

“Régimen societario y extensión de la responsabilidad solidaria a socios, administradores, representantes. Análisis comparativo ordenamientos jurídicos de Perú y Argentina. Modos de Previsión”

Corporate regime and extension of joint and several liability to partners, administrators, representatives. Comparative analysis of legal systems of Peru and Argentina. Forecast modes

Autor: Vanesa Ruiz¹

Institución: Universidad Nacional del Comahue

Correo electrónico: vanesa@keesdabusruiz.com

Recibido el: 15.01.2022

Aceptado el: 07.02.2022

Resumen

Nos encontramos en un mundo que se acelera y cambia vertiginosamente, altamente volátil, con creciente complejidad de relaciones nacionales e internacionales.

La inseguridad jurídica, legislación cambiante, alta litigiosidad y costosísimas cargas, son factores que representan un desafío para el crecimiento y evolución de las sociedades comerciales.

A ello se suma las condenas de responsabilidad solidaria e ilimitada para sus administradores y representantes, en incremento los últimos años. Un tema muy debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las naciones peruana y argentina, con líneas jurisprudenciales diversas y bastantes contradictorias entre sí.

Es por ello, que en este contexto, se desarrolla un análisis comparativo de ambos ordenamientos jurídicos y sus interpretaciones casuísticas, en que los administradores, gerentes y ejecutivos de las empresas deben moverse, tomando decisiones cruciales que pueden cambiar el rumbo de la compañía de la noche a la mañana y la incidencia que podrían tener en sus propios patrimonios.

Se analizan modos de previsionarse y transferir esos riesgos no deseados pero posibles, que les permita hacer frente a las consecuencias dañosas.

¹ Abogada; Especialista Universitaria en Daños y Perjuicios y Contratos (UNCOMA), Especialista Universitaria en Derecho Procesal Civil (UBA), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia); Maestrando en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA); Profesor Titular (por concurso) Cátedra Derecho en Servicio Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCO. Profesora ayudante de Primera Regular, dedicación simple (por concurso) Derecho Civil III (Contratos) en carrera Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCO. Productora Asesora de Seguros. Ponente en Jornadas Nacionales. Autora de artículos y libros de derecho.

Palabras claves:

Personas jurídicas. Personas Físicas. Personas Humanas. Capacidad. Personalidad jurídica diferenciada. Teoría del Disregard. Teoría del descorrimiento del Velo. Teoría de la Inoponibilidad de la persona jurídica. Teoría del abuso de la personalidad jurídica. Sociedades comerciales. Empresa. Teoría del órgano. Directores. Administradores. Representantes. Responsabilidad social. Responsabilidad Individual. Responsabilidad solidaria. Responsabilidad ilimitada. Fraude. Abuso de derecho. Buen hombre de negocios. Buena fe. Orden Público. Derecho laboral. Derechos del Trabajo. Ley de Sociedades. Sociedades anónimas. Sociedades de responsabilidad limitada. Responsabilidad subjetiva. Culpa Grave. Responsabilidad Objetiva. Daños y Perjuicios. Previsión. Seguros. Pólizas de Directors And Officers Liability- D&O-

Abstract

We are in a world that is accelerating and changing vertiginously, highly volatile, with increasing complexity of national and international relations.

Legal uncertainty, changing legislation, high litigation and very expensive burdens are factors that represent a challenge for the growth and evolution of commercial companies.

To this is added the sentences of joint and unlimited liability for its administrators and representatives, which have increased in recent years. A topic much debated both by the doctrine and by the jurisprudence of the Peruvian and Argentine nations, with diverse and quite contradictory jurisprudential lines.

That is why, in this context, a comparative analysis of both legal systems and their casuistic interpretations is developed, in which the administrators, managers and executives of the companies must move, making crucial decisions that can change the course of the company overnight and the impact they could have on their own assets.

Ways of foreseeing and transferring these unwanted but possible risks are analyzed, which will allow them to face the harmful consequences.

Keyword:

Legal persons. Individuals. Human Persons. Capacity. Differentiated legal personality. Disregard Theory. Theory of the removal of the Veil. Theory of the unenforceability of the legal person. Theory of abuse of legal personality. Commercial companies. Enterprise. Organ theory. Directors. Administrators. Representatives. Social responsibility. Individual Responsibility. Joint and several liability.

Abuse of rights. Good businessman. Good faith. Law and order. Labor law. Labor Rights. Companies Law. Corporations. Limited liability companies. Subjective responsibility. Serious Guilt. Strict Liability. Damages. Foresight. Insurance. Directors And Officers Liability Policies- D&O-

I.- Introducción

I. i.- Personalidad jurídica diferenciada

Las sociedades comerciales son, antes de todo, personas jurídicas. Y tanto los ordenamientos normativos de Argentina² como de Perú³, le confieren a estos entes aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación con personalidad jurídica propia. Una ficción que se convierte en realidad jurídica.

Es decir que, por definición legal, la persona jurídica tiene capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, pero esta capacidad debe ser viabilizada para atender los fines sociales para el cual fuera creada.

Mientras que a la persona humana le son permitidos todos los actos y puede ejercer todos los derechos que no le estén expresamente vedados, la persona jurídica sólo goza de capacidad jurídica para todo lo que está comprendido en sus fines propios.

La empresa es la forma organizada de actuar de la sociedad. Y la actuación de la empresa, o sea, la exteriorización de los actos son practicados por las personas físicas (humanas) que la administran.

La personalidad de las personas físicas que la componen y administran se encuentran diferenciada de la personalidad jurídica propia a las sociedades comerciales⁴ y por lo tanto, ésta, responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones⁵. Existe en principio una irresponsabilidad de sus integrantes respecto a las deudas sociales. Sólo en principio, como analizaremos a continuación.

Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente la normativa lo disponga ⁶ y existe una distinción entre patrimonio de la

² Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación Art. 141. Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

³ Perú, Ley General de Sociedades LEY N° 26887 .Artículo 6.- Personalidad jurídica La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.

⁴ Argentina, arts. 2 de la ley 19550 “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley” y 143 del Código Civil y Comercial de la Nación “Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

⁵ Argentina, art. 1763 CCYCN “Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”

⁶ Argentina, art. 143 CCYCN. “ Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.”

sociedad, respecto sobre qué obligaciones responde éste (obligaciones de la sociedad) con distinción al patrimonio los individuos que la componen⁷.

II.- Aspectos Centrales

II. i) Responsabilidad

II.i.a) Extensión de la responsabilidad a los socios⁸

Conforme se explicó precedentemente, la sociedad es sujeto de derecho diferente a sus integrantes a los fines de contraer y responder por sus obligaciones. Ahora bien, esa personalidad jurídica diferenciada a sus miembros puede ser descubierta, descorrerse el velo (teoría de disregard) para que respondan las personas físicas con su patrimonio.

Se aplica cuando la actuación de la sociedad constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público, o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, o encubra la consecución de fines extra societarios.

En ese sentido en Argentina, existen dos normas específicas, una de ellas regulada en el normativa societaria⁹ y otra netamente civil¹⁰, que permiten imputar directamente a los socios o a los controlantes responsabilidad solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La teoría del abuso de la personalidad jurídica habilita a imputar las consecuencias de un determinado negocio jurídico a los socios que participaron en ella cuando la sociedad fue un mero 'instrumento' para perjudicar a terceros o para violar la ley. Tal sería por ejemplo el caso de una sociedad en la que los socios hayan incorporado en el objeto social actividades de comercio exterior y en realidad se dediquen al contrabando.

⁷ Peru, Ley General de Sociedades Artículo 31.- "El patrimonio social El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan."

⁸ Ley 19550 . art. 54 .

⁹ Argentina. Ley 19550. Art 54. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

¹⁰ Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, art. 144.- Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados. Este artículo amplía el ámbito de la extensión de la responsabilidad solidaria, que antes por la ley 19.551 estaba acotada a las sociedades comerciales, a las demás personas jurídicas privadas que enumera en el artículo 148, esto es: sociedades; asociaciones civiles; simples asociaciones; fundaciones; las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; mutuales; cooperativas; consorcios de propiedad horizontal; y toda otra contemplada en disposiciones de éste Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.- El artículo 160 del Código Civil y Comercial, al referirse a la responsabilidad de los administradores, establece que "*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*".-

También se ha aplicado, en una tesis amplia, frente a los reiterados casos de absoluta falta de registración o registración insuficiente de empleados en relación de dependencia laboral, sumado ello a la insolvencia de gran cantidad de sociedades demandadas en pleitos laborales, distintos fallos judiciales extendieron las condenas a los directores, administradores o socios integrantes de esas sociedades traídas a juicio¹¹.

En este sentido para justificar esta sanción sostienen que "dentro de las figuras del fraude laboral se encuentra la del abuso de la personalidad jurídica" y que el pago de sumas sin registro configura ese abuso que permite hacer caer la limitación patrimonial de los socios¹².

Sin perjuicio de lo cual, también rige una tesis restrictiva¹³, en varias Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, quienes dictan fallos afirmando que los incumplimientos registrales se encuentran sancionados por leyes específicas y no extienden la responsabilidad, a menos que se trate de supuestos de fraude o simulación por interposición de persona jurídica.

La personalidad jurídica, según los antecedentes analizados, no debería ser desestimada sino cuando se dan circunstancias de gravedad institucional permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley, debiendo ser aplicado restrictivamente y sólo en caso de existir pruebas concluyentes de que la actuación de la sociedad encubre fines extrasocietarios.

En cambio, la ley general de sociedades peruana¹⁴, no contempla en sus artículos el levantamiento del velo o desconocimiento de la personalidad jurídica diferenciada entre la persona jurídica y la física de sus miembros. Para no afectar los pilares del derecho de las sociedades, como son la separación de la personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Sin embargo, se previó su incorporación en la redacción de la comisión reformadora del código civil.

Y es objeto de análisis en la doctrina peruana¹⁵ en cuanto a su posible aplicación cuando se actúa en abuso de derecho, fraude a personalidad jurídica, pero siempre como ultima ratio y subsidiaria, también en el ámbito laboral y tributario (tuitivo del trabajador y del Estado).

¹¹ Conf. fallos dictados en Argentina en autos "Delgadillo Linares, Adela c/Shatell SA s/despido" (CNTrab. Sala III – 19/2/1998) y «Duquesly, Silvia c/Fuar SA y otros s/ despido» (CNTrab. Sala III – 12/2/1998). "Duquesly" por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III). Así se ha extendido la responsabilidad solidaria en casos de conductas simuladas y fraudulentas (Sala II en "García, Jorge Eduardo c/ Telmex Argentina S.A.", 29/04/2016, en el ocultamiento del verdadero empleador). Y en cambio, no se ha extendido en casos de mero incumplimiento (Sala I en "Mansilla, Ramón Ricardo c. El Imperio de Belgrano SRL y otro s/despido, (7/7/2016) respecto a la falta de pago de las indemnizaciones por despido y multas del art. 2 de la ley 25.323.-

¹² El incumplimiento comienza a funcionar como especie de responsabilidad objetiva, verificado el incumplimiento todos los demandados son condenados. Incluso demandan a un director al azar, suplentes o sin que haya tomado intervención por el solo hecho de serlo.

¹³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado posición en varios fallos. 3/4/2003 «in re» «Palomeque Aldo R. c/Benemeth SA y otro» Así en «Carballo Atilano c/Kanmar SA», 31/10/2002.

¹⁴ Ley General de Sociedades LEY Nº 26887.

¹⁵ Fernandez Sessarego Carlos. Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica. En Revista Advocatus 4. Lima 2001, p.73. Echaiz Moreno Daniel, Cuando procede el levantamiento de la personalidad jurídica? En Revista Peruana de Jurisprudencia N° 33. Lima. Noviembre 2003. p.31 yss. Hundskopf Exebio, Osvaldo. La personas jurídicas con fin económico. En Revista Jurídica de Peru. N° 24. Trujillo 2000.

Elo así porque la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de "sanción" prevista para el caso de que la sociedad se constituya en un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para la frustración de derechos de terceros, cuando se utiliza a la sociedad misma como un instrumento para la comisión de irregularidades o fraudes. Por lo que coinciden ambos ordenamientos jurídicos argentino y peruano que podría aplicarse de manera subsidiaria y de última ratio¹⁶ en los casos mencionados.

II.i.b) Teoría del Órgano. Administradores y Representantes

Ahora bien, no sólo analizamos la conducta de los socios en la sociedad comercial, sino que nos adentramos en la conducta de sus directores, administradores y/o representantes.

Allí advertimos, que tanto la doctrina nacional como extranjera, han realizado una evolución conceptual sobre el sistema de responsabilidad societaria. Pasando de una visión contractualista a una construcción orgánica en orden al modo de expresión de la voluntad de la persona jurídica.

Para efectuar estas distinciones de personalidad y lograr un mayor entendimiento respecto al régimen de responsabilidad, debemos recordar que quienes dirigen o administran a la sociedad, son órganos de esta persona jurídica, no mandatarios.

Son verdaderos funcionarios de la sociedad, forman parte de la estructura típica de la sociedad y hacen actuar directamente a ésta, por lo que es la sociedad quien actúa y no un tercero en nombre de ella. Mediante el órgano la persona jurídica obra directamente y en nombre propio, y forma su única voluntad jurídica; por lo que haciendo abstracción del órgano no podría concebirse un modo de expresión o de formación de la voluntad social.

El órgano es siempre depositario y el vehículo de la voluntad única de la persona jurídica. Los representantes estatutarios son portadores de la voluntad de la como si ésta obrara directamente por sí, sin el auxilio de la representación. No hay dos voluntades: la del representante y el representado, sino una sola: la de la persona jurídica.

La ley de sociedades reconoce a los diversos órganos sociales una tipicidad particular y necesaria para la expresión de voluntad de la persona jurídica. No tienen poderes derivados, sino que tienen y deberes propios de la competencia orgánica.

Los distintos órganos poseen la competencia exclusiva que la ley otorga a cada uno, sin que uno de ellos pueda asumir facultades de otro. Lo dicho no implica compartimentos estancos, sino funcionamiento armónico.

Por ello podemos afirmar que el contrato social se ha estructurado reposando su naturaleza en la idea de organización¹⁷, y produce por efecto el nacimiento de un sujeto de derecho que posibilita efectivamente la manifestación activa de la personalidad reconocida, a través de la existencia de órganos

¹⁶ La Doctrina del Levantamiento del velo Societario y su aplicación en el Perú. Rafael Artieda Aramburu. Revista *Advocatus*. Lima.

¹⁷ Argentina, ley 19550 "ARTICULO 1º — Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas"

y la atribución a ellos de determinadas esferas de "competencia", fundamentadas precisamente en la calidad de orden normativo de segundo grado que supone la sociedad.

Existen distintas clases de órganos, en razón de las distintas funciones que deben cumplimentar. No todos están provistos de representación. Existen algunos que sólo tienen funciones deliberativas y sin proyección externa.

Dentro de toda organización es necesario definir una función de gobierno que tendrá a su cargo las grandes decisiones - trascendentales para la vida de la sociedad-; habrá una función de administración, propia de los negocios de todos los días, atiende a la tarea de cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente; una función de representación, relativa a la cuestión de expresar y transmitir la voluntad social respecto de terceros y una función de fiscalización interna, o sea, la posibilidad de controlar cómo se administra por parte de quienes no administran.

Para que exista vinculación válida de la sociedad con terceros, la actuación externa, es decir la intervención legitimada de quienes por disposición de la ley o del contrato ejerciten el rango de la representación.

II.i.c) Regla General. Responsabilidad social en virtud de actuado por sus órganos

Se trata de la cuestión de la "imputación" de los actos de determinadas personas al patrimonio de otra. ¿Quién está actuando: la persona física o la persona jurídica?

Con la recepción de la Teoría del Órgano, en efecto, quien actúa es la propia sociedad, claro, que por medio de sus administradores.

En la especie, rige la regla por la cual los administradores o representantes, que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obligan por todos los actos que no sean notoriamente extraños al social¹⁸.

La distinción entre el administrador del representante, se realiza, ya que en algunos casos la función administradora llevará consigo la de representar (como en las sociedades por interés y las de cuotas que no opten por una gerencia colegiada), mientras que en las sociedades anónimas impera por excelencia la separación de ambas funciones.

Por ello, en caso de la regla citada, sólo se aplicará a los representantes y a los administradores que de acuerdo con la ley o el contrato tengan además la función de representar.

Ya que la actuación del administrador, en conformidad con los objetivos de la sociedad y de acuerdo con los comandos legales, en principio, lo exime de cualquier responsabilidad, porque, éste no

¹⁸ Argentina. Ley 19550. Art.58. El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.

está actuando en su nombre y ni en nombre de la sociedad, pero, está actuando por la sociedad, como si ella fuera.

La utilización del estándar: "obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social" permite establecer que el ámbito de actuación del representante y la extensión de su competencia comprende, enunciativamente, los siguientes actos: el acto incluido en el objeto social; el acto accesorio de otro comprendido en el objeto; el acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto; el acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí; el acto extraño al objeto, sin notoriedad. Como puede verse la noción conceptual es lo suficientemente amplia como para posibilitar una fluidez natural en la contratación con terceros.

Quedarán por supuesto no incluidas en la esfera de actuación aquellas operaciones que constituyan verdaderos actos de disposición (desde el punto de vista societario), como pueden ser aquéllos que impliquen un cambio en la estructura empresarial, o la transferencia de su única planta industrial o la de la sede social, sin reemplazarla, y cuya realización no podría ser autorizada ni siquiera por el directorio, ya que a éste solo le incumbe la administración y gestión de los negocios sociales y un acto de tal naturaleza es notoriamente extraño al objeto social, correspondiendo su decisión a otro órgano de la sociedad.

II.i. d) Excepciones- Responsabilidad Solidaria e ilimitada de los Órganos de Gobierno: Administradores y Representantes

Para la ley, los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, siendo responsables ilimitada y por los daños y perjuicios los que faltaren a sus obligaciones, resultantes de su acción u omisión¹⁹.

La responsabilidad de los administradores por su función puede ser denominada como "calificada" ya que la ley exige un obrar propio conforme la diligencia en Argentina de un *buen hombre de negocios*, o en Perú de *ordenado comerciante*²⁰.

Esta responsabilidad, calificada y concreta para el caso particular, quedará entonces encuadrada en los parámetros que prevé que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor es la obligación que surja de las consecuencias de los hechos que le fueran imputables.-

De esta responsabilidad que surge de la normativa societaria implica una técnica y profesional, que si bien está inserta en el concepto de culpabilidad, no deriva del incumplimiento del

¹⁹ Argentina, Ley 19550. ART.59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

²⁰Perú, Ley general de sociedades Artículo 171.- Ejercicio del cargo y reserva Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

mandato o del contrato, sino del carácter de integrantes órgano de administración (teoría del órgano anteriormente explicada), excediendo cualquier relación convencional.

Más allá de la normativa societaria específica nombrada, tanto peruana²¹ como argentina²², la normativa societaria no está sola, ya que ambas reconocen un patrón de conducta y causales de imputabilidad tales como mal desempeño del cargo, violación a la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa graves, dichas conductas deben ser apreciadas bajo la lupa del principio general del derecho.

La actuación temeraria, desleal, perniciosa podrá traerles consecuencias desastrosas y responsabilidad personal por los hechos causados. Por lo que puede existir una imputación de responsabilidad resarcitoria por daños causados a la sociedad o terceros por el desempeño de los funcionarios (órganos de la sociedad).

La nombrada responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores con función de representación, nace de la violación de los deberes propios del cargo de administrador, en el ejercicio de la función orgánica, competencia y obligaciones originados en la ley y en la tipicidad funcional más que en la convención.

Y el factor de atribución de dicha responsabilidad lo constituye la violación al obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, como el faltar a sus obligaciones, el mal desempeño de su cargo según el criterio sindicado, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave²³.

Aunque resulta importante destacar que no se encuentra suficiente explicación la referencia que se hace a la culpa grave, como generadora de responsabilidad, cuando el ordenamiento civil argentino por ejemplo ha abandonado la antiquísima clasificación de la culpa.

En el ámbito mercantil argentino, por el estándar de conducta que le impone el artículo mencionado, el administrador es un verdadero profesional que custodia bienes e intereses ajenos, por ende su deber de obrar con la mayor prudencia y diligencia permitirá analizar su culpa como grave cuando en casos que al hombre común sólo se le reprocharía una simple omisión o una culpa más que leve²⁴.

²¹ Perú, Ley general de sociedades .Artículo 177.- Responsabilidad Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general

²² Argentina Ley 19550.artículo 59,157, 274, 279.

²³ Argentina Ley 19550.art. 274. — Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave

²⁴ Boquín, Gabriela "La responsabilidad de administradores y socios frente a terceros". Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE). Tomo XXII, página 1113. Octubre 2010.

Sin perjuicio de esto, es claro que la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia.

En unas se busca reprochar la conducta ilícita (en términos civiles) del mal administrador; en la otra se busca una imputación de conducta por el uso abusivo de la sociedad²⁵.

La responsabilidad sería subjetiva y en principio se trata de una obligación de medios y no de resultados, por la que cada miembro está obligado a prestar una conducta que razonable, aunque no necesariamente, conduzca al resultado esperado por el acreedor. Podría considerarse que constituye una obligación de resultados no asegurados.

Se ha debatido en doctrina, si la base de la responsabilidad que aquí nos ocupa reposa en el cumplimiento de obligaciones de resultado o de medio, pues es clara la importancia de la distinción en lo atinente a la carga de la prueba.

Sustancialmente, se ha señalado que la obligación de resultado consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo determinado, mientras que en las obligaciones de medios el deudor no asegura el logro aguardado por el acreedor, sino que sólo se obliga a poner de su parte los medios aptos para tal cometido. Si la índole de la prestación fuere de resultado, la presunción de culpa tendrá vigencia; por el contrario, si es de medios y se reclama por la obtención del fin esperado, habrá que ponderar la conducta del deudor para establecer si puede reconocerse al acreedor derecho a la reparación.

En las obligaciones de medios el objeto de la obligación está formado por una conducta del obligado (administrador) dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzado. Nadie se obliga simplemente a un esfuerzo a una diligencia abstracta, sino que conforme a una conducta planificada, de actuar como buen hombre de negocios, para el cumplimiento del objeto social, y no dar a sabiendas ni a la sociedad, ni a los socios y menos a los terceros. La formulación de las cuentas y del balance es un resultado esperado, impuesto por la ley a los administradores de sociedades. No puede considerarse obligado el administrador simplemente a un esfuerzo o a una diligencia abstractos, sino que se obliga a través de una conducta a alcanzar, en el caso, el cumplimiento del objeto de la sociedad. Agregamos que ello debe ser sin dañar a terceros, a través del ente personificado concebido por la autonomía de la voluntad de los socios²⁶.

²⁵ Gasulla Eduardo y otro c/ Altos de los Polvorines SA s/ sumario" la sala E el 29 de julio del 2009 formula una adecuada distinción entre las acciones fundadas en el art. 59 y 274 respecto de las que pudiesen serlo en base al 54 ter LS

²⁶ BUERES, Alberto J. El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, tomo 17 "Responsabilidad contractual I" p. 95 y ss., en especial p. 109, a quién seguimos: el objeto de la obligación, cualquiera sea su especie, es un plan de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En el caso ese plan esta descripto en el art. 59 LS que configura la conducta diligente del administrador (deudor de la obligación). No rendir cuentas, no formalizando balance, mientras todo el patrimonio ha desaparecido, suena a administración fraudulenta. En las obligaciones de resultado basta advertir que no se alcanzó dicho resultado, en las obligaciones de medios, quién pretende la atribución de responsabilidad debe allegar los medios de convicción idóneos para demostrar que los medios empleados no fueron los adecuados, "para poner en evidencia la culpa del deudor, bastará acreditar que no se cumplió la actividad comprometida, además de la culpa, pues en el caso de la responsabilidad por omisión no debe mediar necesariamente una imposición expresa de la ley del deber de actuar . El resultado debe ser siempre útil, no una mera apariencia de resultado, conformado

En el mundo trata de juzgarse su actuación a través de reglas (business judgment rule y business judgment), advirtiéndole que la ley societaria les ha impuesto determinadas obligaciones de conducta que imponen ciertos resultados, como la realización de balances, custodia de documentación y llamado a asamblea.

Nissen refiere un catálogo de supuestos de responsabilidad conforme resoluciones jurisprudenciales²⁷: El abandono de sus funciones y la desaparición del activo de la sociedad; la venta de un inmueble de la sociedad a un precio muy inferior al real; la omisión de solicitar su concurso preventivo de modo muy posterior a la fecha de la cesación de pagos con agravación del pasivo social; la disposición de bienes sociales para favorecer otro ente vinculado con adquisición de un crédito ajeno al giro social sin contrapartida ni beneficio; falta de conservación de los bienes sociales y de informar a los accionistas de los bienes que componen el activo; la desviación de inversiones sociales en beneficio de los integrantes de la sociedad; la distribución de intereses o dividendos anticipados que no resultan de balances; el tomar préstamo a interés excesivo; el exceso de remuneraciones del directorio; confección de balances falsos con desaparición de los libros y documentación social y uso de los bienes en beneficio de directores; préstamos injustificados a empresas insolventes.

Lo que lleva a discutir doctrinariamente si realmente el carácter que se debe imputar a dicha responsabilidad es de carácter subjetivo u objetivo.

Especialmente en el ámbito laboral, la jurisprudencia ha determinado con sus fallos que el incumplimiento de una norma general: “le pago mal el salario, no lo registro, no ingreso aportes al sistema, no le ingreso aportes al sistema de obra social, etc.”, cualquier incumplimiento de las normas consideradas de orden público laboral, funciona como especie de responsabilidad objetiva, verificado el incumplimiento todos los demandados son condenados. Es una atribución genérica de responsabilidad sin mirar la actuación del director, sin mirar si ha renunciado o no, etc.; es prácticamente con invocación general de

por la actividad diligente del deudor, pues la obligación no puede perseguir abstractamente una actividad diligente (tan sólo), pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra. Claro que no es tema definitivo determinar si la actividad que examinamos genera una obligación de medios o de resultado, pues incluirla en una u otra categoría responde a un problema de axiología que compete a la doctrina y a la jurisprudencia, que no afecta a la seguridad jurídica, pues en todos los casos el inculpado podrá probar el caso para exonerarse de responsabilidad con la prueba de haber observado la diligencia exigible. Adviértase que un fraude de los confeccionantes de un balance, o de algunas cuentas sociales, bien podía ser evitado —y sus daños— si síndicos —societarios o concursales— hubieran cumplido adecuadamente sus tareas. El análisis del caso comprobará si las obligaciones de medios asumidas podía o no descubrir los fraudes —o simplemente errores—. O sea que la cuestión esta ligada a la modalidad del cumplimiento inexacto de la obligación de medios, por lo que se alcanzó un resultado aparente, que luego apareció como inadecuado. Y nada tan fácil de determinar en la evolución de una empresa es la inexactitud de apreciaciones en la apreciación de documentación contable. Que el resultado no sea afianzada no quiere decir que estén exentos de responsabilidad. Lo que suele estar en cuestión en el alcance meramente aparente del resultado, que encubre información falsa o distorsionada. ¿Y cual es el resultado no afianzado que debía alcanzarse? El exhibir documentación contable veraz. En el caso no hay incumplimiento del resultado, el mismo se exhibe siempre, lo que no quiere decir que cumpla con el requisito de veracidad o “visión segura” sobre la idoneidad de la información brindada (true and fair view), que impone que cuando de las disposiciones normales no se produzca dicha imagen fiel, debe producirse diligencias o informaciones complementarias. Si esa visión no se alcanza el resultado presentado habrá sido aparente, y es el profesional el que deberá asegurarse de su desinclinación acreditando el caso (no culpa)

²⁷ NISSEN, Ricardo Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, 3ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires 2010, tomo 3 pág. 283.

las normas. Se condena ante la finalidad claramente fraudulenta como lo es intentar evadir el pago de las condenas laborales en su contra o el pago de pasivos en general²⁸. Se condena ante la falta de contabilidad, desaparición de activo, no ingreso de partidas substitutivas, abandono de sede, y fundamentalmente no proceder a la liquidación de la sociedad.²⁹³⁰

Existe actualmente alguna tendencia hacia la atribución objetiva de responsabilidad, en virtud de la relevancia de la actuación de los administradores como representantes de la sociedad³¹.

Pero las líneas jurisprudenciales son diversas y bastantes contradictorias entre sí.

Lo que el máximo órgano jurisdiccional argentino rescata en el "caso Palomeque"³² es que hay que distinguir si la sociedad hace de su medio de vida la permanente irregularidad, el apartamiento permanente de la ley en todos los órdenes, tributario, previsional y laboral, o si se trata solamente de la comisión de un acto aislado. Una cosa es la actuación y otra la constitución de la sociedad que va a usarse como máscara para delinquir, la idea pasa por qué es actuación ocasional incidental y qué es algo que está hecho para delinquir. Y aquí no aplica la imputación de responsabilidad del administrador o representante por tal carácter, sino que se ha la desestimación de la personalidad jurídica del ente societario (que analizamos anteriormente), en aquellos casos en que sólo se comprueba la irregular registración de los datos relativos al empleo.

La extensión indiscriminada de la responsabilidad tiene un impacto en el mundo económico moderno muy grande una sociedad, que es el motor de la economía en cada país y en el mundo entero.

III- Conclusión y Previsión

Del análisis efectuado, tanto de normativa societaria, civil, laboral, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de ambos países, se establece que se amplían los supuestos de responsabilidad y los sujetos que son responsables. Se reduce el estándar de culpa al admitirse responsabilidades por culpa leve y hasta en algunos casos se objetiviza. Así también, se ha restringido la posibilidad que estatutariamente o convencionalmente se limite o exonere la responsabilidad civil de los sujetos enunciadados.

Halperín, reafirmó la importancia del factor subjetivo de atribución de responsabilidad al sostener que " La responsabilidad objetiva impondría responsabilizar al director en todos los casos en que

²⁸ 2000 En el caso "Arrua Ladislao c/ establecimientos Metalúrgicos de Poli S.A. s/ salarios por suspensión " la sala I de la Cámara Nacional del Trabajo, 13/07/00; CNTrab., sala I, 17/09/08, Mena, Norma Cristina y otros c. CW Comunicaciones S.A. y otros s. despido. DESPIDO autos "Olivieri Mario contra Menhires SRL sobre ejecución de créditos laborales", el 23 de mayo del 2008, también la Sala I

²⁹ 2008/ La Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora de fecha 15/5/08 autos "Gerez de Martino María C/ Amoros de Ledo Aurora s/ daños y perjuicios "

³⁰ 16 días del mes de abril de 2008, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones sala VIII en autos "García Manuel Eduardo c/ Virginio Roberti e hijos S.A. y otro s/ despido"

³¹ Ton, Walter Rubén. "Responsabilidad del director de la sociedad anónima por el acto notoriamente extraño al objeto social". disponible en www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/ sociedades al 15/10/12. ": "...consideramos que la responsabilidad del presidente del directorio debe ser objetiva y debe pesar sobre él la carga de la prueba para eliminar la misma"

³² causas P.1013.XXXVI, sent. del 31V2003, in re "Palomeque c/Benemeth S.A. y otro" y T.458.XXXVIII, "Tazzoli", sent. del 4VII2003

la sociedad sufra algún perjuicio en razón de la administración, lo que no sólo llevaría a que las personas capaces y responsables no aceptaran desempeñarse como directores, sino a que éstas garantizaran el buen resultado de los negocios³³

Por lo que se plantea la necesidad de proteger a los administradores o directores frente a la responsabilidad civil derivada del ejercicio de dicho cargo, y principalmente por la toma de decisiones.

Ya que ha aumentado el riesgo y se encuentran mas expuestos los CEOs y el Directorio, así como la propia empresa, de verse afectados por acciones de responsabilidad civil derivados de decisiones de negocios que pueden ser considerados como negligentes.

Como puede apreciarse, la cobertura de ese riesgo resulta fundamental para evitar que las personas vitales para la dinámica de la empresa –ejecutivos, gerentes y directores- no se vean paralizados en esa toma de decisiones por la posibilidad de perder todo de la noche a la mañana.

Y aun cuando convertirse en CEO es el sueño de todo ejecutivo que aspira a llegar a la cumbre del liderazgo corporativo. Ser la cara visible de una organización o un exitoso empresario independiente también conlleva sus riesgos y posibles contiendas judiciales que pueden derivar de la actividad profesional.

Crear en este caso cultura aseguradora, es generar conocimiento sobre el rol de los seguros en la sociedad y generar la confianza suficiente en la comunidad, que les permitirán transferir sus riesgos, y así estar cubiertos ante esos no deseados pero posibles eventos, resguardando cada uno su patrimonio.

Es así que el ramo de las pólizas de DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY- D&O- tiene un nuevo nicho de mercado en los países del mundo, con una tendencia en la alza si es que las aseguradoras se adaptan a las exigencias y problemáticas del sistema, éstas otorgan a los directores una protección más efectiva, ya que el reclamo (siempre que no medie alguna de las causales limitativas de la cobertura del seguro, tales como el dolo), es satisfecho por la compañía aseguradora y no afecta al administrador. Otorgan al director una legítima indemnidad ya que le permiten citar en garantía a la compañía aseguradora y evitar la ejecución en su propio patrimonio.

Su difusión se fue dando en Latinoamérica de manera paulatina en países como Argentina, Brasil, Chile y más recientemente en Perú a raíz del caso G&M-Odebrecht en el año 2017³⁴.

³³ Halperin Isaac - Otaegui, Julio C, "Sociedades anónimas" . Depalma. Buenos Aires. 2006

³⁴ RICHTER, Pedro y ACOSTA, Carlos. "Las pólizas de D&O: Su potencial relevancia en el Perú a raíz del caso G&M-Odebrecht". En: LA LEY, El Ángulo Legal de la noticia. Perú, 2017.p.1-7. <https://laley.pe/art/4049/las-polizas-de-d-o-su-potencial-relevancia-en-el-peru-a-raiz-del-caso-g-m-ndashodebrecht-> 9 de agosto de 2020. En el Perú, el seguro para directores y ejecutivos tuvo potencial relevancia a raíz del caso G&M-Odebrecht, por ello la revista "La Ley" explica cómo G&M percibió pérdidas en el valor de sus acciones al estar relacionado con la empresa Brasileña Odebrecht "la cual según documentos publicados el 21 de diciembre del 2016 por el Departamento de Justicia de EE.UU, pagó en sobornos 788 millones de dólares a altas autoridades en 12 países de Latinoamérica y África, siendo que en Perú se habría pagado un aproximado de \$29 millones" Ello condujo a la caída en la BVL y NYSE en 2 oportunidades, por eso "los titulares de American Depositary Share (ADSs) en EEUU, representados ante el Directorio por JP Morgan Chase Bank Na –quien es el depositario de las ADSs. y que ostentan un 38.46 % del total de las acciones" , tomaron la decisión de iniciar acciones civiles contra G&M; razón por la cual, "Ocho firmas estadounidenses anunciaron iniciar tales acciones, hasta el 2017 se conocieron de dos procesos civiles en contra de G&M, así como de sus CEO y su directorio; uno de ellos tramitado ante el Tribunal de Distrito Federal Judicial del Este de Nueva York; y el otro iniciado por la firma Robbins Geller". "Este contexto, pone en evidencia el riesgo al que se encuentran expuestos los CEO's y el Directorio, así como la propia empresa, máxime cuando las mismas cotizan en bolsas

Es preciso tener en cuenta en primer lugar que la génesis de las sociedades comerciales reconoce como sustento esencial la existencia y acumulación de capitales destinados a la producción o intercambio de bienes y servicios y, a través suyo, a la motorización de la economía nacional. Este es uno de los pilares en que se asienta el otorgamiento de la personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad de las personas físicas que integran dichas entidades. Es este marco de certeza jurídica y patrimonial que permiten el desarrollo económico del estado³⁵ .

Se encuentra el espíritu de no dejar de tener en cuenta cuál fue la razón de ser de las sociedades, de la personalidad jurídica diferenciada de una sociedad, y el sentido e importancia que la misma tiene en el desenvolvimiento de la sociedad.

Debe por lo tanto, tratar de evitarse que las personas vitales para la dinámica de la empresa – ejecutivos, directores, representantes, gerentes- se vean paralizadas por la posibilidad de perder todo de la noche a la mañana. Y en adición, permitirle a “la víctima” o a quien reclama ante los eventos dañosos, recibir lo que le corresponda, de quien corresponda.

extranjerías, de verse afectados por acciones de responsabilidad civil derivadas por decisiones de negocios que pueden ser considerados como negligentes (DIARIO GESTIÓN. “¿Cuáles son los nuevos seguros que ofrece el mercado para las empresas públicas y privadas? Diciembre, 2017. p.1 <https://gestion.pe/economia/empresas/son-nuevos-seguros-ofrece-mercadoempresas-publicas-y-privadas-222486-noticia/?ref=gesr> (4 de agosto de 2020). VALVERDE, Michael. “Operation Car Wash aumenta la demanda de seguros D&O”. En: Diario Do Comercio. Brasil. Agosto, 2019. p.1.<https://translate.google.com/translate?hl=es419&sl=pt&u=https://diariodocomercio.com.br/gestao/operacao-lava-jato-eleva-procura-por-segurodo/&prev=search&pto=aue>. (consulta: 04. ago.2020). MEDEIROS MELO, Gustavo. “função social do seguro D&O está ameaçada”.

³⁵ conf. Brunetti, Antonio, Tratado del derecho de las sociedades, trad.: Solá de Cañizares, F., Uthea, Bs.As., 1960, t. 2, cap. II, pássim, entre otros doctrinarios.