

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (II)

DR. GASTÓN CERTAD M.*

SUMARIO

	Pág.
1. La acción social de responsabilidad (arts. 191 y 192).....	14
A. La deliberación de esta acción por parte de la asamblea general de accionistas	14
B. Prescripción y renuncia (transacción y desistimiento) de la acción social. Suspensión de la prescripción	17
2. La acción individual promovida por los acreedores sociales.....	18
A. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad	18
B. Naturaleza de esta acción: ¿autónoma o subrogatoria de la acción social?	19
C. Prescripción	20
3. La acción individual promovida por el socio o el tercero	20
A. Diferencia con la acción social y con la individual de los acreedores sociales....	21
B. Los ilícitos que pueden perseguirse con esta acción individual de responsabilidad	22
C. Naturaleza de la responsabilidad	23
CH. Cúmulo de responsabilidades y cúmulo de acciones	23
D. Prescripción	24

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la U. de C.R. y de la UACA.

Colaborador Lic. Amoldo Antillón.

1. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD (ARTS. 191 Y 192)¹

Esta acción permite a la sociedad actuar contra sus propios administradores para obtener el resarcimiento de los daños que ha sufrido como causa del incumplimiento, de parte de ellos mismos, de aquellas obligaciones que les imponen la ley o el pacto social.

La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad que administran es considerada, pacíficamente, como una responsabilidad contractual.² Por lo tanto, el juez, para afirmar la responsabilidad, deberá determinar únicamente el incumplimiento de los administradores (de una obligación suya de carácter legal o consensual), y que de dicho incumplimiento se ha derivado un daño para la sociedad; no es necesario, como oportunamente dijimos,³ que el juzgador entre a determinar, ni el actor a demostrar, culpa en la actuación de los administradores, correspondiéndole más bien a estos la carga de probar los hechos que valen para excluir o atenuar su responsabilidad.

A. La deliberación de esta acción por parte de la asamblea general de accionistas.

La acción social de responsabilidad debe ser deliberada por la (mayoría de la) asamblea general (ordinaria o extraordinaria, según lo determine el pacto social) de accionistas (art. 192).

Y la verdad es que siempre nos ha parecido extraño que la asamblea tenga que acordar el ejercicio de esta acción de responsabilidad

contra los administradores: lo cierto es que ellos están generalmente ligados, de múltiples maneras, a la mayoría de la asamblea que los ha nombrado, la que frecuentemente no es ajena a sus violaciones y que, por ende, no intentará actuar en responsabilidad contra sus propios administradores. Es ilusorio pensar que la mayoría, que escoge, nombra, sostiene y, en algunos casos, se identifica con los administradores, pueda realmente ser el medio al través del cual se puedan evitar y reprimir los ilícitos cometidos por los administradores y se pueda eficazmente asegurar una gestión correcta y diligente; al contrario, frecuentemente los administradores son el instrumento de que se vale la mayoría para cometer abusos en perjuicio de la minoría; por eso creemos que, parafraseando al connotado tratadista italiano Franco Bonelli, "...mientras no es posible evitar los abusos y las ilicitudes de los administradores (sic) trámite un control de la asamblea, una adecuada responsabilización personal de los administradores podría contribuir a evitar los abusos de la mayoría de la asamblea en daño de las minorías".⁴ Esta situación de la que se viene discutiendo, nos sume directamente en una carencia de tutela para las minorías y para los accionistas individualmente considerados, quienes, frecuentemente, deben mirar impotentes las violaciones cometidas por los administradores en perjuicio del patrimonio social.⁵

La concientización de esta situación ha llevado, a algunos legisladores, a admitir la legi-

-
1. De aquí en adelante cuando citemos un artículo sin indicar su procedencia, se entenderá que corresponde al Código de Comercio.
 2. Recientemente la Sección Única de la Casación Italiana en sentencia N° 5241 del 6 de octubre de 1981, con comentario de BONELLI, Franco, "Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni", así lo ha establecido.
 3. CERTAD M., Gastón y ANTILLÓN A., Arnaldo, "La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima (I)", en el número anterior de esta misma revista, N° 3.
 4. "La responsabilità degli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1975, ed. prov., p. 5.
 5. Máxime en nuestro país en donde no existe una norma como el artículo 2409 del Codice Civile —aunque criticada por la doctrina, en el sentido de que entorpece la actividad social con repercusiones muy graves para la sociedad—, según la cual los socios que representan un décimo del capital social pueden denunciar ante el Tribunal competente graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de administradores y fiscales.

timación de las minorías y/o del accionista para ejercer la acción social de responsabilidad.⁶

La doctrina italiana —país en donde su Codice Civile tiene una disposición muy parecida a la nuestra (art. 2393)— ha intentado, por vía de interpretación, modificar los efectos nocivos de semejante disposición: Messineo sostiene que para deliberar la acción social de responsabilidad sería suficiente el voto favorable de una minoría que reúna un quinto del capital social; por su parte, Salanitro considera que en algunas hipótesis sería procedente el ejercicio de esta acción por iniciativa de los socios individualmente considerados;⁷ pero ambas tesis han sido rechazadas por los Tribunales italianos y por la mayoría de la doctrina considerando que la legitimación para el ejercicio de esta acción sólo corresponde exclusivamente a la sociedad.⁸

A fuer de sinceros tampoco el recurso a la acción individual de responsabilidad ha constituido un remedio eficaz, porque esta última acción, como se verá, tiene un ámbito de aplicación muy restringido al presuponer que el ilícito cometido por el administrador haya afectado directamente el patrimonio del socio.

La consecuencia ha sido que en nuestro país —no admitiéndose la acción social de responsabilidad por iniciativa de las minorías— los casos en que dicha acción ha sido ejercida son extremadamente raros.⁹

Algunos ordenamientos establecen que la deliberación concerniente al ejercicio de la

acción de responsabilidad está incluida ex lege en el orden del día de la asamblea ordinaria en que se discuta el balance (art. 2393, párrafo segundo, Codice Civile; art. 20, Decreto-Ley Nº 49381 de 15 de noviembre de 1969 de Portugal) o en el de cualquier asamblea (art. 173, párrafo segundo de la Ley peruana de 1966; art. 301 de la Ley Ecuatoriana de Compañías). Estas disposiciones están basadas en la consideración de que en esta materia es fundamental el elemento "sorpresa", pues de aplicarse la regla general de que la asamblea sólo puede conocer aquellos puntos que aparezcan expresamente en el orden del día, ello permitiría al administrador o administradores cuestionados "prepararse" para su descargo. Por el contrario, la nueva Ley de Sociedades Anónimas española (Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre de 1989, dispone, en el párrafo 4 del artículo 134, que los accionistas que representen el 5% del capital social, "podrán solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la Junta General solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad". En lo que concierne a nuestro país, si bien las

6. Como en Alemania, España, Noruega y Suecia; ALLEGRI, Vincenzo, "Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori", Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 67 ss.; WEIGMANN, Renato, "Responsabilità e potere legittimo degli amministratori", U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 104 ss.

7. NICCOLÒ, "L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1965, pp. 57 ss. Se ha cuestionado si los estatutos pueden fijar mayorías superiores a las legales para la deliberación de esta acción de responsabilidad, problema obviamente opuesto al aquí examinado. En sentido negativo, v. BORGIOLO, Alessandro, "I direttori generali di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 323 ss.; FRE, Gian Carlo, "Società per azioni", en Commentario del Codice Civile bajo de dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 514; MINERVINI, Gustavo, "Gli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 350.

8. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 92.

9. Sólo conocemos de un caso resuelto negativamente por la Sala Primera de la Corte, en sentencia Nº 43 de las 16:10 h del 28 de mayo de 1982 (en Revista Judicial Nº 31, San José, diciembre, 1984, pars. 866, 868 y 869). Lo mismo, según apunta BONELLI (Franco, "Gli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 286), ha sucedido en Italia en donde los pocos casos que se han dado fueron como consecuencia de un cambio en el grupo que controla la asamblea, producido por la venta del paquete accionario de control; por el contrario, esta acción es frecuentemente ejercida en la península itálica por el curador en caso de quiebra de la sociedad.

disposiciones legales sobre el orden del día no son lo suficientemente claras (arts. 141, 159 y 163), consideramos que de esta última norma se desprende el principio general de que la asamblea sólo puede deliberar válidamente sobre aquellas materias o temas para los que ha sido previamente convocada; de donde, al no establecer nuestro Código ninguna derogación expresa a dicho principio, la decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe ser incluida *expressi verbis* en el orden del día.

En aquellos ordenamientos en que el denominado conflicto de intereses sirve de fundamento para invalidar un acuerdo de asamblea,¹⁰ en algunos casos es posible —impidiéndole votar a la mayoría— que la minoría logre (hacer) deliberar (a la asamblea) la acción social de responsabilidad: a) cuando la mayoría de las acciones pertenezca a los mismos administradores contra quienes la asamblea deba deliberar la acción social de responsabilidad —ya que los administradores no podrían votar por encontrarse, precisamente, en conflicto de intereses¹¹ o en un conflicto de tipo especial¹² o dentro del principio "nemo iudex in causa propria"—;¹³ y b) cuando los socios mayoritarios —no administradores— están interesados en que la acción de responsabilidad no sea ejercida por la sociedad —quienes no podrían votar por encontrarse precisamente en conflicto de intereses con la sociedad—.

Se preguntan algunos si el acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabi-

dad conlleva, necesariamente, a la revocación (automática) del nombramiento de los administradores endilgados. En nuestro país debe dársele respuesta negativa a esta cuestión, pues si el número 192 le exige a la asamblea el nombramiento de un ejecutor especial de dicho acuerdo —lo que es conteste con el art. 157—, es porque los administradores cuestionados quedan siempre al frente de la gestión social, a menos que, expresamente, sus nombramientos hubieren sido revocados, caso en el cual la asamblea deberá proceder a nombrar a sus sustitutos.¹⁴

La asamblea puede acordar accionar sólo contra uno o algunos administradores, en cuanto su responsabilidad es solidaria, y la acreedora-sociedad puede escoger contra cuál de sus codeudores prefiere accionar, sin que se determine una *litis consorcio pasivo* necesaria.¹⁵ Más bien se ha sostenido que en el caso en que la asamblea haya acordado actuar contra todos los administradores, la acción puede luego ser planteada sólo contra algunos de ellos.¹⁶

Una vez acordada por la asamblea, la acción social es ejercida por el ejecutor especialmente designado al efecto.¹⁷

Weigmann sostiene que la deliberación por parte de la asamblea de la acción social de responsabilidad puede efectuarse una vez incoada la acción judicial, sanando la carencia inicial con efecto retroactivo; este mismo autor ha considerado, además, que la acción puede fundamentarse también sobre hechos distintos

10. Curiosamente nuestro Código sólo sanciona esta figura en relación con el fiscal (art. 200). Sin embargo, aunque el conflicto de intereses no sirva de base en Costa Rica para anular un acuerdo de asamblea o del consejo de administración, creemos que en cuanto el administrador en conflicto haya actuado irresponsablemente en perjuicio de la sociedad, él es responsable de los daños generados a ésta, sus socios o acreedores; v. CERTAD-ANTILLÓN, *op. cit.* en nota 3, N° 5.

11. WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 113 ss.

12. JAEGER, Pler Giusto, "Il voto 'divergente' nelle società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 121 ss.

13. SENA, Giuseppe, "Il voto nella assemblea della società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1961, pp. 401 ss.

14. FERRI (Giuseppe, "Le società", en Trattato de Diritto Civile dirigido por Giorgio Vassalli, U.T.E.T., Torino, 1971, p. 528) considera que la asamblea puede acordar la sustitución aunque el asunto no hubiere sido incluido en el orden del día.

15. BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 9, p. 290; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 206 ss.

16. WEIGMANN, *op. ult. cit.*, pp. 206 ss.

17. COTTINO, Gastone, "Diritto commerciale", I, CEDAM, Padova, 1976, p. 673; FERRARA JR., Francesco, "Gli imprenditori e le società", Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 496; FERRI, Giuseppe, "Manuale di diritto commerciale", U.T.E.T., Torino, 1972, p. 340.

a los analizados por la asamblea al momento de acordar el ejercicio de la acción.¹⁸

La jurisprudencia italiana ha sostenido que esta acción puede dirigirse contra administradores extranjeros, sin que desaparezca la jurisdicción del juez italiano;¹⁹ que dicha acción no termina y puede ser continuada en el caso en que se plantee un convenio preventivo de acreedores contra la sociedad;²⁰ y que los socios y los acreedores sociales pueden atestiguar en el juicio planteado por la sociedad contra sus administradores.²¹

B. Prescripción y renuncia (transacción y desistimiento) de la acción social.

El término anual de prescripción (art. 984, inciso a) comienza a correr desde el día en que el derecho puede hacerse valer (art. 969). La prescripción de la acción social de responsabilidad decorre, entonces, desde la consumación del hecho dañoso cumplido por el administrador.²² Esta expresión debe entenderse en el sentido de que la prescripción comienza a correr no desde que se incurra en la violación, sino desde que se genere el daño para la sociedad, pues el daño es un elemento trascendental de la "fattispecie" productora del derecho al resarcimiento; por eso, hasta que el daño no se haya producido, la sociedad no puede ejercer la acción social contra sus administradores y, por ende, no puede iniciarse la prescripción

de un derecho que todavía no ha nacido.²³ Pero como la prescripción queda suspendida mientras los administradores estén desempeñando sus cargos (art. 976, inciso f), pierde importancia, al menos en la gran mayoría de los casos, la determinación precisa del momento en que empieza a correr la prescripción, resultando a tal efecto importante el momento en que cesaron en sus funciones los administradores responsables.

La sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad mediante expresa deliberación de la asamblea general de accionistas (art. 191, inciso b). Nada habla nuestro Código de la transacción o del desistimiento de la misma. Somos de la opinión que produciendo estos dos institutos efectos muy similares a los de la renuncia, deben también ser aprobados por la asamblea general.²⁴ Nos parece importante indicar que si la transacción se efectúa sólo con alguno o algunos de los administradores, para evitar que los demás administradores codeudores solidarios puedan "beneficiarse" (art. 1374 C.C.) eximiéndose así de responsabilidad, es necesario que la misma se limite expresamente a la "cuota" del administrador o administradores transigidos, que sea, esto es, una transacción parcial que no se extienda a la totalidad del débito.²⁵

Y si la acción social de responsabilidad puede ser objeto de renuncia (de transacción y

18. *Op. loc. últ. cit.*

19. Cassazione, Sezione Unica, N° 5241 del 6 de octubre de 1981.

20. Cassazione N° 1530 del 19 de mayo de 1972.

21. Cassazione N° 21 del 5 de enero de 1972.

22. BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 9, p. 294.

23. PAOLA, "In tema de prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali fallita", cit. por BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 9, p. 295, nota 282.

24. El Codice Civile se refiere expresamente a la renuncia y a la transacción de la acción, pero nada dice tampoco sobre el desistimiento (art. 2393 in fine), estableciendo además el sano principio de que no tendrán efectos, ni una ni otra, si media el voto contrario de una minoría de socios que represente al menos un quinto del capital social.

Algunos autores (ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 311; FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 529; FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 520) consideran que la renuncia y la transacción presuponen que el ejercicio de la acción social de responsabilidad haya sido acordado ya por la asamblea general, y que el consentimiento de la asamblea debe darse en relación con un esquema suficientemente determinado (FRE, *op. loc. últ. cit.*) o en relación con evidentes irregularidades (WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 210 ss.).

25. En caso de deudores solidarios, la doctrina italiana es pacífica en admitir la posibilidad de una transacción parcial con solo alguno o algunos de los codeudores responsables, v. RUBINO, Domenico, "Delle obbligazioni. Artt. 1285-1320", en Commentario al Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1961, p. 280.

de desistimiento), también puede ser objeto de compromiso arbitral.²⁶

El "preventivo" acuerdo de asamblea general que disponga u ordene el cumplimiento de un acto que no fuere notoriamente ilegal (art. 191, inciso c), exonera a los administradores de responsabilidad frente a la sociedad, pero no ante los acreedores sociales, ni mucho menos frente a los socios o terceros. Sin embargo, nos parece dudosa la conveniencia de que la aprobación de la asamblea hecha con posterioridad al cumplimiento del acto (ratifica-

ción) —tales como la aprobación del balance respecto de las operaciones explícitamente contenidas en el mismo o en sus anexos ex art. 191 inciso a), o la aprobación de un acto específico o de la entera gestión ex art. 191 inciso b)—, sirva para liberar a los administradores de su responsabilidad frente a la sociedad: las más modernas leyes societarias excluyen, *expressi verbis*, que la aprobación del balance funcione como eximente de responsabilidad y, en cuanto a lo demás, la doctrina mayoritaria lo combate.²⁷

2. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LOS ACREEDORES SOCIALES

Nuestro Código, a diferencia de lo que sucede con muchos otros, no se refiere mínimamente a la acción individual de responsabilidad, que bien puede provenir de los acreedores sociales, de los socios individualmente considerados o de terceros.

En términos muy generales, la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales se produce como consecuencia de la realización de actos u omisiones que lesionen directamente sus intereses. Es indiscutible la procedencia de esta acción cuando los administradores incumplen con las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social, y su responsabilidad es evidente e incuestionable cuando los incumplimientos o las violaciones de los administradores reducen el patrimonio social de manera tal que resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores; de ahí que, generalmen-

te, esta acción se ejerce cuando la sociedad está en quiebra y la incoa, precisamente, el curador, quien normalmente la ejerce acumulándola con la acción social.

A. Naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad.

Un problema, profundamente estudiado y debatido, aunque si bien en un ámbito eminentemente teórico, es la determinación de la naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales.

Las opiniones son encontradas en doctrina; sin embargo, nos parece preferible la tesis de la naturaleza contractual, porque, en realidad de verdad, tal responsabilidad presenta, a nuestro criterio, todas las características que tradicionalmente han distinguido a ese tipo de responsabilidad, en especial:

26. En este sentido v. BORGIOLO, Alessandro, *"I direttori generali di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 328; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 111 ss., nota 17.

27. COLOMBO, Gianluca, *"Il bilancio di esercizio"*, CEDAM, Padova, 1965, p. 360; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, pp. 359 ss.

La Ley de Sociedades Anónimas de España (Real Decreto Legislativo N° 1564 del 22 de diciembre de 1989) establece expresamente en el parágrafo 3 que "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido aceptado, autorizado o ratificado por la Junta general".

Del mismo modo, el parágrafo 3 del artículo 134 *ibídem* dice que "la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercida". Una similar disposición a esta última contiene el Codice Civile en su artículo 2434.

a) desciende del incumplimiento de una obligación preexistente y no de la mera ejecución de un acto dañoso; y

b) porque existe violación de un vínculo precedente (ya se derive éste de la autonomía contractual o de la ley) y como medio posterior para satisfacer el interés deducido en obligación y para resarcir un daño injusto.²⁸

A estos efectos poco importa que a exigir la responsabilidad de los administradores sean los acreedores sociales, con quienes aquellos no tienen personalmente ninguna relación contractual, pues se le imputa a los administradores —lo que también sucede a propósito de la responsabilidad exigida por la propia sociedad con la que los administradores sí tienen personalmente una relación contractual— la violación de obligaciones preexistentes (aunque impuestas por la ley): y es que según la moderna doctrina, la responsabilidad debe calificarse en este caso de “contractual”, siendo totalmente irrelevante a esos efectos que la “fuente” de las obligaciones esté en la ley o en pacto social.

Una indirecta pero muy significativa confirmación de lo dicho hasta ahora, nos la da la circunstancia de que la doctrina, en forma pacífica, sostiene que para confirmar la responsabilidad de los administradores es suficiente demostrar —tanto en la acción social como en la de los acreedores sociales— el incumplimiento por parte de los administradores de una obligación contenida en la ley o en el pacto constitutivo, y que de dicho incumplimiento se ha derivado un daño directo a los acreedores sociales (o a la sociedad), siendo totalmente exuberante o innecesario que el actor pruebe la culpa de los administradores, correspondiéndoles a estos, más bien, la carga de comprobar

aquellos hechos que sirvan para excluir o atenuar su responsabilidad.²⁹

Y si nuestro Código de Comercio omite regular esta clase de acción individual de responsabilidad con norma expresa, la conclusión a que hemos llegado nos permite afirmar que la misma debe fundamentarse en los artículos 702, 703 y 704 del Código Civil, en relación con el número 2 del Código de Comercio.

B. Naturaleza de la acción: ¿autónoma o subrogatoria de la acción social?

Un segundo problema que se han planteado los autores es el de la naturaleza de la acción individual de responsabilidad promovida por los acreedores sociales, esto es, si se trata de una acción directa y autónoma, cuyo ejercicio corresponde a los acreedores (y cuyo éxito iría, por lo tanto, en su exclusivo beneficio),³⁰ o si se trata más bien de la acción social de responsabilidad ejercida en vía subrogatoria por los acreedores (quienes, por ende, obtendrían sólo una ventaja indirecta, como consecuencia del incremento del patrimonio de la sociedad).³¹

La cuestión tiene enormes consecuencias prácticas:

a) si la acción se considerara subrogatoria, los administradores podrían oponerle a los acreedores gestionantes todas las excepciones que hubieren podido oponerle a la sociedad; si por el contrario se la tiene como autónoma, dichas excepciones no les pueden ser opuestas;³²

b) en el caso en que se haya estipulado un convenio a porcentaje con los acreedores, si la acción tuviera naturaleza subrogatoria, con tal de que la sociedad cumpla, los acreedores no están interesados en aumentar el patrimonio

28. BARASSI, Lodovico, *“La teoria generale delle obbligazioni”*, II, Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 438; BARBERO, Domenico, *“Sistema del diritto privato italiano”*, II, U.T.E.T., Torino, 1962, pp. 52 ss. y 813; SCOGNAMIGLIO, Renato, *“Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale”*, voce, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, U.T.E.T., Torino, 1968, p. 672.

29. CERTAD-ANTILLÓN, *op. cit.* en nota 3, Nº 1-B.

30. FRE, *op. cit.* en nota 7, pp. 524 ss.; GALGANO, Francesco, *“Diritto Commerciale”*, II, *“Le società”*, Bologna, 1984, pp. 338 ss.

31. FERRI, *op. cit.* en nota 14, pp. 529 ss.; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, pp. 329 ss.

32. GALGANO, *op. cit.* en nota 30, pp. 339 ss.

social; pero si la acción se considerara directa, los acreedores tendrían interés en conservar su derecho a ser integralmente satisfechos por los administradores culpables;³³

c) sólo si esta acción se considerara subrogatoria, a ella se le aplicaría la causa de suspensión de la prescripción contenida en el inciso f) del artículo 976;

ch) ulteriores diferencias pueden derivarse de la distinta calificación de esta acción en la solución de aquellos casos —no expresamente previstos por la ley— de transacción entre acreedores y administradores.³⁴

Recientemente en Italia, Borgioli ha considerado preferible la tesis de la naturaleza subrogatoria de la acción.³⁵ Sin embargo, los argumentos en pro de esta tesis no nos parecen decisivos pues, entre otros argumentos, la acción social es procedente respecto a un más amplio espectro de violaciones, permitiendo además el resarcimiento por falta de ganancia (lo que es harto dudoso respecto a la acción individual): nótese que, cuando menos bajo el aspecto del transcurso de la prescripción y de que la acción individual no se impide ni siquiera en el caso en que los administradores hubieran actuado conforme a la voluntad (aun unánime) de los socios, ambas acciones —la social

y la de los acreedores— tienen una distinta disciplina jurídica; nótese también que ambas acciones tienen una diversa causa petendi, al ser la social más amplia, pues comprende violaciones a cualquier obligación legal o convencional; nótese, in fine, que distinta también es el área de incidencia del daño resarcible, porque en la social los administradores responden frente a la sociedad no sólo por las pérdidas patrimoniales (que parece ser prácticamente la única fuente de resarcimiento en la acción individual) sino también, y sobre todo, por no perseguir y alcanzar el fin social, que consiste, como todos sabemos, en un lucro.³⁶

C. Prescripción.

El término anual de prescripción (ex art. 984, inciso a) empieza a correr desde el día en que el derecho puede hacerse valer (art. 969), esto es, desde el día en que el incumplimiento de los administradores afecte —disminuyéndolo— el patrimonio social.

Si se considera, con nosotros, como parece lo más correcto, que esta acción individual es autónoma (y no subrogatoria de la acción social), no resultaría aplicable a ella la causa de suspensión de la prescripción prevista (para la acción social exclusivamente) en el inciso f) del artículo 976.

3. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DEL SOCIO O DEL TERCERO

Igual a cuanto sucede con la acción individual de responsabilidad contra los administradores promovida por los acreedores sociales, nuestro Código de Comercio tampoco se refiere a la acción que pueden ejercer el socio o

socios individualmente considerados o el tercero o terceros. Pasaremos a analizar ahora sus características y su procedencia en nuestro país.

33. FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 528.

34. FRE, *op. loc. últ. cit.*

35. *Op. cit.* en nota 26, pp. 338 ss. Para este autor, la acción concedida a los acreedores sociales es la misma conferida a la sociedad, porque los hechos que le sirven de presupuesto son exactamente los mismos y porque en ambas hipótesis se persigue reintegrar el capital social.

36. WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, p. 218.

A. Diferencias con la acción social y la individual de los acreedores sociales.

Mientras la acción social de responsabilidad le corresponde ejercerla a la sociedad, previo acuerdo de asamblea general de accionistas, legitimado para el ejercicio de esta acción individual es todo socio o tercero.

Así las cosas, sólo con esta acción las minorías de una s.a. pueden hacer valer o remediar las violaciones cometidas por los administradores y lograr que sean condenados a resarcirles los daños generados.

La doctrina italiana está decididamente orientada en el sentido de aceptar, como criterio distintivo entre las tres acciones hasta aquí analizadas (la social y la individual de los acreedores sociales de un lado, y, del otro, la individual del socio o del tercero), la distinta incidencia del daño producido como consecuencia de la violación del administrador: si el daño se da, en modo directo, sobre el patrimonio social, se da la acción social o la individual de los acreedores sociales;³⁷ si por el contrario, el daño incide directamente sobre el patrimonio del socio o del tercero, se da la acción individual de que venimos discutiendo.³⁸

No obstante la claridad del criterio de diferenciación arriba apuntado, no es siempre fácil determinar, en concreto, si el acto culposo o doloso del administrador perjudicó directa o tan sólo indirectamente al socio o al tercero. Muchas discusiones, tal vez el mayor número a propósito de esta materia, ha originado esa determinación. El conflicto de intereses que se presenta es evidente: el socio y el tercero, obviamente, están interesados en extender, lo más posible, el ámbito de aplicación de esta acción individual, a la que sólo ellos están legitimados y, por ende, están interesados en

sostener en cada caso particular que el acto ilegítimo del administrador los ha perjudicado directamente; opuesto es, lógicamente, el interés del administrador demandado con esta clase de acción individual de responsabilidad...

La verdad es que esta acción de responsabilidad es bastante rara porque, teniendo los administradores la tarea de administrar el patrimonio social, los actos ilegítimos que ellos realicen dañan normalmente tal patrimonio, y tan sólo "indirectamente" el de los socios o terceros. Sin embargo, la jurisprudencia italiana ha reconocido en un cierto número de casos la existencia de un daño directo al socio o al tercero y, por lo tanto, su legitimación para el ejercicio de la acción sub examine. Los ejemplos emergidos de la jurisprudencia peninsular van del caso del administrador que induce a socios o terceros, mediante la redacción de balances falsos, a suscribir o adquirir acciones a precio insostenible, provocándoles con ello un daño directo a su patrimonio;³⁹ al caso del administrador que obtiene la fianza de un banco, presentando una falsa situación de balance (con alegres exposiciones de cifras en el activo y/o no indicando en el pasivo todas las deudas sociales), produciéndole un daño al banco si éste no logra obtener la restitución de las sumas utilizadas en la ejecución de la fianza de la sociedad fiada; al caso, muy similar al anterior, del administrador que con balances falsos, o bien disimulando el paupérrimo estado de la sociedad, recurre abusivamente al crédito, o, particularmente, obtiene al crédito respetables cantidades de materia prima, con plazos muy beneficiosos para su cancelación; al caso del administrador que predisponga un balance falso, con fundamento en el cual un banco acepta en prenda acciones de la socie-

37. Claro que también los socios resultan perjudicados por el descenso en el valor de sus acciones como consecuencia de la disminución del valor del patrimonio social, pero ese daño es para ellos tan sólo indirecto, siendo el reflejo o la repercusión sobre el patrimonio del socio, del daño producido en forma directa al patrimonio de la sociedad.

38. En este sentido se pronuncia la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia italianas; v. *infra*, nota 39.

39. Cassazione Roma del 24 de mayo de 1912, con comentarios críticos de D'AMELIO y VIVANTE y adhesivos de CHIRONI y DE FEO. En sentido conforme con el texto, ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 127; BONELLI, "Gli amministratori...", *cit.* en nota 9, p. 314; FERRARINI, Guido, "La responsabilità di prospetto", Giuffrè Editore, Milano, 1986, pp. 106 ss., 114 ss., 118 ss.; FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 536; FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 531; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, p. 353.

dad, como garantía por una importante financiación a favor de un tercero; al caso del administrador que, después de haber recibido de los socios el dinero necesario para la suscripción de un aumento de capital, se intesta a su nombre las acciones suscritas; etc.⁴⁰ Algunos casos han sido hipotizados por la doctrina mercantilista italiana: administradores que no le otorguen el “placet” para la inscripción en el libro de registro de accionistas al tercero adquirente de acciones;⁴¹ administradores que no le entreguen a un socio el billete de admisión a la asamblea, o le impidan el ejercicio de un derecho de opción;⁴² administradores que intesten títulos accionarios a una persona distinta a su suscriptor, o violen el derecho de opción de los socios, o se apropien de dineros que pertenecen a un tercero que los depositó en la sociedad;⁴³ administradores que nieguen injustificadamente el agrado, o la inscripción en el libro de registro de accionistas, o la distribución de dividendos acordada por la asamblea,⁴⁴ etc.

El requisito hasta aquí examinado —es decir, que en la acción sub examine el daño consiguiente a la violación cometida por el administrador debe incidir “directamente” sobre el patrimonio del socio o del tercero, y no sobre el patrimonio social— no debe ser confundido con el principio normativo según el cual son resarcibles sólo aquellos daños generados

“como consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento (art. 704 C.C.), pues el primer requisito concierne el *an debeat* y la misma posibilidad de proponer o incoar la acción, mientras que el segundo requisito (el del art. 704 C.C.) se refiere al *quantum debeat* y la selección de los daños resarcibles (sólo aquellos que sean consecuencia inmediata y directa de la violación), una vez que sea admitida la acción misma.⁴⁵

B. Los ilícitos que pueden perseguirse con esta acción individual de responsabilidad.

Limitada la utilización de esta acción individual de responsabilidad a las hipótesis en que el ilícito del administrador haya dañado directamente al socio o al tercero, se hace necesario determinar cuáles ilícitos pueden ser atacados con semejante acción.

En Italia, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido al respecto dos tesis distintas: según una primera opinión, poco reciente y decididamente de minoría, la responsabilidad de los administradores en este caso existe sólo cuando el hecho ilícito ejecutado por el administrador sea ajeno a la actividad de gestión e incida en la esfera de su actividad individual;⁴⁶ la tesis opuesta, que recoge la mayoría de las opiniones, considera que la responsabilidad del

40. Otros casos muy sonados en Italia son: la violación de una cláusula estatutaria que exigía la distribución a los socios de la producción social en proporción a sus participaciones sociales; la no convocatoria a un socio a una asamblea general de accionistas; administradores que habían hecho creer a terceros adquirentes de acciones no pagadas, que las mismas estaban totalmente pagadas; destrucción por parte del administrador de las acciones al portador que un socio le había entregado para su conversión en acciones nominativas, etc.

41. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, “La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 C.C.)”, Giuffrè Editore, Milano, 1969, p. 147.

42. FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 530.

43. FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 286.

44. BORGIOLO, *op. cit.* en nota 26, p. 60.

45. BONELLI, “Gli amministratori...”, *op. cit.* en nota 9, pp. 317 ss.

46. Esta tesis es seguida, fundamentalmente, por la jurisprudencia italiana y está basada en una interpretación del término “directamente” en el sentido de que el daño debe ser provocado directamente por el administrador, y no a través del ejercicio de la actividad social, como sucede cuando el ilícito va incluido en la actividad administradora. Recientemente esta tesis ha sido sostenida por STOLFI, Carlo, “Le società multinazionali nel diritto comunitario”, Giuffrè Editore, Milano, 1984, pp. 295 ss.

administrador existe también cuando el acto ilícito es cumplido por el administrador en el ámbito de la actividad de administración.⁴⁷

C. Naturaleza de la responsabilidad.

Es opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina italianas, que la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros tiene naturaleza extracontractual.⁴⁸

Sin embargo, como la responsabilidad de los administradores descende, también en estas hipótesis, del incumplimiento de preexistentes obligaciones que el pacto social o las leyes les imponen para el correcto ejercicio de sus funciones, nos parece preferible considerar que se trata de una responsabilidad contractual.⁴⁹

En síntesis: o la responsabilidad de los administradores descende de la violación de obligaciones que a ellos les imponen la ley o el pacto social como consecuencia y por el hecho de la relación de administración que los une a la sociedad, y entonces estamos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual (tesis que nosotros preferimos acoger en todas las hipótesis de responsabilidad hasta aquí examinadas y que nos obliga a aplicar, en lo tocante a las acciones individuales, los números 702, 703 y 704 del C.C. en relación con el artículo 2 del C. de C.); o la responsabilidad de los administradores deriva de la comisión de hechos culposos o dolosos que causen daños injustos a terceros (más allá e independientemente de la violación de obligaciones precedentes derivadas de la relación de administración), y en-

tonces estamos en el campo de la responsabilidad extracontractual ex art. 1045 C.C., por lo menos en lo concerniente a las acciones individuales.

CH. Cúmulo de responsabilidades y cúmulo de acciones.

En todo caso, nos decidamos por la naturaleza contractual de la responsabilidad (lo que a nosotros nos parece preferible) o por la naturaleza extracontractual, la jurisprudencia y la doctrina italianas concuerdan en afirmar:

a) que la responsabilidad del administrador por sus propias violaciones (p. ej., redacción de balances falsos para obtener crédito, escondiendo el estado de insolvencia de la sociedad) coexiste y puede acumularse a la responsabilidad (obviamente contractual) de la sociedad por el incumplimiento de la operación realizada en su nombre (es decir, que es acumulable, en el ejemplo dado, con la responsabilidad de la sociedad por la no restitución del dinero mutuo);

b) que la responsabilidad por el ilícito cometido por el administrador es imputable también a la sociedad por él administrada. Esta responsabilidad de la sociedad administrada algunos la atribuyen a la concepción orgánica de la sociedad, con fundamento en la cual ella responde por los actos ilícitos realizados por los sujetos integrantes de los propios órganos, y otros aplicando el principio general contenido en el artículo 1048 del C.C., entendido en sen-

47. Esta tesis descansa sobre la interpretación del término directamente que hemos sostenido en el texto, y uno de sus primeros y más agudizados seguidores ha sido en Italia GIANNATASIO, conjuntamente con ASCARELLI, COTTINO, FERRI, FRE, MINERVINI, OSTI, etc., autores todos citados por BONELLI, *op. cit.* en nota 9, p. 320, nota 342.

48. Uno de los pocos autores que favorece la tesis de que la naturaleza de esta acción es contractual es FRE (*op. cit.* en nota 7, p. 530). Posiciones particulares asumen BORGIOLI (*op. cit.* en nota 26, pp. 350-353) y DI SABATO (*"Manuale delle società"*, U.T.E.T., Torino, 1984, pp. 409 ss.); para el primero, es necesario decidir caso por caso si estamos ante una responsabilidad contractual (p. ej. cuando no se le entrega al socio la contraseña para participar en la asamblea) o extracontractual (p. ej. cuando se induce a un tercero a suscribir acciones con fundamento en un balance falso); para el segundo, la responsabilidad es contractual o extracontractual según la naturaleza de la norma violada.

49. BONELLI, *"Gli amministratori..."*, *cit.* en nota 9, p. 321.

tido amplio, según una interpretación hoy generalmente admitida,⁵⁰

c) que cuando la violación del administrador perjudique contemporáneamente tanto el patrimonio social, cuanto, directamente, el de uno o más socios o el de uno o más terceros, las distintas acciones de responsabilidad (social e individuales) pueden acumularse. En

estas hipótesis no se trata de resarcir dos veces el mismo daño, sino de resarcir el doble daño que los administradores causaron con un único acto.⁵¹

D. Prescripción.

Sobre la prescripción de esta acción individual remitimos a lo dicho infra, sub 2-C.

50. En este sentido JAEGER, Pier Giusto, "La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sulla amministrazione straordinaria", cit. por BONELLI, "Gli amministratori...", op. cit. en nota 9, p. 323, nota 348; LO CASCIO, Giovanni, "La responsabilità degli amministratori nei gruppi di imprese", en *Le società*, 1982, p. 274.

51. FERRI, op. cit. en nota 14, p. 534; FRE, op. cit., en nota 7, p. 534, nota 16; RAGUSA MAGGIORE, op. cit. en nota 41, pp. 41, 62, notas 55 y 96.