

**UN LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: “LA DECISIÓN EMPRESARIA” (PARTE II)**

*Todo tiene su límite, aun la posibilidad de responsabilizar a los directores por ciertos daños sufridos por la empresa.*

**“Los jueces no son empresarios”.**

Esa parece ser la conclusión a la que llegaron los jueces del Tribunal de Empresas de Milán, al analizar si las decisiones empresarias pueden ser revisadas por los jueces.

Como explicamos en el número anterior, una sentencia<sup>1</sup> resolvió un caso en el que el directorio de una sociedad anónima decidió demandar a los integrantes anteriores de ese órgano y a los síndicos con el argumento de que varias decisiones (incluyendo la de reducir el capital social y vender algunos activos) habían sido perjudiciales para la sociedad.

Como las normas italianas y argentinas sobre la cuestión son muy similares, el caso es de interés para nosotros.

Según resulta de la sentencia, ASAM (una sociedad anónima que, a pesar de tener algunos accionistas de naturaleza estatal estaba regida por las leyes mercantiles aplicables al sector privado) al momento de iniciar el plei-

to tenía como accionista al 99,99 % a Finlombarda s.p.a. (cuyo capital, a su vez, estaba en manos de la Región Lombarda, una de las veinte que integran la República Italiana). El resto de las acciones de ASAM pertenecía a la Municipalidad de Trezzo sull’Adda.

ASAM había sido constituida en 2010 como “sociedad de derecho privado con participación estatal mayoritaria” con el objeto de ser accionista de otras sociedades.

En septiembre de 2014, a raíz de algunas modificaciones en el elenco accionario, una asamblea designó nuevos directores y síndicos. Las nuevas autoridades dispusieron la realización de una auditoría para determinar el estado de situación patrimonial de ASAM.

Sobre la base de sus conclusiones, la asamblea de accionistas de ASAM aprobó iniciar una acción de responsabilidad contra varios directores y síndicos que actuaron entre 2009 y 2014.

El reclamo tuvo varios fundamentos: uno, que de septiembre a diciembre de 2012 se llevó a cabo una reducción voluntaria del capital de ASAM, como consecuencia de la

<sup>1</sup> In re “ASAM - Azienda Sviluppo Ambientale e Mobilità SPA v. Azzolini y otros”, RG 75268/2015, n. 7201/2021, Tribunal Ordinario de Milán, Sección Especializada en Empresas, (B), 10 septiembre 2021; Giurisprudenza della Impresa, *GiurisNews* 3:2022.

venta por esta última de su participación en SEA SpA. Ello llevó a que se distribuyera entre los socios de ASAM la bonita suma de 116 millones de euros.

Pero durante ese período, dijeron las nuevas autoridades de ASAM, ésta “se encontraba en un período de tensión financiera” y sometida a un contrato que la obligaba a destinar el producido de la venta de las acciones de SEA SpA a cancelar deudas financieras, por lo que la operación fue definida como “contraria al interés social” y llevada a cabo “con el único fin de allegar recursos a los accionistas de entonces”.

Un segundo reclamo se basó en que en diciembre de 2010 ASAM compró un inmueble a la Provincia de Milán (a la sazón uno de sus accionistas), lo que resultaba “irrazonable” dado el limitado uso que se le podía dar. En este caso, el reclamo fue por casi cuatro millones de euros.

Cómo resolvió la justicia italiana esos dos reclamos fue comentado en el número anterior<sup>2</sup>.

Un tercer reclamo, por 700.000 euros, se fundó en la irregular contratación de una funcionaria, Carmen Zizza, en julio de 2012, que pronto fue ascendida a directora general “sin una real motivación económica” y “sin ninguna justificación frente a las exigencias de la sociedad”. Para ASAM ello constituyó una contratación “inoportuna, inútil y efectuada bajo condiciones irregulares” —que incluían un sueldo anual de 130.000 euros, “ingentes reembolsos” de viáticos más una indemnización de 510.000 euros en caso de

despido—, “por medio de un concurso desarrollado en plazos muy breves, poco publicitado y al que sólo se presentó ella”. De los 700.000 euros, algo más de medio millón correspondían a “costos derivados de cláusulas contractuales irrazonables referidas al reembolso de gastos” incurridos por la transferencia de la hija de Doña Carmen “y del pago de un “golden parachute”<sup>3</sup>. Otra parte del mismo reclamo se fundó en los gastos adicionales en que debió incurrir ASAM para “alinear” otros contratos pre-existentes como consecuencia de las ventajas concedidas a la señora Zizza.

Un cuarto reclamo (por casi trescientos mil euros) se fundó en la existencia de gastos exorbitantes efectuados por Doña Carmen durante el primer semestre de 2014 mientras fue directora general de ASAM.

El quinto y último reclamo (¡por apenas 150.000 euros!) estuvo basado en los gastos en que incurrió ASAM a raíz de ciertos contratos celebrados por la entonces directora general en violación de normas legales.

El principal argumento del tribunal al analizar los dos primeros reclamos fue que “la valoración del tribunal no puede prescindir de los límites que el criterio judicial encuentra cuando se enfrenta con decisiones de naturaleza empresaria referidas a aspectos administrativos y organizativos de una sociedad”.

Dijo el tribunal que las decisiones empresarias no son revisables judicialmente, *salvo cuando son consideradas irrazonables*. Pero la consideración de su razonabilidad debe ser efectuada *con anterioridad a la toma de*

---

<sup>2</sup> “Un límite a la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima: ‘la decisión empresaria’” (Parte I), *Dos Minutos de Doctrina*, XIX:1020, 4 de marzo de 2022.

---

<sup>3</sup> Se llaman “golden parachutes” (o “paracaídas de oro”) a las cláusulas por las cuales una empresa se obliga a pagar ciertos montos significativos a su empleado en el caso que éste sea despedido.

la decisión y según los parámetros de Diligencia de los directores que establece la ley.

Con respecto a la contratación de Carmen Zizza y su meteórico ascenso en la estructura burocrática de ASAM, los demandados dijeron, entre otros argumentos, que las decisiones empresarias acerca de la designación del personal no eran revisables en sede judicial; que no habían existido irregularidades formales en el concurso y que la designación fue hecha conforme con las normas estatutarias. Agregaron que doña Carmen tenía experiencia al frente de una sociedad controlada y gozaba de la confianza del directorio de ASAM.

El tribunal insistió en la incapacidad de las autoridades judiciales para revisar decisiones de tipo empresario, *excepto cuando sean irrazonables*. Pero en este caso, a diferencia de las situaciones anteriores (donde se cuestionaron negocios en los que se había favorecido a los accionistas), parecía haberse beneficiado a un contratante privado.

“Sobre la base de tales criterios, si por un lado no es posible opinar sobre el mérito o la conveniencia de la elección de Carmen Zizza como la persona más adecuada para responder a las exigencias organizativas y de desarrollo de ASAM, por el otro no se encuentra justificación razonable, desde la óptica del potenciamiento de las estrategias empresarias, para los privilegios económicos concedidos a la nueva directora general”.

“Son absolutamente irrazonables e incongruentes frente a la actitud necesariamente sobria de una empresa pública ciertas cláusulas contractuales que, sin disenso alguno, fueron aprobadas por el directorio”. Entre ellas, la relativa al reembolso de gastos de viaje de la hija y el “golden parachute” (cuya ilegitimidad fue confirmada por la justicia laboral en una causa conexa). Del mismo

modo, no se puede encontrar justificación alguna (ni los demandados la ofrecieron) a la necesidad de ajustar las condiciones contractuales de otro funcionario, que obtuvo un sustancioso incremento de su retribución, para alinearla con las de la nueva funcionaria”.

“La lógica y el buen sentido habrían exigido reducir esa retribución, ante la incorporación de una nueva directora general cuyas funciones reducirían las actividades a desarrollar por el funcionario existente”.

Pero... “desde el punto de vista del daño, no todo lo señalado por ASAM se traduce en una vulneración de la integridad patrimonial de la empresa. Sin duda, son irrazonables los gastos de traslado de la hija de la nueva directora general o el “golden parachute”, pero al momento ASAM no ha desembolsado esas sumas ni, en virtud de sentencias ya dictadas en su favor, resulta que haya de transferirlas en el futuro. Por consiguiente no pueden ser consideradas para la cuantificación del daño. En cambio, sí son irrazonables otros gastos, como los relativos a la adecuación retroactiva de las condiciones contractuales del director general ya existente”.

“Resulta significativa, al respecto, la única opinión disidente del director Gelosa, que remarcó la inutilidad del nuevo cargo directivo y votó en contra de la designación” de Zizza según acta de directorio de marzo de 2012.

La pretensión de ASAM fue reducida a lo efectivamente desembolsado en exceso. El tribunal ordenó que esa suma fuera pagada “por los tres directores en funciones al momento en que fueron adoptadas las decisiones o firmados los contratos que obligaron económicamente a la sociedad”.

Curiosamente, si bien se condenó solidariamente a los tres directores a restituir las su-

mas pagadas de más, el tribunal estipuló que en los vínculos internos entre los miembros del directorio que debían responder por el pago, el presidente asumiera dos tercios del total, “por su diverso aporte causal, ya que gozaba de amplios poderes para definir las condiciones económicas de los contratos, mientras que a los otros dos directores sólo les correspondía un papel de control y verificación”.

En otras palabras, mientras el tribunal respetó la regla acerca de la responsabilidad solidaria de los directores frente al acreedor (por lo que cualquiera de ellos puede ser obligado a pagar el total de la condena para luego repetir de sus colegas), estableció una regla diferente para saldar las cuentas entre los tres.

Otro reclamo se fundó en gastos de viajes a varios destinos internacionales, gastos de hoteles y alquiler de vehículos con chofer, cuotas de inscripción a clubes privados y cursos de idiomas, por más de 250.000 euros, en un período de pocos meses de 2014, todos contabilizados en los libros de la sociedad, que, según ASAM, “debieron haber llamado la atención del directorio y los síndicos”.

Los demandados se defendieron argumentando que la sociedad tenía la carga de la prueba y debía demostrar “la manifiesta incongruencia de dichos gastos con las funciones de la directora general” (la ya conocida Carmen Zizza) y que sus gastos personales “estaban justificados en razón de las operaciones económicas desarrolladas por ASAM y habían sido aprobados y ratificados por el directorio”.

El tribunal no estuvo de acuerdo: la sociedad había hecho un reclamo de naturaleza contractual contra sus ex directores y síndicos. Por lo tanto eran éstos quienes debían dar prueba de su cumplimiento exacto y demos-

trar la inherencia de los gastos a las funciones desarrolladas”.

La acción social de responsabilidad, según el tribunal, “tiene pacífica naturaleza contractual” por lo que la carga de la prueba recae sobre los demandados, quienes, en este caso, “deberían haber demostrado la congruencia de los gastos de la directora general con los objetivos a su cargo o justificar adecuadamente el por qué del exceso de gastos sobre lo previsto en el presupuesto de la empresa”.

“Esa justificación no fue brindada” dijo el tribunal. “Tampoco vale para excluir la responsabilidad de los directores su supuesta imposibilidad de establecer la magnitud de los gastos antes de la aprobación del balance, para así demorar su posibilidad de reacción acerca de los gastos de 2013 hasta la fecha de la asamblea de aprobación de los estados contables ocurrida en junio de 2014”.

“Ese argumento no sirve, en modo alguno, para exonerar la responsabilidad de los directores por no haber previsto un adecuado procedimiento de control o sistemas de verificación preventiva y sucesiva de los gastos, para monitorear correctamente y evitar los costos injustificados. Los síndicos, por su parte, tienen un preciso deber legal de vigilar la adecuación de la estructura organizativa, administrativa y contable de la sociedad, además de penetrantes poderes de inspección y control”.

Frente al detallado listado de gastos presentado por ASAM, “la defensa de los demandados, en opinión del tribunal, no ha resultado ni específica ni convincente”.

Como ejemplo, el tribunal consideró “inaceptable y desmesurado” el pago de un curso de inglés a alguien que, como Carmen Zizza, había sido designada directora general en función de su experiencia, calificaciones y

competencia, de la cuota de ingreso (de 21.600 euros) a un club privado o del alquiler de un auto con chofer a quien ya tenía un auto de la compañía.

La responsabilidad por este reclamo fue imputada a los directores en razón de “su casi total inercia”. Y agregó: “la responsabilidad de establecer un adecuado sistema de control es una obligación que grava a todos los administradores, aun de aquellos sin facultades ejecutivas, que en todo caso pueden solicitar al presidente o a los directores con funciones ejecutivas para que se lo active. La inercia no puede ser un eximente”.

El tribunal también condenó a varios síndicos, “por haber omitido todo control [...] y no haber tomado iniciativa alguna”, cuando otros habían renunciado por discrepancias con el directorio. Como en el caso anterior, “en sus vínculos internos la responsabilidad de algunos fue limitada a un cuarto del total en función de su menor aporte causal”.

Al analizar el último reclamo de ASAM contra sus ex directores y síndicos por un millón y medio de euros (por haber contratado directamente a cincuenta y siete profesionales externos sin concurso durante 2013 y 2014), mereció que el tribunal dijera que “el elevadísimo monto de los desembolsos efectuados por la sociedad durante un período relativamente breve no puede decirse que haya encontrado adecuada justificación por parte de los demandados, sobre todo ante las reglas que exigían valerse de su propia estructura interna y limitar el recurso a consultores externos en caso de efectiva y comprobada necesidad”.

Los hechos “demostraron un evidente desprecio por los procedimientos internos y olvido de las normas legales, a las cuales se añadió una sorprendente [“éclatante” dijo el

tribunal, en francés] falta de voluntad de control”.

“Los directores se atrincheraron detrás de los poderes otorgados al director general, indicando que la celebración de esos contratos entraba dentro de los poderes otorgados de modo exclusivo a la directora general. Ésta, por su parte, resaltó la regularidad formal del procedimiento seguido y subrayó que cada una de sus decisiones fue sometida al directorio. Pero repetimos lo dicho: era deber de los demandados indicar con precisión y detalle las razones que justificaron un recurso masivo a consultorías externas o, al menos, cuáles eran las dudas y cuestiones controvertidas que requirieron recurrir a la pericia de profesionales eximios para encontrar apoyo autorizado a decisiones ya tomadas por la dirección general. Ningún demandado cumplió con esa carga de modo convincente”.

El tribunal dijo compartir la posición de ASAM en cuanto a que las consultorías externas eran “totalmente superfluas, desde el momento que la sociedad podía confiar en su estructura interna, ya que, por ejemplo, disponía del perfil profesional del abogado M., que bien podría haber emitido las opiniones acerca de la ‘normativa aplicable’ que, en cambio, fueron solicitadas a estudios externos”.

Cinco directores fueron condenados solidariamente por este reclamo. Como en los otros casos, para los vínculos internos entre los condenados el tribunal estableció topes en base a sus “diferentes aportes causales al daño ocurrido”.

La sentencia resulta sumamente ilustrativa acerca del criterio restrictivo que adopta la justicia italiana cuando se intenta cuestionar la corrección o propiedad de las decisiones del directorio (y que compartimos: *los jueces no son empresarios*).

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta algo que no podemos responder: ¿ninguna asamblea de los períodos examinados aprobó o rechazó las gestiones de los directores?

La ley italiana tiene en los artículos 2364 y 2364bis del *Codice Civile* una disposición equivalente a la de nuestro artículo 234 de la

Ley General de Sociedades, que *obliga* a la asamblea ordinaria a considerar la responsabilidad de los directores y síndicos por su gestión.

Curiosamente, la sentencia no dice nada al respecto.

\* \* \*

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](mailto: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.**