciones²⁵. Para este autor, la falta penal no siempre es separable, ya que existen faltas muy leves que no obstante tienen calificación penal. Se pregunta entonces si se trataría únicamente de faltas penales intencionales.

Para el autor, eso es lo que parece sugerir la jurisprudencia *Cousin*²⁶ con relación a los empleados y dependientes. Pero en materia de sociedades, la Sala Comercial no ha tenido una decisión similar. Para ella, a partir del momento en que se produce una infracción (es verdad que lo más común es que sea intencional), la falta es "separable de las funciones de dirección" y genera la obligación de reparación en cabeza de su autor²⁷.

La mayor parte de las críticas de la doctrina radica en el carácter maleable e impreciso de la noción de falta separable, utilizada con incoherencia por los jueces para limitar los casos de responsabilidad personal de los dirigentes empresariales en detrimento de la responsabilidad de la sociedad, a tal punto que para CARAMALLI este concepto debería ser rebautizado "teoría de la falta no separable".

El régimen de semi-inmunidad de los dirigentes en el que se está cayendo debido a las decisiones jurisprudenciales, que se fundamentan en la teoría de la falta separable para concluir que no hay falta separable y condenar a la sociedad, ha sido un punto de revuelo doctrinal.

A. Divergencias en la jurisprudencia

Es así como ciertas decisiones han establecido, en materia de garantías, la falta "no separable de las funciones" de un dirigente que ha acordado una fianza de la sociedad sin solicitar autorización del consejo de administración²⁸. Esta posición resulta incoherente ya que "por razones de equidad" esta solución debería pertenecer a la otra categoría²⁹. Para BARBIERI, este tipo de decisión es sintomática de la tendencia pretoriana de protección a los dirigentes de empresa. En este caso, la Sala Comercial estima que la garantía consentida sin autorización del consejo (de administración o de vigilancia³⁰) es inoponible a la sociedad, lo que priva al

25 BARBIERI. Ob. cit.

26 Jurisprudencia *Cousin* del 14 de diciembre de 2001, la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación juzgó que "Compromete su responsabilidad ante el tercero víctima, el empleado o dependiente condenado penalmente por haber cometido intencionalmente una infracción que ha causado daño al tercero, así haya obedecido la orden de su cometiente o empresario".

27 Cas. Civ. 1, 14 de diciembre de 1999, D. 2000 jur, 372, citada por BARBIERI.

28 C. A. Paris, 14 de octubre de 1997, Dr. Soc. 1998, 15 obs. VIDAL.

29 BARBIERI. Ob. cit., 53.

30 En derecho francés, desde 1966 (Ley del 24 de julio) las sociedades anónimas pueden tener dos estructuras de dirección: consejo de administración (forma clásica) o directorio. Los redactores de los estatutos pueden optar por la una o la otra forma. En la forma clásica, hay, además, un director general. En la forma nueva, el directorio es un órgano en principio colegial que actúa bajo el control del consejo de vigilancia.

acreedor de todo recurso en contra de ella. Más lógico sería que el director que ha otorgado la garantía sin autorización, responda del perjuicio eventualmente ocasionado. Pero la Sala Comercial juzga no separable de las funciones esta falta.

Otras decisiones de fondo han exigido para la inmunidad de los representantes legales de sociedades anónimas a través de la falta separable de las funciones, la prueba de que el dirigente ha "servido su interés personal", o ha sido "culpable de fraude", lo cual parece ser una visión muy reducida de la noción³¹. Esta jurisprudencia, además de dejar al acreedor falsamente garantizado sin posibilidad de actuar contra el dirigente, no corresponde al contenido de los textos legales. Para el Código de Comercio, el otorgamiento de una garantía por el presidente del consejo de administración, por el director general o por el directorio, sin autorización expresa o fuera de los límites de la autorización acordada, constituye una infracción "a las disposiciones legales o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas", siendo los administradores o miembros del directorio "responsables individual o solidariamente, según el caso, frente a la sociedad o los terceros"³². La jurisprudencia añade a estas disposiciones la exigencia de la falta separable de las funciones, siendo que, según BARBIERI³³, esta falta se deduce del desconocimiento de los límites legales de las funciones, sin que haya lugar a buscar si la misma es o no intencional.

Algunas decisiones jurisprudenciales de fondo, por el contrario, han juzgado correctamente que el otorgamiento de una garantía sin autorización constituye una infracción de la que el dirigente debe responder personalmente³⁴. Esto demuestra la incoherencia jurisprudencial en la materia.

Por otro lado, la solución no es la misma cuando la sociedad es solvente o cuando está en enderezamiento o liquidación judicial. En este último caso, los dirigentes son responsables por la falta de activo que les es personalmente imputable³⁵, sin que entre a jugar la noción de falta separable. Los autores³⁶ no entienden cómo la Corte puede ejercer un estrecho control sobre la acción en reparación ejercida por un acreedor contra un dirigente después de la apertura del procedimiento colectivo, y en otros casos, cerrar al máximo el acceso a la reparación del dirigente. Consideran que la falta que no era separable antes del procedimiento colectivo, continúa sin serlo después de abierto éste, y que debería seguir siendo imputada a la sociedad y no al dirigente. Pero las reglas del proceso colectivo francés son bastante particulares y complejas, y son derogatorias de las que se aplican fuera del proceso consursal.

31 C. A. Paris 9 de nov. de 2001, bull. Joly 2002, 217, n. 45 nota NABASQUE. Citado por BARBIERI. Ob. cit., 53.

32 C. com., arts. L.225-251 y L.225-256.

33 BARBIERI. Ob. cit.

34 C. A. Paris, 3 de abril de 1998, bull Joly 1998, 1162 n. 356 nota LE CANNU; CA Lyon 25 de septiembre de 1998, bull july 1999, 1091, n. 255 nota SCHOLER.

35 Arts. 180 y 183 de la Ley del 25 de junio de 1985.

36 BARBIERI. Ob. cit., 50.

La doctrina³⁷ también ha resaltado las divergencias de solución entre la Sala Comercial y la Sala Criminal de la Corte de Casación. Cuando estamos en presencia de una falta penalmente calificada, pero realizada dentro del marco de las funciones, el dirigente escapa a su responsabilidad civil si es demandado ante los jueces civiles, y responde personalmente de sus actos si es demandado ante los jueces penales. La estrategia contenciosa no será entonces fácil para la víctima³⁸. Cuando la jurisdicción represiva juzga la demanda en reparación presentada por la parte civil, aplica las mismas leyes que aplicaría el juez civil sobre la misma demanda, es decir las reglas de la responsabilidad civil delictual. No es entendible entonces que ante la una sea personalmente responsable y ante la otra no.

Este desorden jurisprudencial refleja la dificultad para definir un criterio que decida de una vez por todas el marco de la falta separable.

B. Criterios que permiten definir la falta separable del servicio

Los criterios que se han utilizado para delimitar el contenido de la falta personal separable de las funciones han fluctuado entre la noción de contrato y la falta grave³⁹. Los jueces hicieron inicialmente referencia al contrato entre la sociedad y la víctima, para decir que la responsabilidad personal del dirigente se encontraba comprometida sólo si la falta había determinado la celebración o la inexecución del contrato. Esta solución fue abandonada en una decisión del 28 de abril de 1998, donde una maniobra dolosa que buscaba obtener un pago no se consideró falta personal⁴⁰.

Una variante fue establecida luego: podría haber responsabilidad personal si la falta era exterior a la celebración o ejecución del contrato. Pero los jueces olvidaron que en este caso el dirigente era un tercero al contrato entre la víctima y la sociedad⁴¹. Las referencias al contrato se encuentran hoy día descartadas, en beneficio del único criterio de la falta separable de las funciones, que pasó a ser aplicado también a las situaciones contractuales (antes era aplicado sólo en las no contractuales).

También se pretendió que había falta personal separable de las funciones cuando el acto dañino no era cometido en interés de la sociedad, o si ésta no reportaba beneficio alguno. Para V. WESTER-OUISE, habría que esperar a conocer las consecuencias de un acto para poder definirlo, suponiendo que un comportamiento ilícito discutido ante los tribunales pudiera ser considerado como ventajoso para la sociedad. Para esta autora sería más significativo buscar el interés injusti-

37 CARAMALLI. Ob. cit.

38 T. MASSART, nota bajo Cass. Crim. 20 de mayo de 2003, bull Joly nov. 2003 n. 11, 1166, citado por CARAMALLI.

39 WESTER-OUISE. Ob. cit.

40 Cass. Com. 28 de abril de 1998, JCP 1998 II n.10177 nota OHL.

41 WESTER-OUISE. Ob. cit.

ficado del dirigente como ilustración de un abuso de poder y violación de las reglas económicas⁴².

Los jueces también consideraron como criterio la falta diferente a la simple falta comercial. La distinción entraría en este caso en los principios y usos del comercio, siendo las actuaciones frecuentes que resultan dañinas responsabilidad de la sola persona jurídica. Para D. VIDAL, este criterio conllevaría sistemáticamente a la impunidad personal del dirigente por ciertas ilicitudes corrientes, como el abuso de los bienes sociales⁴³. Además, para WESTER-OUISSÉ, parece ser utilizado por los jueces de fondo que buscan comprometer la responsabilidad personal del dirigente sin hacer uso de la noción de falta separable de las funciones⁴⁴. Ante las dificultades jurisprudenciales de definición de la falta separable, los autores buscaron utilizar la noción de falta grave⁴⁵. Sin embargo, tampoco es fácil definir esta noción. El derecho laboral la utiliza tradicionalmente para definir la falta personal del trabajador, que solamente será responsable de su "falta grave equivalente a dolo"⁴⁶, y las faltas ordinarias cometidas por el trabajador recaerán en cabeza del empleador. El derecho laboral la define de manera estrecha, como la simple intención dañina⁴⁷. Sin embargo, en opinión de WESTER-OUISSÉ, la Sala Comercial descartó la referencia a la falta grave en su decisión del 28 de abril de 1998, al descartar la responsabilidad personal del dirigente culpable de dolo.

Ninguno de los criterios anteriores clarifica la noción de falta personal separable de las funciones. Para WESTER-OUISSÉ la Sala Comercial al exigir una referencia a las funciones de dirección, hace que la falta personal sea el comportamiento ilícito no realizado en la calidad de dirigente, y entonces el campo de la responsabilidad personal se reduce considerablemente⁴⁸, creando, en opinión de BARBIERI y de otros autores, un régimen de semi-inmunidad del dirigente empresarial.

El interés real de la teoría de la falta separable radica en la disociación de las responsabilidades propias de la persona jurídica y de los dirigentes frente a los terceros. Su verdadera utilidad es de carácter externo a la sociedad. El efecto inmunitario de la falta no separable de las funciones opera en beneficio de los dirigentes únicamente en sus relaciones con los terceros. La Corte de Apelaciones de Versailles⁴⁹, en el año 2002, asimiló erróneamente los accionistas a los terceros, haciendo una

42 WESTER-OUISSÉ. Ob. cit., 783.

43 D. VIDAL, Dr. Sociétés 1997, comm. n. 33.

44 WESTER-OUISSÉ. Ob. cit., 783.

45 B. PETIT, Y. REINHARD. "Responsabilité civile des dirigeants", *RTDCom* 1997, 282, especialmente 292.

46 Cass. Soc. 27 nov. 1958. Ob. cit.

47 Para la sala laboral, es falta separable de las funciones el haber despedido a un trabajador por motivos de hostilidad en su contra y con la intención de perjudicarlo (Cass. Soc. 9 de abril de 1975 bull civ IV n. 174).

48 WESTER-OUISSÉ. Ob. cit., 783.

49 C. A. Versailles, 17 de enero de 2002, bull joly 2002, 515, n. 111.

extensión de la falta separable, de manera equivocada. Esta extensión de la aplicación de la noción a los miembros de la sociedad es inexacta⁵⁰.

Ante la insuficiencia de precisión, AUZERO propugna el abandono de la teoría de la separabilidad en beneficio de la falta grave. "Nos parece que con el fin de suprimir algunas dificultades, deberíamos separarnos de cualquier referencia a las funciones y exigir, como condición de su responsabilidad personal, la falta grave. Así, la falta grave de los dirigentes de sociedad y de los empleados y dependientes sería la única susceptible de comprometer su responsabilidad personal, mientras que la reparación de los perjuicios consecutivos a las faltas ligeras debería quedar definitivamente a cargo de la sociedad y del comitente", y define esta falta grave como la falta enorme, grosera signo de un comportamiento en extremo defectuoso, que a diferencia de la falta intencional, no implica mala fe. "No existe intención de dañar, ni deshonestidad, pero frente al hecho, diríamos que lo hizo adrede"⁵¹.

Para CARAMALLI, la teoría de la falta separable es innovadora en el plano teórico porque esquematiza el carácter institucional de la dirección de la persona jurídica, e inútil en el plano práctico, ya que no hace sino transponer una semántica de derecho público al campo del derecho privado, como si no fuera éste ya lo suficientemente complejo. Para CHAMPAUD, en efecto, el derecho de la responsabilidad en derecho civil y toda su gama de culpas (grave, gravísima, grosera, inexcusable, intencional...) no justifica el advenimiento de una nueva categoría de faltas de una dimensión más conceptual que factual, que llevan al juez a juzgar sobre el funcionamiento de técnicas de gestión y organización de la empresa⁵².

En este enredo conceptual, la decisión del 31 de marzo de 2004 trae una precisión sin poner por eso fin al debate: al no aplicar la teoría de la falta separable al procedimiento de sanción por la autoridad de la bolsa, la Corte de Casación descarta la presencia sistemática de la persona jurídica como pantalla de protección del dirigente empresarial frente a los terceros. Sin embargo, al precisar esta decisión la existencia de esta teoría en materia civil, la Sala Comercial reafirma su diferencia con respecto a la Sala Penal.

En este contexto, una armonización de la jurisprudencia de la Corte se impone, así como ocurrió en materia civil gracias a la jurisprudencia *Costedoat* (junto con su antecesora del 12 de octubre de 1993 y la jurisprudencia *Cousin* del 14 de diciembre de 2001⁵³), siendo la Asamblea Plenaria la única facultada para poner fin a las divergencias en la apreciación de la responsabilidad personal del dirigente empresarial por los jueces penales y civiles.

50 BARBIERI. Ob. cit.

51 G. AUZERO. *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, cit. La traducción es nuestra.

52 C. CHAMPAUD, *RTDCom* 2003, 741, obs jurispr. com. 20 de mayo de 2003, citado por CARAMALLI.

53 Cfr. nota 2 arriba.

Para WESTER-OUISE, en materia delictual, sólo un cúmulo de responsabilidades similar al existente en derecho administrativo, imposible de realizarse dado el estado actual de la legislación en derecho privado, permitiría una armonización de las responsabilidades del dirigente y de la persona jurídica, garantizando la indemnización de las víctimas. En materia contractual, en caso de inejecución, la víctima tiene la facultad de actuar en contra de la persona moral, su cocontratante, directamente, y ésta puede posteriormente dirigirse contra su dependiente. Esta autora propone una aplicación moderada de las instituciones ya existentes en el derecho privado, a saber, las obligaciones de medio y de resultado, para permitir una descarga razonada y justificada de la responsabilidad personal de los dirigentes de empresa⁵⁴.

La noción de falta separable de las funciones busca atenuar la responsabilidad del dirigente empresarial en detrimento de la responsabilidad de la sociedad, de la misma manera que en derecho administrativo se limita la responsabilidad del funcionario en detrimento de la del Estado. Esto es ventajoso para las víctimas, quienes podrán actuar en contra de la persona jurídica, más solvente que el dirigente o el funcionario. Sin embargo, tal y como está planteada la teoría con la dificultad para demarcarla, se llega a un sistema de semi-irresponsabilidad de los dirigentes, si se tiene en cuenta la gran cantidad de veces que la responsabilidad de la sociedad se ve comprometida en virtud de la aplicación de la noción de falta separable. Una definición precisa del criterio solo podrá ser dada por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación.

54 WESTER-OUISE. Ob. cit., 787.