

LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANONIMAS EN CASOS DE PÉRDIDA DE CAPITAL

**TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI
ALICIA FERRER MONTENEGRO**

RESUMEN

En Uruguay, se advierte con insistencia desde hace varios años, la permanente descapitalización de las sociedades anónimas.

Cualquiera sea la causa, la consecuencia casi inevitable de esta realidad es la crisis en que quedan sumergidas estas sociedades anónimas que normalmente culmina en procesos concursales.

Dichas situaciones pueden generar responsabilidad de los administradores o directores de esas sociedades por el daño que ocasionen a la sociedad, los accionistas o los terceros cuando son consecuencia del incumplimiento de las obligaciones preexistentes (de origen convencional o legal) imputable a éstos.

Deberá aplicarse a estas hipótesis los criterios de responsabili-

dad establecidos en el artículo 391 de la Ley 16.060.

El régimen de exoneración de responsabilidad establecido en la norma precitada, deberá aplicarse excepcionalmente y con criterio restringido.

La ley de sociedades uruguaya ha estructurado acciones de responsabilidad que deben ser movilizadas en supuestos de descapitalización societaria atribuibles a los directores de las sociedades anónimas basadas en la antijuridicidad de sus conductas y valoradas conforme al padrón de conducta de un buen hombre de negocios.

Pese a que la ley 16.060 sólo menciona la acción social de responsabilidad, cuando el perjuicio recae directamente sobre el accionista o el acreedor individual este está legitimado para promover la acción individual contra los directores de la sociedad anónima en supuestos de descapitalización.

1.- En Uruguay, se advierte con insistencia desde hace varios años, la permanente descapitalización de las sociedades anónimas.

En algunos casos, por que ya se constituyen con capital insuficiente para el desarrollo de la actividad que se proponen realizar, en otros, porque se registran pérdidas en sucesivos ejercicios sin corregir su causa, o porque se contrae un endeudamiento excesivo, etc..

Cualquiera sea la causa, la consecuencia casi inevitable de esta realidad es la crisis en que quedan sumergidas estas sociedades anónimas que normalmente culmina en procesos concursales.

Estos procesos concursales permiten, a su vez, visualizar un grado de impotencia patrimonial tal, que normalmente los activos disponibles no alcanzan ni siquiera a sufragar los gastos del proceso concursal.

No existe en el derecho positivo uruguayo disposición que obligue a los administradores o directores de las sociedades anónimas a solicitar la disolución de la sociedad en caso de pérdida de capital de acuerdo a lo previsto en el Art. 159 numeral 6, ni sanciones específicas para el caso de no hacerlo.

Estudios de derecho comparado nos enfrentan a disposiciones como el art. 262 de la Ley española de Sociedades Anónimas que establece mecanismos especiales de responsabilidad para los admi-

nistradores de las mismas cuando incumplen sus obligaciones con relación a las causas de disolución contempladas en la ley.

Esta disposición legal nos pone ante un supuesto de sanción civil a los administradores por incumplimiento de una obligación legal.

Se asienta sobre la presunción de culpa de administrador por permitir que el estado de insuficiencia patrimonial, o de imposibilidad de funcionamiento de la sociedad pueda perjudicar a los acreedores sociales.

Si bien la doctrina española no lo considera un supuesto de responsabilidad objetiva, se lo interpreta como una excepción al régimen de responsabilidad establecido para los administradores en otras hipótesis.

Según Calbacho Losada¹ *“no estamos ante una presunción “iuris et de iure” de daño sino ante una sanción civil por incumplimiento de un precepto,”* por lo cual los acreedores podrán ejercitar la acción de responsabilidad sin haber sufrido perjuicio alguno.

En definitiva, la fuente de responsabilidad del artículo 262.5 de la ley española de sociedades anónimas lo constituye el incumplimiento de las obligaciones previstas en dicho artículo, a diferencia de la violación a la ley, los estatutos o a la violación de actuar genéricamente con la conducta del buen administrador que son hipótesis de responsabilidad en general.

2.- El derecho positivo uruguayo, como quedó dicho, no tiene previsiones como la antes reseñada.

El régimen de responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades anónimas está establecido en el artículo 391 de la ley N° 16.060, y solo está previsto para los casos en que éstos provoquen directa o indirectamente daños y perjuicios a la sociedad, socios o terceros por la violación de la ley, estatuto o reglamento, el mal desempeño de su cargo o por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

El sistema de nuestra ley exige como condición básica para la existencia de responsabilidad del administrador o director, la comisión

¹ Calbacho Losada, Fernando El ejercicio de las acciones de responsabilidad. PAG. 396.

u omisión a título de dolo o culpa de actos que ocasionen daños y perjuicios a la sociedad, los accionistas o a los terceros.

La misma disposición legal nos lleva a la noción del buen hombre de negocios como paradigma de la conducta del director.

Como hemos expresado en otras oportunidades² la ley uruguaya de sociedades introduce un nuevo standard que se relaciona con distintas exigencias de conducta a las que conocemos del derecho civil. La lealtad y buena fe en su gestión deben acompañarse de un deber de gestión inteligente que exige la toma de decisiones que no son más que riesgos calculados.

Hoy día, esta noción está en evolución, ya que la dinámica de la vida económica ha impuesto la teoría de la administración del riesgo (Risk management theory) que ha llevado a los directores de las sociedades a multiplicar sus esfuerzos para obtener ganancias cada vez más esquivas en mercados que superan sus exigencias día a día.

No es sencillo tomar decisiones en ambientes de riesgo agravado y mucho menos lo es para el Juez luego, evaluar esa conducta a partir de sus efectos.

Eso lleva a algunos autores a propiciar la tesis de que no debe responsabilizarse a los directores por errores de gestión, salvo que pueda probarse el dolo o la culpa grave³

Con estas dificultades, sin embargo, tenemos que convivir, y a partir de ellas intentar construir una teoría jurídica que nos permita determinar qué conductas son admisibles y cuales deben ser sancionadas mediante el régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada frente a la sociedad, los accionistas o los terceros.

3.- La ley 16.060 establece claramente que las pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado es causal de disolución.

La alternativa que tienen los directores o administradores de la sociedad anónima es proclamar esa situación citando a los accionistas

² Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia. LA NOCIÓN DEL BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS. ADCo N° 5 pag. 161.

³ Dbson, Juan Ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Tomo V pag. 101 y ss.

a asamblea extraordinaria, para evitar la disolución mediante la reducción del capital o el reintegro del mismo, o directamente para resolver la declaración de disolución.

La conducta inadmisibles es la omisiva. Se sabe la realidad y nada se hace para superarla. Esa es la actitud habitual de los directores de sociedades anónimas en Uruguay.

Es esta conducta la que luego – y prontamente- desencadena los procesos de deterioro patrimonial que llevan a la quiebra y a la insuficiencia patrimonial para hacer frente a los gastos de la misma.

Adicionalmente, una dotación patrimonial insuficiente para el cumplimiento del objeto social implica la existencia de una causal de disolución: imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social, también prevista en el art. 159 de la ley de sociedades, causal que también puede disparar el sistema de responsabilidad de los administradores.

Cabe entonces la interrogante: ¿Puede aplicarse a estas hipótesis las reglas de la responsabilidad del artículo 391 de la Ley 16.060?

Creemos que estas conductas pueden ingresar dentro de las hipótesis de mal desempeño del cargo según el standard del buen hombre de negocios.

Debe analizarse si esas conductas deben ser necesariamente culpables o dolosas, por cuanto la disposición legal lo impone.

El dolo o la culpa deben quedar exteriorizados, y ello se dará cuando el conocimiento de la situación por parte del director o administrador sea evidente.

Podría darse el caso, que la pérdida de capital no sea conocida, pero deberá situarse esta hipótesis dentro del terreno de la excepción, por cuanto supone un ocultamiento por parte de los estamentos gerenciales de la sociedad de la real situación de la misma, mediante el maquillaje de la contabilidad o la realización de operaciones que permanezcan ocultas por su compleja ingeniería financiera o contable.

Lo habitual, lo que razonablemente se puede esperar, es que el órgano de gestión de la sociedad tenga pleno conocimiento de situaciones que suponen pérdida de capital.

La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente quien pretende gestionar

una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que sucede en ella. El deber de diligencia conlleva el deber de informarse, de estar informado.

Debe analizarse si estas conductas conllevan un daño previsible. La respuesta afirmativa parece razonable. El mantenimiento de la actividad de la sociedad cuando su insuficiencia patrimonial es clara, determina el agravamiento de la situación y en consecuencia la potenciación del daño.

Debe analizarse el nexo causal entre la conducta y el daño y las con causas que puedan actuar. Se advierte que es posible detectar una doble relación de causalidad con la propia crisis empresarial como fenómeno económico y en forma adecuada con los daños finalmente ocasionados y la actuación personal de los directores o administradores.

Pueden aparecer con causas externas o internas de la sociedad. En este último caso, deberá analizarse la conducta de los administradores en la asamblea que considere la conveniencia de disolver la sociedad o reintegrar o reducir el capital o eventualmente acogerse a algún instituto concursal. El sinceramiento de los administradores o directores frente a los accionistas, los propios términos de presentación de los informes, la conducta desplegada en estas instancias determinarán la existencia o no de un factor de atribución de responsabilidad. Luego, habrá de estarse a la resolución de los accionistas en cuanto al futuro de la empresa, y esa decisión deberá implementarse en tiempo útil.

Resulta difícil concebir, en estas hipótesis que el director pueda impedir el nacimiento de su responsabilidad. En tal sentido, creemos que estas conductas no admiten las exoneraciones de responsabilidad del artículo 391 porque el director debe estar informado y no hay posibilidad que pueda desconocer las pérdidas que sufre la sociedad, excepto que se fragüe la contabilidad por parte de gerentes o personal de confianza del directorio, en cuyo caso, deberá analizarse si no incurre en responsabilidad *in eligendo*. Así, en la doctrina alemana e italiana se habla del deber de vigilancia o de control que en ocasiones es diferenciado del deber de informarse y se relaciona con la supervisión de la gestión de los órganos delegados y la forma en que cumplen

sus tareas los empleados. En la doctrina española autores como Muñoz Paredes, en una concepción amplia, abarcan en el deber de informarse de los directores también esa información fundamental cual es el saber como se ejecutan las decisiones del órgano de administración.⁴

En el caso de que de los estados contables de la sociedad surge la pérdida, si esta se acumula en sucesivos ejercicios, resulta evidente que no hay exoneración de responsabilidad posible.

Ante esta realidad, se torna imprescindible contar con mecanismos legales que consagren la legitimación pasiva de los directores en acciones de responsabilidad societaria.

4.- Otro aspecto de la cuestión, es determinar quién ostenta la legitimación activa para promover estas acciones de responsabilidad y en punto a la naturaleza de éstas: si se trata de acciones sociales o individuales de responsabilidad.

La ley 16.060, a diferencia de su antecedente argentino Ley N° 19.550, no prevé la posibilidad de iniciar acciones individuales de responsabilidad ni por los accionistas ni por los terceros, sino que regula en los artículos 393 y 395 las acciones sociales de responsabilidad.

No obstante, nuestra doctrina viene admitiendo, en posición que compartimos, la admisibilidad de la acción individual de responsabilidad contra los directores de las sociedades anónimas.⁵

Adviértase, que en los casos de pérdidas que reduzcan el patrimonio social, existe un evidente perjuicio patrimonial del accionista que buscará el resarcimiento por el daño sufrido. Cuando ese daño es consecuencia de la pérdida patrimonial de la sociedad, no puede ejercer acciones individuales. No puede negarse, en cambio, su legitimación activa para iniciar la acción en los casos de daños que reciba personalmente o como integrante de una clase de acciones (esto es, no es un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que

⁴ Muñoz Paredes-La información de los consejeros en la sociedad anónima-Aranzadi-España – pag 29

⁵ Jiménez de Aréchaga, Mercedes. Las acciones de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. TEMAS DE DERECHO SOCIETARIO. FCU. Montevideo 2000.

soporta la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas).⁶

Otro tanto sucede con los terceros, normalmente acreedores de la sociedad que ven disminuir hasta la casi desaparición el patrimonio garantía de sus créditos.

Su legitimación activa en la acción individual de responsabilidad es inequívoca, y surge del daño concreto que a éstos les ocasiona la actuación culpable o dolosa de los directores.

Existe responsabilidad de los administradores en relación a la empresa en punto a la necesidad de mantener una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento.

En definitiva, tanto la acción social, como la individual tienen como sujeto pasivo a los directores de la sociedad a quienes se les imputa una conducta negligente como la que nos ocupa, productora de un daño a los intereses de la sociedad, accionistas o acreedores desde la perspectiva de quién lo sufrió y de que debe acreditar.

Para el ejercicio de la acción individual no basta con demostrar la responsabilidad de los directores sino que es necesario acreditar un perjuicio concreto, directo y personal en el patrimonio del demandante.

En la realidad, son raras las ocasiones en que se refleja en forma inmediata el daño que los directores han ocasionado a los acreedores con su conducta y recién se evidencia en el proceso concursal preventivo o resolutorio al que ingresa la sociedad en un momento posterior.

La acción individual del acreedor o del accionista puede derivar del mismo hecho dañoso perjudicial para la sociedad y éste asume la carga procesal de acreditar un daño directo y específico a su patrimonio.

En definitiva, la promoción y posterior acogimiento de las referidas acciones hará responsable a los directores, en forma solidaria e ilimitada, por los daños y perjuicios ocasionados por la descapitalización societaria sin limitar el factor de atribución al dolo.

⁶ Halperin, Isaac. Otaegui, Julio. Sociedades Anónimas. Depalma. Bs. As. Pag. 557.

5.- CONCLUSIONES

a.- En Uruguay, se advierte con insistencia desde hace varios años, la permanente descapitalización de las sociedades anónimas.

Cualquiera sea la causa, la consecuencia casi inevitable de esta realidad es la crisis en que quedan sumergidas estas sociedades anónimas que normalmente culmina en procesos concursales.

b.- Dichas situaciones pueden generar responsabilidad de los administradores o directores de esas sociedades por el daño que ocasionen a la sociedad, los accionistas o los terceros cuando son consecuencia del incumplimiento de las obligaciones preexistentes (de origen convencional o legal) imputable a éstos.

c.- Deberá aplicarse a estas hipótesis los criterios de responsabilidad establecidos en el artículo 391 de la Ley 16.060, aplicables al caso en estudio.

d.- El régimen de exoneración de responsabilidad establecido en la norma precitada, deberá aplicarse excepcionalmente y con criterio restringido.

e.- La ley de sociedades uruguaya ha estructurado acciones de responsabilidad que deben ser movilizadas en supuestos de descapitalización societaria atribuibles a los directores de las sociedades anónimas basadas en la antijuridicidad de sus conductas y valoradas conforme al padrón de conducta de un buen hombre de negocios.

Pese a que la ley 16.060 sólo menciona la acción social de responsabilidad, cuando el perjuicio recae directamente sobre el accionista o el acreedor individual éste está legitimado para promover la acción individual contra los directores de la sociedad anónima en supuestos de descapitalización.

El criterio de distinción entre acción individual y social debe ubicarse en la procedencia del daño y la causa del acción.