

Recepción: 12/04/2013  
Aceptación: 16/05/2013

Guzmán Rodríguez Carrau\* y Florencia Larraburu Acevedo\*\*

## Una Visión Sinóptica sobre la Responsabilidad de Directores y Administradores de las Sociedades Anónimas

### **Resumen**

*El artículo describiremos los fundamentos del sistema de responsabilidad de administradores y directores de sociedades anónimas. Dada la extensión del tópico, el mismo se centra primariamente en aquellos temas sobre los cuales no hay acuerdo en la doctrina y que son de una importancia fundamental, estudiando en primer lugar la naturaleza de la responsabilidad, para posteriormente estudiar las diferentes acciones de responsabilidad. Posteriormente se estudian los supuestos de hecho de la responsabilidad, el criterio de imputación, el régimen de solidaridad, extinción y exención de la responsabilidad para finalizar con una reflexión sobre las consideraciones político-jurídicas que nuestra doctrina ha llevado a cabo.*

**Palabras Clave:** Responsabilidad, Directores, Sociedades Anónimas

### **Abstract**

*The article describes the basis of the system of liability of corporate directors. However, due to the length of the subject, the article focuses mainly on those issues in which no agreement has been reached by scholars and that are of paramount importance, firstly analyzing the nature of the liability, and secondly examining the different legal actions that can be initiated. Moreover, the article analyses the facts giving rise to liabilities, the allocation criteria, the regime of joint and several liabilities, as well as its extinction and exemptions. Finally the article makes an examination of the legal and political considerations that our legal scholars have developed about the subject.*

**Keywords:** Responsibility, Directors, Corporations

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Correo Electrónico: [rodriguezcarrau@gmail.com](mailto:rodriguezcarrau@gmail.com)

\*\* Escribana Pública, Universidad de la República. Correo Electrónico: [flarraburu@gmail.com](mailto:flarraburu@gmail.com)

## I. Introducción

Desde que fuera promulgada la ley de sociedades comerciales (de ahora en más, LSC), el régimen de responsabilidad de directores y administradores de sociedades anónimas ha sido uno de los temas más debatidos por la doctrina comercialista uruguaya. Las enérgicas divergencias suscitadas en torno al régimen de responsabilidad son inevitables, la responsabilidad es una cuestión compleja y sujeta a un dinamismo singular en cualquier área del Derecho. Sin embargo, en la LSC la cuestión se ve agravada por una falta de consenso doctrinario en temas trascendentes.

Si bien en las dos décadas desde que fuera promulgada la LSC el foco de interés de la doctrina se ha desplazado en forma variable de acuerdo a los problemas que la realidad comercial ha impuesto, la agenda aún continúa estando gobernada por una serie de tópicos que –dependiendo de la posición que respecto de ellos se sustente– hacen variar extraordinariamente la situación jurídica de administradores y directores. Se trata de tópicos que, como no podría ser de otra forma, pueden tener significativas derivaciones sobre la dinámica comercial.

Además de los inconvenientes interpretativos que la LSC plantea, existen consideraciones ineludibles de política-jurídica respecto al tema que nos atañe. El hecho de que parte relevante de la doctrina haya reflexionado sobre dichas consideraciones no es un fenómeno excepcional, ni con respecto a otras áreas de estudio dogmático, ni con respecto a lo que sucede en otros países. Por el contrario, incluso en un régimen tan distinto al del Uruguay como es el estadounidense, se discuten los mismos problemas político-jurídicos. Este es el caso, por ejemplo, del profesor Stephen M. Bainbridge, el cual no se aparta en un ápice de nuestra doctrina al destacar que el problema medular en este tópico es desarrollar un compromiso entre dos valores en competencia: autoridad y responsabilidad (Bainbridge, 2004). La cuestión de hasta qué punto tal compromiso es posible, es también una parte necesaria del estudio que habremos de desarrollar.

Si bien en la presente exposición describiremos los fundamentos del sistema de responsabilidad de administradores y directores, dada la extensión del tópico, vamos a centrarnos primariamente en aquellos temas sobre los cuales no hay acuerdo en la doctrina y que son de una importancia fundamental, estudiando en primer lugar la **naturaleza de la responsabilidad** (II) para posteriormente estudiar las diferentes **acciones de responsabilidad** (III). Luego estudiaremos los **supuestos de hecho de la responsabilidad** (IV), el **criterio de imputación** (V), el **régimen de solidaridad, extinción y exención de la responsabilidad** (VI) para finalizar con una reflexión sobre las **consideraciones político-jurídicas** que nuestra doctrina ha llevado a cabo (VII).

## II. Naturaleza de la responsabilidad<sup>1</sup>

En el pasado, el criterio para distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual en

---

<sup>1</sup> El prestigioso Jurista argentino Genaro R. Carrió escribió en el prólogo a la monografía del iusfilósofo Eugenio Bulygin “Naturaleza jurídica de la letra de cambio” que “las afanosas pesquisas de los juristas por “descubrir” la natura-

Uruguay fue el seguido por Amézaga, según el cual solamente hay responsabilidad contractual cuando se incumple un contrato. Actualmente, el criterio aceptado mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia uruguaya es el seguido por Gamarra, según el cual habrá responsabilidad contractual siempre que exista una obligación, sin importar si esta tiene como fuente un contrato.

La doctrina ha discutido en cuál de los regímenes (contractual o extracontractual) se enmarca la responsabilidad de los administradores, con las conocidas consecuencias legales.<sup>2</sup> En la doctrina comparada se han sostenido todo tipo de posiciones: que la responsabilidad es siempre contractual, que la responsabilidad es siempre extracontractual,<sup>3</sup> o que la responsabilidad es algunas veces contractual y otras veces extracontractual.

Una de las posiciones más difundidas en Uruguay es la de los profesores Rodríguez Olivera y López Rodríguez, quienes han entendido que la responsabilidad frente a la sociedad y a los accionistas<sup>4</sup> es contractual, mientras que frente a los terceros es extracontractual, al no preexistir ninguna vinculación jurídica entre el tercero y el administrador en su condición de tal.

La tesis tradicional, según la cual la responsabilidad es contractual respecto a la sociedad y los accionistas y extracontractual respecto de terceros, ha sido cuestionada por Teresita Rodríguez Mascardi y Beatriz Venturini (posición a la cual también adhiere Miller (Miller Artola, 2005: 94-05)), que consideran que la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas es siempre contractual, ya que tiene como fuente “un incumplimiento de obligaciones legales o estatutarias preexistentes.” (Venturini y Rodríguez Mascardi, 1999: 576). Las mencionadas profesoras fundan su posición en que, para que exista responsabilidad contractual no es necesario que ésta tenga como fuente un contrato, sino que es suficiente que la ley determine una obligación, y adhieren a la opinión de Rodríguez Azuero; quien expresa que en tanto “el administrador por el solo hecho de serlo ha asumido unas obligaciones específicas diferentes a la obligación genérica de no causar daño a otro”, (Rodríguez Azuero, 1999: 452)<sup>5</sup> los administradores, al in-

---

leza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se busca, no existe.” (Carrío, 2006: 101). Es cierto que si lo que se busca al indagar sobre la naturaleza jurídica es una esencia metafísica que actúe como llave a un sistema de normas, la empresa está destinada al más absoluto fracaso. Sin embargo, si se logra desmitificar el significado de la “naturaleza jurídica” en el lenguaje jurídico, la búsqueda de la naturaleza tiene que ser entendida más que como la búsqueda de una esencia metafísica inexistente, como la ubicación provisional de un instituto en un régimen jurídico de acuerdo a las reglas argumentativas que el discurso dogmático acepta o dice aceptar discursivamente.

<sup>2</sup> Una de las consecuencias más gravosas para el administrador es el régimen de prescripción, que es de veinte años cuando la responsabilidad es contractual, mientras que es de cuatro años si es extracontractual. Las diferencias de régimen (pues la responsabilidad es una) se encuentran explicadas en (Gamarra, 2003).

<sup>3</sup> Fue la opinión sostenida por Brunetti y Otaegui, pero que no ha contado con adherentes en la doctrina uruguaya. Cfr. (Rodríguez Olivera, N.E. y López Rodríguez, C.E., 2007: 309).

<sup>4</sup> Rodríguez Olivera y López Rodríguez plantean el caso de una persona que compra acciones engañado por los balances falsos realizados por el administrador. Los referidos autores entienden que en ese caso el ahora accionista tendrá que accionar por responsabilidad extracontractual ya que el daño impetrado fue en calidad de tercero. (Rodríguez Olivera, N.E. y López Rodríguez, C.E., 2007: 315).

<sup>5</sup> El Dr. Rodríguez Azuero considera que la responsabilidad de los administradores será siempre de naturaleza contractual, tanto frente a la sociedad como a los accionistas y los terceros.

cumplir sus obligaciones están generando un supuesto de responsabilidad contractual frente a la sociedad, los accionistas y los terceros.

La posición de las mencionadas juristas ha sido criticada por Fernández Fernández, quien asegura que estas últimas asimilaron el concepto de violación de la ley con el concepto de violación de las obligaciones. Si bien Fernández Fernández está de acuerdo en que al violarse una obligación legal preexistente se está en el ámbito de la responsabilidad contractual, el citado autor explica que “vulnerando la ley se pueden contrariar tanto obligaciones como deberes genéricos” (Fernández Fernández, 2006: 234) y pone como ejemplo el caso en que un administrador invade un fundo ajeno para instalar una sucursal, caso en el que se viola el deber genérico de respetar la propiedad ajena, pero el administrador no infringe obligaciones (legales) preexistentes frente al “dominus” (Fernández Fernández, 2006: 234).

En un trabajo posterior, Rodríguez Mascardi y Venturini han vuelto a discutir la cuestión, reafirmando su posición de que “la responsabilidad de los administradores es siempre de naturaleza contractual” (Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T., 2008; 104) y expresando que de ninguna forma intentaron assimilar los conceptos de violación de la ley y violación de una obligación legal ya que, “una violación de la ley no implica necesariamente un incumplimiento de una obligación de origen legal, aunque la inversa es cierta” (Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T., 2008; 107) y agregando que los ejemplos relativos a daños causados por los administradores a derechos absolutos o de la personalidad de terceros quedan exceptuados del ámbito de la responsabilidad contractual.

En lo medular, la posición de las mencionadas juristas es la siguiente: “... si el tenor literal del artículo 391 refiere a la existencia concreta de la responsabilidad del administrador o director, frente a la sociedad, accionistas y terceros, no solo por violación de la ley, que no es lo mismo, como ya expresamos, que violación de obligaciones legales, violación del estatuto o reglamento, y por el mal desempeño de su cargo, es posible considerar a contrario sensu, que el buen desempeño constituye una obligación legal, que se tiene respecto de todos los sujetos referidos en la norma, quienes tienen como contrapartida un derecho subjetivo al respecto.” (Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T., 2008; 112).

Es importante destacar que en el plano conceptual, tanto Fernández Fernández como Rodríguez Mascardi y Venturini están de acuerdo en que, cuando existen obligaciones legales preexistentes habrá responsabilidad contractual y cuando se trata de deberes genéricos, habrá responsabilidad aquiliana. La diferencia finca en que las citadas juristas creen posible extraer a *contrario sensu* de la responsabilidad indicada en el artículo 391 frente a la sociedad, accionistas y terceros, un derecho subjetivo de todos estos sujetos frente al administrador o, como las propias autoras han expresado: “las críticas a nuestra posición refieren, no a lo conceptual... sino en cuanto a si la ley ha establecido obligaciones, con todos sus elementos, o por el contrario ha realizado una mera enumeración de deberes generales...” (Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T., 2008; 107).

En nuestra opinión, los *terceros* no son poseedores en forma general de derechos subjetivos respecto a administradores y directores, por cuanto no es posible afirmar que en forma general se encuentran en posición de exigir un actuar concreto a los administradores (Peirano Facio, J y Or-

doqui Castilla, G, 1997: 333)<sup>6</sup>. Siguiendo a Barassi, (según consta en Gamarra, 2003: 34) se puede decir que esos deberes de los administradores no pueden ser exigidos coactivamente,<sup>7</sup> si bien podrá haber responsabilidad. Del artículo 391 de la LSC no se sigue que los administradores tienen solamente obligaciones legales respecto a la sociedad, los accionistas y los terceros, de la misma forma que del artículo 1319 no se deriva que las personas tienen solamente obligaciones legales. A nuestro entender, la responsabilidad de los administradores respecto a la sociedad y los accionistas es contractual por existir obligaciones legales específicas y expresas previas, mientras que en la mayor parte de los casos, la responsabilidad del administrador hacia los terceros será extracontractual por carecer de obligaciones legales específicas previas a la producción del daño. La responsabilidad sería variable según el caso. (Jiménez de Arechaga, M., 2000: 92-93).<sup>8</sup>

### III. Acciones de responsabilidad

La doctrina nacional distingue entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad. La acción social de responsabilidad está regulada expresamente por la LSC y es aquella acción que tiene como fin lograr la reconstrucción del patrimonio social, por medio de la promoción de un juicio de responsabilidad al administrador o directores cuya actuación produce un menoscabo en el patrimonio *social*. El sujeto legitimado para promover la acción es la propia sociedad y el artículo 394 de la LSC establece que la acción social será resuelta por la asamblea ordinaria aun cuando el asunto no esté en la orden del día o por la asamblea extraordinaria de accionistas. Dispone el artículo 394 que “La resolución aparejará la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar sustitutos. El nuevo administrador o el nuevo directorio serán los encargados de promover la demanda”. A su vez, la ley de concursos (ley 18.387) en su artículo 52 indica que el síndico o el interventor, según el caso, representaran a la sociedad para la promoción de la acción social.

---

<sup>6</sup>Los terceros pueden estar vinculados jurídicamente a la sociedad (por ejemplo por medio de un contrato) pero ello no los vincula con el administrador. Peirano Facio y Ordoqui Castilla consideran que “con relación a terceros el administrador puede ser considerado un tercero pues aquellos contratan con la sociedad y no con el administrador, razón por la cual se estaría ante casos de responsabilidad extracontractual. Se da entonces el caso de que con relación a la sociedad, lo actuado por el administrador con el contratante compromete en forma directa la responsabilidad contractual de aquella. Pero en el plano de lo ilícito, lo actuado entre el administrador y el tercero como terceros que son, compromete la responsabilidad extracontractual. En estos casos no existiría acumulación de responsabilidades sino concurrencia de acciones contra sujetos diferentes: la sociedad y el administrador por los daños causados a estos terceros.”

<sup>7</sup>En 1993 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5<sup>o</sup> turno compuesto en aquel momento por los Magistrados Rochón, Van Rompaey y Almirati Cacheiro se expidió claramente al respecto al decir que “...es de concluir que la imputación que la accionante hace a los ex directores o administradores de las sociedades co-demandadas respecto del manejo de la contabilidad, encuentran fundamento en la responsabilidad extracontractual y no en la existencia de una obligación legal, **porque no son los terceros ni los acreedores quienes pueden exigir el cumplimiento de tales obligaciones**, que se tienen frente a los socios y la sociedad” LJU Caso 12704. El destacado es nuestro.

<sup>8</sup>La profesora Mercedes Jiménez de Arechaga ha dicho que, para saber la naturaleza habrá que analizar el caso concreto, teniendo en consideración si existía una obligación preconstituida o si por el contrario no había un vínculo jurídico entre el accionante y el administrador.

También podrán promover la acción social de responsabilidad:

- (i) los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad (art. 394)
- (ii) cualquier accionista, cuando hubieran pasado noventa días desde que la asamblea resolvió promover la acción, sin haberse dado cumplimiento a dicha resolución (art. 394) y
- (iii) los acreedores de la sociedad, siempre que la sociedad o los accionistas no la hayan promovido (art. 395).

Entonces, los sujetos legitimados para promover la acción social son la sociedad y los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad. También tendrán legitimación en forma *supletoria*<sup>9</sup> los accionistas en general, cuando la asamblea hubiera resuelto iniciar la acción pero no la hubiera promovido así como también los acreedores, pero estos últimos solamente cuando la acción no se hubiera promovido anteriormente por la sociedad o los accionistas.

Olivera García considera que los acreedores sociales carecen de legitimación “para promover una acción individual de responsabilidad contra los directores *cuando la responsabilidad de los mismos provenga de actos u omisiones realizados en detrimento del patrimonio social*. En estos casos, los acreedores sociales solo estarán legitimados para promover la acción social” (Olivera García, 2006: 36) según la forma en que lo regula la LSC. Los acreedores tienen prohibido promover una acción de reparación del patrimonio social, con la sola excepción otorgada por el artículo 395, en donde actúan en forma condicionada a la decisión de la sociedad o los accionistas. Como bien indican Caffera y Mantero, en estos casos “los acreedores no estarían ejerciendo un derecho propio al resarcimiento sino el derecho de la propia sociedad a reconstruir el patrimonio societario. El resultado de la acción (esto es, la indemnización a cargo de los directores) ingresará a la sociedad y *no* al patrimonio del socio o acreedor.” (Caffera y Mantero, 2006: 127).

Por el contrario, la acción individual de responsabilidad es aquella que pueden emprender accionistas y terceros en razón de un derecho propio que ha sido vulnerado por el actuar del administrador o del directorio y que tiene como fin obtener una condena que ingresará directamente en el patrimonio del acreedor o del accionista (Caffera y Mantero, 2006: 124).<sup>10</sup>

A diferencia de la acción social de responsabilidad, la LSC no hace ninguna mención expresa a la acción individual de responsabilidad, sin perjuicio que la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 391 implícitamente confiere dicha acción. Mercedes Jiménez de Arechaga indica que “el artículo 391 consagra sin hacer distinciones en cuanto al tipo de acción, la responsabilidad solidaria de los administradores hacia la sociedad, los accionistas y los terceros. La mención de los accionistas y los terceros solo tiene sentido si se entiende que estos pueden ejercer la acción individual de responsabilidad, porque en la hipótesis de la acción social, por más que puedan eventualmente estar legitimados los accionistas y los terceros si la sociedad no ejerce la acción, la responsabilidad es frente a la sociedad, ya que el perjuicio se produjo al ente social.” (Jiménez

<sup>9</sup> Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia en casación. LJU Caso 13083.

<sup>10</sup> Como dicen Caffera y Mantero “la acción individual de responsabilidad se caracteriza por tener como legitimados activos **por derecho propio** a los acreedores sociales o a los socios de la sociedad por un daño causado directamente a su patrimonio.”

de Arechaga, M., 2000: 95). Creemos que la posición de Jiménez de Arechaga es correcta y que el artículo 391 esta tácitamente confiriendo la posibilidad de promover una acción individual.

Por el contrario, Caffera y Mantero han entendido que si bien la acción individual es admisible, ella no estaría regulada por la LSC. Los mencionados juristas explican que “en una lectura lineal y aislada, el art. 391 ofrece una formulación lo suficientemente amplia que permitiría entender que regula tanto la acción social como la acción individual...Ahora bien, la precedente lectura lineal del Art. 391 choca con algunas barreras...”. (Caffera y Mantero, 2006: 130). Estas barreras serían tres:

1) “*La resarcibilidad del daño indirecto* predicada por el art. 391, contra la solución normal en materia extracontractual y contractual.” (Caffera y Mantero, 2006: 130).

Uno de los aportes más interesantes realizados por Caffera y Mantero al tema que nos compete es el de haber llamado la atención sobre la consagración expresa de la resarcibilidad del *daño indirecto* en la LSC. En derecho civil se suele explicar que, mientras el daño directo es aquel daño que debe ser resarcido “en razón del nexo suficientemente estrecho que lo une con el hecho perjudicial”, (AAVV, 1995: 254) el daño indirecto es aquel que se encuentra vinculado tan solo remotamente con el hecho ilícito y que por tanto no es resarcible. Es conocido el ejemplo propuesto por Pothier por el cual una persona vende una vaca que sufría una enfermedad contagiosa y luego la misma contagia al resto de las vacas del comprador, impidiendo contar con recursos para cultivar la tierra, lo que produce a su vez la ejecución de sus bienes por parte de sus deudores, provocando en última instancia la miseria del comprador. Como dice Pothier, parecería absurdo que el vendedor tuviera que responder por todas las consecuencias directas e indirectas de su acto. La cuestión es simple, si se debe resarcir por todo daño indirecto, se es responsable por consecuencias remotas que superarían el patrimonio de cualquier persona, pudiendo colapsar el comercio tal como lo conocemos. Desde siempre se ha limitado la responsabilidad al daño directo de un hecho, porque lo contrario significaría el fin de hasta el más simple de los sistemas económicos.

Como dicen Caffera y Mantero, resarcir el daño indirecto “llevaría las cosas a un terreno de imprevisibilidad e inseguridad inaceptables.” (Caffera y Mantero, 2006: 130). Es entendible entonces por qué el artículo 391 constituye una barrera para Caffera y Mantero: si la interpretación correcta del artículo 391 es que se resarcen los hechos remotos consecuencia del actuar del administrador y el artículo se aplica en los casos de acción individual, la seguridad jurídica corre un peligro letal.

Los citados juristas contemplan que un posible malentendido podría haber influido en la redacción del artículo 391 de la LSC. La doctrina comercialista nacional y comparada, a juicio de los autores, incorrectamente entendió que “cuando se menoscaba el crédito ajeno por la vía de un daño causado al deudor o a su patrimonio, el daño al crédito solo es una consecuencia indirecta de aquel primer evento dañoso.” (Caffera y Mantero, 2006: 139). Si bien generalmente se dice que existe en estos casos un “daño por rebote”, Gamarra se ha encargado de clarificar que en estos casos existe un daño directo y no un daño indirecto. Entonces, la redacción del artículo 391, de-

rivaría de una antigua concepción sobre el daño del acreedor por menoscabo al patrimonio del deudor como un caso de daño por rebote (indirecto).

No obstante, nosotros pensamos que la referencia al daño indirecto en el artículo 391 no es una barrera para que la acción individual se regule por este artículo. Nuestra interpretación del artículo difiere de la de Caffera y Mantero. Si bien es cierto que por daño indirecto se puede entender el daño remoto, también se puede entender la referencia al daño indirecto del artículo 391 como permitiendo resarcir aquello que la doctrina comercialista siempre identificó como “daño por rebote”. El término indirecto es a nuestro entender ambiguo, pues si bien la doctrina civilista lo identificó con el daño remoto, la doctrina comercialista lo identificó con el menoscabo del crédito ajeno.

Por eso nos parece que si bien la opinión de Caffera y Mantero puede esclarecer ciertos aspectos de la problemática societaria, no es necesario aceptar su posición *in totum*. Si bien se podría seguir argumentando que el llamado daño por rebote no es más que un supuesto de daño directo, si el uso que siempre le dio la doctrina comercialista a la expresión “daño indirecto” se refería al menoscabo del crédito o patrimonio ajeno, entonces ese es el significado de daño indirecto en esta área del derecho. En nuestra opinión, es perfectamente posible entender que la expresión es utilizada de una forma en el derecho societario y de otra forma en otras áreas del derecho. Como dice Wittgenstein (Wittgenstein, 2001) para descubrir el significado de una palabra hay que mirar su uso en los casos que de hecho ella es utilizada, hay que preguntarse en qué juego del lenguaje está siendo utilizada. Dicho de otra manera, existe un juego del lenguaje (doctrina comercialista) en donde “daño indirecto” tiene un significado distinto que el de otro juego de lenguaje (doctrina civilista).

En conclusión, a nuestro entender la referencia al daño indirecto del artículo 391 no significa que se resarcirá un daño remoto sino que será resarcible el daño producido al acreedor al disminuir el patrimonio social, con las mismas condiciones que se resarce el daño en el Código Civil. El artículo 391 no supone por tanto una amenaza a la seguridad jurídica ni puede ser entonces una barrera en este aspecto.<sup>11</sup>

2) “*La solidaridad de los Directores adoptada como regla*, incluso en ausencia de dolo, contra la solución de principio del artículo 1331” (Caffera y Mantero, 2006: 130) del Código Civil.

Para Caffera y Mantero esta es una segunda barrera para aplicar la LSC. Creemos que los reconocidos doctrinos cometen aquí una *petitio principii*, pues se piensa que la solidaridad, tal como está regulada en la LSC es una barrera para su aplicación cuando lo que se tiene que demostrar es la inaplicabilidad de la LSC para luego concluir que en este caso la solidaridad puede operar solo en caso de dolo. Por más que alguien pueda llegar a pensar que la solución legislativa es injusta, no se puede decir que el art. 391 de la LSC es inaplicable por el simple hecho que establece una

---

<sup>11</sup> Aun si se considerara nuestra interpretación del artículo incorrecta e insistiera que por más absurdo que pareciera debe resarcirse el daño indirecto, en ese caso tampoco sería admisible recurrir al derecho civil, porque el hecho de que una disposición consagre una consecuencia exagerada no es motivo suficiente para no aplicarla y recurrir a otra área del derecho. De la misma manera se pronunció Amorín (Amorín, M., 2008: 252).

consecuencia distinta a la establecida en el Código Civil. De ser este un argumento de recibo, también debería serlo respecto de la acción social de responsabilidad.

3) “*La paradójica situación de lealtades contradictorias* en que, por remisión al Art. 83 de la LSC, se colocaría al Director de una Sociedad Anónima.” (Caffera y Mantero, 2006: 130).

La tercera barrera que Caffera y Mantero entienden debería tener como consecuencia la inaplicabilidad de la LSC en cuanto a la acción individual de los acreedores es el conflicto de intereses que se le generaría al administrador. Para los citados autores, si el administrador es responsable por el mal desempeño en el cargo del artículo 83 (“Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con **lealtad** y con la diligencia de un buen hombre de negocios...”)<sup>12</sup> tanto frente a la sociedad como a los acreedores de esta, ello significaría que se debe actuar con lealtad hacia dos sujetos que se encuentran en contraposición de intereses. Pero a nuestro entender, tampoco hay aquí un impedimento para aplicar la LSC. El deber de lealtad se debe solo a la sociedad, ya que este deber consiste en la persecución del interés social por encima de intereses particulares del administrador, de los accionistas y de los terceros. Esto no significa que el administrador nunca será responsable ante un acreedor pues si, al violar la ley, perjudica al acreedor, deberá responder ante este.

En conclusión, no creemos que haya barreras para la aplicación del art. 391 de la LSC ni que la misma esté perjudicando al administrador. Pero si se considerara que al aplicar la LSC existe alguna consecuencia más desfavorable para el administrador con respecto al régimen del Código Civil, igualmente se deberá aplicar la LSC por constituir la ley especial en la materia (Olivera García, 2006).

#### IV. Supuestos<sup>12</sup> de hecho de la responsabilidad

Para que pueda existir responsabilidad es necesario probar que se ha realizado una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico, es decir, que existió un hecho ilícito. La LSC no utiliza una expresión tan genérica como la de hecho ilícito, sino que se refiere a:

- (i) la violación de la ley, el estatuto o el reglamento,
- (ii) el mal desempeño del cargo según el criterio del artículo 83 y

---

<sup>12</sup>Cuando hablamos en el marco de este trabajo de supuesto de hecho de la responsabilidad nos estaremos refiriendo al género “hecho ilícito” del cual el mal desempeño del cargo, el abuso de facultades etcétera, son tan solo una especie del género. Sin embargo, es válido aclarar que el supuesto de hecho para que se configure responsabilidad no se agota en el hecho ilícito como bien resaltara Kelsen en su Teoría Pura del Derecho. Para comenzar, tomando el significado de hecho ilícito de la dogmática, entonces también se hace necesario que se encuentren todos los otros elementos de la responsabilidad (art. 1319 C.Civil) para que se configure la responsabilidad. Además, si tomamos el significado más amplio que le da Kelsen al hecho ilícito, aún son necesarios determinados actos procesales (como la demanda) para que pueda condenarse a un sujeto por ese hecho ilícito (cfr. Kelsen, 2006: 74). Como decíamos, si bien también el daño, la relación de causalidad y la culpa grave o el dolo constituyen supuestos de hecho en un sentido amplio, a los efectos de este trabajo estipulamos un uso restringido que abarca solamente el elemento hecho ilícito de la responsabilidad, sin perjuicio de que todos los otros elementos siguen, de más está decir, siendo requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad del administrador o director.

(iii) el abuso de facultades.<sup>13</sup>

Se ha considerado por parte de ciertos autores como Cabanellas, que la referencia a estos distintos supuestos es superabundante, y que hubiera alcanzado con la mención al “hecho ilícito”. Sin embargo, el objetivo de realizar esta enumeración que parece excesiva, parece haber sido evitar que ciertas circunstancias quedaran excluidas por medio de una interpretación restrictiva de un término genérico tal como “hecho ilícito.”<sup>14</sup> Entonces, si bien la disposición normativa puede parecer superabundante, esta no fue una cuestión de descuido, sino de previsión.<sup>15</sup>

Uno de los primeros problemas que existe respecto de los tres supuestos de responsabilidad es que estos parecen superponerse, impidiendo una clara distinción entre uno y otros supuestos.<sup>16</sup> Como indica Miller Artola “Los deberes legales que indica la ley (artículo 391) no conforman categorías o compartimentos estancos ni mucho menos excluyentes, por lo que la conducta infractora del director generalmente habrá de violentar más de uno o de tales deberes legales, o dicho de otra manera, puede quedar alcanzada por varios deberes legales.” (Miller, 2005: 100). Esto es así porque un administrador que viola la ley o viola el estatuto tampoco está desempeñándose correctamente en el cargo.

a) Violación de la ley, el estatuto o el reglamento.

Existe responsabilidad cuando se viola la ley, el estatuto o el reglamento y a su vez resultan probados los otros elementos de la responsabilidad. La doctrina entiende que la referencia a la ley es una referencia genérica. Rodríguez Olivera y López Rodríguez piensan que la referencia a la ley significa que el administrador será responsable “frente a la transgresión de cualquier disposición legal.” (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2007: 238). Es decir, no

---

<sup>13</sup>De la lectura del artículo 391 puede parecer que otro hecho ilícito es el dolo o la culpa grave, pero como intentamos demostrar *infra*, bajo el título “criterio de imputación”, el dolo y la culpa grave no son hechos.

<sup>14</sup>Dice Saúl Pérez Idiartegaray que “Los autores de la ley prefirieron incluir supuestos cuya mención no era, en rigor, necesaria, con el propósito de evitar argucias que pudieren esgrimir los administradores y representantes para eludir su responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones.” (Pérez Idiartegaray, S., 2004: 108).

<sup>15</sup>Miller piensa que “la ley quiso a modo de clarificación y para evitar equívocos hacer referencia expresa a tales deberes. Pero en este caso lo que abunda no parecería dañar por lo que...la enumeración del citado artículo puede ser sobreabundante, pero, a nuestro criterio, no induce a confusión.” Miller Artola, A. Sociedades Anónimas. Directorio – Síndico. op cit. pág. 100.

<sup>16</sup>Contra: Fernández Fernández quien cree que los supuestos pueden siempre diferenciarse. Fernández se preocupa en buscar una distinción clara entre violación de la ley y mal desempeño del cargo porque en su opinión en caso de mal desempeño del cargo el criterio de imputación no es el dolo o la culpa grave, sino que basta con la culpa leve. Por nuestra parte, como pensamos que no existe responsabilidad del administrador en ningún caso por culpa leve (ver *infra*, “El criterio de imputación”) la falta de una distinción clara no reviste de tan gravosas consecuencias. Igualmente, pensamos que no puede hacerse una distinción entre estos supuestos en todos los casos y que el argumento de Fernández Fernández según el cual el criterio de mal desempeño del cargo tiene que operar como criterio residual respecto de la violación de la ley en tanto el “mal desempeño del cargo” es una expresión vaga no es aceptable. También la expresión “violación de la ley” es vaga (Es vaga en tanto hay casos marginales donde un hablante competente puede preguntarse si X acto fue una violación de la ley o si Y situación puede ser considerada una violación de la ley).

puede argüirse por parte del administrador que su deber de respetar la ley se ciñe a la LSC sino que su deber de respetar la ley tiene “el más amplio campo de aplicación”, (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2007: 238) de los cuales los mencionados autores recalcan el deber de respetar las disposiciones laborales y fiscales. Por su parte, Miller ha entendido que la referencia a “la ley” no abarca solamente los actos jurídicos emanados del Poder Legislativo de acuerdo a la forma de proceder que indica la Constitución, sino también “aquellas normas jurídicas que no tienen la calidad formal de leyes, ya sea porque son de rango constitucional como también los decretos y resoluciones administrativas.”<sup>17</sup>

La hipótesis de violación de la ley abarca una cantidad monumental de supuestos, entre ellos responsabilidad en situaciones de vinculación o control con otras sociedades, responsabilidad por violación a las normas que tutelan el patrimonio social, responsabilidad por negar derechos a los accionistas (negar información, negar derecho de preferencia, negar participación en la distribución de los dividendos, etcétera), responsabilidad por incumplimiento de resoluciones de asambleas, responsabilidad por la ejecución de resoluciones impugnadas, responsabilidad por delegar funciones fuera del marco legal donde estas son permitidas, por infringir estipulaciones del estatuto sobre la organización plural de la representación, responsabilidad por violaciones a las disposiciones sobre el capital social y por violaciones a las disposiciones sobre contabilidad social, entre otras.

b) El mal desempeño del cargo según el criterio del artículo 83.

A nuestro entender, siguiendo a Miller, por “*mal desempeño en el cargo*” puede entenderse que se está haciendo referencia a las faltas de gestión. Estamos en presencia de un hecho ilícito sumamente vago, aún más vago que el de violación de la ley, el estatuto o el reglamento. Además de la vaguedad de la expresión, puede resultar compleja de entender la referencia del artículo 391 al artículo 83 de la ley, al establecer que los administradores serán responsables por el mal desempeño del cargo “*según el criterio del artículo 83*”. El artículo 83 establece que “Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Miller explica que la interpretación amplia de la “ley” **no** se ve opacada por la existencia de disposiciones tributarias que consagran la responsabilidad del administrador por el no pago de tributos. La existencia de disposiciones específicas en el área tributaria no demuestra que en las restantes áreas no exista responsabilidad de tipo alguno sino que las disposiciones tributarias configuran “la aplicación puntual al área tributaria del deber genérico que se impone a los directores de actuar y adoptar decisiones en respecto a la normativa legal y en interés de la sociedad que administran.” (Miller, 2005: 103).

<sup>18</sup> Como se analiza *infra*, bajo el título “criterio de imputación”, la referencia del artículo 391 al “criterio del artículo 83” se está refiriendo a que el mal desempeño del cargo consiste en no obrar con lealtad o con la diligencia de un buen hombre de negocios, pero no está cambiando el factor de atribución que se establece en la parte final del artículo 391 (dolo o culpa grave). Contra: Fernández Fernández, quien entiende que el artículo 391 al decir que los administradores serán responsables por “el mal desempeño en su cargo según el criterio del artículo 83” está estableciendo que en los casos donde el administrador incurre en la hipótesis de mal desempeño en el cargo, el factor de atribución es la culpa leve.

El artículo 391 instaura dos deberes genéricos diversos, por un lado el deber de lealtad y por otro lado el deber de diligencia. Nosotros consideramos siguiendo a Gamarra que puede trazarse una distinción entre estos dos tipos de deberes, porque “hay una diferencia de naturaleza entre las normas cuyo incumplimiento da lugar, bien a la culpa, bien a la ilicitud.” (Gamarra, 2003: 178). A nuestro entender, al violarse el deber de lealtad se está en el campo de la ilicitud mientras que al violarse el deber de diligencia se está en el campo de la culpa. Como dice Gamarra, las disposiciones normativas que “crean deberes de prudencia y diligencia, pertenecen a la normativa de la culpa y son ajenas a la ilicitud” (Gamarra, 2003: 178). El artículo 391 establece el hecho ilícito “mal desempeño en el cargo”, y luego hace una referencia al criterio del artículo 83, donde se encuentra recogido un deber de diligencia cuya violación nos hace ingresar al campo de la culpa. La referencia al artículo 83, como analizaremos posteriormente al estudiar el criterio de imputación del artículo 391, está estableciendo que no actuar como un buen hombre de negocios es el factor de atribución del hecho ilícito “mal desempeño en el cargo”, supuesto vago que refiere a las faltas de gestión.

El artículo 83 también hace referencia al deber de lealtad y si bien este deber no es un deber de diligencia sino un deber cuya violación supone un hecho ilícito, tiene una conexión directa con el supuesto de mal desempeño en el cargo, ya que quien no actúa con lealtad no se desempeña correctamente en el cargo.

El deber de lealtad encuentra en esta disposición una recepción genérica de aplicación amplia, aunque a su vez la LSC establece varias prohibiciones expresas a los administradores cuya violación constituyen violaciones al deber de lealtad, lo cual demuestra que asiste razón a Miller cuando afirma la constante superposición de supuestos (en tanto constituirían casos de violación de la ley y a la misma vez casos de mal desempeño en el cargo según el criterio del artículo 83).

Actuar con lealtad supone actuar en el interés de la sociedad, anteponiendo siempre el interés social al interés personal. Este deber de lealtad tiene mucha importancia en la jurisprudencia estadounidense ya que la Suprema Corte de Delaware<sup>19</sup> entiende que el deber fiduciario del director es una tríada constituida por el deber de lealtad, el deber de buena fe y el deber de diligencia. En cambio, como nos informa Rosenberg, (Rosenberg, 2005) otras cortes del mismo Estado entienden que el deber de lealtad no es un supuesto completamente separado del deber de buena fe ya que no es más que un derivado de este último, posición que en nuestro país han sostenido Rodríguez Olivera y López Rodríguez.<sup>20</sup>

Respecto al deber de lealtad, podemos decir que no se obra con lealtad:

- (i) cuando se viola la prohibición de contratar con la sociedad,
- (ii) cuando se realizan actos en competencia con la sociedad y
- (iii) cuando se actúa con un interés contrario al social.

---

<sup>19</sup> Las decisiones de la Suprema Corte de Delaware son muy influyentes en el mundo corporativo ya que Delaware es el Estado donde se radican el mayor número de corporaciones que cotizan en las bolsas de valores de los Estados Unidos.

<sup>20</sup> Para estos autores el deber de lealtad “responde a la aplicación del principio general, que impone la ejecución de los contratos de buena fe” (Rodríguez Olivera, y López Rodríguez, 2007: 232).

Este último supuesto también abarca a los dos anteriores y tiene carácter residual, enmarcando a otras situaciones que no tienen porque estar expresamente recogidas, pero que igualmente suponen una violación del deber de lealtad como son los casos de *insider trading*.

La prohibición de contratar con la sociedad se encuentra regulada en los artículos 84 y 388, que si bien permiten al administrador contratar con la sociedad cuando el contrato se relacione con la actividad *normal* de la sociedad, imponen la obligación al administrador de informar a la asamblea y en caso de tratarse de un órgano colegiado, imponen la obligación al director de informar al directorio. En caso de tratarse de contratos ajenos a la actividad normal de la sociedad, se deberá recabar primero la autorización de la asamblea de accionistas.

Otro supuesto previsto por la LSC en el artículo 387<sup>21</sup> es el de conflicto de intereses. Esta es una hipótesis más amplia que la de contratación directa de la sociedad donde se le exige al administrador o director abstenerse de participar en cualquier decisión que ponga en conflicto el interés social con su interés personal. Una violación de esta obligación constituiría a la misma vez una violación del deber de lealtad.

#### c) Abuso de facultades.

La idea de abuso de facultades evoca al concepto de abuso de derecho y la doctrina mayoritaria ha entendido que es de esta forma que debe entenderse la referencia al abuso de facultades. Miller ha dicho que la disposición refiere tanto al supuesto de abuso de derecho como al supuesto de derecho público de desviación de poder. Nissen por su parte ha entendido el artículo de forma más restrictiva, indicando que la expresión estaría refiriéndose únicamente a cuando “el director actúa en asuntos que exceden de la competencia específica del órgano de administración.” (Miller, 2005).

Más allá de si se adhiere a una postura restrictiva o amplia de este supuesto, ello parece tener pocas consecuencias legales en tanto parece difícil imaginar un supuesto de abuso de facultades (tanto en su interpretación restringida como en su interpretación amplia) que no sea a la misma vez un supuesto de mal desempeño en el cargo.

## V. El criterio de imputación<sup>22</sup>

Probablemente el problema más complejo y discutido del tema que nos compete es el del cri-

---

<sup>21</sup> El artículo 387 bajo el *nomen iuris* “conflicto de intereses” establece que “Los directores que en negocios determinados tengan interés contrario al de la sociedad, sea por cuenta propia o de terceros, deberán hacerlo saber al directorio y al órgano interno de control en su caso, absteniéndose de intervenir cuando se traten y resuelvan esos asuntos. Si así no lo hiciera, responderán por los perjuicios que se ocasionen a la sociedad por la ejecución de la operación. Si el tratara de un administrador deberá abstenerse de realizar tales negocios, salvo autorización de la asamblea de accionistas”.

<sup>22</sup> Dice Gamarra que “Cuando hablamos de criterio de imputación del daño nos referimos a la razón que decide el desplazamiento del perjuicio de un sujeto a otro.” (Gamarra, 2004: 104). La decisión de cuál es el criterio de imputación (que es lo mismo que decir factor de atribución) es, como dice Gamarra, un problema de política legislativa (pág. 40), problemática que analizamos en la parte final de este trabajo.

terio de imputación (factor de atribución) del actuar del administrador. El artículo 391 establece que “El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, **dolo o culpa grave**.”

De la lectura del artículo podría parecer *prima facie* que el dolo o la culpa grave son supuestos de hecho residuales de responsabilidad y en efecto parte importante de la doctrina así lo ha entendido. Sin embargo, de esa forma se estarían confundiendo dos elementos de la responsabilidad, el hecho ilícito y el factor de atribución. Como bien es sabido, los elementos de la responsabilidad son (i) el hecho ilícito, (ii) el nexo causal, (iii) el factor de atribución y (iv) el daño. Por lo que, si el dolo o la culpa grave fueran “causales” de la responsabilidad como se ha afirmado, se estaría vaciando el concepto de factor de atribución y asimilándolo al de hecho ilícito. Es decir, al afirmarse que el dolo o la culpa grave tienen el mismo “status” que la violación de la ley, el estatuto, el reglamento, el mal desempeño del cargo según el criterio del artículo 83 y el abuso de facultades, se está implicando que el dolo o la culpa grave son un hecho ilícito, lo cual si bien es correcto afirmar respecto de la violación de la ley, el estatuto, el reglamento, el mal desempeño del cargo y el abuso de facultades, es incorrecto aseverar en relación al dolo o a la culpa grave.

Si se equiparan el dolo o la culpa grave con los hechos ilícitos mencionados en la disposición normativa, y se afirma que el dolo o la culpa grave son por tanto hechos ilícitos, se estaría cayendo en un absurdo fácil de descartar. El dolo y la culpa grave son calificaciones de un modo de actuar, es decir, no son actos u omisiones como los hechos, sino la forma en cómo se dice que ha sido el actuar de una persona. Los hechos no son diligentes o negligentes, las personas si lo son.

En forma general un acto puede haber sido cometido sin culpa (diligentemente), con culpa levísima (criterio romano ya caduco que era un trivial descuido en el actuar), culpa leve (leve apartamiento de un estándar de conducta), culpa grave<sup>23</sup> (gran apartamiento de un estándar de conducta) o dolo (que consiste en un actuar no ya descuidado sino directamente con intención de causar el daño). Por tanto, por ejemplo el dolo, de ninguna forma puede ser considerado como un hecho ilícito, ya que para que exista una calificación de un acto además se necesita un acto que genere un daño. El dolo será el factor que desplace el daño del sujeto dañado al sujeto que ha actuado con intención de dañar como sanción a ese actuar doloso.

De ninguna forma podría ser entonces una buena interpretación del artículo 391 el aseverar que el dolo o la culpa grave son una de las “causales” (por ejemplo, hecho ilícito, supuesto de hecho) del artículo ya que se estarían confundiendo dos categorías dogmáticas y además la propia afirmación se volvería o bien auto destructiva o bien contraria al ordenamiento jurídico nacional.

Sería auto destructiva porque, por un lado, ningún doctrino comercialista niega que sean ne-

---

<sup>23</sup> Para algunos autores la culpa grave se equipara con el dolo “*Culpa lata dolo aequiparatur*”. Según el vocabulario jurídico dirigido por Gérard Cornu la culpa grave consiste en el tipo de comportamiento que “manifiesta en su autor tanto una extrema estupidez, como un grave descuido o una despreocupación suma en relación con los riesgos que está originando” (AAVV, 1995: 683).

cesarios los cuatro elementos señalados *ut supra* para que se configure la responsabilidad y por otro lado se afirmarí que el dolo o la culpa grave (que son variables del elemento factor de atribución) constituyen un hecho ilícito. De lo expuesto surge claramente que el dolo o la culpa grave no podrán ser a la vez hecho ilícito y factor de atribución, por lo que siempre faltaría un elemento para que se constituyera la responsabilidad.

En este sentido la afirmación es claramente auto destructiva, no se puede en primer lugar afirmar que hay responsabilidad con cuatro elementos para luego decir que se configura la responsabilidad con tres elementos.

Si esta no es la forma en que debe ser entendida la afirmación de que el dolo o la culpa grave son otros supuestos de responsabilidad, entonces la afirmación es contraria al ordenamiento jurídico, porque se estaría diciendo que basta que un sujeto actúe con intención de dañar, generando un daño y habiendo nexa causal para que sea responsable, sin necesidad de demostrar la existencia de un hecho ilícito. En ese caso las personas tendrían que responder por todos los actos lícitos que generan un daño, que son cientos e incalculables, lo cual además de ser claramente contrario al sentido común, es contrario a nuestro ordenamiento.<sup>24</sup>

Los problemas derivados del artículo 391 relativos al factor de atribución no se acaban en este punto. Si bien esperamos haber sido convincentes en descartar la idea de que la culpa grave o el dolo sean hechos ilícitos, resta establecer cuál es el factor de atribución que el artículo 391 recoge. Olivera García (Olivera García, 2006) ha entendido que la referencia final del artículo 391 al dolo y a la culpa grave no puede ser otra que la de estar consagrando un mismo factor de atribución para todos los hechos enumerados precedentemente en el artículo. Esta posición cuenta también con la adhesión de Miller (Miller, 2005) y es la misma que sustentara en la argentina Mosset Iturraspe.

Por su parte, Rodríguez Olivera y López Rodríguez han entendido la referencia final del artículo 391 al dolo y a la culpa grave en una forma distinta: “Nosotros entendemos que la referencia que hace la Ley al dolo y a la culpa no están calificando las condiciones generadoras de la responsabilidad por violación de la Ley y del estatuto. Cuando se viola la Ley o el contrato, aplicando normas generales del Código Civil, se responde por el dolo, la culpa grave y la culpa leve” y luego agregan que las disposiciones de responsabilidad de los administradores no suponen una desviación del sistema general de responsabilidad civil, por lo que “para cualquiera de las causales de responsabilidad, ésta se genera cuando se actuó con culpa o dolo.” (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2007: 240). Como surge del texto citado, los autores entienden que la responsabilidad de los administradores es siempre subjetiva, pero a diferencia de la posición de Olivera García, bastaría con la culpa leve para desplazar el daño.

---

<sup>24</sup> Esto no significa que excepcionalmente un sujeto no pueda ser responsable por un hecho lícito como en los supuestos de responsabilidad por el hecho lícito de la administración. Pero constituyen la excepción, porque como bien indica Gamarra, quien usa de su derecho puede dañar y no por eso es responsable. Quien legítimamente gana espacio en un mercado también realiza un daño querido a la competencia, pero no por eso será necesariamente responsable. De lo contrario, el administrador tendría que ser responsable frente a terceros (art.391) cada vez que decide realizar un negocio que perjudica a la competencia (estamos dejando fuera de análisis las disposiciones sobre defensa de la competencia).

De los textos citados puede inferirse que tanto para Rodríguez Olivera como para López Rodríguez parecería que la violación de la ley es un caso de responsabilidad subjetiva. Decimos que parecería así, ya que si bien los mencionados profesores han expresamente rechazado que estemos ante un caso de responsabilidad objetiva, los mismos han dicho que: “Cuando se viola la Ley o el contrato, el administrador o los directores responden siempre, aunque no exista dolo, ni abuso de facultades ni culpa grave, es decir, aun mediando culpa leve o negligencia y aunque su actuación sea de buena fe. Sólo quedaría excluida la responsabilidad por caso fortuito o de fuerza mayor...” (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2010). Creemos que la posición de Rodríguez Olivera y López Rodríguez podría ser problemática, pues resulta difícil aceptar que por un lado se afirme que la responsabilidad es subjetiva, cuando por otro lado se asevera a la misma vez que la única forma de exclusión de la responsabilidad es por caso fortuito o fuerza mayor, cuando justamente se define de esa última forma a la responsabilidad objetiva.<sup>25</sup>

Si bien al promulgarse la LSC algunos autores como Rippe<sup>26</sup> habían entendido que la violación de la ley era prácticamente un caso de responsabilidad objetiva, con el pasar de los años esta posición ha ido perdiendo fuerzas. Una excepción es el caso de Amorín, quien ha sostenido explícitamente que la violación de la ley, el estatuto o el reglamento constituyen supuestos de responsabilidad objetiva. Dice Amorín refiriéndose al artículo 391: “Este artículo contiene una expresión cuyo valor semántico convoca un factor de atribución objetivo, “responderán”. En el Código Civil se utiliza la expresión responder y es responsable en casos de atribución objetiva de indemnizar...” (Amorín, M. 2008: 259) y luego agrega que “—es suficiente para afirmar la responsabilidad— que el administrador no haya tenido el comportamiento previsto por la ley” (Amorín, M.,: 259). Asimismo, Amorín considera la mención a la culpa grave del artículo 391 como “inconducente” (Amorín, M.,: 261) Sin embargo, el argumento de Amorín es insuficiente para afirmar que la responsabilidad es objetiva. La expresión “responderán” también es utilizada en el Código Civil cuando se consagran supuestos de responsabilidad subjetiva, por lo que de ninguna forma es aceptable expresar que “responder” es sinónimo de responsabilidad objetiva.

Descartado que estemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, resta establecer si basta la culpa leve o en cambio es necesario que exista culpa grave para que pueda haber responsabilidad. Mientras que Olivera García, Miller, Cerisola y Creimer piensan que siempre es necesaria la

---

<sup>25</sup> También se puede generar otra confusión a partir de algunos trabajos de la Dra. Rodríguez Olivera y del Dr. López Rodríguez sobre este tópico en tanto consideran que la referencia final del art. 391 al dolo o la culpa grave constituyen una nueva causal. Si bien los autores afirman que en todas las “causales” es necesaria la existencia de dolo o culpa y que ello también es así en el caso de violación de la ley, el estatuto o el reglamento, acto seguido afirman que “La ley agrega dos nuevas causales de responsabilidad: dolo o culpa.” (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2007: 240) Entendemos que esta posición no es correcta. Si el dolo o la culpa fueran una causal como los autores afirman, entonces sería un hecho ilícito, pero como hemos insistido en este trabajo, eso no es posible. Asimismo, no tiene coherencia decir que dolo o culpa son “causales” (v.g. supuesto de hecho, hecho ilícito) y a la misma vez afirmar que “para cualquiera de las causales de responsabilidad, ésta se genera cuando se actuó con culpa o dolo” (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, 2007: 318).

<sup>26</sup> Rippe afirmó que “El hecho de que la sola violación de la ley, el estatuto o el reglamento determine esa responsabilidad, implica en la práctica una responsabilidad prácticamente objetiva que no admitiría excepción legal o convencional alguna...” (Rippe, 1989: 140).

culpa grave, Fernández Fernández ha sostenido una posición intermedia. Para Fernández Fernández el factor de atribución es siempre el dolo o la culpa grave excepto en el caso del *“mal desempeño en el cargo según el criterio del artículo 83”*. En este último caso el factor de atribución sería la culpa leve, ya que el artículo 83 establece para los administradores de cualquier sociedad el deber de actuar como un buen hombre de negocios, apartamiento de este estándar que al entender de Fernández Fernández se genera con la culpa leve.

El argumento desarrollado por Fernández Fernández parece dejar a la mayor parte de la doctrina comercialista en evidencia. ¿Cómo es posible que una persona tenga el deber de ser diligente y a la misma vez permanecer impune en caso de negligencia? Quienes argumentan que el administrador tiene un deber de diligencia (art. 83) y a la misma vez que solo responde si ha actuado con dolo o culpa grave, parecen contradecirse. Si por el artículo 83 de la LSC el administrador tiene el deber de ser diligente y el artículo 391 incluye como causal de responsabilidad el no desempeñar el cargo de acuerdo con el artículo 83 entonces la conclusión parece ser obvia: quien no actúa como un buen hombre de negocios es negligente y por tanto responsable.

En su destacado trabajo, Fernández Fernández asume que el criterio de imputación del artículo 83 es el de la culpa leve y que la remisión del artículo 391 al artículo 83 tiene el efecto de hacer a los administradores responsables por actuar con culpa leve en esos casos. Como dijimos, ello parecería ser casi una obviedad, porque parece una verdad analítica que quien no es diligente es negligente.

Fernández Fernández nos presenta un gran problema si queremos adherir a la posición según la cual solo se responde por culpa grave o dolo. Para afirmar que el administrador solo es responsable ante casos donde se condujo con culpa grave o dolo tendríamos que caer en la contradicción de afirmar que alguien que no actúa como un buen hombre de negocios es diligente y se nos podría rebatir entonces, simplemente diciendo que no es un buen hombre de negocios. Este parece ser un círculo sin salida. Sin embargo, pensamos que a pesar de la aparente perfección de la observación de Fernández Fernández, su posición no es la que se debería adoptar.

Nuestra tesis es la siguiente: el legislador estableció un estándar de diligencia (buen hombre de negocios, art. 83) pero a la misma vez reservó una zona de negligencia que el Juez tiene vedada decidir (solamente dolo o culpa grave, art. 391). En nuestra opinión, el artículo 391 al referirse al mal desempeño del cargo del artículo 83 no está estableciendo que el criterio de imputación en ese caso es la culpa leve.

Podría argumentarse que nada tiene que decir el artículo 83 sobre la culpa leve ya que está estableciendo un deber de diligencia y por tanto cualquier desviación de ese deber genera responsabilidad. Sin embargo, piénsese que cuando el Código Civil establece el deber de diligencia del buen padre de familia nadie afirma que la culpa levísima sea relevante jurídicamente. La culpa levísima no es un criterio de imputación y no lo es, no porque no podría serlo, sino porque el legislador no quiso que lo fuera. Así como en Derecho Civil no hay responsabilidad por culpa levísima, en esta área específica que es la responsabilidad de los administradores y directores de

sociedades anónimas, no hay responsabilidad por culpa leve. El argumento que presentara Fernández Fernández, si bien muy atrayente, no es determinante. Aunque parecería que necesariamente quien actúa con culpa leve no es un buen hombre de negocios, a los efectos de la ley, cuando el director actúa con culpa levísima o culpa leve, no es responsable. Ahora intentaremos dilucidar qué motivos pueden fundamentar que la culpa leve no sea un criterio de imputación en el caso de administradores y directores de sociedades anónimas.

Siguiendo a Bainbridge, en realidad aquí no hay una zona de impunidad sino una zona que al Juez se le exige abstenerse de decidir. La diferencia, podría argumentarse, parece mínima o nula, pero esperamos poder demostrar que la diferencia, si bien mínima, supone un importante cambio de enfoque. Entendemos que el Juez no tiene poder normativo para considerar si el administrador actuó con culpa leve. La doctrina anglosajona tradicionalmente justificaba esta política legislativa aparentemente tan laxa con los directores a través de una expresión de la Suprema Corte de Justicia de Michigan que determinaría todo lo que se escribiera sobre este tópico por décadas: “los jueces no saben de negocios.” (Bainbridge, 2004 :98). Bainbridge ha tenido el merito de demostrar la insuficiencia de esta afirmación. Los Jueces no son entendidos en muchas áreas y no por ello el legislador deja ámbitos fuera de su conocimiento, a su vez, el argumento desaparecía si los Jueces especializados tuvieran amplios conocimientos sobre negocios o se controlara exigentemente la calidad de los peritos.

Bainbridge plantea un enfoque mucho más provocador que simplemente decir que los Jueces no saben de negocios. Dice Bainbridge que “El Juez Jackson célebremente observó sobre la Suprema Corte: “No somos finales porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque somos finales. Ni las cortes ni los directorios son infalibles, pero alguien debe ser final. De otra forma terminamos en un proceso de revisión sin fin. La cuestión es entonces simplemente quien está mejor preparado para ser investido con el manto de infalibilidad que se presenta en virtud de ser final – ¿directores o jueces?”<sup>27</sup>

Bainbridge piensa que tanto Jueces como Directores son falibles a la hora de tomar decisiones, los directores a la hora de tomar una decisión empresarial y los Jueces a la hora de evaluar *ex post facto* la conducta de los hombre de negocios. En lo fundamental, Bainbridge argumenta que cualquier persona que revisa la decisión de otro que ha causado un daño a alguien, deja al decisor inmediatamente subjetivado. Esto se produce porque está comprobado que una vez acaecido un hecho, el decisor tiende a sobreestimar las posibilidades que existían de que el hecho se produjera.<sup>28</sup> Cuando cualquier persona, no necesariamente un Juez, descubre que alguien se ha visto

<sup>27</sup> “Justice Jackson famously observed of the Supreme Court: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.” Neither courts nor boards are infallible, but someone must be final. Otherwise, we end up with a never-ending process of appellate review. The question then is simply who is better suited to be vested with the mantle of infallibility that comes by virtue of being final—directors or judges” (Bainbridge, S., 2004: 121). El caso citado es *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

<sup>28</sup> Daniel A. Kahneman recibió el Premio Nobel en el año 2002 por el trabajo que hizo para mostrar, a través de experimentos, como las personas tendemos a sobre-estimar ciertos tipos de riesgos. (Bix, Brian, 2006: 210).

dañado por el riesgo tomado por un tercero, instintivamente genera una aversión al riesgo que le hace pensar injustificada la decisión original y sobreestimar las probabilidades de fracaso que existían. De esa forma, empieza a controlar minuciosamente el proceso de decisión y control que originariamente se había llevado a cabo, hasta que finalmente siempre encontrará que se podría haber tomado otra decisión.

El argumento, sin embargo, puede sonar poco convincente, ¿no sucede lo mismo en cualquier área del Derecho donde estemos ante un caso de responsabilidad? No necesariamente. El buen hombre de negocios no es el buen padre de familia; mientras que en principio el buen padre de familia debe conservar un patrimonio responsablemente, el buen hombre de negocios debe arriesgarlo, porque su fin no es conservar sino acrecentar. Quien es un buen hombre de negocios no necesariamente es un buen administrador a los ojos del buen padre de familia.

Los administradores cometen errores a diario, eso está fuera de duda. Pero creemos que tampoco puede dudarse que si no tienen el poder de errar en ciertos casos tampoco van a poder hacer grandes aciertos. Los administradores necesitan la certeza de que sus actos no van a ser constantemente puestos bajo una lupa,<sup>29</sup> porque ello desestimula la posibilidad de tomar decisiones riesgosas y/o innovadoras que muchas veces pueden ser hasta instintivas. Ese instinto que puede parecer tan inapropiado cuando lo que se está discutiendo es la responsabilidad de una persona por un patrimonio que no le es propio, puede ser justamente la razón por la cual fue designado.<sup>30</sup>

El deber judicial de abstenerse de responsabilizar a un administrador por culpa leve se basa en un incentivo a los administradores de asumir riesgos y en una elección legislativa sobre quien tiene que ser el decisor final. Esto no significa que se quiera incentivar la negligencia, sino que proteger al administrador de responsabilidad por un grado mínimo de negligencia es lo que justamente permite que los administradores arriesguen. De lo contrario, los administradores o directores pasarían a tener como prioridad protegerse de futuras demandas en vez de considerar prioritario tomar decisiones innovadoras que aumenten el patrimonio social.

Es en el mejor interés de la sociedad que los administradores tengan como prioridad tomar riesgos que protegerse de futuras demandas. Parece claro que en algunos casos los administradores

---

<sup>29</sup> Dice Uría respecto de la política legislativa de eliminar a la culpa leve como factor de atribución que “no faltan razones para que el legislador haya tomado esa postura, pues la dificultad de determinar cuándo una operación dañosa trae su causa de un simple error de apreciación no culpable o de una falta de diligencia, es grande, y al pasar por alto la culpa leve se ha querido conferir a las personas que administran sociedades una especie de franquicia, necesaria para que su actuación no quede sometida a revisión a cada paso, con la amenaza de responsabilidad por cualquier posible error en la gestión de los intereses sociales”. (Uría Menéndez, Rodrigo: 263). Estas reflexiones de Uría se refieren a una disposición no vigente en materia de sociedades anónimas.

<sup>30</sup> Dicen Ferrer y Mascardi citando a Robert Hamilton que “El hombre de negocios toma decisiones de negocios, no es un Tribunal capaz y dispuesto a perseguir un asunto hasta el último argumento en la búsqueda de la respuesta justa. Y cuando un asunto llega a la mesa del Directorio, el proceso de discusión y decisión no se parece en nada al mundo de escritos e intercambio de argumentaciones de los abogados. La decisión que el hombre de negocios debe asumir es de gran riesgo y el está bien acostumbrado a tomar esas decisiones de prisa en base a corazonadas y con datos manifiestamente escasos. El hombre de negocios y el Directorio prosperan o mueren en un mar de incertidumbre.” (Ferrer y Rodríguez Mascardi, 2004: 440).

al tomar riesgos erraran, pero en el largo plazo los beneficios a la sociedad pueden superar las desventajas de esta protección al administrador. A su vez, el enfoque de Bainbridge permite entender que tanto administradores como Jueces son falibles, por lo que la cuestión se centra en decidir quién debe tener la última palabra y es en el mejor interés de las sociedades comerciales que la última palabra la tenga el administrador.

Al mismo tiempo alguien podría plantear que el argumento no es sólido, porque de ser el incentivo al riesgo el principal motivo por el cual se debería preferir hacer irresponsables a los administradores en casos de culpa leve, entonces tampoco deberían ser responsables en casos de culpa grave, en tanto que no hay más que una diferencia de grado entre estos dos criterios de imputación y si los administradores fueran en ambos supuestos irresponsables se aumentaría el incentivo al riesgo, en beneficio de la sociedad.

*Nos parece que aquí se encuentra lo medular del problema, porque lo que sucede es que justamente la diferencia entre culpa leve y culpa grave es una diferencia de grados.* La culpa es un concepto unitario que admite diversos grados. Nosotros no queremos refutar todo el razonamiento de Fernández Fernández, porque hay en su razonamiento una verdad que nos parece innegable, que quien se aparta del estándar actúa con culpa. Pero aún resta establecer qué apartamiento es un apartamiento jurídicamente relevante. Como la culpa es una, el legislador puede decidir que cierto apartamiento sea irrelevante, puede decidir que en ciertos casos el Juez sea más exigente y en otros menos. Esto es una cuestión de grados, no una distinción lógica. El objetivo final es un mensaje al Juez de *prima facie* no considerar que cualquier falla en el proceder del administrador constituye un supuesto de responsabilidad, el objetivo no es dejar impune al administrador. Como dice Bainbridge, lo que se le pide al Juez es que se abstenga de repensar todo el proceso decisorio, no que se abniegue. Lo fundamental es evitar que las decisiones empresariales sean sometidas a un control no empresarial, no que cualquier proceder por parte de los directores se considere justificado.

Creemos que el problema con el argumento de Fernández Fernández está en la pregunta que implícitamente el autor se hace: ¿Quién se aparta del estándar del buen hombre de negocios actúa con culpa? La respuesta es necesariamente sí. En cambio, creemos que la pregunta que hay que hacerse es la siguiente ¿Quién actúa con algún grado de culpa puede aún llamarse un buen hombre de negocios? Claro que en muchos caso sí y dependerá del grado de culpa en que haya incurrido. Que alguien se haya apartado del estándar implica necesariamente que actuó con culpa, pero la inversa no es cierta. Dicho de otra forma, *¿quien actúa con culpa levísima es aún un buen padre de familia? Si, y por tanto hay apartamientos de un estándar que son irrelevantes o si se quiere, quedan incluidos en el estándar de conducta.* Por eso es que pensamos que la parte final del art. 391 ilumina la interpretación de todo el régimen de responsabilidad del administrador.

Todo este problema no descansa en decir que quien no es un buen hombre de negocios actúa en forma no negligente, sino que la cuestión está en determinar cuan relevante tiene que ser esa negligencia para que pueda imputársele el daño producido. Nosotros pensamos que esa negligencia, de acuerdo al artículo 391 tiene que ser grave en todos los casos.

Esta decisión legislativa, contrario a lo que podría pensarse, puede estar justificada. Identificar un caso de culpa grave pone al juzgador ante un menor grado de subjetividad probabilística. Ya no es tan palmario el riesgo que existe de sobreestimar retrospectivamente los riesgos existentes como cuando se busca un caso de culpa leve. La diferencia es de grados, como ya dijimos, pero aquí los matices tienen una importancia fundamental. En los casos de culpa leve se busca cualquier tipo de impericia para imputarle el daño al director, lo que hace muy difícil evadirse de la responsabilidad porque, como dijimos, producido un daño, las personas tendemos a suponer que este era evitable y de hecho, en muchos casos lo era, si simplemente se hubiera actuado de otra forma.

El problema es que, como dijera Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer, cuando se trata de decisiones empresariales, el riesgo cero no existe nunca y decir que cualquier grado de negligencia hace al director responsable significa en los hechos una condena a todos los directores, porque por la propia naturaleza de su actividad es muy fácil en retrospectiva considerar su actuar imprudente. En cambio, cuando se busca un comportamiento realizado con culpa grave, esa tentación es más evitable, porque no se está buscando una falla en un proceder, sino un acto que demuestra que *ab initio* el proceder parecería estar hecho por un enemigo de la sociedad más que por su administrador. Consideremos el caso de la contabilidad de la sociedad: si el administrador directamente no contrata un contador, no podrá argüir que intentó entregar los balances, sino que ese mismo hecho, el de no haber contratado a nadie, demuestra un actuar desde el comienzo contrario al interés social. Es decir, no hay aquí responsabilidad objetiva, sino que lo que existe es un hecho revelador de culpa grave, que claramente admite prueba en contrario, pero que resultará muy difícil acreditar.

La decisión legislativa de no considerar relevante la culpa leve, si bien opinable, de ninguna forma supone que los administradores son sujetos que quedan impunes por sus actos. Los administradores siguen siendo responsables por todos los actos ilícitos realizados con intención de dañar a la sociedad, a los accionistas y a los terceros así como por actuar con culpa grave, por lo que más allá de la opinable que resulta la cuestión, de ninguna forma supone esto una franquicia ilimitada a los administradores en beneficio propio. Por más paradójico que pueda sonar, en todos los países donde la culpa leve es irrelevante a los efectos de imputar un daño al directorio, se señala que esto se hace en estricto beneficio de la sociedad, pues como dice Bainbridge, lo que se busca es que las decisiones *estrictamente* empresariales no sean sometidas a controles no empresariales.

## **VI. Solidaridad, extinción y exención de la responsabilidad**

La LSC establece expresamente el régimen de solidaridad. La responsabilidad solidaria alcanza solamente a los directores partícipes en la formación del consentimiento para adoptar resoluciones en el seno del directorio. Aquellos directores que han estado presentes pero no votaron a favor de la resolución adoptada o que no han estado presentes, deben haber dejado constancia en actas de su oposición en el primer caso o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro del un plazo de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la reso-

lución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella, en el segundo caso. Si expresamente no niegan su conformidad con la resolución serán responsables por omisión a la hora de controlar las resoluciones del órgano del cual son partícipes. “Cuando la administración se ejerce por un órgano colegiado (...), la prueba no versa sobre la culpa individual de cada uno de los miembros del órgano. Basta con vincular causalmente el acuerdo o la actuación del órgano como tal con el daño producido para que todos los miembros respondan, (...) solidariamente, **si no se ha puesto en marcha validamente el mecanismo de exoneración.**” (Quijano González, 1984: 248 citado por Ferrer y Rodríguez Mascardi, 2006).

Con respecto a las resoluciones que no son tomadas en el seno del directorio, sino deliberadamente por uno de los directores de la compañía, solamente éste último será responsable por la actividad que desarrolle sin involucrar a los demás integrantes del órgano. Lo que quiere decir que, cuando el director actúa sin la conformidad del directorio será responsable individualmente. Como decía Garrigues, la responsabilidad es siempre personal y donde no existe ni culpa, ni dolo, no hay responsabilidad; tampoco así puede existir solidaridad.<sup>31</sup> El artículo 391 inciso 2 y 3 de la LSC regula un régimen de exención a favor de aquellos directores que no solo no se conformaron con la resolución que aparejó responsabilidad (ya que la abstención o la ausencia injustificada no constituyen por sí solas causales de exención de responsabilidad) sino que además lo manifestaron fehacientemente, ya sea dejando constancia en actas, ya sea por medio de una fiel comunicación a la sociedad dentro del plazo de diez días. En posición que compartimos con Ricardo Merlinski, lo que consagra éste artículo es la “aplicación del principio de culpa personal”. (Merlinsky, 2008: 272).

Según el artículo 342 numeral 3 de la LSC, es competencia de la asamblea ordinaria resolver la responsabilidad del administrador o de los directores, por lo que tiene sentido que el artículo 392 prevea el supuesto de extinción (distinto de la exención), siempre que se cumplan determinados presupuestos establecidos en el mencionado artículo:

- (i) Que la responsabilidad no se haya generado como consecuencia de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, y
- (ii) Que no medie oposición de los accionistas que representen al menos 5% del capital integrado.

## VII. Consideraciones político-jurídicas de la doctrina nacional

Según nuestro análisis de la LSC los directores solamente son responsables cuando actúan con dolo o culpa grave. De todas formas, como se ha visto, la cuestión es jurídicamente opinable en cuanto el artículo 391 plantea una inmensa cantidad de problemas interpretativos. La cuestión

---

<sup>31</sup> “Esta regla de la solidaridad que tiende a garantizar mejor el interés de la sociedad y de los posibles perjudicados, hay que entenderla en su recto sentido. A este fin es menester recordar que la responsabilidad es siempre personal y que donde no hay culpa no puede haber responsabilidad ni por tanto, solidaridad alguna. Las leyes que hablan de solidaridad de los administradores se refieren exclusivamente, aunque no lo digan, a la solidaridad de los administradores culpables.” Según lo cita Olivera García (Olivera García, 2006).

también es dudosa en sede de *lege ferenda*. Como ha dicho Mercedes Jiménez de Arechaga, “El tema que nos ocupa tiene una gran incidencia político jurídica, ya que la cuestión central es como asegurar a los administradores facultades discrecionales necesarias para una eficiente gestión de una empresa moderna y al mismo tiempo proteger los derechos de los accionistas.” (Jiménez de Aréchaga, M., 2000: 89).

El problema, –como bien indica Jiménez de Arechaga– de asegurar la eficiencia de la administración sin desproteger a los accionistas es cada vez más arduo de resolver y no solo se encuentran diversas tendencias en el mundo sino cambios legislativos rotundos, generalmente producidos después de algún escándalo de proporciones. Sin embargo, todos los actos por parte de directores que generan mayor censura moral (fraude a la ley, deslealtad hacia la sociedad, fraudes contables etcétera) están todos expresamente previstos por nuestra ley y las leyes societarias en general. Entonces, la cuestión no radica en decir que los actos de los administradores deberían quedar impunes, lo cual nadie hace, sino discutir qué regulación jurídica es en el mejor interés de la sociedad comercial y de los accionistas en su conjunto.

La discusión es compleja, pero nuestros doctrinos se han expresado al respecto de diversas formas. Olivera García concluye que es en el mejor interés de la sociedad que los administradores no se vean responsabilizados por actuar con culpa leve ya que ello redundaría en un mayor beneficio hacia la sociedad en el largo plazo. El beneficio hacia los accionistas consiste en que si los administradores centran sus esfuerzos en aumentar el patrimonio social en vez de protegerse de futuras demandas, la sociedad se verá beneficiada en el largo plazo, aún cuando decisiones específicas realizadas de buena fe puedan causar un menoscabo en el patrimonio social.

Hemos analizado posiciones similares a la de Olivera al estudiar los fundamentos de la irresponsabilidad por culpa leve de los directores y si bien la posición de Olivera García es a nuestro entender correcta,<sup>32</sup> pensamos que no se tiene necesariamente que tener una posición definitiva a este respecto, ya que hay demasiados factores cambiantes en este tópico.

Las opiniones que se emiten sobre cómo debería regularse un instituto como el de la responsabilidad no deberían ser nunca concluyentes. Por un lado, no se puede desconocer la opinión de quienes dicen que se debe ser más exigente con los administradores con el fin de fomentar una mejor cultura empresarial cuando la misma comienza a mostrar signos de negligencia generalizada (siempre y cuando se crea que el Derecho pueda producir esos cambios). Por otro lado tampoco puede desoírse a quienes afirman que se debe ser flexible con los administradores cuando la cultura del reclamo se instala en un país (algo que en Uruguay aún no ha sucedido); ya que de lo contrario los sujetos más capacitados se negarán a aceptar cargos por miedo a ver afectado su patrimonio quince o veinte años después de haber tomado de buena fe una decisión empresarial que resultó funesta.

---

<sup>32</sup> En lo que no estamos de acuerdo con Olivera García es en que el intérprete deba adherir a un criterio pro administrador, como ha dicho al estudiar el tema. Si bien las reflexiones de Olivera García, influidas por la Escuela del Análisis Económico del Derecho constituyen un valioso aporte al estudio del derecho societario que pueden servir para explicar ciertas decisiones legislativas como el artículo 391, no creemos que las mismas deban traducirse en un criterio interpretativo pro administrador.

## Conclusiones

1. La responsabilidad de los administradores **respecto a la sociedad y los accionistas** es **contractual** por existir **obligaciones legales específicas previas**, mientras que respecto a los terceros, en la mayor parte de los casos la responsabilidad del administrador será **extracontractual**, por carecer de obligaciones legales específicas previo a la producción del daño.

2. La doctrina nacional distingue entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, esta última no expresamente regulada pero admitida pacíficamente por la doctrina.

3. La **acción social** es aquella acción que tiene como fin lograr la **reconstrucción del patrimonio social**, por medio de la promoción de un juicio de responsabilidad al administrador o directores cuya actuación produce un menoscabo en el patrimonio social. Por el contrario, la **acción individual** es aquella que pueden emprender accionistas y terceros **en razón de un derecho propio** que ha sido vulnerado por el actuar del administrador o del directorio y que tiene como fin obtener una condena que ingresará directamente en el patrimonio del acreedor o del accionista.

4. **Los elementos de la responsabilidad son el hecho ilícito, el nexo causal, el factor de atribución y el daño.** Por lo que, si el dolo o la culpa grave fueran “causales” de la responsabilidad como se ha afirmado, se estaría vaciando el concepto de factor de atribución y asimilándolo al de hecho ilícito. **El dolo y la culpa grave son calificaciones de un modo de actuar**, es decir, no son actos u omisiones como los hechos, sino la forma en cómo se dice que ha sido el actuar de una persona. **Los hechos no son diligentes o negligentes, las personas sí lo son.**

5. **La LSC consagra una responsabilidad de tipo subjetivo.** Según nuestra interpretación, el artículo 391 establece como criterio de imputación solamente al dolo y la culpa grave, quedando excluidos los supuestos de culpa leve. El deber judicial de abstenerse de responsabilizar a un administrador por culpa leve se basa en un incentivo a los administradores de asumir riesgos y en una elección legislativa sobre quien tiene que ser el decisor final.

6. El estándar del buen hombre de negocios no es más o menos exigente que el del buen padre de familia, **son estándares distintos**; mientras que en principio el buen padre de familia debe conservar un patrimonio, el buen hombre de negocios debe en muchos casos arriesgarlo, porque su fin no es conservar sino acrecentar.

7. La responsabilidad solidaria alcanza solamente a los directores **partícipes en la formación del consentimiento** para adoptar resoluciones en el seno del directorio. Aquellos directores que han estado presentes, pero no votaron a favor de la resolución adoptada o que no han estado presentes, deben haber dejado constancia en actas de su oposición en el primer caso o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro del un plazo de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella, en el segundo caso. **Con respecto a las resoluciones que no son tomadas en el seno del directorio**, sino deliberadamente por uno de los directores de

la compañía, **solamente este último será responsable** por la actividad que desarrolle sin involucrar a los demás integrantes del órgano.

## Bibliografía

---

AAVV (1995), Vocabulario Jurídico. Publicado bajo la dirección de Gérard Cornu. Asociación Henri Capitant. Santa Fe de Bogotá: editorial Temis.

Acosta Pitteta, L. (2006) “Responsabilidad de los directores por los hechos de la sociedad y del dependiente”. Ferrer, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo: editorial FCU. Páginas 9 a 14. Amorín, M. (2008). “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. El factor de atribución”. Anuario de Derecho Comercial. Octubre 2008, Tomo 12., p. 251-266.

Bainbridge, S. (2004). “The business judgment rule as abstention doctrine”. Vanderbilt Law Review. 2004. 57..

Bix, B. (2006), “Jurisprudence. Theory and Context”. 4<sup>th</sup> edition. Durham: Carolina Academic Press.

Blenzio, J. (2006). “La cuestión de la administración de facto en materia societaria”. ADCU. 2006, Tomo XXXVI, , p. 547 a 560.

Caffera, G y Mantero, E. (2006). “El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas frente a los acreedores sociales”. Ferrer Montenegro, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo. Editorial FCU, p. 123 a 152.

Carrió, G. (2006), “Notas sobre Derecho y Lenguaje”. 5<sup>a</sup> edición. Buenos Aires. Editorial LexisNexis (Abeledo-Perrot).

Creimer, I. (2006) “Límites de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”. Ferrer Montenegro, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo. Editorial FCU. P. 195 a 203.

Fernández Fernández, G. “Radiografía del art. 391 de la ley de sociedades comerciales”. (2006). Ferrer Montenegro, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo. Editorial FCU. P. 225 a 251.

Ferreira, H. (2006) “El Director o Administrador de Hecho en el Derecho Uruguayo: Algunas reflexiones sobre su régimen de responsabilidad”. Revista Estudios Jurídicos. Año 2006. N<sup>o</sup> 1. P. 197 a 213.

Ferreira, H. (2006). “Las reglas del buen gobierno corporativo y su impacto sobre la responsabilidad de los directores en el derecho uruguayo”. Ferrer Montenegro, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo.

Editorial FCU. P. 253 a 272. Ferrer Montenegro, A y Rodríguez Mascardi, T. (2006). “Acciones de responsabilidad de administradores y directores de sociedades comerciales. Algunas cuestiones procesales”. *Revista Uruguay de Derecho Procesal*. Año 2004. Numero 4. Páginas 429 a 441.

Gamarra, J. (2003). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XX. 2ª edición. Montevideo. Editorial FCU.

Gamarra, J. (2003) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XIX. Vol I. 2ª edición. Montevideo. Editorial FCU.

Greenspan, A. (2008) *La era de las turbulencias*. Ediciones B. Barcelona.

Jiménez de Aréchaga, M. (2000) “Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima” en AAVV “Temas de derecho societario: 10 años de la ley de Sociedades Comerciales: análisis y perspectivas.” Montevideo. Editorial FCU. p. 89 a 98.

Kelsen, H. (2006). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la edición francesa. 4ª edición. Buenos Aires. Editorial Eudeba.

Larrañaga, L. Año (2006) “Responsabilidad del administrador de hecho en el agrupamiento de sociedades”. Ferrer Montenegro, Alicia y Caffera, Gerardo (Coordinadores). *Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales*. Montevideo. Editorial FCU. p. 311 a 324.

Martorell, E. (1997). “Breves estudios societarios: la responsabilidad de los administradores hoy”. *Revista La Ley*. Vol. A. Buenos Aires. Editorial La Ley.

Merlinsky, R. (2008). *Manual de Sociedades Comerciales*. 2ª edición. Montevideo. Carlos Álvarez Editor. 423 páginas.

Miller Artola, A. (1993). “Análisis exegético de la ley 16060 –o- Sociedades Comerciales”. Montevideo. Editorial FCU.

Miller Artola, A. (2005). *Sociedades Anónimas. Directorio – Síndico*. Montevideo. Editorial Amalio M. Fernández. 315 páginas.

Miller Artola, A. (2006). “Responsabilidad de directores y accionistas de una sociedad anónima por la emisión de acciones sin prima”. Ferrer Montenegro, A. y Caffera, G (Coordinadores). *Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales*. Montevideo. Editorial FCU. p. 353 a 366.

Olivera García, R. (2006). “Responsabilidad de los directores de entidades de intermediación financiera”. *Anuario de Derecho Comercial*. Noviembre, 2006. Nº 11. p. 17 a 46.

Peirano Facio, J y Ordoqui Castilla, G. (1997). *Estudios de Derecho Jurisprudencial. Responsabilidad Civil por actos de dependientes y auxiliares*. Montevideo. Ediciones del Foro. 384 páginas.

Pérez Idiartegaray, S. (2004). “Algunos aspectos de la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Anónimas”. *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y la Integración*. Abril, 2004. Volumen 4. Numero 4. p. 105 a 125.

Picasso, S. (2001). “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”. López Fer-

nández, C, Caumont, A y Caffera, G (Coordinadores). Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra. Montevideo. Editorial FCU. 475 páginas.

Ramírez, J.A. (2006). “La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración”. ADCU. Año 2006. Tomo XXXVI. P. 675 a 684.

Rippe, S. (2001) Sociedades Comerciales. Ley No 16.060. Novena Edición. Montevideo. Texto y Contexto. Editorial FCU. 484 páginas.

Rodríguez Azuero, S. (1999) “Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades” en AAVV. Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Álvarez. Montevideo. Editorial FCU. p. 431 a 475.

Rodríguez Mascardi, T. (2006). “La responsabilidad de los directores y administradores en caso de grupos de empresas” en AAVV, Ferrer Montenegro, A y Caffera, G (Coordinadores). Responsabilidad de Administradores y Socios de Sociedades Comerciales. Montevideo. Editorial FCU. p. 403 a 417.

Rodríguez Mascardi, T y Ferrer, A. (1991) “La noción del buen hombre de negocios en la ley 16.060”. Anuario de Derecho Comercial. Año 1991, Número 5. p. 161 a 167.

Rodríguez Mascardi, T y Ferrer Montenegro, A. (2006) “Responsabilidad de los directores de una sociedad anónima: acción social “uti singuli””. Anuario de Derecho Comercial. Noviembre, 2006. Numero 11. p. 415 a 421.

Rodríguez Olivera, N y López Rodríguez, C. Año 2010. “Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas” (en línea) <http://www.derechocomercial.edu.uy/Clase-SAAadm01.htm>

Rodríguez Olivera, N. y López Rodríguez, C. (2007). Manual de Derecho Comercial Uruguayo. Volumen 4. Tomo 4. Montevideo. Editorial FCU. 388 Páginas.

Rosenberg, D. (2005). “Making Sense of Good Faith in Delaware Corporate Fiduciary Law: A Contractarian Approach”. Delaware Journal of Corporate Law Vol. 29. No. 2.

Sánchez Álvarez, M.M. (1998) “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”. Revista de Derecho Mercantil. N° 227. Madrid Editorial Aguirre.

Uría Menéndez, R. Curso de Derecho Mercantil. Madrid. Editorial Civitas.

Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T. (1999). “Un tema de actualidad: La Responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes”. ADCU. Diciembre, 1999. Tomo XXIX. p. 573 a 580. Venturini, B y Rodríguez Mascardi, T. (2008) “Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a terceros”. Revista de Derecho Comercial. Mayo, 2008. N° 1, tercera época, p. 101 a 112.

Wittgenstein, L. (2001) Philosophical Investigations. Third edition. Translated by G. Anscombe. Blackwell Publishing.