



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (I)

DR. GASTÓN CERTAD M.\*

### SUMARIO

	Pág.
1. De la responsabilidad de los administradores en general .....	31
A. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil .....	32
B. La prueba de la culpa de los administradores .....	33
2. Responsabilidad por error en la administración .....	34
3. La diligencia que debe observar el administrador. Diligencia y pericia .....	35
4. Responsabilidad por violación de obligaciones específicas .....	36
A. La violación a las disposiciones del artículo 27 .....	37
B. La violación a las disposiciones del artículo 30 .....	38
C. La violación al artículo 129 .....	39
CH. La no presentación a la asamblea general ordinaria del informe sobre los resultados del ejercicio anual. Sobrevaloraciones y subvaloraciones del patrimonio social .....	40
D. La violación a la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios .....	41
E. Violación a leyes fiscales; violación a otras obligaciones específicas .....	42
5. Responsabilidad por negligencia en la administración .....	43
6. Responsabilidad por persecución de intereses extrasociales .....	44

\* Catedrático de la UACA y de la Universidad de Costa Rica, con la colaboración del Lic. Arnaldo Antillón A., abogado litigante y asesor de empresas en Derecho Corporativo.

<b>7. Los sujetos responsables</b> .....	<b>45</b>
<b>A. La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo de administración</b> .....	<b>46</b>
<b>a. Responsabilidad por culpa y por hecho propio</b> .....	<b>47</b>
<b>b. La carga de la prueba y la exoneración de la responsabilidad solidaria</b> .....	<b>48</b>
<b>c. Los administradores solidariamente responsables y "la acción de repetición" entre codeudores responsables</b> .....	<b>49</b>
<b>B. La responsabilidad del administrador "de hecho"</b> .....	<b>50</b>
<b>C. La responsabilidad de los administradores de la sociedad "matriz" (holding) en los casos de sociedades coligadas</b> .....	<b>51</b>
<b>CH. La responsabilidad del denominado "director o gerente general"</b> .....	<b>52</b>

## 1. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN GENERAL

Contra los administradores de la sociedad anónima pueden plantearse tres distintas acciones de responsabilidad: La acción social (incoada por la misma sociedad) y dos acciones individuales (la promovida por uno o más acreedores sociales y la presentada por uno o más socios o terceros).

### A. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: Incumplimiento de los administradores y el daño que de él se deriva.

Es universalmente aceptado por la doctrina que el juez, para determinar la responsabilidad de los administradores, debe aplicar "los principios generales que regulan los incumplimientos contractuales" y, por ende, debe determinar:

a. si los administradores cumplieron diligentemente las obligaciones que les impone la ley, el pacto social o los estatutos; y

b. si el incumplimiento de tales obligaciones ha generado un daño efectivo a la sociedad.<sup>1</sup>

En cuanto a la enunciación de las obligaciones legales de los administradores, podemos decir que son tantas las tareas que estos sujetos deben realizar en el ejercicio de la ac-

tividad social, que una lista completa sería prácticamente imposible de lograr y probablemente, poco útil. La doctrina se ha cansado de elaborar clasificaciones, de la más variada naturaleza, en relación con las obligaciones de los consejeros que, en realidad de verdad, son jurídicamente irrelevantes porque, en caso de incumplimiento, la responsabilidad se da y está determinada con los mismos criterios, cualquiera que sea la clasificación que se prefiera seguir.<sup>2-3</sup>

La única distinción que nos parece pueda tener algún significado importante, es la que, partiendo de las enseñanzas de los hermanos Mazeaud, se suele hacer entre obligaciones que tienen un contenido específico ("obligation déterminée"), precisamente determinado en la ley, el pacto social o los estatutos (v. gr. la redacción del balance) y obligaciones en las que la prestación del administrador, esto es, el comportamiento debido, no está especificado y debe ser determinado casuísticamente con referencia a todas las circunstancias del caso ("obligation générale de prudence et diligence") (v. gr., la obligación de administrar con diligencia o la de perseguir siempre el interés social).

La doctrina sostiene que mientras en las obligaciones determinadas o de resultado, el contenido de la obligación es el de conseguir o

1. BONELLI, Franco, "Gli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1985, pp. 160-1; Id. "La responsabilità degli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1975. ed. prov., pp. 15 ss.; FERRI, Giuseppe, "Le società", en Trattato di Diritto Civile dirigido por Giorgio Bassalli, UTET, Torino, 1971, pp. 525 ss.; MINERVINI, Gustavo, "Gli amministratori di società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 329; WEIGMANN, Renato, "Responsabilità e potere legittimo degli amministratori", Giappichelli Editore, Torino, 1974, pp. 117 ss. y 166 ss.

2. Y la verdad es que autores como BONELLI (*op. cit.* en nota anterior, p. 161), FRÉ (Giancarlo, "L'organo amministrativo nelle società anonime", Roma, 1938, pp. 226 s.), MINERVINI (*op. cit.* en nota anterior, p. 231) y WEIGMANN (*op. cit.* en nota precedente, p. 118) subrayan la escasa utilidad y las incertidumbres de todas las clasificaciones de las obligaciones de los administradores y, en forma más concreta, Minervini nos dice que "todo elenco no puede no ser desorgánico e incompleto".

3. Muchos son los criterios clasificatorios adoptados por la doctrina: Minervini, por ej., distingue las obligaciones de los administradores según que ellas pertenezcan a la organización de la sociedad o al ejercicio de la empresa social o bien que tengan por objeto el cumplimiento de una actividad jurídica o material; mientras Ferri las distingue según que ellas garanticen la integridad del capital social o bien sean atinentes al funcionamiento de los órganos sociales, a la publicidad de los actos, etc. Autores como Auletta, Brunetti, Fiorentino y Greco siguen otros criterios distintos de clasificación. Para un análisis pormenorizado de las distintas clasificaciones de los autores italianos en este tópico, v. ALLEGRI, Vincenzo, "Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori", Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 121 ss.

lograr un fin, en las obligaciones generales o de medio (o de diligencia), el contenido de la obligación es perseguir un fin.<sup>4</sup> En ambos casos la diligencia es relevante a los efectos del cumplimiento: pero en la segunda hipótesis la relevancia de la diligencia es mucho mayor, no constituyendo la no consecución del fin, di per sé, incumplimiento por parte del administrador. Todo esto bajo el entendido de que, respecto a ambos tipos de obligaciones, el juez, para afirmar la responsabilidad del administrador, debe determinar —amén del incumplimiento— la existencia de un daño causado precisamente por ese incumplimiento, lo que la doctrina contradistingue con el término de nexo causal. La verdad es que esta relación de causalidad se presenta en modo distinto no sólo según el incumplimiento concretamente imputado, sino, también, según el tipo de acción de responsabilidad que se ejercite: en la social y en la individual de los acreedores sociales, interesa determinar cuáles son los daños que la violación del administrador ha causado al patrimonio de la sociedad; en la individual del socio o del tercero, interesa determinar cuáles son los daños directamente causados a su patrimonio (el del socio o el del tercero).

#### **B. La prueba de la culpa de los administradores.**

En los casos en que se invoque la responsabilidad del administrador por haber violado una obligación específica (p. ej. no haber llevado correctamente, el secretario de la junta directiva, el libro de registro de accionistas, ex.

art. 253), el actor deberá demostrar sólo el incumplimiento y que éste le ha producido un daño, sin que sea necesario comprobar la culpa del administrador, correspondiéndole más bien a éste demostrar los hechos necesarios para excluir o atenuar su responsabilidad.<sup>5</sup>

También en las hipótesis en que se invoque la violación de la obligación de administrar con diligencia o la de perseguir el interés social, el actor deberá siempre demostrar tanto el incumplimiento de una o ambas obligaciones, como el daño o daños causados con tal o tales incumplimientos; y para probar el incumplimiento de una obligación de diligencia consideramos necesario, y suficiente, rendir prueba de una conducta objetivamente negligente; no nos parece, de conformidad con la disciplina vigente, que se deba demostrar también la culpabilidad del comportamiento. Sin embargo, tratándose de estas obligaciones generales, cuyo contenido sólo se puede especificar con referencia a las circunstancias de singulares y particulares casos concretos, el actor deberá demostrar, preliminarmente, cuál era la conducta que el administrador debía observar para cumplir con la "diligencia debida" y con el deber de perseguir el interés social. En otras palabras, en estos casos es necesario verificar si el comportamiento del administrador pueda —tomando en consideración las concretas circunstancias de cada caso en particular— ser considerado como un incumplimiento de las obligaciones generales de administrar con diligencia y en persecución del interés social.

4. Sobre el particular creemos que puede echarse mano a la distinción hecha por Mengoni entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, que hace referencia al diverso contenido que puede tener la prestación *in obligatione*, tesis esta que en la doctrina italiana es amparada por GIORGIANNI (Michele, "L'inadempimento", Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. 227) y NATOLI (Ugo, "L'attuazione del rapporto obbligatorio", II, Giuffrè Milano, 1967, pp. 101 s.) quienes, no obstante criticar la citada división de Mengoni, resaltan la distinta actitud del contenido de la obligación en función al modo diferente de especificarse del criterio de la diligencia y a la también distinta proporción —de prevalencia o no— que puede tener en determinadas relaciones el "comportamiento" respecto al "resultado".

5. BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 1, p. 164; Id., "La responsabilità degli...", cit. en nota 1, pp. 103, nota 49 y 165, nota 156.

## 2. RESPONSABILIDAD POR ERROR EN LA ADMINISTRACIÓN

Es menester aclarar, que existe un sustancial acuerdo entre los autores en el sentido de que a los administradores no puede atribuírseles los riesgos a que se somete la empresa, esto es, el resultado negativo de la actividad social o de los actos particulares que la componen. Como ha sido agudamente observado por FRÉ, "los socios pueden esperar que los administradores cumplan con sus tareas, pero no pueden imputarles el no haber tenido suerte",<sup>6</sup> pues es lo cierto que nuestro sistema jurídico no le impone a los administradores la obligación de administrar la sociedad con éxito económico. Una solución igual debe dársele a la hipótesis en que el resultado negativo de la gestión social (o de algunos negocios o actos que la componen) sea producto, no ya de la "mala suerte" o de situaciones objetivas del mercado, sino de escogencias erróneas hechas por los administradores, pues la ley tampoco les impone la obligación de administrar la sociedad sin cometer errores.

La responsabilidad por medidas erróneas, o por mala administración ("mala gestión"), surge sólo por aquellos daños que se deriven de operaciones que los administradores hayan cumplido violando sus obligaciones, esto es, actuando con negligencia. Sólo en estos casos la responsabilidad es justificada, porque se deriva, según los principios enunciados líneas atrás, de un incumplimiento imputable al admi-

nistrador. Si por el contrario, los administradores han cumplido con todas sus obligaciones y, a pesar de ello, cometieron errores o asumieron iniciativas excesivamente riesgosas o efectuaron operaciones o negocios poco convenientes para la sociedad, *no hay responsabilidad*. Los administradores tienen el poder de administrar la sociedad y de cumplir aquellas operaciones que se reputen más convenientes para el interés social, y no incumplen ninguna obligación si determinadas operaciones se revelan a posteriori dañinas, o ser el fruto de decisiones erróneas o inoportunas.<sup>7</sup> La ley "perdona" a los administradores los errores cometidos en el ejercicio diligente de sus poderes discrecionales, aunque se trate de errores graves y evitables por otros administradores más competentes o capaces; no perdona la ley, e impone el resarcimiento de los daños que los administradores hayan causado a la sociedad con su proceder, cuando hubieren actuado con negligencia o contra el interés social.

Sin embargo, los tribunales comerciales italianos han confirmado la responsabilidad de administradores que habían asumido "obligaciones totalmente desproporcionadas con la consistencia de la sociedad", causándole una pérdida por una "enorme incapacidad comercial y administrativa" y "evidente inexperiencia en la dirección de la empresa" (Tribunal de Florencia, 11-11-52); y la de otros que por

6. *Op. cit.* en nota 2, p. 502. En el mismo sentido véase BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 1, p. 166; PATRONI GRIFFI, Antonio, "Il controllo giudiziario sulle società per azioni", Morano Editore, Napoli, 1971, p. 91; y WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, p. 168, para quien los administradores no se obligan a obtener un resultado económico positivo sino a desarrollar una conducta conforme a ciertos requisitos.

Análogas afirmaciones encontramos en otros ordenamientos jurídicos: en Francia el principio va unido a la afirmación de que la obligación del administrador es de medio y no de resultado (v. VEAUX, "La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales", Paris, 1947, pp. 423 s.); y en los Estados Unidos de América el principio descende de la denominada "Business Judgement Rule", con fundamento en la cual los administradores no son responsables de las consecuencias dañinas que se derivan para la sociedad de sus escogencias discrecionales de gestión (v. KNEPPER, "Liability of corporate officers and directors", Indianapolis, 1969, pp. 13 s.

7. Es este el mismo significado que se le asigna a la denominada "Business Judgement Rule" en los Estados Unidos (v. KNEPPER, *op. cit.* en nota 6, p. 22 en donde dice que "so long he (se refiere al administrador) makes an honest effort to do the job, i.e., so long he is diligent, he is reasonable sure to be free of liability, though corporate losses result because of conduct on his part attributable to his incompetence").g

necesidad de circulante, vendieron a precio muy bajo una sala de cine que constituía el principal haber social (Casación 12-11-65); y la de otros que después de haber asumido una "financiación sobradamente superior al capital social", emplearon (y perdieron) en operaciones aleatorias y sin garantías" esos dineros, todo con una conducta "caracterizada, siendo muy benévola, por su extrema ligereza" (Tribunal de Milán, 30-05-77); y la de otros que adquirieron acciones por sumas muy relevantes con operaciones "irracionales y aventuradas, y por ende contrarias al más elemental principio de prudencia y cuidadosa administración", en cuanto la sociedad "no teniendo el capital adecuado... ha tenido que acudir a financiaciones costosas y tuvo que dar esas mismas acciones adquiridas como garantía de esos mutuos" (Tribunal de Milán, 9-01-77).

En esos fallos comentados, y en otros que por la naturaleza de este trabajo nos abstengamos de comentar, los jueces italianos, cuando los administradores enfrentan riesgos que están naturalmente unidos al ejercicio de la empresa, o cuando efectúan errores modestos, que pueden considerarse inevitables en la gestión de cualquier empresa, consideran que no son responsables de los daños que la sociedad pudo haber sufrido como consecuencia de esas conductas; por el contrario, cuando los administradores efectúan operaciones totalmente desproporcionadas en relación con los medios financieros o técnicos de la sociedad, o bien cuando realizan errores macroscópicos o burdos, sí los consideran responsables, sí consideran, esto es, que se ha violentado el deber de diligencia o de no haber actuado de conformidad con el interés social.<sup>8</sup> Ante la casi ausencia de jurisprudencia en nuestro medio, no podemos saber a ciencia cierta qué orientación seguirán sobre el particular nuestros jueces.

De cuanto hemos dicho no debe concluirse, en los casos en que el juez, aunque sea con una valoración inspirada en el genérico buen sentido común, determine que el administrador ha cometido un grave error o ha asumido riesgos desproporcionados respecto a la consistencia patrimonial de la empresa, que esas circunstancias sean irrelevantes. Lo cierto es que ellas, si bien di per sé no determinan la responsabilidad del administrador, pueden ser "indicios" de violación de la obligación de administrar con diligencia y sin conflicto de intereses; pensemos en las hipótesis del administrador que adquiere bienes a un precio evidentemente superior al del mercado, o que se aventura a adquirir un terreno cuando las condiciones económicas de la sociedad y/o del mercado lo desaconsejan. Estas circunstancias, más que revelar errores del administrador, pueden crear la sospecha, o más bien la presunción, de que el administrador actuó con base en intereses personales y/o sin la debida ponderación o diligencia; y en algunos casos, el carácter totalmente absurdo de la operación cumplida —porque tanto más grave e inexplicable es el error, tanto más puede ser idóneo a generar la presunción de violación de obligaciones genéricas por parte del administrador— puede por sí solo ser circunstancia suficiente para inducir a la presunción de que las repetidas obligaciones generales han sido violadas y servir de fundamento para declarar, consecuentemente, la responsabilidad de los administradores.<sup>9</sup>

En conclusión, el error no es relevante per sé, pero puede ser relevante como circunstancia que hace presumir la violación de una obligación genérica del administrador; el juez no debe sindicar el mérito de la operación efectuada por el administrador (es decir, entrar a analizar si la operación era o no oportuna, o si era

8. A estas mismas conclusiones llega FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 502. Sobre estos problemas ver ampliamente BONELLI, "La responsabilità degli...", *op. cit.* en nota 1, pp. 30-57 y 79-85.

9. Sin embargo, ninguna presunción de violación de las indicadas obligaciones generales puede obtenerse del fracaso económico de la sociedad (WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 170 ss.; en contra MOSSA, Alessandro, "Trattato del nuovo Diritto Commerciale", IV, Società per azioni, CEDAM, Padova, 1957, pp. 425 s. y 455 s.; SALANDRA, Vittorio, "Manuale di Diritto Commerciale", I, Bologna, s.d., p. 280.

o no justificable frente a la política general de la sociedad), sino únicamente si el administrador

actuó o no con diligencia y en aras del interés social.

### 3. LA DILIGENCIA QUE DEBE OBSERVAR EL ADMINISTRADOR. DILIGENCIA Y PERICIA

En tema de responsabilidad, nuestro Ordenamiento jurídico no exige la diligencia normal, sino la del mandatario, esto es, la diligencia del "bonus pater familiae" (art. 189) —según la propia terminología empleada por nuestro Código Civil y el preclaro tratadista Alberto Brenes Córdoba—, queriendo destacar con ello que se trata de un criterio objetivo y general, y no subjetivo e individual; así las cosas, no sería suficiente para el deudor, si pretende eximirse de responsabilidad, demostrar que realizó todo lo posible para tratar de cumplir fielmente la obligación.<sup>10</sup>

Es importante acotar que la referencia al mandatario lo que pretende indicarnos es que debe mirarse a un modelo típico y abstracto, y no al grado de diligencia de un deudor determinado (que puede ser o muy elevado o muy modesto. Sin embargo, no debemos caer en el error de considerar que la diligencia debida por el administrador sea la del "hombre medio", esto es, la de la media estadística de los hombres; el criterio del mandatario es en realidad más estricto, o, si se quiere, menos genérico. En primer lugar, la actividad del deudor debe

tender a la realización del interés del acreedor,<sup>11</sup> de modo que al valorar la diligencia del administrador, el juez deberá tomar en consideración, entre otras cosas, la expectativa de la sociedad de conseguir un resultado económico positivo —aunque este resultado, como se dijo, no sea en nuestro Ordenamiento una obligación para el administrador—, de modo que el administrador deberá tener esa particular diligencia que mejor pueda permitir la obtención de tal resultado. En segundo lugar, como bien apunta un importante sector doctrinario, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercida,<sup>12</sup> es decir, a la naturaleza de la específica relación jurídica y a todas las circunstancias de hecho que concurren a determinarla. Esta adecuación del modelo abstracto de la diligencia a la concreta actividad del sujeto se traduce —con referencia a los administradores de sociedades— en una valoración más rigurosa de la diligencia exigida, porque la medida de la normalidad debe tomar en consideración exclusivamente conductas referidas a una actividad específica (administración de sociedades), que es particularmente

10. Relazione al Re, # 559, Codice Civile, annotato con la giurisprudenza della Cassazione, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1967. En ese mismo sentido BIANCA, Massimo C., "Negligenza (Diritto Privato)", voce, en Novissimo Digesto Italiano, XI, UTET, Torino, 1965, p. 192; Id., "Dell'inadempimento delle obbligazioni", en Commentario del Codice Civile bajo la dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1967, p. 24; COTTINO, Gastone, "L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore", Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 46 ss.; FERRI, op. cit. en nota 1, p. 523; FRÉ, op. cit. en nota 2, p. 503; OSTI, Giuseppe, "Impossibilità sopravveniente", voce, en Novissimo Digesto Italiano, VIII, UTET, Torino, 1962, p. 294; SCOGNAMIGLIO, Renato, "Responsabilità civile", voce, Novissimo Digesto Italiano, XV, UTET, Torino, 1968, p. 541.

11. Con lo que concuerda la mayoría de la doctrina italiana, v. BIANCA, "Negligenza...", op. cit. en nota anterior, pp. 193 ss.; GIORGIANNI, op. cit. en nota 4, pp. 337 ss.; RODOTA, Stefano, "Diligenza (Diritto Civile)", voce, en Enciclopedia del Diritto, XII, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 545 s.

12. BIANCA, "Dell'inadempimento", op. cit. en nota 10, p. 193; COTTINO, op. cit. en nota 10, pp. 50 ss.; NATOLI, op. cit. en nota 4, pp. 118 ss.; y con referencia específica a los administradores de sociedades, MINERVINI, op. cit. en nota 1, p. 203; PATRONI GRIFFI, op. cit. en nota 6, pp. 100 ss.; WEIGMANN, op. cit. en nota 1, p. 147. En sentido contrario, pero sin una adecuada motivación, BRUNETTI, Antonio, "Tratado del Derecho de las sociedades", II, Editorial Uthea, Buenos Aires, 1960, p. 486; FRÉ, op. cit. en nota 2, p. 503.

calificada y que requiere prudencia, cuidados y atenciones superiores o más específicas que las del hombre medio.

En conclusión, la referencia a la diligencia del mandatario pretende fijar un criterio abstracto y típico de valoración, que prescinde del grado de diligencia de un deudor en particular;<sup>13</sup> la referencia no es la diligencia normal del hombre medio, sino la diligencia que hubiere usado un administrador normalmente diligente que se hubiere encontrado dentro de esa misma circunstancia. Se trata, en síntesis y como resulta evidente, de un criterio que resulta especificado en relación con cada caso concreto y que de por sí solo es poco significativo, tanto que hubiere sido bastante indiferente si, en lugar de haberse hecho referencia a la "diligencia del mandatario", se hubiera hecho referencia al criterio de la "normal y ordinaria diligencia", como proponen algunos<sup>14</sup> o al del "comedido y concienzudo administrador", como proponen otros,<sup>15</sup> o a alguna otra fórmula semejante. Será entonces el juez quien en definitiva deberá apreciar, con el análisis de todas las circunstancias del caso (tipo de sociedad administrada, dimensiones y sector de la actividad ejercida, sus estructuras y posibilidades financieras, importancia y condiciones de la operación en relación con la cual se discuta, tiempo a disposición del administrador para tomar la medida, etc.) si el comportamiento del administrador debe o no —comparándolo a

cómo se comportarían normalmente los administradores en análogas circunstancias— ser calificado como diligente.

Ahora debemos considerar un último aspecto, harto delicado: si en la obligación de administrar con diligencia está comprendida la obligación de administrar con pericia.

Si bien la mayoría de la doctrina italiana se orienta a incluir la pericia en el metro objetivo de la diligencia,<sup>16</sup> el problema debe ser analizado a la luz del caso particular de la obligación de diligencia del administrador, esto es, de una persona que puede y debe normalmente valerse de colaboradores que suplan sus carencias técnicas personales; la verdad es que, aunque indudablemente la gestión de una sociedad puede implicar la observancia de determinadas normas técnicas, no se requiere, ni se le puede exigir tampoco al administrador más diligente, que él sea, a un mismo tiempo, un perito en contabilidad, en finanzas, en la redacción de balances, en el sector o sectores en donde la sociedad desarrolla su actividad, etc. Lo que sí se le puede exigir al administrador diligente es que él, frente a inevitables lagunas en sus conocimientos técnicos, se valga de colaboradores y, eventualmente se asesore por consultores, para que las escogencias e iniciativas que él en definitiva deberá decidir, sean meditadas y fruto de un riesgo calculado, y no de una irresponsable y negligente improvisación. Así las cosas, el administrador no tiene, entonces,

13. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503; FERRI, *op. cit.* en nota 1, p. 523.

14. FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 503; GALGANO, Francesco, "Diritto Commerciale", II, Le società, Giapichelli Editore, Bologna, 1984, p. 331; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 184.

15. Fórmula utilizada en el artículo 93 del AKtG de 1965 y que, con modestas diferencias encontramos en el art. 745 del Código suizo de las Obligaciones y en el art. 79 de la derogada Ley española de Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1952.

16. BIANCA, "Dell'inadempimento...", *op. cit.* en nota 10, pp. 37 ss.; *id.*, "Negligenza...", *op. cit.* en nota 10, pp. 193 ss.; CATTANEO, Mario, "La responsabilità del professionista", Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 53; COTTINO, *op. cit.* en nota 10, p. 550; GIORGIANNI, *op. cit.* en nota 4, pp. 275, 341; RODOTTA, *op. cit.* en nota 11, p. 544; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.* en nota 10, p. 642. En contra, en el sentido de que la diligencia no implica el uso de la pericia, BARASSI, Lodovico, "Il Diritto del Lavoro", Giuffrè Editore, Milano, 1969, pp. 219 ss.; LEGA, Carlo, "La diligenza del lavoratore", Giuffrè Editore, Milano, 1963, pp. 203 ss. En relación con la prestación de los administradores de sociedades, algunos como PATRONI GRIFFI (*op. cit.* en nota 6, pp. 100 ss.) excluyen que la pericia esté comprendida en la obligación de diligencia, afirmando que la diligencia deberá valorarse bajo el lente de la habilidad técnica sólo si el administrador lo hubiere prometido, aunque sea implícitamente; mientras otros sostienen la opinión opuesta (ABBADESSA, Pietro, "La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi", Giuffrè Editore, Milano, 1975, pp. 96 ss.; ALLEGRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 160 ss., 172 ss.; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 1, pp. 148 ss.

la obligación de ser "perito", sino sólo la de ser diligente; correlativamente, el juez no debe sindicar el mérito de la actividad del administrador, es decir, si sus medidas adolecen de pericia, son erróneas o, simplemente, inoportunas, sino únicamente si el administrador ha cumplido con diligencia las obligaciones específicas o genéricas previstas por la ley o por los estatutos.

En conclusión: Con vista en todo lo anterior, puede afirmarse que el sistema costarricense de responsabilidad de los administradores en general ha sido construido sobre la base de los principios de personalización e individualización de la responsabilidad exigible en la esfera civil y del deber de diligencia y lealtad de los administradores.

#### **4. RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS**

Por ser muchas las obligaciones específicas que los estatutos y las leyes (civiles, penales, fiscales, etc.) imponen a los administradores de sociedades, antes de proceder a efectuar incompletas y desorgánicas clasificaciones, nos parece más útil limitarnos a un examen de las violaciones de obligaciones estrictamente legales que consideramos más comunes, sobre todo para establecer en cuáles casos la violación de esas obligaciones produzcan un daño efectivo a la sociedad, a los socios o a terceros, porque, como se verá, muchas violaciones no producen ningún daño sino que más bien, a veces, determinan ventajas para la sociedad.

##### **A. La violación a las disposiciones del artículo 27.**

La reforma del noventa a algunos artículos de las sociedades mercantiles ha venido a regular una materia muy importante: la distribución o asignación de utilidades; éstas no pueden repartirse si no son realizadas y líquidas y producto de un balance aprobado por la asamblea general ordinaria de accionistas; tampoco podrán asignarse en caso de pérdida del capital social, si éste, de previo, no es reintegrado o disminuido de conformidad con la ley. Así las

cosas, cualquier distribución o asignación de dividendos "futuros" o sin liquidez o hecha sin haberse primero reintegrado o reducido el capital social en caso de pérdida de éste, acarreará responsabilidad civil a los administradores (art. 27), aunque medie acuerdo de asamblea de socios en ese sentido (art. 189, párrafo 3), previa demostración del daño producido a la sociedad, a sus acreedores o a uno o más socios en particular.<sup>17</sup>

##### **B. La violación a las disposiciones del artículo 30.**

La ley del noventa, con la finalidad de evitar los abusos que dentro de esta materia a diario se cometen, prohíbe a las sociedades constituir o aumentar su capital, directa o indirectamente, mediante suscripción recíproca de participaciones sociales, así como invertir total o parcialmente su propio capital en participaciones sociales de la sociedad que las controla o en otras sociedades sometidas al mismo control. En la medida en que la violación de semejantes prohibiciones genere un daño a la sociedad, a sus acreedores o a uno o más socios en particular, los administradores serán responsables civilmente por esos actos (art. 30).

17. Generalmente en estos casos quienes sufren daños son los acreedores sociales, dando pie al ejercicio, contra los administradores, de una acción individual de responsabilidad, pues la distribución de utilidades no constatadas o sin que se hubiere repuesto o disminuido el capital perdido desmejora sensiblemente su garantía genérica, el patrimonio social.

Nótese que las denominadas participaciones cruzadas generan aumentos ficticios o de mero papel en el capital de las sociedades que participan en el cruce, lo que produce, obviamente, un engaño para sus acreedores y, por qué no, para sus socios, quienes recibirán proporcionalmente las acciones representativas de ese aumento ficticio.

En cuanto a la segunda prohibición contenida en la norma de comentario, ella persigue regular la proliferación irracional y legalmente injustificada de sociedades mercantiles mediante el control accionario en cadena, a estrella o piramidal.

### C. La violación al artículo 129.

Nuestro legislador ha cambiado completamente de criterio en cuanto al tema de la adquisición, por parte de la sociedad, de sus propias acciones, pasando de un sistema permisivo, poco reglamentado, en el Código del sesenta y cuatro, a uno prohibitivo, excepcionalmente permisivo, en la reforma del noventa, en lo concerniente a adquisiciones a título oneroso—distinción que el Código no hacía antes—.

El principio general ahora es que la sociedad no podrá adquirir *a título oneroso* sus propias acciones, salvo que se den los siguientes presupuestos: a. que la asamblea general (ordinaria) de accionistas autorice expresamente la adquisición; b. que ésta se efectúe con utilidades netas resultantes de un balance legalmente aprobado por la asamblea; c. que se trate de acciones íntegramente pagadas; y ch. siempre que con la adquisición la sociedad no llegue a poseer más del 50% de su propio capital.

Por el contrario, para adquirir sus propias acciones a título gratuito, sólo se requiere que éstas estén completamente pagadas.

Los administradores que participaran en la adquisición de acciones de la propia sociedad que administran en violación a estas reglas, serán responsables por dicho acto (art. 129), en la medida que se demuestre un daño gene-

rado a la sociedad, a sus acreedores sociales o a uno o más socios en particular.

### CH. La no presentación a la asamblea general ordinaria del Informe sobre los resultados del ejercicio anual. Sobrevaloraciones y subvaloraciones del patrimonio social.

La no presentación a la asamblea de socios del informe sobre los resultados del ejercicio anual constituye una evidente violación de una de las principales obligaciones de los administradores (art. 155, inciso a). En sí misma considerada, esta violación no causa directamente un efectivo daño a la sociedad, a los socios o a terceros, de modo que no es *di per sé* suficiente para determinar la responsabilidad civil de los administradores morosos. Sin embargo, a veces, esa situación puede facilitar o permitir otras violaciones que produzcan daños y consecuentemente responsabilidad para ellos: piénsese en el caso en que la no presentación del informe o su traslado a un período sucesivo permite a los administradores que no se evidencien pérdidas sociales que, reduciendo el capital social en más del 50%, los habrían obligado a no promover operaciones que no estén, directa o indirectamente ligadas a la liquidación de la sociedad (art. 201, inciso 3 en relación con el 209). Claro que aquí los daños para la sociedad, los socios o terceros se derivan directamente de la violación de la obligación de no iniciar operaciones que nada tengan que ver con la liquidación de la sociedad (art. 209), pero la circunstancia de que este incumplimiento va unido al precedente incumplimiento de no presentar el informe, le impide a los administradores—para que resulten eximidos de culpabilidad— utilizar el argumento de que ignoraban que un porcentaje mayor al 50% del capital social había sido absorbido por pérdidas (estamos aquí ante una ignorancia culpable, porque se deriva de un incumplimiento anterior, no pudiendo ser invocada por ellos para demostrar la inimputabilidad de los sucesivos incumplimientos).<sup>18</sup>

18. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, pp. 181-2.

El balance puede contener violaciones que determinen una sobrevaloración del patrimonio social: reavalúos ilícitos de bienes inmuebles superiores al precio de costo; indicación de gastos de incremento que en realidad son gastos de manutención; indiscriminado uso de cargas fiscales o cargas financieras para aumentar el valor de los inmuebles; la no devaluación de créditos en casos en los que resulta claro que el valor de su presunta recuperación no podrá ser igual al valor nominal; etc.

Estos artificios, que constituyen verdaderas y propias violaciones, amén de producir la nulidad del balance y la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia competentes, pueden determinar la responsabilidad de los administradores cuando generen daños. Los casos que, especialmente en otros Ordenamientos, y en particular en el de los Estados Unidos de América, han dado origen a muchas controversias son aquellos en que las sobrevaloraciones han dañado no tanto a la sociedad,<sup>19</sup> sino a aquellos socios o terceros que, por balances falsamente optimistas, han sido inducidos a suscribir o a adquirir acciones (o derechos de suscripción preferente) a un precio insostenible<sup>20</sup> o bien a aquellos suministradores o bancos que, con fundamento en balances falsamente optimistas, hayan concedido prórrogas o mutuos que luego la sociedad, reconocida como insolvente o declarada en estado de quiebra, no está en grado de cumplir.

Del mismo modo, el balance puede contener violaciones que determinen subvaloraciones del patrimonio social; pero esas hipótesis, cualquiera que sea el ítem del activo que resulte irracionalmente subvaluado u omitido, y cualquiera que sea el ítem del pasivo que resulte irracionalmente sobrevalorado, el incumplimiento del administrador no determina, generalmente, daños ni para la sociedad ni para los acreedores sociales, porque tanto la una (por

sus iniciativas) como los otros (por la garantía de sus créditos) pueden contar sobre reservas ocultas que no emergen del balance. Difícil resulta también en estos casos probar la existencia de un daño directo a los socios, porque aun si del balance emergiere una utilidad mayor, la asamblea podría haber acordado distribuirlo o, en todo caso, podría sostenerse que las reservas ocultas han aumentado el valor de la sociedad y, de reflejo, el de las participaciones de los socios, quienes no parece que sufran un daño por la no distribución total o parcial de dividendos.

Sin embargo, pueden haber casos en que las subvaloraciones o reservas ocultas creadas por los administradores en el balance pueden determinar responsabilidad para ellos, lo que se da generalmente en presencia de falsificaciones —generalmente de la cuenta económica— que permiten la creación de los denominados “fondos negros” (p. ej. subfacturaciones, no facturación o incremento ficticio de costos); aquí se crean disponibilidades extrabalance, que los administradores pueden emplear a su gusto, sin control alguno de parte de los socios, ni del fiscal. Otros casos que pueden generar responsabilidad de los administradores son el del socio que vendió sus acciones —o su derecho de suscripción preferente— a un precio inferior al que sin duda hubiera obtenido si el balance no hubiere sido ilegítimamente deprimido, y el del socio que, basándose en los datos del balance ilegítimamente subvaluado, decide no suscribir un ventajoso aumento de capital.<sup>21</sup>

#### **D. La violación a la obligación de convocar a la asamblea de accionistas por solicitud de uno o más socios.**

Los socios están legalmente legitimados a solicitarle a los administradores la convocatoria a asamblea de accionistas en las hipótesis

19. Por ej., exponiéndola a una tasación por utilidades no logradas en realidad o por plusvalías no realizadas. Otro ejemplo es el de la distribución de utilidades ficticias producto de ilegítimas sobrevaloraciones efectuadas en el balance por los administradores, v. COLOMBO, Gianluca, *“Il bilancio di esercizio delle società per azioni”*, CEDAM, Padova, 1965, p. 283.

20. FERRI, *op. cit.* en nota 1, p. 536; FRÉ, *op. cit.* en nota 2, p. 531; MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, p. 363.

21. BONELLI, *op. cit.* en nota 1, p. 185.

previstas en los artículos 141, 159 y 160. Esto conlleva a una correlativa obligación de los administradores de convocar la asamblea requerida frente a esos supuestos. Ahora bien, la circunstancia de que el artículo 161 faculte al juez civil del domicilio de la sociedad a hacer la convocatoria en caso de inobservancia de los administradores, no conlleva, de iure condendo, a excluir una posible responsabilidad de éstos por su omisión injustificada, en la medida en que se logre demostrar que, con su conducta omisiva, se ha producido un daño para la sociedad, sus acreedores o uno o más socios en particular.

#### **E. Violación a leyes fiscales; violación a otras obligaciones específicas.**

Pareciera no existir duda de la responsabilidad, frente al erario, del administrador o liquidador que hubiere violado las obligaciones, previstas en las leyes fiscales, de satisfacer —o de reservarse una suma para— el pago de los impuestos directos (como el impuesto sobre la renta) debidos por la sociedad.<sup>22</sup> La responsabilidad presupone, conforme a los principios hasta aquí delineados, no sólo el incumplimiento del administrador (incumplimiento que consiste en el uso de los ingresos provenientes del ejercicio de la actividad social para satisfacer deudas diferentes a las fiscales sin cancelar éstas o sin crear una reserva para cancelarlas), sino además su culpa o dolo y la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento imputable y el daño infligido al fisco.

Distintos son los casos de responsabilidad del administrador, frente a la sociedad, por sobretasas o penalizaciones producto de erróneas o falsas declaraciones fiscales, responsabilidad que presupone, como se ha venido diciendo, que se demuestre la causalidad entre el incumplimiento imputable y el daño generado a la sociedad.

Otras posibles violaciones que pueden generar responsabilidad para los administradores son: el no rendir cuentas de su administración (art. 1269 C.C.); el incumplimiento con lo establecido en el artículo 32 en cuanto a aporte de créditos u otros valores; el incumplimiento de la obligación contenida en el penúltimo párrafo del artículo 32 bis, a propósito del pago de sus acciones al socio recedente; el incumplimiento en aumentar o disminuir el capital social cuando hubiere habido delegación por parte de la asamblea general de accionistas a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 106; la violación al artículo 124; el incumplimiento de lo establecido en los artículos 126 y 128; la no emisión de las acciones sociales dentro de los plazos establecidos en la ley (art. 133) o en el pacto social; la no formación de la reserva legal o el uso injustificado o ilegítimo de ella (art. 142), así como el no pago oportuno del dividendo a los socios (art. 142 in fine); la no ejecución oportuna de los acuerdos tomados por las asambleas de socios; la realización de actos ajenos al objeto social; la violación de obligaciones previstas en el pacto social; etc.<sup>23</sup>

## **5. RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN**

Hasta aquí hemos concluido:

a. que el juez no puede sindicar el mérito de la actividad del administrador, es decir, no

tiene por qué entrar a analizar si sus decisiones fueron hechas sin pericia o erróneamente o fueron simplemente inoportunas, sino única-

22. En sentencia # 1646 de las 15:30 hrs. del 28 de noviembre de 1984 (en Revista Judicial # 41, San José, diciembre 1987, par. 3030), la Sección Segunda del Tribunal Superior Contencioso Administrativo dijo que los representantes legales de una sociedad "tienen las obligaciones propias de un responsable, tanto en lo que se refiere al pago de los tributos, como al cumplimiento de los deberes indicados por las leyes para la determinación, administración y fiscalización de los mismos y cuando incurran en una infracción, sus representados responden por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la acción de reembolso contra aquéllos".

23. Para un elenco y clasificación de las distintas obligaciones de los administradores, v. MINERVINI, *op. cit.* en nota 1, pp. 311 s., notas 3 y 5.