

19 de febrero de 2021

EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES
¿A QUIÉN CORRESPONDE PROBAR QUÉ COSA?

Un caso resuelto en Italia aclara la difícil cuestión de cómo probar la responsabilidad de los directores de empresa.

Los casos en los que una sociedad cuestiona ante la justicia las decisiones de sus propias autoridades no son comunes en la Argentina. Por eso traemos a colación un caso extranjero.

Una droguería italiana (constituida como sociedad anónima) vendía productos medicinales a una farmacia. A pesar de que ésta comenzó a atrasarse en sus pagos, el presidente y gerente general de la empresa proveedora decidió continuar las ventas, pero exigió a la deudora una garantía. Ésta fue extendida por la mujer del farmacéutico y por el total de lo adeudado. Lamentablemente, la farmacia quebró y la garante resultó insolvente.

Para que el caso nos resulte familiar, vale la pena aclarar que la farmacia, en su descargo, sostuvo que el atraso en sus pagos se debía a que, a su vez, las ASL (algo así como el equivalente italiano de las obras sociales argentinas) no pagaban en término.

En diciembre de 1995, una vez quebrada la farmacia, la empresa proveedora demandó a su propio presidente por los daños sufridos, con el argumento de que éste, al haber otorgado grandes facilidades de crédito a la farmacia deudora, había incumplido sus obliga-

ciones de lealtad y diligencia en el desempeño de sus funciones.

Dijo la sociedad que “la conducta llevada a cabo por el director, al manifestar tolerancia frente a los incumplimientos de la farmacia y continuar suministrándole cantidades cada vez más ingentes de mercadería debía ser considerada temeraria, teniendo en cuenta tanto la situación notoriamente difícil en la que se encontraba aquélla como el incremento exponencial de las deudas vencidas entre 1992 y 1993”.

Aclaremos “desde el vamos” que los principios generales del derecho italiano y argentino en materia de responsabilidad de los directores son prácticamente idénticos: éstos siempre deben ser leales y diligentes. Hay, sí, una diferencia en el estándar a cumplir por un director argentino: mientras éste debe adoptar la diligencia de *un buen hombre de negocios*, el italiano debe aplicar la del *buen padre de familia*.

El primero debe priorizar el lucro; el segundo, la consecución de los objetivos empresarios sin generar conflictos innecesarios, internos o externos. *Pero en ambos casos hay una obligación de aplicar cierto grado*

de diligencia en el cumplimiento de la función directorial, mayor o menor según el contexto legal.

Bajo el derecho argentino, “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad [...] por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59 [de la Ley General de Sociedades], así como por la violación de la ley [o] el estatuto...”. El criterio al que allí se hace referencia es aquel deber “de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” que ya mencionamos.

El derecho italiano precisa algo más el concepto de falta de diligencia: ésta no existe cuando algún director esté en conocimiento de hechos perjudiciales para la sociedad “y no haga cuanto pueda para impedir su ocurrencia o eliminar o atenuar sus consecuencias dañosas”.

En primera instancia se dio la razón a la sociedad demandante. La decisión fue apelada y en abril de 2015 (¡veinte años después! ¿De qué nos asustamos en la Argentina?) la Cámara de Apelaciones de Messina dijo que el administrador no era responsable por los daños.

Para los jueces de segunda instancia, *en ausencia de una violación de la ley o del estatuto social*, para que el administrador fuera declarado responsable, no sólo era necesario probar la comisión de un hecho concreto (no necesariamente ilícito, por supuesto) sino también los elementos de contexto que permitieran establecer que ese acto implicó violar aquellos deberes de lealtad y diligencia e indicar el comportamiento alternativo que ese administrador debería haber adoptado para actuar correctamente.

En el caso particular, el tribunal dijo que no podía sostenerse que el director hubiera sido

poco diligente, puesto que la sociedad no probó que aquél estuviera al tanto de la situación de insolvencia de la farmacia y de la falta de patrimonio de la garante.

La sociedad apeló, y el 9 de noviembre del año pasado, la Corte de Casación (que en Italia actúa en tercera instancia, como la Corte Suprema de Justicia lo hace entre nosotros) anuló la sentencia de la Cámara de Apelaciones¹.

El alto tribunal italiano sostuvo que la sociedad demandante debió demostrar la existencia de las conductas que, en el caso, evidenciaban el incumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia por parte del administrador. Pero... una vez que eso logró demostrarse, *correspondía al administrador demandado probar qué medidas idóneas había tomado para excluir o atenuar su responsabilidad*.

La decisión de la Corte de Casación pone de relieve la necesidad de que los directores de las sociedades anónimas dispongan siempre de las pruebas necesarias para demostrar que sus decisiones fueron tomadas con la diligencia requerida por la naturaleza de la obligación y de conformidad con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En otras palabras, *es el director o administrador quien debe demostrar la falta de*

¹ Corte de Casación, Roma, Italia, decisión 25056, 9 de noviembre 2020. Véase Serra, Leonardo, “Responsabilita degli amministratori: spetta alla società provare la violazione della diligenza”, en <https://www.altalex.com/documents/news/2020/11/19/responsabilita-degli-amministratori-spetta-alla-societa-provare-la-violazione-della-diligenza> y Neri, Arianna, “La Corte di Cassazione torna sull’onere probatorio in materia di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società”, *Latest News and Insights*, Macchi di Cellere & Gangemi, 12 de febrero 2021.

negligencia de su parte o haber actuado con la diligencia idónea para excluir o atenuar su responsabilidad.

La Corte de Casación recordó que no se puede responsabilizar al administrador de una sociedad por haber tomado “decisiones inoportunas desde el punto de vista económico”, porque valorarlas de esa forma implicaría afectar “la discrecionalidad empresarial”. Y agregó que “*una decisión equivocada puede llevar a la revocación por justa causa de la designación del director, pero no puede constituirse en una fuente de responsabilidad frente a la sociedad*”.

Para el más alto tribunal de Italia, “el juicio acerca de la diligencia del director en el cumplimiento de sus obligaciones no puede nunca afectar las decisiones sobre la gestión o las modalidades o circunstancias de esas decisiones, aun cuando muestren aspectos económicos riesgosos”. En cambio, “sí puede analizar la diligencia mostrada al evaluar los márgenes de riesgo vinculados con la operación que se pretende llevar a cabo y, por consiguiente, la eventual omisión de cuidados, verificaciones e informes habitualmente exigibles para una decisión de ese tipo, tomada en esas circunstancias y con esas modalidades”.

Por eso, la Casación sostuvo que, dada la naturaleza contractual de la responsabilidad de los directores hacia la sociedad, “ésta solo tiene la carga de probar la existencia del hecho y el nexo causal entre éste y los daños ocurridos, mientras incumbe a los administradores el deber de demostrar que el hecho dañoso no les es imputable, suministrando pruebas positivas referidas al posible incumplimiento de sus deberes y obligaciones”.

Por eso, “en el caso de que se discuta acerca del cumplimiento por parte de un director de las obligaciones de diligencia a su cargo,

quien demanda debe suministrar la prueba acerca de la existencia de elementos de contexto de los que sea posible inferir la violación de los deberes exigidos por la ley”.

Básicamente, la decisión de la Corte de Casación sostuvo que en la instancia anterior no se respetaron las reglas referidas a la distribución de la carga de la prueba.

Una vez que la sociedad “demostró la existencia de conductas que, en el caso particular, indicaron la inobservancia del deber de lealtad y diligencia [...] correspondía al administrador demandado alegar y probar los hechos subsiguientes, consistentes en los cuidados idóneos para evitar o atenuar su responsabilidad por culpa”.

Aquí, una palabra de advertencia: el tribunal italiano se refirió, como no podía ser de otra manera, a la *responsabilidad por la posible culpa del director en el cumplimiento de sus obligaciones*. Pero la ley argentina, en este aspecto, *no dice exactamente lo mismo*, porque establece que el director es responsable sólo en caso de *culpa grave*. Es uno de los poquísimos casos (si no el único) donde a la noción de culpa se le agrega un adjetivo: “grave”.

En el caso italiano, el administrador debería haber demostrado que el daño no le era imputable (lo que habría logrado, por ejemplo, si hubiera demostrado que la garantía obtenida provenía de un sujeto solvente). En un hipotético caso argentino, la sociedad demandante habría tenido que demostrar, primero, que la negligencia del director había sido grave. Por consiguiente, a un director argentino le habría costado menos que a uno italiano demostrar, que, bien o mal, algo hizo, por poco que sea, para reducir “la gravedad” de su culpa.

La sentencia final se dictó veinte años después de los hechos. Nos parece una barbaridad. Seguramente semejante retardo no es consecuencia sólo del obrar de los jueces: las partes deben haber tenido también algo de culpa. Pero... ¿veinte años?

El tema de la responsabilidad de los directores es complejo aquí y en el resto del mundo. Los jueces, al resolver estas cuestiones, muchas veces corren el riesgo de adoptar decisiones (u opinar sobre ellas) que, en

rigor, corresponden únicamente a los hombres de negocios.

A su vez, los directores deben mantener, en todo momento, una conducta que demuestre permanente atención a los riesgos empresariales. El riesgo de que una simple negligencia termine siendo una culpa grave está latente.

No debe olvidarse que la función de director no se ejerce como se puede o como se quiere. Es una actividad regulada por ley.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**