

Responsabilidad civil de directores y gerentes de sociedades comerciales

Por

Fernando Basterra

I. Marco legal: ley de Sociedades Comerciales

Previo a introducimos a analizar el tema específico de este trabajo, esto es, la responsabilidad particular de los gerentes de las S.R.L. o directores de las S.A., necesariamente debemos mencionar la responsabilidad genérica del administrador enmarcada en el art. 54 de la LS (Ley de Sociedades) incorporado por ley 22.903. Esta norma establece la obligación del socio o de quienes no siendo socios controlen la sociedad y hayan actuado con dolo o culpa de responder solidariamente. Idéntica solución prevé para los socios (o controlantes) que encubran la actuación de la sociedad que realice fines extrasocietarios, violatorios de la ley, del orden público, etc. En el mismo sentido, el art. 59 de la LS establece: *"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"*.

Luego, cuando nos referimos al admi-

nistrador de la S.R.L. indefectiblemente debemos mencionar el art. 157, punto 4° de la LS, el cual señala que *"... los gerentes serán responsables individual o solidariamente según la organización de la gerencia..."*.

Por otro lado, existe una serie de normas que limitan, regulan y legislan la actuación de estas personas que actúan en nombre y representación de las S.A., a saber:

- Art. 270 LS: *"El directorio puede designar gerentes... su designación no excluye la responsabilidad de los directores"*.
- Art. 271 LS: *"El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere... si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios..."*
- Art. 273 LS: *"El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades con competencia de la sociedad, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59"*.
- Art. 274 LS: Se refiere a la responsabilidad por mal desempeño.
- Arts. 276 y 277 LS: Legislan la ac-

ción social de responsabilidad, etc.

En cuanto a la responsabilidad del síndico (ya estamos en la fiscalización y no administración de la S.A.), corresponde analizar también las normas que regulan la materia, esto es:

- Art. 296 LS: "Los síndicos son ilimitados y solidariamente responsables por incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto..."
- Art. 297 LS: Que consagra la solidaridad con los directores.
- Art. 298: Que manifiesta que serán aplicables las normas que se aplican a los directores en los arts. 271 /279, ya citados.

II. Presupuestos y elementos de responsabilidad

Cabe ahora, luego de esta breve reseña, abocarnos al tema que nos ocupa. Advertimos que la ley 19.550 introduce permanentemente términos como: "responsabilidad", "responsabilidad solidaria", "responsabilidad ilimitada". Es por ello que surge la necesidad de profundizar y analizar esa responsabilidad de los directores, fiscalizadores, gestores, representantes, controlantes de la sociedad en la que y por la que actúan, desde nuestro ordenamiento jurídico. Para que se configure la responsabilidad a la que se refiere la normativa legal, debe haber al menos tres elementos; 1) *acción o conducta*, por parte del agente que actúa representando, administrando, o fiscalizando a la sociedad; 2) *un perjuicio o daño concreto* a la sociedad, terceros, empleados de la sociedad, estado nacional, etc., y 3) *una relación de causalidad directa* entre la actividad o

inactividad según el caso, del administrador, y el perjuicio ocasionado.

La responsabilidad que la LS establece para los administradores es generalmente ilimitada y solidaria (art. 59 LSL), lo que implica el deber de responder con todo (y por todo) con su patrimonio personal.

III. Responsabilidad y ejercicio de la administración social. Importancia de un seguro

Adentrados en el tema responsabilidad, no podemos abstraernos de la actual e inminente realidad de los recientes y renombrados acontecimientos de monstruosas quiebras o defaults financieros de enormes imperios empresarios de los Estados Unidos de América (*Enron, Worldcom, Xerox*, entre otros), situaciones alcanzadas en muchos casos por balances "dibujados", auditorías irrisorias y controles ineficientes o "incentivados" para la aprobación de estados patrimoniales inexistentes, transacciones ilegales, violaciones a normas de contabilidad, declaraciones falsas o no adecuadas, etc.

Sin pretender buscar prevención o exoneración de responsabilidad de los administradores que cometen, consienten, avalen o ejerzan esta actividad, lo que por cierto es reprochable y justamente punible cuando se contraría o margina la ley, advertimos el constante crecimiento de las pólizas de seguro contratadas por los administradores o las propias sociedades (para sus directivos) que permitan limitar y garantizar esas eventuales responsabilidades civiles. Aunque en los EE. UU. y en Europa estos contratos de segu-

ros han tenido un gran desarrollo en los últimos tiempos, en nuestro país el tema es aún incipiente, pero en la medida que cambie la profunda crisis económica financiera, y que las sociedades y empresas se expandan, agranden e incrementen su actividad, no tenemos dudas que estamos ante amplio campo a explotar.

En España, por ejemplo, con la reforma de 1989 en materia de responsabilidad de los administradores, habiendo decaído la exigencia legal de culpa grave de los administradores como presupuesto de responsabilidad, ante la complejidad creciente de la actividad de los administradores y el constante aumento del ejercicio de acciones de responsabilidad civil contra administradores (caso Banesto en 1993), especialmente en aquellos casos en que la actividad desarrollada tenga un mercado de carácter especulativo (financieras, bancos, aseguradoras, etc.), en este contexto han ido apareciendo en el mercado asegurador español las llamadas pólizas de responsabilidad de consejeros y directivos, asegurando las consecuencias económicas de su responsabilidad por reclamación debida a "faltas en su obligación de administrar", realizadas en el curso del cumplimiento de sus deberes de administradores de sociedad o sin diligencia debida –en Inglaterra se han desarrollado como seguro D&O (seguro de *directors & officers*). En los Estados Unidos y Gran Bretaña las tendencias del mercado en esos países han llevado a estudiar la progresiva expansión de este tipo de pólizas en algunos sectores de actividad, como grupos industriales, banca, sectores de consumo, sector farmacéutico, petrolero, químicos, etc. Se ha concluido que un importante porcen-

tual de estas empresas ha plasmado condiciones contractuales muy específicas y delimitativas, y ha mantenido pólizas a favor de los administradores y altos cargos, por responsabilidad que resulta de sus actos negligentes, incumplimientos no dolosos de obligaciones (*default*), incumplimiento de deberes (*breach of duty*), incumplimiento de deber de lealtad y buena fe (*breach of trust*), etc. Desde el momento de la aceptación del cargo, el administrador asume indirectamente importantes riesgos con potenciales consecuencias patrimoniales; mientras que correlativamente, los socios, empleados sociales, el Estado y los terceros que contraten con la persona jurídica que esos administradores representan, pueden tener determinados derechos de crédito de contenido patrimonial y procurar, dentro de sus posibilidades, la extensión de modos de garantizar esas eventuales responsabilidades. Estos contratos alcanzan un alto grado de seguridad jurídica y eficacia práctica, pues consisten en un mecanismo económico que tiene doble garantía; el cobro de las acreencias que pudieran tener los terceros damnificados (empleados, estado, terceros contratantes, etc.) Que hubieren tenido alguna relación con la sociedad y cubren, también, el riesgo patrimonial de quien deba resarcir esos daños que generan un deber de indemnizar, los administradores o la propia sociedad, según el caso.

IV. Contrato de seguro por responsabilidad civil

En nuestro país, el contrato de seguro por responsabilidad está regulado en el art. 109 de la LCS (*ley de Contrato de Seguro*) 17.418, el que establece

que *“el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”*. El contrato de seguro por responsabilidad civil esta integrado por diversos elementos:

a) Interés asegurable: el interés es la relación fáctica o jurídica, lícita y susceptible de apreciación pecuniaria, entre una persona y un bien. Ese interés es *“asegurable”* cuando está amenazado por un riesgo, que al celebrarse el contrato de seguros se convierte en *“interés asegurado”*.

b) Riesgo: aquí nos encontramos frente a una posibilidad (futura) de que ocurra un evento patrimonialmente desfavorable. Estamos ante una situación de incertidumbre que es necesario prever.

c) Prima: la probabilidad e intensidad son necesarias para la confección de las estadísticas que permitan el cálculo de la prima. Esta es el precio del seguro y constituye la contrapartida del riesgo asumido por el asegurador.

d) La prestación de asegurador: en los seguros de daños patrimoniales, tal es el caso de la responsabilidad civil de los administradores que nos ocupa, el asegurador debe indemnizar el daño efectivamente sufrido por el asegurado como consecuencia del siniestro, hasta el límite de la suma asegurada, con las limitaciones del caso (por ejemplo existencia de franquicia).

La suma asegurada tiene una triple función; base del cálculo de la prima, límite de la prestación del asegurador y parámetro de la aplicación de la regla de la proporcional cuando corresponda.

El contrato de seguro de responsabilidad civil por los perjuicios que puedan eventualmente causar los administradores y altos cargos en el ejercicio de sus funciones, es utilizado como instrumento de limitación de responsabilidad de los administradores sociales que hayan causado daño, o que devengan deudores por las obligaciones sociales por incumplimiento imputable de las prestaciones por ellos debidas en el marco de la obligación de administrar. Cubre el riesgo del patrimonio del asegurado cuando deba responder por la obligación de resarcir daños y perjuicios derivados de hechos que lo hagan civilmente responsable; Garrigues¹ lo define como el seguro contra el riesgo de quedar gravado el patrimonio de la persona asegurada por una obligación de indemnizar a un tercero derivada de responsabilidad.

Las compañías de seguros nacionales, siguiendo indicaciones del reaseguro internacional se muestran muy selectivas respecto de estos riesgos, pues podrían acarrear importantes consecuencias de indemnización por parte del asegurado, derivados no sólo de la actividad cubierta, sino además del desconocimiento de cuáles serán las líneas jurisprudenciales. Además, la tendencia a la objetivización de la responsabilidad civil, por ejemplo el art. 1113 del Cód. Civil, que establece causales muy precisas y estrictas para

¹ Garrigues, *“El Contrato de Seguro Terrestre. Madrid 1982”*.

lograr una exoneración parcial o total de responsabilidad, hacen que las compañías aseguradoras sean cautelosas y precatorias, al respecto. En las pólizas de los administradores el riesgo cubierto es el derivado de la actividad concreta de administrar y la eventual lesión o daño patrimonial cuando se vea obligado a resarcir. El riesgo a la insolvencia del administrador es superior al existente en otros tipos de actividades, ya que se ha puesto de manifiesto que los administradores ostentan amplias cuotas de poder sobre patrimonios ajenos, por tanto, las operaciones realizadas, gestionadas o dirigidas por ellos en el ejercicio de su cargo no tienen relación con su patrimonio personal.

Respecto al contenido debemos señalar que el contrato de seguro es el documento que recoge los términos, condiciones y cláusulas que perfilan su contenido. Su formalización se realiza a través de la firma de una póliza de seguros, redactada de modo similar a los seguros de RC (responsabilidad civil) general, con las adaptaciones del caso concreto, que se instrumenta por escrito y contiene elementos esenciales; partes, prima, riesgo cubierto y suma asegurada. La mayoría de las cláusulas contractuales hacen referencia a la descripción y delimitación tanto subjetiva como objetiva, cálculo y determinación del riesgo asumido por la aseguradora.

Analizando el ámbito subjetivo de este seguro, resulta dable destacar que las pólizas conocidas en el mer-

cado del seguro internacional tienen como sujeto asegurado no solamente a los administradores sociales, sino también a los ejecutivos que ocupan altos cargos en la sociedad. La persona del asegurado puede no coincidir con la persona que contrata la póliza. El *asegurado* es la persona física o jurídica que bajo la denominación administrador, director, gerente, ostente durante la vigencia de la póliza la cualidad de miembro del órgano de administración de la sociedad o detente poderes que impliquen el ejercicio de sus facultades de decisión o gobierno de la sociedad. El tomador es el contratante del seguro, en el seguro de RC de administradores lo más habitual es que el tomador sea la propia sociedad administrada, aunque el administrador puede concertarlo por sí.

Terceros beneficiarios son aquellos que puedan llegar a ser titulares del derecho de crédito en la relación de resarcir por responsabilidad civil (accionistas, terceros contratantes, terceros acreedores, etc.).

Asegurador es la persona jurídica (habitualmente S.A.) que habiendo obtenido autorización administrativa y habiéndose inscripto correctamente, según lo prescripto por *ley 20.091* (entidades de seguros y su control), asume la obligación del pago de la indemnización cuando se produzca el evento asegurado.

El objeto de este seguro es la garantía del pago debido por la obligación de resarcir del titular o los titulares del órgano de administración

social en el ejercicio de su cargo, cuando resulten deudores o responsables de los daños y perjuicios ocasionados a terceros.

V. Estadísticas

En los Estados Unidos, hasta el año '98, el 49% de las demandas presentadas contra compañías públicas (cotizan en bolsa), fueron interpuestas por los propios accionistas, el 25% por empleados, el 13% por clientes y el 13% por otros (Estado, competencia, etc.). En las compañías privadas el 63% de las pretensiones fueron promovidas por los empleados, el 13% por clientes, el 10% por accionistas y 14% restante por otros. En este contexto, el 21% de las S.A. con menos de 500 accionistas han tenido demanda contra sus administradores, porcentaje que se eleva al 35% en las S.A. con más de 500 accionistas.

Las industrias norteamericanas con mayor tendencia de demandas son agua y energía (utilities), 46%; bancos grandes, 42%; transporte y comunicación, 34%; al igual que los servicios financieros, merchandising, 33%; petroleras y mineras el 32%; manufactura y bienes raíces, 28%.

Las alegaciones más comunes de los accionistas contra las compañías públicas son: declaraciones falsas o no adecuadas, adquisición y/o fusiones de cualquier tipo de reorganización de la empresa, oferta pública de acciones, transacciones ilegales entre individuos interesados (*insider trading*), violaciones o errores en normativas contables, condición financiera en deca-

dencia de la compañía, sobrecompensación de los ejecutivos, etc. Desde el punto de vista de los empleados, las pretensiones más habituales han sido por despido, cese de la relación laboral de manera injusta e injustificada, hostigamiento (sexual o de cualquier otro tipo), discriminación, difamación, no otorgamiento de un cargo, evaluación negligente, injusta falta de contratación o promoción, etc.

Los clientes alegan prácticas engañosas de comercio, extensión o declinación de crédito, cobro de deudas, infidelidad, fraude, alto costo en relación al producto o servicio, disputas contractuales, etc. Los competidores y proveedores demandan por temas contractuales, *anti-trust* (monopolio), prácticas engañosas del comercio, violación de copyright, uso ilícito de secretos del comercio, competencia desleal y el gobierno habitualmente aduce *anti-trust* (monopolio), deudas impositivas, infidelidad y fraude. Otras causas de demandas contra la sociedad o sus administradores, según el caso, son: contaminación del medio ambiente, adquisición irregular de otras compañías, violación de derechos civiles, incumplimiento de uno de los tres deberes esenciales del director (cuidado, lealtad y obediencia).

VI. Conclusión

Salvando las distancias económicas, financieras, de desarrollo y movimiento empresarial y actividad mercantil de los Estados Unidos o Europa con Argentina, lo cierto es que los datos y números analizados en el punto prece-

dente, al igual que la gran variedad y diversidad de causales y alegaciones para demandar por responsabilidad a los administradores de las sociedades o a estas mismas, nos conducen a analizar y estudiar exhaustivamente el tema y procurar aportar una solución o alguna idea para que el sistema legal y la solución jurídica del caso sea lo más adecuada y justa posible.

Los directores y gerentes son personalmente responsables por las decisiones que toman en el desempeño de sus deberes y las funciones que ejercen. Estos deberes son sumamente exigentes y la globalización de las economías y de la actividad empresarial los exponen día a día a realizar un sinnúmero de actos jurídicos con consecuencias muchas veces favorables o beneficiosas para la sociedad que representan, pero otras pueden tener resultados adversos o dañosos que los hacen responsables por la celebración de los mismos. Ese riesgo natural que toda actividad conlleva es el que hay que tratar de atomizar a través

de una adecuada póliza de seguros. Como hemos visto, el medio ambiente legal cambia permanentemente, por tanto aumenta el número de reclamos contra gerentes y directores de sociedades, aumentan los montos de sentencia, aumentan las costas judiciales y gastos de defensa. Lo importante es tomar conciencia de ello, y allí, actuar preventivamente la sociedad o sus administradores para evitar correr el riesgo de perder activos o bienes personales y contratar un seguro a tal fin. Lo que a su vez otorga seguridad y garantía de cobro de quienes puedan resultar titulares de un crédito indemnizatorio contra esa sociedad o sus administradores. Creemos estar ante un sistema que puede aportar o acercar una solución a una problemática actual e inminente. En nuestro país, Cigna Argentina Cía. de Seguros, La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A. y Chubb Argentina de Seguros S.A. han sido pioneras en el tema y han desarrollado condiciones de pólizas que hoy día se pueden contratar.