

11 de octubre de 2022

LA CALIDAD DE LAS DECISIONES DEL DIRECTORIO
ANTE LA MIRADA DE LOS JUECES

¿Los jueces pueden juzgar el mérito de las decisiones empresarias?

Nos hemos referido antes a la conocida y saludable regla según la cual, como los jueces no son hombres de negocios, no les corresponde opinar o juzgar acerca del mérito de las decisiones empresariales¹.

Esa regla, de larga tradición jurídica aunque no siempre tenida en cuenta, es llamada, en el mundo del derecho anglosajón, *business judgment rule*. Está fundada en el principio según el cual los directores de una sociedad mercantil no están obligados a administrarla con éxito económico: sólo se les exige aplicar la debida diligencia en su gestión.

A esa regla se ha referido hace poco una sentencia dictada por un tribunal de cuestiones empresarias en Nápoles, Italia².

Según resulta de los antecedentes, el directorio y algunos funcionarios de IRSVEM (una sociedad dedicada al negocio de la pesca) manejaron los negocios sociales de la peor

manera posible (al menos para sus accionistas; aquéllos obtuvieron pingües beneficios).

Entre 2008 y 2014 no sólo mantuvieron una contabilidad al margen de los registros contables formales (lo que, entre otras cosas, les permitió evadir impuestos a gran escala y cobrar sueldos y honorarios exagerados) sino que también usaron los fondos sociales en beneficio propio, sea para cancelar sus deudas o las de empresas vinculadas con ellos o para hacer pagos injustificados. Esto, obviamente, produjo una notable reducción de las utilidades sociales que, en lugar de ser distribuidas entre los socios, pasaron a engrosar los bolsillos de los directores.

Los accionistas, cuando se enteraron del asunto (a raíz de investigaciones llevadas a cabo por las autoridades fiscales), calcularon que IRSVEM había sufrido pérdidas por alrededor de siete millones de euros. Decidieron, en consecuencia, iniciar acciones de responsabilidad contra los directores involucrados. A fin de asegurarse el cobro de la indemnización que el juez pudiera fijar, los accionistas pidieron un embargo preventivo sobre los bienes de los directores sospechados.

¹ Véase, por ejemplo, “Un límite a la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima: ‘la decisión empresarial’”, en *Dos Minutos de Doctrina*, XIX:1020 y 1021, 4 y 8 marzo 2022.

² In re “IRSVEM SRL c. Postiglione”, Tribunal de Nápoles, Sección Especializada en Empresas, 11 marzo 2019; *GiurisNews*, 36/22, 22 octubre 2022, con comentario de Pasquale de Marino, en <https://www.giurisprudenzadelleimprese.it>

Éstos, en su defensa, sostuvieron que gran parte de las pérdidas sufridas por IRSVEM fueron, en realidad, el resultado de decisiones empresariales que, en tanto tales, no estaban sujetas a la apreciación de los tribunales.

En el caso, el juez “no mordió el anzuelo” y en una sentencia de gran valor doctrinario puso límites muy claros al uso de la *business judgment rule* como excusa absoluta.

Antes de pasar a comentar la sentencia, debe tenerse en cuenta que la cuestión planteada no fue si los directores eran o no responsables ante la sociedad, sino si existían fundamentos suficientes para decretar un embargo preventivo sobre los bienes de aquéllos.

El juez recordó que los directores o administradores de una sociedad responden ante ésta por los daños derivados de la inobservancia de los deberes que les imponen la ley o el estatuto social.

Por consiguiente, su responsabilidad existe (i) sólo ante la presencia de la violación de esas obligaciones, (ii) cuando ella causa un daño al patrimonio social y (iii) si existe un nexo causal entre esa violación de deberes y la producción del daño.

Esto, por supuesto, no es nuevo, pues es la base de todo el sistema de la responsabilidad civil (aquí, en Italia y en todo el mundo civilizado).

El tribunal recordó también que las leyes establecen numerosas obligaciones que, por su naturaleza, “son inviolables para el órgano de administración de una sociedad, todas establecidas para garantizar la obligación legal de conservar la garantía patrimonial a favor de los acreedores sociales”.

Entre ellas, subrayó la de “asegurar la adecuación de la estructura organizativa, administrativa y contable de la sociedad, amén de la de cumplir con las prescripciones de naturaleza penal, fiscal y tributaria”.

“Una vez individualizados los comportamientos violatorios de las obligaciones legales y estatutarias a cargo de los directores, es necesario establecer y probar que aquéllos provocaron un daño al patrimonio social (y, por consiguiente, a las expectativas de los acreedores) y que, como se dijo, existe entre conducta y perjuicio un nexo causal”.

Agregó el tribunal que “a la luz de los argumentos específicos formulados en el caso, es oportuno también aclarar la cuestión acerca de la judiciabilidad del mérito de las decisiones de gestión; la así llamada *business judgment rule*”.

El magistrado recordó que la Suprema Corte italiana tiene una posición “más que consolidada” al respecto. Así es que “cuando debe verificarse el cumplimiento por los directores de su deber de actuar con la debida diligencia, no pueden someterse a la evaluación judicial las decisiones empresariales discrecionales tomadas por los administradores, siempre que se trate de decisiones relativas a la gestión empresarial y, por lo tanto, caracterizadas por la asunción de un riesgo”.

Sin embargo, “*la no judiciabilidad del mérito de las decisiones empresariales discrecionales no es absoluta*”.

En efecto, para el tribunal, para determinar su legitimidad es relevante “*el modo en que las decisiones empresariales fueron tomadas y ejecutadas; es decir, el ‘camino decisorio’ que llevó a preferir una alternativa frente a otra*”.

Citó, en apoyo de su decisión, una sentencia de la Corte de Casación —el más alto tribunal italiano—: “aun cuando es cierto, como lo ha afirmado constantemente la jurisprudencia, que las decisiones empresarias discrecionales no son susceptibles de revisión judicial, aun cuando presenten perfiles de riesgo o álea económica superiores a lo normal, es revisable, en cambio, la diligencia mostrada al evaluar preventivamente —y, si fuera necesario, con las necesarias investigaciones— los márgenes de riesgo vinculados con la operación a llevar a cabo, de modo tal de no exponer a la empresa a pérdidas que, de lo contrario, serían evitables”³.

Por lo tanto, sostuvo el tribunal, “corresponde al juez *recorrer el procedimiento decisorio* para verificar si la decisión de los directores fue coherente y congruente con la información obtenida por éstos y evaluar la eventual violación del deber de diligencia frente a los criterios normales que deben inspirar a un operador económico: licitud, razonabilidad, congruencia y atención [a las consecuencias]”.

Insistió el juez en que “bajo el punto de vista de la razonabilidad de la decisión y la previsibilidad de sus resultados, los administradores deben ser considerados responsables ante la sociedad cuando sus decisiones no resulten idóneas para realizar el interés de aquélla, por precipitadas o irrazonables o no les hayan permitido predecir el error de la operación llevada a cabo”.

“En conclusión” estableció el tribunal “los directores estarán exentos de responsabilidad

³ Cass., 12 agosto 2009, n. 18231. Con nota de Paolo Roli se la puede encontrar en <https://www.personaedanno.it/articolo/cass-civ-sez-i-12-agosto-2009-n18231-pres-PROTO-REL-BERNABEI--AMMINISTRATORI-DI-SOCIETA-IL-DOVERE-DI-ACCURATEZZA-E-DILIGENZA-NELLESECUZIONE-DELLINCARICO-I-PAOLO-ROLI> .

en el caso que demuestren haber alcanzado, en buena fe, una decisión adecuadamente informada, razonable y libre de conflictos de intereses y haber actuado con la cautela y efectuado las verificaciones que se imponían en el caso concreto”.

Para el juez, “las decisiones empresarias teñidas de discrecionalidad subyacen a la así llamada *business judgment rule*, según la cual el juez tiene prohibido evaluar el mérito de aquellas decisiones que fueron tomadas con la debida diligencia en la evaluación de sus presupuestos, de las reglas ‘de ciencia y experiencia’ aplicadas y de sus posibles resultados; por eso, sólo se le permitirá al juez objetar las decisiones de antemano negligentes o directamente insensatas y evidentemente dañosas”.

Por eso, “una vez individualizados los comportamientos violatorios de las obligaciones legales y estatutarias, atribuibles a los órganos de administración, es necesario demostrar y probar que aquellos provocaron un daño al patrimonio social (y, por consiguiente, a las expectativas de los acreedores) y que, como se dijo, entre conducta y perjuicio subsista un nexo causal”.

El juez explicó luego las diferencias entre la responsabilidad penal —generada por la mera comisión de un acto delictivo— y civil —nacida como consecuencia de la obligación legal de reparar el daño ocasionado—. Para determinar la existencia de esta última, es aplicable la teoría de la causalidad adecuada o de “regularidad causal”, que atribuye relevancia a aquellas circunstancias que, en el momento en que se produjo el daño, no aparecen como absolutamente inverosímiles sobre la base de una evaluación hipotética.

Para el juez, entonces, “un evento debe considerarse causado por otro si, en ausencia de otros factores, el primero no habría ocurrido

en ausencia del segundo, bajo la llamada teoría de la ‘condicio sine qua non’ y si, además, en virtud de la llamada ‘causalidad adecuada’ y dentro de varias causales posibles, no aparece como inverosímil”.

Como ejemplo de la aplicación de esos principios, el juez dijo que, en el caso de quiebra de una sociedad, sus directores deberán demostrar el destino dado a los bienes sociales, puesto que están obligados a destinarlos al cumplimiento de las obligaciones de aquélla. De la falta de dicha demostración puede deducirse que esos bienes fueron “distráidos” u ocultados.

En los casos de responsabilidad de los directores ante la sociedad, ésta sólo debe demostrar la mala gestión (probando las violaciones legales o estatutarias) y la vinculación de éstas con los daños provocados, mientras que aquéllos deberán alegar y probar los hechos que excluyan aquella responsabilidad o la atenúen: la observancia de sus obligaciones y el cumplimiento de sus deberes legales.

En el caso de IRSVEM, el juez entendió que “la existencia de una contabilidad paralela para las operaciones ‘en negro’, implicaba una violación de las obligaciones de los directores tanto en cuanto a la correcta contabilización de las actividades como con relación al respeto de las leyes fiscales” y que “la sustracción de utilidades no declaradas violaba la obligación genérica de conservar la garantía patrimonial a favor de los acreedores”.

Luego de analizar detenidamente los argumentos de IRSVEM sobre la procedencia de la medida cautelar y las pruebas acerca de los daños sufridos por aquélla, el juez otorgó el embargo sobre los bienes de los directores (aunque no por el monto total solicitado).

Aunque el resultado final era, por supuesto, previsible —la cantidad de irregularidades era considerable y muchas de ellas habían sido comprobadas no por la sociedad misma sino por las autoridades fiscales— y más allá del monto de los posibles daños sufridos por IRSVEM, el interés del caso radica en el énfasis puesto por el juez *en el análisis de la calidad del proceso decisorio del directorio de una sociedad*.

Un ejemplo nada más: IRSVEM hizo pagos a terceros para favorecer a Ittica Lago Fusaro SRL con el argumento de que ésta le proveía mariscos a crédito, por lo que exigía un trato comercial más favorable. El juez desechó esos razonamientos, por “genéricos e inadecuadamente verificados”. Lo que podría haber sido un acto de gestión empresarial (y como tal exento de análisis por la justicia) fue descartado ante la pobreza de pruebas a-cerca de su naturaleza, pertinencia y razonabilidad.

En efecto, el juez exigió algo más que una simple mención a la naturaleza “empresarial” de la decisión tomada o el cumplimiento formal del proceso decisorio o la ausencia de actos ilegales en la conducta empresarial: estableció como requisito la existencia de estándares estrictos de calidad en la mecánica de toma de decisiones.

¿Es esto nuevo? Probablemente sí para quienes tenemos formación exclusivamente jurídica, pero no para quienes analizan y estudian los procesos de aplicación y mejora de la calidad en la actividad empresarial.

Después de todo, “calidad” significa “propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo que permiten juzgar su valor”. También “superioridad o excelencia” y, aun mejor, “adecuación de un producto o servicio a las características especificadas”. Y parece obvio que, en el caso, el juez exigió

esas cualidades en el proceso de toma de decisiones de IRSVEM.

En 1996, durante el congreso trienal de la Academia Internacional de la Calidad en Yokohama, Japón, un empresario argentino, Marcos Bertin, fue el primero en proponer que las prácticas de calidad que las empresas exigían en sus procesos industriales y comerciales alcanzaran también al mecanismo de toma de decisiones.

Con el tiempo (y, sobre todo, con la creciente conciencia acerca de la necesidad de mejorar las prácticas de gobierno de las grandes empresas —lo que ahora se ha dado en llamar *corporate governance*—) la propuesta de Bertin adquirió enorme importancia y trascendencia.

A raíz de ello, desde 2009, los mejores investigadores y analistas del mundo en esta materia (es decir, de la aplicación de estándares de calidad a la toma de decisiones empresarias) reciben anualmente la “Medalla Marcos Bertin a la Calidad en el Gobierno Corporativo”.

Y en la Argentina, la fundación creada bajo el amparo de la ley 24127 que estableció el

Premio Nacional a la Calidad ha creado la categoría “Excelencia en la Gestión de Directorios”.

Por eso, la sentencia analizada en esta edición tiene, en nuestra opinión, la virtud de producir un fértil cruce entre argumentos puramente jurídicos (muchas veces desconocidos para la mentalidad empresaria) con otros más propios del ámbito del mundo de los negocios, como el de la necesidad de apelar a la calidad en la toma de decisiones societarias.

Nos queda claro que la actitud correcta de los directores al adoptar decisiones en el campo que les es propio no debe limitarse a verificar la ausencia de ilegalidad en la resolución a tomar. Para eso están los abogados. A aquellos se les exige algo más: cumplir *durante el proceso decisorio* con la diligencia que la ley les impone; pero no desde una actitud pasiva sino a través del agotamiento de todos los recursos que les permitan establecer la adecuación y la congruencia de la decisión a tomar frente a las alternativas disponibles.

Quizás “calidad” sea otro nombre para la debida diligencia.

* * *

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.**