



UNIVERSIDAD NACIONAL

PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA



**“Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades
de Capital y su Regulación en el Perú”**

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de Doctor en
Derecho y Ciencia Política**

AUTOR

Mag. Larrea Chucas, Mariano

ASESOR

Dr.Mendoza Otiniano,Oswaldo Alberto

**LAMBAYEQUE –
PERÚ 2022**

“Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital y su Regulación en el Perú”

Presentado por:

.....

Mag. Larrea Chucas, Mariano
Autor

.....

Dr. Mendoza Otiniano, Oswaldo Alberto
Asesor.

Tesis presentado a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política.

Aprobado por:

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ.

Presidente del jurado.


Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO.

Secretario del jurado.

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO.

Vocal del jurado.

Lambayeque, 2022.

	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 1 de 3	

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 11.00 a.m. del día martes 09 de noviembre de 2021, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°370-2021-EPG, de fecha 09 de junio de 2021, conformado por:

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ	Presidente
Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO	Secretario
Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO	Vocal
Dr. OSWALDO ALBERTO MENDOZA OTINIANO	Asesor


Para evaluar el informe de tesis del tesista MARIANO LARREA CHUCAS, candidato a optar el grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA con la tesis titulada “RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y SU REGULACION EN EL PERU”.

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°964- 2021-EPG de fecha 02 de noviembre de 2021 que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de Tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 40 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de Tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con puntos 18, equivalente a muy bueno, quedando el candidato apto para optar el Grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA.

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

 UNPRG UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

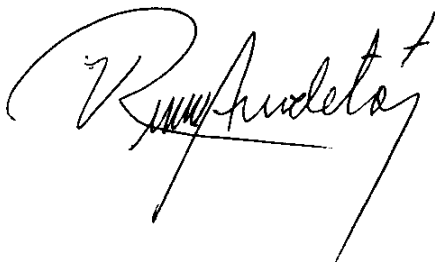
Siendo las 12:40 p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.



PRESIDENTE



SECRETARIO



VOCAL



ASESOR

Declaración jurada de originalidad.

Yo, Mariano Larrea Chucas, investigador principal, y Dr. Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano, asesor del trabajo de investigación “Responsabilidad De Los Administradores En Las Sociedades DeCapital Y Su Regulación En El Perú”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos, en caso se demostrara lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar, que puede conducir a la anulación del titulo o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 3 de febrero del 2022.

Mariano Larrea Chucas.

Dr. Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano

Dedicatoria.

Con inmenso amor:

A mi esposa Gloria Aidée Vera Mendoza.

A mis hijos:

Mariano José Francisco

Y

José Julio Mariano.

Agradecimiento.

Un agradecimiento especial a mi asesor.

Dr, Oswaldo Alberto Mendoza Otiniano,
Por su gentileza al prestar su sabio consejo.

Índice General.

Acta de Sustentación.....	III
Constancia de Aprobación de Originalidad de Tesis.	V
Dedicatoria.....	VI
Agradecimiento.....	VII
Índice General.....	VIII
Índice de Anexos.....	XI
Resumen.....	XII
Abstract.	XIII
Introducción.	14
Capítulo I. Diseño Teórico.....	15
I.1. Antecedentes de la investigación.	15
I.2. Base teórica.	17
I.2.1. Respecto a los Administradores.	17
I.2.2. Respecto a los deberes de los administradores.....	18
I.2.3. Respecto al deber de diligencia o cuidado.....	20
I.2.4. Desempeño De Acuerdo A Ley, Estatutos Y Reglamentos.	21
I.2.5. Sobre la gestión.	22
I.2.6. Respecto al deber de lealtad.	22
I.2.7. Tratamiento de los deberes en la legislación societaria.	23
I.2.8. Respecto a la Obligación de Guardar Secreto.	24
I.2.9. Respecto a la Obligación de Abstención.	25
I.2.10. Responsabilidad De Los Administradores.	26
I.2.11. Pretensión social de responsabilidad.....	27
I.3. Definiciones conceptuales.....	29
I.3.1. Deberes Fiduciarios.	29
I.3.2. Deber de diligencia.	29
I.3.3. Deber de lealtad.	29
I.3.4. Dolo.	30
I.3.5. Negligencia grave o culpa grave,	30

I.4. Hipótesis.....	30
Capítulo II Materiales y métodos.....	31
II.1. Tipo de investigación.	31
II.2. Método de investigación	31
II.2.1. Método interpretativo.....	31
II.2.2. Método inductivo.	31
II.2.3. Método analítico.	31
II.2.4. Método sistemático.....	32
II.3. Diseño de contrastación.....	32
II.3.1. Diseño fenomenológico hermenéutico.....	32
II.3.2. Población muestra y estudio.	32
II.3.3. La interpretación de la información, equipos y materiales de trabajo.	32
II.3.4. Procesamiento y análisis.....	33
Capítulo III. Resultados.	34
III.1. Responsabilidad De Los Administradores En Las Sociedades De Capital.	34
III.1.1. La sociedad.	34
III.1.2. Los administradores.	35
III.1.3. El significado de administrar.....	36
III.1.4. Las sociedades de capital.....	38
III.1.5. La exigencia de responsabilidad.	40
III.1.6. El administrador en la ley 26887.	51
3.1.7. La Responsabilidad de los Administradores en la LGS.	53
III.2. El Régimen De Responsabilidad De Los Administradores.	55
III.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad	59
III.2.2. El modelo de responsabilidad de los administradores en la Ley 26887,.....	60
III.2.3. La diligencia.	61
III.2.4. El ordenado comerciante en nuestra legislación.	64
III.2. 5. Significado del deber general de diligencia del administrador social.	65
III.2.6. Los deberes específicos de diligencia.....	69
III.2.7. La Discrecionalidad Empresarial.	84
III.2.8. Contenido de la regla de la discrecionalidad empresarial.....	86
III.2.9. Incumplimiento del deber de actuar con la diligencia debida.	88
III.2.10. El representante leal y el deber de lealtad en general.....	89

III.2.11. Los deberes específicos de lealtad.....	94
III.3. LA PRETENSION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.	114
III.3.1. La sociedad como titular de la pretensión.	114
III.3.2. Los acuerdos de transacción y renuncia.	122
III.3.3. Consecuencias de promover la pretensión social o de transigir.	123
III.3.4. La aprobación anual de los estados financieros.	125
III.3.5. Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad.	125
III.3.6. Legitimación de la minoría.	127
III.3.7. Reembolso de gastos.....	134
III.3.8. Los acreedores y el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad.	134
III.4. La Pretensión Individual de Responsabilidad.....	138
III.4.1. Los administradores y su responsabilidad ante los socios y terceros.	138
III.4.2. Responsabilidad por lesión directa de los intereses de socios y terceros.....	139
III.4.3. Bases de la responsabilidad frente a socios y terceros.	142
III.4.4. Casos ubicables dentro de la pretensión individual de responsabilidad.....	145
III.4.5. Otras relaciones jurídicas de la pretensión individual de responsabilidad.	151
Capítulo IV. Discusión. Análisis Y Resultados.	155
IV.1. Aspectos que pueden justificadamente mejorarse en el régimen de responsabilidad de los administradores.	155
IV.2. Tratamiento riguroso de la infracción al deber de lealtad.	164
IV.3. Tratamiento indulgente con la infracción al deber de diligencia.....	166
IV.4. Hacia una delimitación precisa de los deberes que deben cumplir los administradores.	167
IV.5. Hacia una mejor operatividad de la pretensión social y de la individual.	167
Propuesta.....	169
Conclusiones.	174
Recomendaciones.....	176
Referencias.....	177
ANEXOS.	183

Índice de Anexos.

Anexo 1. Sentencias del Tribunal Español	183
--	-----

Resumen.

El régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, tiene como base fundamental el cumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad, en el derecho societario peruano las bases son las mismas, pero la ley de sociedades vigente ha sido muy lacónica y no tipificado las conductas que pueden calificarse como cumplidoras de dichos deberes, por lo que una tarea actual lo constituye la necesidad de darle contenido a dichos deberes. Para hacerlo hay que recurrir a la experiencia y doctrina existente en el Perú y en el resto de países con quienes hay similitud en el manejo de dicho sistema de responsabilidad.

La legislación sobre estos deberes debe de tener en cuenta que ambos no tienen la misma naturaleza y en consecuencia deben ser tratados de forma diferente, abandonado el tratamiento unitario y diversificarlo.

El deber de lealtad tiene que ver con la línea tecnológica que obliga al administrador a invertir tiempo, esfuerzo y a desplegar un nivel profesional en la gestión de la empresa que le permita maximizar la producción de valor y el deber de lealtad exige a los administradores anteponer siempre el interés social al suyo propio.

De lo señalado se infiere que el tratamiento al deber de diligencia implica regular actos de gestión indebida y en lo que concierne al deber de diligencia, implica regular actos de apropiación indebida, por ello su regulación debe ser diferente,

Ante el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad por parte de los administradores y que ocasionen daños al patrimonio de la sociedad, esta puede acudir a la pretensión social de responsabilidad, para cuyo efecto la junta general deberá aprobar su ejercicio, de no hacerlo las minorías podrán ejercitarla a fin de recomponer el patrimonio social.

En caso que el incumplimiento consista en infracción al deber de lealtad los socios minoritarios deben tener la facultad de ejercitar la acción sin que intervenga previamente la junta general.

Abstract.

The liability regime of the administrators of capital companies is based on compliance with the duties of diligence and loyalty, in Peruvian corporate law the bases are the same, but the current company law has been very laconic and The conduct that can be classified as fulfilling said duties has not been classified, so a current task is constituted by the need to give content to said duties. To do this, one must resort to the experience and existing doctrine in Peru and in the rest of the countries with whom there is similarity in the management of said system of responsibility.

The legislation on these duties must take into account that both do not have the same nature and consequently they must be treated differently, abandoning the unitary treatment and diversifying it.

The duty of loyalty has to do with the technological line that obliges the administrator to invest time, effort and deploy a professional level in the management of the company that allows him to maximize the production of value and the duty of loyalty requires administrators to always put the social interest to his own.

From the above it is inferred that the treatment of the duty of diligence implies regulating acts of improper management and as regards the duty of diligence, it implies regulating acts of improper appropriation, therefore its regulation must be different,

Faced with the breach of the duties of diligence and loyalty on the part of the administrators and that cause damage to the assets of the company, it can resort to the social claim of responsibility, for which purpose the general meeting must approve its exercise, if not the minorities may exercise it in order to rebuild the social patrimony.

In the event that the breach consists of an infringement of the duty of loyalty, the minority partners must have the power to exercise the action without the prior intervention of the general meeting.

Introducción.

El régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, es abordado por la legislación nacional en forma unitaria, esto es, los deberes de diligencia y lealtad son tratados de forma homogénea, lo cual de acuerdo con la doctrina y la experiencia desarrollada en el mundo constituye un error, ya que ambos deberes tienen una naturaleza distinta. El esfuerzo del estudio, es por darle un tratamiento legal de mayor severidad al deber de lealtad, para lo cual se postula que el régimen legal tenga carácter imperativo, por lo que las normas internas de los estatutos societarios no tendrán posibilidad de cambiarlo, asegurando así que el establecimiento de acuerdos que desestimen las disposiciones de la ley, no prospere y queden sin efecto real.

En el trabajo se postula que, en lo concierne al deber de diligencia, el tratamiento que debe dársele no debe ser de severidad, sino de indulgencia, teniendo en cuenta que una conducta negligente no le reporta beneficios al administrador, por el contrario, compartirá con los socios, los efectos negativos de su conducta negligente, ya que al dedicar menos tiempo y esfuerzo a la gestión empresarial, ocasionará que la producción de valor lejos de maximizarse tenderá a disminuir, por lo que si le va mal a la empresa, perderá su trabajo y se verá desprestigiado en su reputación; por lo que en el terreno de la diligencia, es el propio mercado quien proporciona salvaguardas en forma gratuita, que incita al administrador a cumplir con el deber de actuar con la diligencia debida de un ordenado empresario, caso contrario las fuerzas del mercado le impondrán su sanción.

Igualmente se postula que, en consonancia con la tendencia legislativa del mundo actual, la legislación nacional se oriente hacia establecer un marco regulatorio, en el que la sociedad de capital ante la infracción de estos deberes, por parte de los administradores, pueda ejercitar de forma rápida la acción (pretensión) social de responsabilidad contra el administrador infractor, con la finalidad de reconstituir el patrimonio social, que la infracción podría haber dañado. Para ese efecto debe existir un acuerdo de la junta general de socios que promueva el ejercicio de la acción en favor de la sociedad. Dicho acuerdo implica el cese inmediato de los administradores afectados. Si la sociedad no obstante el acuerdo no ejerciera la acción, se legitima a los socios para que ejerzan dicha acción y en defecto de ambos, sociedad y socios, se legitima a los acreedores para ejercitar dicha acción. Se exceptúa del acuerdo previo por parte de la junta cuando la infracción invocada es al deber de lealtad, en cuyo caso, la minoría de socios que posea de un porcentaje de capital cualificado, podrá ejercer de forma directa dicha pretensión.

Capítulo I. Diseño Teórico.

I.1. Antecedentes de la investigación.

El antecedente más inmediato en nuestra legislación es lo establecido en la Ley de Sociedades Mercantiles N°16123 promulgada el 6 de mayo de 1966, y posteriormente modificada por el Decreto Legislativo 311 promulgado el 12 de noviembre de 1984 denominándosele Ley General de Sociedades, así lo sostiene (Flores Polo, 1985). En esta norma, en cuanto a la sociedad anónima, se estableció que el directorio tenía facultades de representación legal y de gestión necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con la excepción que la ley o el estatuto le atribuyen a la junta general, y en el artículo 172° estableció que los directores desempeñaran el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal. Agregó además que respondían ante la sociedad, los accionistas y acreedores, del daño causado por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Además, el artículo 173° señalaba que la acción de responsabilidad contra los directores se promueve en virtud de acuerdo de la junta general, y el artículo 174° que disponía que los socios y terceros podían ejercer acciones de indemnización contra los directores por actos que los directores hubieran realizado ocasionándoles perjuicios. En el caso del gerente, se estableció en el artículo 182° que asumía responsabilidad solidaria con los directores, cuando participase en actos que diera lugar a responsabilidad de estos, o cuando conociéndolos no informe de ellos al directorio, consejo de vigilancia o junta general.

Al emitirse posteriormente la Ley 26887, se observa que esta norma legal en su artículo 171° primer párrafo, formula el mismo modelo que la Ley General de Sociedades 16123 modificada por el decreto legislativo 311, esto es, la nueva Ley continua con el modelo que señala: “los directores desempeñan el cargo el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”, es decir el modelo anterior continua, observándose un cambio mínimo, que consiste en haber cambiado la palabra anterior de desempeñaran por la palabra desempeñan.

Entre los desarrolladores del modelo de la responsabilidad de los administradores de sociedades en nuestro medio, se ha pronunciado (Guerra Cerron, María elena; Hundskopf, Oswaldo; Steward, Alberto; Tabra Edinson; Chipana Jhoel; Amaya, Leoni,

Cieza, Jairo; Morales, Silvia; Principe, Luis; Castelaes, Rolando, Gonzales, Jorge Luis, Aliaga Luis, Beaumont, Ricardo; Jimenez, Roxana y otros, 2018), quien afirma que los administradores (directores) son elegidos como gente de confianza de los socios, sea por sus capacidades profesionales, éticas e incluso personales, por lo que en reciprocidad, lo que se espera, que respondan a la confianza que se ha depositado en ellos, esa confianza implica que deben actuar con lealtad y diligencia en cada una de sus acciones, en el día a día de las actividades de la empresa. Si optaran por ejecutar actos o tomar acuerdos que sean contrarias a la ley, a los estatutos de la sociedad y que estos causaran daño a la sociedad, responden en forma solidaria e ilimitada ante la sociedad por los daños y perjuicios que le ocasionaren.

Por otro lado, (Echaiz Moreno, 2009) al analizar la función de gestión del directorio, sostiene que lo la Ley General de Sociedades otorga la gestión de las sociedades a los administradores, que según la ley es el Directorio conjuntamente con uno o más gerentes, así puede verse en el artículo 172°, en dicho artículo se puede constatar que el directorio tiene facultades de gestión y de representación legal, necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyen a la junta general; además sostiene que estas facultades pueden ser limitadas legal y estatutariamente por la sociedad, incidiendo que las facultades de administración legalmente están limitadas por el artículo 77°, en dicho artículo se dispone que las adquisiciones que exceden el 10% del capital y que se van a realizar dentro de los 6 primeros meses de constituida la sociedad, deben de ser autorizadas por la junta general de socios, otra limitación es la que contempla el artículo 115 ° inciso 5, que dispone que cuando se pretenda enajenar activos por un valor superior al 50% del capital contable de la sociedad, debe contarse con autorización de la junta general de socios.

Como puede verse las facultades de gestión, están limitadas por la ley en aquellos casos que la operación entraña un compromiso importante del capital social, además de estos límites legales a las facultades del directorio, el estatuto puede añadir otras restricciones, tal sería el caso de que para inversiones muy cuantiosas se establezca la necesaria autorización de la junta.

Sobre la responsabilidad de los directores (Hunsdkopf Exebio, 2009) , afirma que: “los directores deben desempeñarse en el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal, lo cual constituye una especie de patrón de conducta o regla de lealtad con la sociedad, debiendo comportarse permanentemente en función del interés social y no en función del interés personal, debiendo de guardar reserva de los negocios de la sociedad y de la información social a la que tengan acceso, aún después de cesar en sus funciones” (p. 168).

Como se aprecia el autor citado pone la atención en que los administradores deben actuar con la diligencia de un ordenado comerciante, esto implica que aquellos que ejercen la función de administrar una sociedad tienen como paradigma a aquel que se dedica al comercio, es decir deben actuar con profesionalismo , no pueden tener un estándar inferior de actuación, por ejemplo no pueden actuar como un buen padre de familia, que es el modelo de actuación de quien debe cumplir con las obligaciones, esto es, se les mide con un estándar más elevado que a un ciudadano común y corriente.

Igualmente pone énfasis en que debe actuar con lealtad para con la sociedad y tiene la función de actuar respetando el interés social, de modo que aquello que va a guiar sus actos en la sociedad, va a ser el interés social. La lealtad con la que debe actuar en los negocios, no solo la debe de observar mientras ejerza el cargo, sino que se extiende aun después de dejar el cargo, ello con respecto a no difundir la información que podría causar daño a la sociedad.

I.2. Base teórica.

I.2.1.Respecto a los Administradores.

Resulta importante empezar señalando que se hace necesario establecer desde la teoría ¿quiénes son considerados administradores?, la respuesta generalmente aceptada, es que son aquellos que realizan las actividades de dirigir, gestionar, representar, administrar la sociedad, de manera que de su labor depende en gran medida el éxito o el fracaso de la sociedad.

Dado lo importante de la labor que desempeñan los administradores, deben desarrollarla en forma independiente y con discrecionalidad, el poder que ejercitan al tomar

las decisiones sobre el negocio, implica que esas decisiones deben de ser lo más razonables que las circunstancias le permitan a fin de que la sociedad no sufra menoscabo en su patrimonio. Las decisiones que tomen los administradores pueden afectar significativamente los intereses de la sociedad, de los socios, de los acreedores y en general de terceros, por lo que deben imponerse determinadas salvaguardas que protejan los intereses en juego. De modo que los administradores estén advertidos que en el desarrollo de su labor deben de cumplir con ciertos deberes que impliquen un comportamiento diligente y leal, que descarten una actuación dolosa que perjudique a la sociedad y los demás interesados. Sí los administradores incumplieran los deberes que le impone la Ley, postergando los intereses de la sociedad en beneficio de otros intereses deberán responder ante la sociedad, ante los socios o terceros, por lo tanto, deberán reparar el daño causado. No debe olvidarse que en la sociedad existen intereses que proteger, como los de los socios, la sociedad, terceros y otros interesados, la ley le impone ciertos deberes que deben de respetar de modo pleno y en el caso de que los incumplan, deberán de resarcir los daños causados. (Suescún de Roa, 2021)

La ley 26887 en su artículo 152° establece que la administración de la sociedad anónima está a cargo del directorio, y de uno o más gerentes, salvo que la sociedad no tenga directorio, en cuyo caso lo asume el gerente general (art. 247°), y en el caso de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada la administración está a cargo de uno o más gerentes (art. 287°). De modo que la ley ha establecido quienes tienen la calidad de administradores, a los cuales se les atribuye responsabilidad solidaria por los actos o acuerdos que causen daños a la sociedad, a los socios o terceros; de acuerdo con la doctrina estos administradores pueden ser de derecho o, de hecho. Son administradores de derecho los que han sido elegidos y han aceptado el cargo o, tienen un título que los acredita como tal, es el caso por ejemplo de los liquidadores, y, lo ejercen dentro del periodo para el cual han sido elegidos o nombrados; los administradores de hecho son aquellos que ejercen el cargo sin título o que, habiéndolo, ha vencido, no obstante, siguen actuando en el cargo. Contra ellos se podrá interponer las acciones de responsabilidad contempladas en la ley.

I.2.2. Respecto a los deberes de los administradores.

Los administradores son personas que reciben un conjunto de activos que deben gestionar, esos activos pertenecen a otras personas, por lo que deben cumplir ciertos

deberes y responder así a la confianza depositada en ellos, estos deberes son los de lealtad y diligencia.

Estos deberes constituyen la guía que orienta al administrador para el cumplimiento de sus funciones, es el modelo que debe seguir, plasmado por la ley 26887, para responder a la confianza en el depositada, el modelo plasmado, ordena al administrador desempeñar el cargo con “la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”, modelo que es similar al modelo establecido en la ley 2/95 de España, dada para la Sociedad de Responsabilidad Limitada la que en su artículo 61° establece lo mismo y que es similar al modelo establecido en la Ley española de Sociedades Anónimas art. 127°, salvo por una palabra que dice “empresario” y no comerciante. En la ley española el modelo es el de un ordenado empresario, que parece ser un término mucho más amplio que el de comerciante.

Además, como lo sostienen diversos tratadistas, lo que puede ser considerado como un actuar diligente de un ordenado comerciante, en una empresa, no podría ser calificada de la misma manera en otra empresa. La diligencia del administrador de una empresa financiera no puede ser la misma que la de un administrador de una empresa agrícola o de una empresa que venda seguros. Atendiendo a esa razón el legislador español decidió que el modelo debería de ser el de un ordenado empresario, con lo que advertía que el administrador desarrolla una actividad profesional, por lo que quién realiza esta función debe conocer la actividad de la empresa que administra, este razonamiento parece ser lógico y atendible. El término diligencia se aplica a quién actúa con cuidado y con solicitud en el cumplimiento de las labores que se le encomienden y que logra el fin propuesto, en el caso, consigue alcanzar el interés social.

Los administradores deben de actuar con diligencia, debiendo presumirse que, al tomar sus decisiones de negocios, cumplen con ese estándar. Usualmente el administrador no asume responsabilidad, salvo que actúe contrariando la ley, el estatuto o los realiza con dolo, abusando de sus facultades o con negligencia grave, o faltando al deber de lealtad, de modo que es difícil que el administrador resulte responsable de incumplir el citado deber.

Para evaluar el cumplimiento de los deberes de los administradores, debe precisarse cuál es el objetivo fundamental de la gestión de la sociedad, en ese sentido, hay que señalar

que para un sector de la doctrina, principalmente para el que se desarrolla en los países de influencia sajona, el objetivo fundamental ha de ser la maximización de la riqueza de los accionistas, y para otro sector influenciado por la tradición romano germánico, lo que se trata de garantizar es la maximización de los rendimientos de los inversionistas y paralelamente proteger los intereses de la sociedad y de la comunidad en general.

I.2.3. Respecto al deber de diligencia o cuidado.

En el primer párrafo del artículo 171° de la Ley general de Sociedades se establece que: “Los directores desempeñaran el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”; y en el artículo 177° primer párrafo se establece: “los directores responden ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave” (Elías Laroza, 2015).

Como puede verse los deberes de diligencia y lealtad están tratados en forma unitaria en la Ley General de Sociedades 26887, y del incumplimiento de estos deberes se deriva responsabilidad.

En el modelo se le exige que el administrador actúe con la diligencia de un ordenado comerciante, luego se le exige que en todas sus intervenciones del negocio de la empresa deberá actuar con el cuidado que un comerciante prudente juzgaría apropiado para las circunstancias, esto es que debe de ponerse en el supuesto de cómo actúa un comerciante prudente en similares circunstancias. Hay que observar que el mandato normativo establece un estándar de conducta, y este estándar es superior al hombre común, ya que no se refiere a un hombre cualquiera, sino que se refiere a un ordenado comerciante, este modelo de conducta o paradigma significa que cada administrador ha de poseer un mínimo de prudencia en todos sus actos o acuerdos en los que participe. (Beltran, Emilio; Esteban Velasco, Gaudencio; Fernández Seijo, José María y otros, 2013). Este deber debe ser satisfecho ante la sociedad, se advierte que no se les exige un tipo específico de conducta, sino que se le presenta un modelo de conducta general. La razón de no establecer una conducta específica se debe a la naturaleza misma de la administración, la cual presenta tantas facetas que sería muy poco probable que legislativamente se pudiera realizar una enumeración de cada una de ellas y agotarlas en su totalidad. El modelo tiene como

característica importante que el administrador no se puede liberar de responsabilidad por el hecho de que carezca de habilidad, pericia o experiencia, ya que se parte del supuesto que al aceptar el cargo se espera que actúe con el estándar de diligente comerciante.

La ley de sociedades 26887 le atribuye responsabilidad al administrador, si es que de su conducta se deriva que ha actuado con culpa, esto es que los actos antijurídicos realizados o que también se haya incurrido en omisiones que causen daño a la sociedad o terceros, debiendo existir una relación de causalidad entre los actos u omisiones y el daño causado.

En ese orden se espera que un administrador de una sociedad de gran envergadura posea la diligencia o cuidado que la naturaleza de las operaciones requiere, y, que un administrador de una empresa pequeña que realiza actividades sencillas tendrá la diligencia apropiada para las actividades que la empresa realiza, pero en general ambos tendrán condiciones básicas de diligencia que le permitan cumplir con el modelo de un ordenado comerciante o empresario. El análisis de los atributos y habilidades de los administradores para determinar el estándar de conducta nos lleva a considerar que a mayor profesionalismo el nivel de diligencia debes ser mayor.

Algunos actos que hacen evidente el cumplimiento del deber de diligencia son: cuando asiste a las reuniones del directorio, cuando se prepara para el análisis y discusión de los puntos de agenda, solicita información sobre los temas que interesan a la sociedad, se asesora de expertos sobre temas que son muy complejos para tomar decisiones, etc.

I.2.4.Desempeño De Acuerdo A Ley, Estatutos Y Reglamentos.

A los administradores no solo les es exigible que actúen con la diligencia o cuidado que las circunstancias requieren, sino que además deben de cumplir con lo preceptuado en la ley, en los estatutos y reglamentos que norman la actividad de la sociedad. Están obligados a cumplir con lo preceptuado en la ley, sin que pueda recurrirse a cláusulas de limitación o exoneración de las violaciones a la ley, igualmente deben de cumplir con los estatutos y con cualquier acuerdo que se haya tomado en armonía con estos. En cierto sentido los administradores se convierten en garantes del cumplimiento de la ley.

I.2.5.Sobre la gestión.

Es en la gestión de la sociedad es donde se observa la diligencia con la actúan los administradores, ya que, si así lo hacen, tanto el objeto social como el interés social se desarrollará en forma eficiente y se cumplirán las metas de la empresa.

La gestión de la sociedad ha sido encomendada legislativamente a los administradores, no obstante, en algunas ocasiones, esa competencia, ha sido limitada por la ley y también lo puede hacer el estatuto social, estas limitaciones al poder de decisión de los administradores está justificado por casos en los cuales la decisión o el acuerdo a tomarse es de gran trascendencia para la sociedad, tal es el caso, de aquellas operaciones que comprometan el patrimonio social. En las actividades ordinarias, los administradores actúan con independencia y discrecionalidad, debiendo tomar sus decisiones de negocio de acuerdo a su experiencia, pericia, y en estricto respeto a la ley y a los estatutos.

I.2.6.Respecto al deber de lealtad.

Para el caso del deber de lealtad, el modelo de conducta es el de un -representante leal-, que conjuntamente con el deber de diligencia, conforman los deberes generales del contrato entre la sociedad y los administradores. El deber de lealtad también es una cláusula general del contrato celebrado entre el administrador y la sociedad, que sirve para poder examinar las conductas de los administradores que pudieran constituir tipos de conflictos de intereses entre cualquier administrador y la sociedad.

El deber de lealtad significa, que cuando exista un conflicto entre el interés del administrador y el interés de la sociedad que suponga ventajas para el administrador a expensas de sociedad, el administrador debe abstenerse de obtener para si las ventajas, caso contrario estaría incurriendo en infracción al deber de lealtad, por lo que se vería obligado a responder por los daños causados al patrimonio social. Este deber también tiene una función preventiva, ya que advierte a los administradores que de darse un incumplimiento estaría incurriendo en infracción.

El administrador es entendido como un representante, y ejerce su función dentro de lo establecido en el objeto social de su representada y la obliga frente a terceros de buena fe, por actos que excedan el objeto social. Esta facultad de representar no proviene del estatuto,

sino que proviene de la ley por lo cual no se le puede limitar en el ámbito externo, aunque en el ámbito interno la Junta de socios podría adoptar medidas que limiten su actuación. (Farrán Farriol, 2008)

En cuanto a que el administrador debe de comportarse como un representante leal, hay que entender que lealtad significa actuar fielmente, no inclinado al engaño. Esta lealtad será para con la empresa que administra, no con los socios ni otros actores, su conducta será siempre la de anteponer el interés de la sociedad a su propio interés o de las personas vinculadas a él o terceros, de manera que en la eventualidad que surgiera un conflicto entre los intereses personales y los societarios, la lealtad lo llevará a decidirse por los intereses de la empresa que representa. Si se diera el caso que el administrador de una empresa simultáneamente tuviera a su cargo la administración de otra empresa competidora, entonces allí se presentaría un conflicto de intereses por cuanto a ambas empresas les debería el mismo deber de lealtad, este problema deberá de solucionarse cesando el administrador en el cargo, lo cual sería pedido por los socios y decidido por la junta general de socios, debido a que esta constituye la máxima autoridad en la sociedad.

I.2.7. Tratamiento de los deberes en la legislación societaria.

Nuestra ley actual 26887 trata de materia unitaria la responsabilidad de los administradores de sociedades, para un sector de la doctrina ese tratamiento no parece ser el más apropiado, debido a que ambos deberes no tienen diferente naturaleza, ya que el deber de lealtad está vinculado a la de “apropiación indebida”, mientras que el deber de diligencia está vinculado a actos de gestión indebida, por lo que mientras la lealtad corresponde a la vertiente deontológica, el deber de diligencia responde a una vertiente tecnológica, por lo que habría de tratar cada deber en función a su naturaleza y no de manera igualitaria.

El deber de diligencia obliga al administrador a que invierta tiempo y esfuerzo, así como a desplegar elevados niveles de pericia en la gestión y supervisión de los negocios sociales, con el fin de obtener el máximo valor posible, y el deber de lealtad impone que los administradores hagan prevalecer los intereses de la sociedad a los suyos propios a fin de minimizar la redistribución de valor, de lo que se colige que los administradores están

sujetos a un doble mandato, por un lado maximizar la creación de valor y minimizar la redistribución de valor.

Teniendo en consideración que los deberes mencionados tienen naturaleza distinta, parece lo más conveniente que legislativamente debe tratarse de modo diversificado, poniendo un régimen de mayor severidad a las infracciones derivadas del incumplimiento del deber de lealtad y estableciendo un régimen de indulgencia a la infracción del deber de diligencia.

Es tratamiento diversificado de los deberes, tiene sus fundamentos entre otros aspectos, en los incentivos con que cuenta el administrador para el incumplimiento. Si se evalúa el grado de alineamiento natural de los incentivos del administrador con los intereses de los socios. Se tiene que a mayor alineamiento la probabilidad de incumplimiento será menor, lo que justifica una política de indulgencia; en cambio cuando el alineamiento entre ambos intereses es bajo existirá una mayor probabilidad de incumplimiento, lo que justifica una política legislativa de severidad. Como se puede apreciar la lealtad implica que el administrador no debe trasladar valor de la sociedad hacia su patrimonio personal, lo que elimina la posibilidad de que pueda existir un alineamiento natural de intereses. En este orden de ideas, el incumplimiento otorga mayores beneficios al administrador sin costo alguno, sencillamente porque traslada los recursos de la sociedad hacia su patrimonio. En cambio en la negligencia las cosas funcionan de manera distinta, la negligencia se manifiesta en un ahorro de atención y esfuerzo por parte del administrador- no en la obtención de un beneficio patrimonial como la infracción del deber de lealtad-, además el administrador tendrá que enfrentar los costos derivados de su conducta negligente, los cuales pueden ser, por ejemplo, si la empresa quiebra, el administrador pierde su trabajo, además perderá su prestigio y las empresas del mercado no tendrán interés en contar con sus servicios. De modo que para el administrador no le será beneficioso en alto grado, tener una conducta no diligente.

I.2.8.Respecto a la Obligación de Guardar Secreto.

En España la Ley habla del deber de guardar secreto sobre las informaciones confidenciales a los que hayan tenido acceso en el ejercicio de su cargo, es decir que el administrador no debe divulgar aquella información de la cual haya tomado conocimiento,

esta información es de cualquier índole, ya sea de naturaleza económica, social o ética, en caso de incumplimiento estaría contraviniendo este deber, por lo que deberá de responder por los daños que se deriven de sus actos.

La imposición de un deber de secreto específico a los administradores que se extiende más allá del tiempo durante el cual ejercen el cargo de tales, como lo contempla, la ley de sociedades de capital de España en el artículo 228.b) se justifica porque la finalidad del mismo y la naturaleza de su objeto hacen preciso extender su eficacia aún después de que aquéllos cesen en sus funciones. (Bartle, Beltran, & Esteban Velasco, La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles., 2016).

En la legislación peruana, la ley 26887 establece en su artículo 171° segundo párrafo que los directores: “Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad o de la información social a que tengan acceso aún después de cesar en sus funciones” (Castro Reyes, Aplicación practica de la ley general de sociedades, 2011). Se observa que, en el caso peruano, la norma habla de guardar reserva respecto de los negocios y de la información social, no habla de guardar secreto, pero podría tomarse como sinónimos, destacando que la norma legal no solo exige deber de fidelidad y lealtad a los administradores cuando se encuentran en el ejercicio del cargo, sino que la prohibición de divulgar información se extiende más allá del periodo en el cual ejerzan funciones.

Obviamente que la información prohibida es aquella cuya divulgación podría causar daño a la sociedad, en la jurisprudencia española la prohibición se refiere a la comunicación de la información confidencial a terceros y a la divulgación de la información confidencial, la distinción entre una y otra se encuentra en que en la primera la información es entregada a terceros que se pueden especificar, en cambio en la divulgación la información se hace pública, es decir se dirige para todas las personas sin ninguna distinción. Se excluye de esta prohibición de reserva aquella que es de carácter público y que es la que normalmente identifica a la empresa en la comunidad y específicamente le permite llegar al mercado, también debe excluirse aquella que por mandato legal debe ser entregada a las autoridades que lo requieran.

I.2.9.Respecto a la Obligación de Abstención.

La doctrina considera que los administradores tienen el deber de no participar en la toma de decisiones del órgano de administración, cuando lo que va a ser materia de decisión, implica para el administrador un conflicto entre su interés y el interés social, en esos casos no debería de participar, ya sea influenciando en aquellos que deben tomar la decisión o participando activamente en el debate. En el caso de las sociedades que tienen un directorio, este es un órgano colegiado, lo que implicaría que aquel administrador que se encuentra en un conflicto de intereses, no debe participar en la sesión ni mucho menos buscar maneras oblicuas de lograr alcanzar alguna ventaja que le favorezca, de hacerlo estaría vulnerando el deber de abstención.

Pero no solo se trata que el administrador debe abstenerse de participar cuando tenga un interés directo y personal, sino que también deberá hacerlo cuando el acto o acuerdo pueda generar un beneficio a favor de terceros que están vinculados con él, tal es el caso de que el beneficiado podría ser una persona como su cónyuge o cualquier familiar, aún podría tratarse de una empresa donde tenga intereses accionarios el o su familia.

I.2.10. Responsabilidad De Los Administradores.

Los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios, frente a los terceros por los daños que causen con un actuar negligente, por falta de lealtad, además por los actos o acuerdos en los que hayan actuado con dolo, abusando de sus facultades o con negligencia grave; responden de forma solidaria por los actos o acuerdos de sus predecesores, si es que conociendo las infracciones, no las hubieran denunciado ante la junta general por escrito, esto es aplicable tanto a la Sociedad Anónima ordinaria, como a la Sociedad Anónima abierta y cerrada.

Los socios podrán interponer contra los administradores la pretensión social de responsabilidad, a fin de que estos, puedan resarcir los daños causados al patrimonio social, esta pretensión lo hará por acuerdo de la junta general de accionistas, y de haberse tomado el acuerdo y no implementarse dentro del periodo de tres meses, lo podrá hacer cualquier accionista; la pretensión puede ser incoada por accionistas que representen la tercera parte de las acciones, sin que exista acuerdo previo de la junta general.

En la doctrina se considera que la pretensión puede ser acordado, aunque no esté en el orden del día de la junta, y que la junta puede transigir o renunciar al ejercicio de la pretensión.

En el caso de la ley 26887, la responsabilidad del directorio es ilimitada y solidaria por lo que dado a que el directorio es un órgano colegiado, se entiende que todos los directores son responsables, salvo que hayan manifestado estar disconformes con el acuerdo al momento de haberse tomado o cuando tomó conocimiento de él, esto es para eximirse basta el solo haber expresado su desacuerdo, pero, tiene que haber hecho que quede constancia en acta de sesión o en caso de haber tomado conocimiento, la disconformidad se expresará mediante carta notarial. La responsabilidad se imputa siempre que hayan actuado con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

I.2.11. Pretensión social de responsabilidad.

La ley 26887 en su artículo 181° regula el medio por el cual la sociedad puede imputar responsabilidad a los administradores por haber incurrido en incumplimiento de sus deberes fiduciarios, prescribe que la junta general debe acordar promover la pretensión social de responsabilidad contra el o los administradores que hayan incumplido con sus deberes, el acuerdo puede adoptarse incluso aun estando la sociedad este en proceso de liquidación. Para la adopción del acuerdo no es necesario que haya sido parte de la agenda de la convocatoria a sesión de la junta, lo que significa que puede ser incluido en el orden del día, no habiendo sido materia de la convocatoria. Adoptado el acuerdo, cualquier director puede incoar la pretensión social de responsabilidad. Además, prescribe la ley que un número no inferior al tercio del capital social puede iniciar la pretensión, sin necesidad de que haya acuerdo; pero, debe de cumplir con los requisitos de que la demanda comprenda las responsabilidades en favor de la sociedad y no en interés distinto; y que los promotores de la pretensión no hayan participado en negar el inicio de la pretensión contra los administradores.

Adoptado el acuerdo por la junta y habiendo transcurrido 3 meses desde el mismo, y los responsables no incoaran la pretensión contra el administrador o administradores, queda facultado cualquier accionista para entablar la demanda. El producto obtenido, si la

demanda tiene éxito, es percibido por la sociedad, pero se podrá reembolsar los gastos incurridos a los promotores de la pretensión.

También pueden promover la pretensión social de responsabilidad los acreedores, ello ocurre en el caso de que, habiéndose adoptado el acuerdo por la junta, ni los representantes de la sociedad, ni los socios hubieran iniciado la pretensión. Para la legitimación de los acreedores, se exige que exista riesgo grave de que sus créditos pudieran ser perjudicados por el daño que ha sufrido la sociedad en su patrimonio neto. La demanda que efectúen los acreedores, solo tiene el propósito de restaurar el patrimonio neto de la sociedad, no protege intereses de los socios, ni de terceros.

Esta pretensión consiste en el derecho de formular un juicio por la propia sociedad, y en defecto de ella, por los socios, y, en defecto de ambos, por los acreedores; para que los administradores reparen el daño patrimonial causado a sociedad. Constituye un remedio que otorga la ley para reconstituir el patrimonio social dañado por una acción o acuerdo de los administradores. Es la búsqueda de una indemnización por el daño sufrido, debido a que estos han incumplido con los deberes de actuar como con la diligencia de un ordenado comerciante o de un representante leal, o que hayan incumplido la ley, los estatutos, actuando con dolo, abusando de sus facultades o con negligencia grave.

La titularidad de la pretensión corresponde a la propia sociedad, es decir que la sociedad por intermedio de sus representantes debe de entablar la demanda. Resulta que los representantes de la sociedad son justamente los administradores, por lo que en el caso que sea más de uno, los involucrados en el incumplimiento, la pretensión lo promoverán los no involucrados, pero en el caso que la responsabilidad involucre a todos, entonces no habría administrador hábil para interponer la demanda, en ese caso, la doctrina considera que la solución lógica, consiste en que al momento de adoptar el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad contra los administradores, adoptado el acuerdos, estos cesan de modo automático, esto es dejan de ser administradores, agregando que en la misma sesión deben de nombrarse a los reemplazantes, de modo que será los nuevos administradores los que inicien o promuevan la pretensión social de responsabilidad contra los cesados.

En el caso que, tomado el acuerdo por la junta, los administradores no inicien la pretensión, se establece un plazo de espera de 3 meses contados a partir de la fecha de toma del acuerdo, para que los socios estén legitimados para incoar la pretensión. La doctrina se pronuncia por que el plazo de 3 meses, es un plazo de espera, es decir pasado el plazo no se anula la titularidad de la sociedad para incoar la demanda, y bien podría darse el caso de que se tanto los socios como la sociedad planteen sendas demandas, en cuyo caso, los demandas deberá de acumularse porque ambas se refieren a los mismo.

La ley peruana no ha señalado el plazo de espera, para que los acreedores, promuevan la pretensión social, lo cual implica que si cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 181° muy bien iniciar la pretensión contemporáneamente con los socios, e incluso podrían hacerlo coincidiendo con la sociedad, dentro del plazo de los tres meses.

I.3. Definiciones conceptuales

Sistema de determinación de responsabilidades los administradores de sociedades de capital.

Entendido como los deberes implantados legislativamente o por los estatutos, para regular la conducta que deben observar los administradores en los negocios que administran, cuyo incumplimiento genera la imposición de sanciones previstas legalmente.

I.3.1. Deberes Fiduciarios.

Son los deberes que deben observar los administradores de las sociedades debido a la confianza recibida de la sociedad, la que le confía su patrimonio para su administración, la cual debe ser realizada con diligencia y lealtad; por lo que estos son los deberes fiduciarios de carácter general, de los que se derivan otros que tienen su origen en ellos.

I.3.2. Deber de diligencia.

Es el cuidado y solicitud en el cumplimiento de la obligación.

I.3.3. Deber de lealtad.

Es la persona fiel, incapaz de cometer un engaño, fiel a la empresa que administra.

I.3.4.Dolo.

La intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Intención maliciosa de causar daño. Intención deliberada de no cumplir la prestación.

Acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación.

I.3.5.Negligencia grave o culpa grave,

Es entendida como imprudencia temeraria, cuando deliberadamente se ignora a la empresa y a sus accionistas en general. O como acciones que no pueden enmarcarse dentro de los límites de la razón.

I.4. Hipótesis.

El sistema de determinación de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital establecido en la Ley General de sociedades N°26887, es efectivo y contiene una adecuada definición de los deberes fiduciarios que deben cumplir los administradores.

Capítulo II Materiales y métodos.

II.1. Tipo de investigación.

Investigación jurídica, por lo que es de naturaleza cualitativa

II.2. Método de investigación

II.2.1. Método interpretativo.

Interpreta textos, por ejemplo, de la legislación nacional y extranjera, buscando encontrar su significado y como se aplica a cada caso concreto.

Permitirá exponer el paradigma al cual se adhiere la legislación nacional, para comprender y entender los alcances del paradigma o modelo implantado legislativamente.

Permitirá que dado el análisis e interpretación de las normas sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades, se pueda construir un camino de actuación a seguir por los operadores de la ley.

II.2.2. Método inductivo.

Permitirá que, la ley nacional sea contrastada con otras legislaciones, como la española y la colombiana, y que, dada la interpretación de casos particulares, pueda darse las bases para hacer generalizaciones amplias.

Hará posible que luego del análisis del campo normativo se formulen hipótesis plausibles, para construir una formulación teórica que mejore el tratamiento de la responsabilidad del administrador de las sociedades.

II.2.3. Método analítico.

Permitirá el estudio minucioso de las instituciones jurídicas que regulan la responsabilidad del administrador de las sociedades de capital, para luego hacer una síntesis que interrelacione a estas instituciones y explique el funcionamiento del paradigma jurídico.

Utilizando este método se logrará reconstruir los elementos del modelo o paradigma y permitirá apreciar sus virtudes o sus falencias.

II.2.4. Método sistemático.

Nos permitirá unificar los diversos elementos que configuran el modelo en estudio, con la finalidad de elaborar una posible mejora.

Se utilizará preferentemente en la formulación de hipótesis sobre las normas regulatorias, tanto de la ley 26887, como de la legislación extranjera.

II.3. Diseño de contrastación.

II.3.1. Diseño fenomenológico hermenéutico.

Método Hermenéutico, en el estudio a desarrollar, se trata de interpretar textos plasmados en las leyes y como la jurisprudencia los interpreta, ya sea, la jurisprudencia nacional o extranjera, este análisis hermenéutico está vinculado el método exegético, para extraer los significados de las normas jurídicas referidas al sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, igualmente se utilizará el método sistemático, que permitirá establecer una ligación entre los distintos componente de las normas y así delimitar el sistema de responsabilidad. La aplicación de estos métodos se encamina en la búsqueda de las virtudes que el modelo de responsabilidad tiene para la determinación de la responsabilidad de los administradores y que opciones tiene los perjudicados, ya sea la sociedad, los socios o terceros, para que haciendo uso de caminos legales se logre recomponer el patrimonio social o indemnizar los daños sufridos por los socios y terceros. Así mismo se recurre al análisis inductivo para comprender la doctrina y las soluciones que esta propone para sostener el modelo en evaluación.

II.3.2. Población muestra y estudio.

Es un estudio jurídico que evalúa el sistema vigente de responsabilidad del administrador de las sociedades de capital, en consecuencia, no estudia número de objetos ni utiliza la estadística y sus herramientas, en ese orden de ideas, se analizará como se determina la responsabilidad en el país y en países con legislación similar.

II.3.3. La interpretación de la información, equipos y materiales de trabajo.

Se parte del análisis de los discursos jurídicos, en la búsqueda de su significado y fundamentos que expliquen razonablemente el modelo de determinación de responsabilidad los administradores de sociedades, y además se coteja con otros modelos a fin de comprender de mejor manera el funcionamiento del modelo, con la finalidad de propiciar un cambio positivo en su aplicación.

Para efecto del desarrollo del trabajo se seguirá la tradición hermenéutica, considerando la comprensión, interpretación y aplicación no como momentos separados, sino como un todo único, ya que estas capacidades humanas pueden operar al mismo tiempo.

Se asume que comprender un texto legal consiste en aceptar la pretensión de ser aplicado de manera diferente en cada caso concreto, y que comprender la ley es aplicarla en los términos antes señalados, ya sea de modo real o imaginario.

Para llevar a cabo la interpretación en los términos antes expuestos, utilizaremos textos físicos sobre derecho societario, complementado con bibliotecas virtuales como Elibro, Tiran lo Blanch, en cuyos portales, además, de libros, figuran revistas y jurisprudencia nacional y extranjera, también se recurrirá a información existente en Internet. De estos materiales el texto principal es la Ley General de Sociedades N°26887. Además, se utilizará textos referidos a metodología de investigación jurídica y otras obras de metodología del enfoque cualitativo de carácter general.

II.3.4. Procesamiento y análisis.

Dada la naturaleza jurídica, se hará de modo simultaneo al analizar las instituciones jurídicas.

Capítulo III. Resultados.

III.1. Responsabilidad De Los Administradores En Las Sociedades De Capital.

III.1.1. La sociedad.

Si bien La Ley General de Sociedades 26887, no ha definido que es la sociedad, si ha puesto de manifiesto que aquellos que deciden constituir una sociedad, deben aportar bienes y servicios, a fin de desarrollar una actividad económica. De modo que la norma legal afirma que las sociedades se dedican a actividades económicas, y para llevar adelante esa actividad, cuentan con bienes aportados por quienes la constituyen, además también se puede aportar servicios, aunque en las sociedades anónimas no se acepta dicho aporte.

En el ámbito comercial, normalmente los agentes económicos para constituir una sociedad aportan bienes de diferente naturaleza, que puede ser dinero, bienes tangibles e intangibles que se encuentren dentro de lo lícito, esta aportación de bienes constituye una unión de esfuerzos de diferentes personas con la finalidad de llevar adelante una actividad económica, lo hacen sin duda por que esperan recibir beneficios en el futuro, de modo que la combinación de los aportes con el trabajo del empresario va a generar beneficios de carácter patrimonial, sin duda que también existe un riesgo de que no llegue a lograrse los beneficios esperados en cada periodo económico, por ello en el hipotético caso que los resultados les fueran adversos, los que conforman la sociedad saben que corren el riesgo de perder lo invertido. En estos casos, lógicamente que son los socios los que asumen las consecuencias de las pérdidas.

En el modo de asumir las consecuencias de los resultados de un ejercicio económico, podemos hacer una distinción entre las sociedades de personas, como la sociedad colectiva, en la cual la responsabilidad que se derive de las operaciones económicas realizados por la sociedad es de responsabilidad de los socios con lo que han aportado y si eso no fuera suficiente, tendrán que responder, incluso con su patrimonio personal, es decir no solo perderán lo invertido, sino que pueden perder el resto de su patrimonio, ya que deben responder por las deudas impagas de forma ilimitada.

En las sociedades de capital, como la Sociedad Anónima, los socios responden solo con lo aportado al capital, no comprometen su patrimonio personal, así lo señala el artículo 51° de la ley vigente 26887, en el caso de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, los socios responden solo con el capital aportado, así lo establece el artículo 283° de la Ley antes citada; en lo que respecta a la Sociedad en Comandita por Acciones también se le considera como una sociedad de capital, en la cual la responsabilidad de los socios comanditarios se limita a lo aportado, así puede apreciarse en el artículo 282° de la ley 26887 en donde se añade que a esta sociedad se le aplica las reglas de la sociedad anónima en lo que sea aplicable. Es por ello que en la actualidad las sociedades más difundidas en el Perú y en el mundo son las sociedades de capital.

Las sociedades de capital se constituyen de diversas dimensiones, son muy relevantes las sociedades anónimas que cotizan sus acciones en el mercado de valores, estas componen su capital con grandes sumas dinerarias, pero en otras oportunidades los organizadores de la sociedad no tienen inversiones grandes, sino pequeñas y medianas, las que con el fluir del tiempo pueden aumentar, de acuerdo con el progreso de la sociedad periodo a periodo.

Un país fortalece su economía y con ello su bienestar cuando crecen las inversiones, esto es cuando mayor número de sociedades existan, sin tener en cuenta si son sociedades anónimas, sociedades en comandita, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades civiles o colectivas, por ello, los gobiernos ponen atención en establecer mecanismos jurídicos que generen condiciones apropiadas para que estas instituciones puedan desarrollarse y con ello generar la fortaleza de los países.

Un rol muy importante en el progreso de las sociedades, en especial en las sociedades de capital, lo tienen los administradores, ya que son ellos los que dirigen la gestión en la sociedad, reciben el encargo de administrar recursos ajenos.

III.1.2. Los administradores.

Es importante centrar la atención en los deberes que tienen los administradores en el desarrollo de su labor de gestión al frente de la sociedad en la que ejercen su función, ya

que ello permitirá mejorar el sistema de responsabilidad de quienes en forma profesional se dedican a administrar la riqueza nacional. Según, (Bartle, y otros, 2016), es importante delimitar los deberes con el propósito de aumentar la seguridad y la confianza en la actividad que desarrollan las empresas. Poner la atención en los deberes de los administradores implica precisar cuáles son las prestaciones que es posible exigir las prestaciones a quienes ocupan los cargos de administradores.

Los Administradores se vinculan con la sociedad mediante un contrato, esto es tienen respecto de la sociedad una posición contractual, cuya posición está integrada por diversas disposiciones legales, tanto de las leyes, como del propio estatuto de la sociedad, las que delimitan su actuación en la labor que le encomiendan. (Villamil Ferreira, 2021). Esta labor nace entre un conjunto de potenciales conflictos derivados de la posición que ocupan los socios, quienes asumen el riesgo empresarial y la posición del administrador que asume la responsabilidad de gestionar recursos ajenos, los cuales corresponden justamente a los socios, por ello se asume que los administradores tienen deberes que le impone responder a la confianza depositada en ellos, esos deberes denominados fiduciarios deben cumplirse dentro de los términos establecidos por las leyes y el estatuto de la sociedad, los administradores deben responder a la confianza que le otorgan los socios al cederle bienes de su propiedad para que ellos los administren con profesionalismo y responsabilidad.

La posición de los administradores en la sociedad se conoce como posición fiduciaria, lo que significa que deben actuar con fidelidad hacia la sociedad, sin que, en ningún caso, se les pueda permitir anteponer sus intereses o los de personas vinculadas a él, en desmedro de los intereses de la sociedad.

III.1.3. El significado de administrar.

De acuerdo con lo dicho por (Farran Farriol, 2004):

Administrar con carácter general es, regir, gobernar y dirigir los negocios de una sociedad o de una persona. De forma más concreta y desde un punto de vista civil, administrar, consiste en la actividad que, dirigida a la preservación, conservación, y

explotación de un bien concreto o un patrimonio, persigue obtener su máximo rendimiento económico, mediante el mínimo deterioro de los bienes administrados. (p. 36-37).

Dentro de esta concepción, es el rol del administrador cumplir diversas exigencias jurídicas, entre ellas, la de gestionar la empresa siguiendo el modelo del ordenado empresario, lo que lo obliga a actuar con diligencia y lealtad para con la sociedad o empresa a la cual representa, lo que conduce a cumplir todas las obligaciones legales y contractuales de la sociedad. Lo anterior significa que el desempeño del administrador tiene un marco legal que debe ser cumplido, en el caso peruano es la Ley 26887, en el caso colombiano es la ley 222, en el caso español es la ley 31/2014, estas normas específicas se integran con otras leyes de carácter mercantil y civil, las cuales constituyen el sistema jurídico de cada país que el administrador debe observar al momento de llevar adelante la gestión social.

El administrador a diferencia del hombre, es un profesional que tiene la capacidad de analizar cada situación vinculada con la empresa y los negocios, si bien no cuenta con una *lex artis* que determina las competencias y la forma como debe guiar su profesión, si existe la experiencia sobre la diligencia y lealtad que se espera de su conducta como gestor de sociedad o empresa.

El administrador tiene entre sus atribuciones la de realizar todas las operaciones que se encuentran dentro del objeto social de la empresa, con la finalidad de obtener el fin social para el cual está se ha constituido, y desde luego busca maximizar el valor de la empresa, o sea maximizar la riqueza de los socios o accionistas. Pero no se crea que la maximización del valor de la empresa se persigue sin tener en cuenta los intereses de otros actores, sino la gestión debe llevarse a cabo armonizado los diversos intereses, por ejemplo, debe armonizarse los intereses de los trabajadores, del estado, del medio ambiente, de la comunidad, pero siempre teniendo como guía, la maximización del valor de la empresa.

III.1.4. Las sociedades de capital.

Una forma de entender el funcionamiento de las sociedades, es agrupándolas y clasificándolas, una de las clasificaciones más difundidas, es la de clasificar a las sociedades en sociedades de personas y sociedades de capital. En la actualidad son las sociedades de capital las más requeridas por quienes constituyen una empresa, y dentro de estas sociedades la estrella es la sociedad anónima. El desarrollo de una parte muy importante de las actividades económicas se viabiliza mediante la forma asociativa de sociedad anónima, bajo esta forma asociativa se organiza una cantidad muy grande de empresas, que se les denomina grupos empresariales, en esta forma asociativa los inversores reducen su riesgo al monto aportado. Para (Reyes Villamizar, Derecho Societario, 2011), la intención capitalista se advierte en el hecho de que los socios limitan su responsabilidad al monto aportado, por lo que lo más relevante en una sociedad capitalista es el *intuitu pecuniae*.

Las sociedades de personas se estructuran sobre la base de entender que el rasgo más importante en este tipo societario es la calidad de las personas y no lo que hayan aportado al negocio, convirtiéndose el *intuitu personae* en la característica más importante de esta forma asociativa.

La forma como se asocian da como resultado distintas formas de administración, por un lado la administración de las sociedades capitalistas ha seguido una línea de separar la propiedad de la gestión, rebelándose con mayor nitidez en la gran empresa capitalista sociedad anónima cotizada, en la que la gestión social está separada de la propiedad, en el caso de las sociedades personalistas ocurre que son los socios los que asumen la responsabilidad de representar y gestionar la sociedad, existiendo aquí un compromiso de

carácter personal de los administradores.

En el caso de las sociedades capitalistas el riesgo de hacer empresa recae sobre los socios, la responsabilidad de la gestión recae sobre los administradores, de modo que los socios asumen el riesgo de empresa, no comprometiendo a los administradores, salvo que incurran en dolo, falta grave o exceso en sus atribuciones. En las sociedades personalistas el riesgo empresarial es de los socios, los que a su vez desarrollan la gestión social, por lo tanto, en este tipo de sociedad la administración adquiere un compromiso personal.

Las sociedades de personas son de estructura cerrada, en la que los socios permanecen como tales en forma indefinida, esto se debe a que la negociación de los títulos representativos de su capital, está sujeto a muchos obstáculos que impiden el ingreso y salida de otros socios, en estas sociedades para poder ingresar tiene que tener el asentimiento de todos los socios, distinta es la estructura de las sociedades de capital, donde es frecuente que los títulos que representan el capital se negocien de forma permanente, lo que hace posible que exista un frecuente ingreso y salida de socios.

La legislación Española Ley 31/2014 del 3 de diciembre del 2014 que modifica la ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 1º que son sociedades de capital la sociedad anónima y las sociedades en comandita por acciones, señalando que en esta última al menos uno de los socios deberá de responder personalmente por las deudas sociales, en cambio en la sociedad anónima todos responden solo con lo aportado. Al referirse al marco regulatorio español (Arias Varaona, y otros, 2021), afirma que la ley de sociedades de capital configura a la sociedad anónima como un ente dotado de personería jurídica plena y autonomía patrimonial, destacándose la libertad de transmitir sus acciones, la vida de la sociedad se rige por los estatutos y la responsabilidad de quienes la conforman solo alcanza al monto invertido.

En la legislación peruana la sociedad anónima ha sido normada en varios tipos, siendo la sociedad ordinaria a la cual le han dedicado una normatividad exhaustiva, y se han generado dos tipos adicionales, la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta, esta última es la que ha sido diseñada para la gran empresa, en todas ellas prima la responsabilidad limitada a los aportes. Conjuntamente con la sociedad anónima la ley 26887 Ley General de Sociedades (LGS) norma a la sociedad en comandita por acciones, a la cual le son aplicables las normas diseñadas para la sociedad anónima en lo que corresponda. Además, la ley citada contempla la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada en la cual la responsabilidad también está limitada a lo aportado, esto es que los socios que la integran no responden con su patrimonio personal.

La administración de la sociedad anónima la realiza el directorio y uno o más gerentes, así lo dispone el artículo 152° de la LGS, con la excepción establecida en el artículo 247° para el caso en que la sociedad anónima haya establecido en su estatuto, que no cuenta con directorio, en ese caso la administración recae sobre el gerente general.

En la sociedad en comandita por acciones la administración está a cargo de los socios colectivos quienes tienen las mismas responsabilidades que los directores de las sociedades anónimas, así lo establece el artículo 282° inciso 2 de la LGS y en el caso de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada la administración está a cargo de uno a más gerentes conforme lo dispone el artículo 287° de la LGS.

III.1.5. La exigencia de responsabilidad.

Es importante establecer quienes son aquellos que asumen la responsabilidad por la gestión de la sociedad, a primera vista parece que la responsabilidad recae sobre quienes han sido formalmente designados en el cargo de administrador, de modo que la solución aparece como sumamente sencilla, sin embargo en la práctica se han presentado situaciones

en las que la solución no aparece tan nítida, sino que hay que recurrir a examinar consideraciones no establecidas legalmente, tal es el caso de lo que la doctrina conoce como la de los administradores de hecho.

III.1.5.1. El administrador de hecho como sujeto de responsabilidad.

En la doctrina utiliza esta denominación para designar a aquellos que ejercen la función de administrador sin haber sido investidos formalmente para ejercer dicho cargo; suele designarse a aquellos que habiendo sido investidos, su título ha caducado por haber concluido el periodo para el cual fue designado y no hubieran obtenido la renovación, por lo que al ser actuando como administrador genera la preocupación para determinar hasta qué punto se encontraba legitimado para realizar actos de gestión.

Se sostiene en la doctrina registral que los administradores con título fenecido están habilitados para seguir realizando actos de gestión. En este caso la jurisprudencia ha llegado a aceptar que se admite como legitimo la actuación del administrador, justificando que ello es así, en tanto la empresa no puede paralizarse, pues sufriría menoscabo en su economía. Otras explicaciones que se dan para justificar la actuación del administrador con periodo vencido, es que tácitamente ha sido reelecto, o que ha prorrogado el mandato con la finalidad de evitar vacíos que perjudiquen a la sociedad

En el derecho español el reglamento del registro mercantil se ha decantado por aceptar la prórroga del mandato de los administradores, pero como una forma

excepcional y orientado a la realización de determinados actos, como es la de convocar a la junta general que deberá elegir a los nuevos administradores.

Para un sector de la doctrina en España, quienes ejercen el cargo no obstante haber concluido su periodo, implica que su periodo ha sido prorrogado y no los consideran como administradores de hecho sino como auténticos administradores de derecho. Es aceptado de modo general que aquel que actúa como administrador de hecho, tiene que responder personalmente ante la sociedad y ante los accionistas y ante los terceros por los daños que se produzcan por actos contrarios a la ley, a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes con los que debe actuar un administrador.

III.1.5.2. ¿Qué es el administrador de hecho?

Existen diversas formas de conceptualizar al administrador de hecho, pero el que, es más difundido, es el que lo define, como -aquella que en el tráfico comercial desempeña sin título o con título fenecido las labores asignadas a un administrador formal. (Beltran, 2016).

El administrador de hecho, ejerce funciones de manera efectiva en forma personal o influye decididamente en los administradores de derecho, esto es, que ejerce poder de decisión sobre los negocios de la sociedad, en los términos que la ley les otorga a los administradores de derecho. Estas personas ejercen las funciones sin que la sociedad realice oposición, porque su labor es positiva para la sociedad y equivalente a la que ejecute el administrador la sociedad.

III.1.5.3. Administrador oculto.

expresión de administrador de hecho, es el denominado administrar oculto, pero para un sector de la doctrina, administrador de hecho y administrador oculto son tipos distintos, ya que el administrador de hecho, es uno que se presenta ante los terceros como tal, contrata a nombre de la sociedad, es conocido por los terceros, se muestra en el tráfico comercial y todos pueden identificarlo; en cambio el administrador oculto según (Beltran, 2016), opera desde la sombra, lo hace por medio de los propios administradores formales, influye sobre los que están formalmente investidos, para que estos cumplan con sus disposiciones, no es conocido por los terceros, por eso se le conoce también como “administrador en la sombra”

III.1.5.4. Delimitación del administrador de hecho.

En ocasiones el administrador oculto opera esgrimiendo un título que lo hace notorio ante los terceros, tal es el caso de apoderado general. Valiéndose de ese título, da instrucciones a los administradores para que realicen actos de gestión. No obstante, la diferencia, el régimen de responsabilidad debe aplicarse a ambos de la misma forma, ya que deben responder por sus actos y no puede ser excusa de que, al no conocerse al administrador en oculto, se le exonere de responsabilidad por los daños que su actuación irroque.

Para calificar a un administrador como administrar de hecho, deben de concurrir tres requisitos que lo caracterizan, el primero, se refiere a que debe actuar con autonomía, esto es que no se encuentre subordinado a ninguna persona u órgano social y en consecuencia tiene libertad para tomar sus decisiones, el segundo, que

debe de actuar con habitualidad o sea que tenga permanencia o continuidad en el tiempo en la toma de decisiones y excluye aquellas intervenciones que en forma puntual se hicieran en un tema determinado, lo que impide por ejemplo, considerar como administrador de hecho a la junta general, cuando esta da instrucciones a los administradores para determinados casos específicos, el tercero, se refiere a que la forma en que interviene debe tener carácter decisorio, que implica que no es suficiente aconsejar a quien va a tomar la decisión sino que el consejo se convierta frecuentemente en la decisión, de modo que si su consejo solo sirve en una etapa pre decisorio y no llega a convertirse en decisión, no se estaría cumpliendo esta característica.

Por lo que administrador de hecho es aquella persona que en la práctica manda en la sociedad, es una personalidad que tiene el poder de imponer decidir según sus propias evaluaciones de la información de la que dispone y asimila a él los poderes que un administrador de derecho tiene y los actos que realiza se consideran como actos de la sociedad, esto es comprometen a la sociedad es los negocios que realice y es la sociedad lo que va responder por ellos, en el caso del administrador oculto (que también es un administrador de hecho), existen a razón o razones poderosas que conducen a que sus consejos a los administradores nominados formalmente, sean traducidas como órdenes y por lo tanto sean obedecidas, de modo que formalmente los actos son realizados por los administradores, pero en realidad la voluntad y el poder de tomar las decisiones es de una persona que no se ve hacia afuera.

El administrador de hecho realiza acciones vinculantes para la sociedad, realiza acciones de gestión, administración y de gobierno, mantiene una presencia

real en las actividades de la gestión de la sociedad, mantiene un protagonismo vivo, y cuenta obviamente con la aceptación de la sociedad, porque de otra manera no se podría entender su vigencia y la toma de decisiones que vinculan a lo sociedad en todos los actos en que en su nombre, intervenga el administrador de hecho.

La acción efectiva del administrador de hecho en la sociedad, determina que la existencia de un título viciado o caducado sea irrelevante, son situaciones que pueden estar o no presentes, sin que su ausencia, se obstáculo para determinar que el sujeto es un administrador de hecho.

La valoración de la condición de administrador de hecho se hace en base a indicios cuya existencia ayudará a configurar que se está en presencia de un administrador de hecho; entre los concretos indicios pueden señalarse por ejemplo cuando el sujeto posee un poder general (apoderado general y similares), bajo cuyo amparo actúa dando la apariencia de que esa condición lo pone como jefe de los administradores.

Un dato interesante que resulta importante anotar, es que el poder por sí solo no basta, sino que hay que examinar su contenido, de ese examen generalmente se traduce en que los poderes otorgados son de un amplitud tan general que coinciden con el de los administradores de derecho, superponiéndose a estos, ejemplo de esto, se puede citar el hecho de que en sociedades en las que la propiedad y la administración están vinculadas por lazos personales, suele ocurrir que con el ánimo de situar fuera del alcance de la responsabilidad frente a terceros, se nombra a una persona como administrador, cuando realmente quién toma las decisiones es otra persona; en esa dirección quien actúa como administrador es una persona que no ha sido investida como tal, ni en la constitución de la sociedad ni en las

posteriores juntas, sin embargo, acredita que ha recibido un poder general que ha sido debidamente inscrito en el Registro Público y es en merito a dicho poder que actúa como administrador de la sociedad. (Recalde Castells, y otros, 2020)

En la jurisprudencia española encontramos que en la sentencia de la audiencia provincial de Valencia del 18 de noviembre de 1999 se señala que la persona que había sido demandada era el encargado de gestionar la actividad económica de la sociedad en su calidad de apoderado, y en tal sentido debería de ser considerado como un claro administrador de hecho de la sociedad, ya que en lo formal como administrador de derecho figuraba su hijo, pero que en la realidad quién dirigía y controlaba la vida económica de la sociedad era el padre, quién tenía, según el poder otorgado, facultades tan amplias que prácticamente coincidían con las que el estatuto de la sociedad le otorga al administrador de derecho, y que al ser esos hechos reconocidos, se determinó que el padre era el administrador de hecho de la sociedad.

III.1.5.5. El administrador de hecho y la responsabilidad aplicable.

La consecuencia jurídica que puede derivarse del ejercicio de facto de la función de administrador es que a este funcionario debe aplicársele el sistema de responsabilidad consagrado en la ley para ser aplicable al administrador de derecho, esto es aplicarle la norma que se le aplicaría a quién ha sido investido siguiendo el procedimiento legal que ha instituido la ley, sin que ello de lugar a la exoneración de responsabilidad del administrador de derecho.

En el derecho español de acuerdo con lo establecido en la ley 31/2014 Ley de Sociedades de Capital, deberá aplicársele las los artículos 236° a 241° que resuelve los problemas de la administración de hecho, al haber considerado en el

inciso 3 del artículo 236° que el sistema de responsabilidad aplicable a los administradores de derecho deberá de extenderse al administrador de hecho, resolviendo legislativamente la problemática de como fundamentar la extensión de responsabilidad hacia estas personas que en la práctica realizan acciones de gestión de administración y de gobierno, y por lo tanto deben de responder por el daño que su acción u la omisión de ella pueda ocasionar a la sociedad, a los socios o a los terceros.

Si bien existen otras circunstancias en las que la ley obliga a los administradores a realizar actos que son propios de su cargo, tal por ejemplo de la de promover la disolución de la sociedad cuando se cumplan los presupuestos establecidos legalmente, la omisión de convocar a la junta a fin de que acuerde la disolución de la sociedad viene a constituir causa por la cual los administradores pueden ser pasibles de imputársele responsabilidad, así lo entiende la ley de sociedades de capital de España al consignar en su artículo 367°, atribuyéndoles responsabilidad solidaria a los administradores en el caso que omitan convocar a la junta dentro del plazo de dos meses a fin de tome el acuerdo de disolución o lo que corresponda, esta norma obviamente es aplicable a los administradores de hecho, ya que como se dicho, en la propia ley se reconoce ahora la extensión de responsabilidad a los citados administradores.

III.1.5.6. La persona jurídica como administrador.

En aquellos casos en que el administrador de la sociedad sea una persona jurídica, surge la pregunta ¿a quién debe imputársele la responsabilidad a la persona jurídica administradora o a la persona física que en representación de la persona jurídica administradora realiza los actos de administración? La respuesta se inclina

por atribuir las mismas responsabilidades tanto a la persona jurídica como a la persona física, que en representación de la persona jurídica administradora lleva a cabo las funciones de administrador. De modo que existe responsabilidad solidaria entre la persona física y la persona jurídica, por lo que en un proceso judicial le corresponde al demandante determinar a quien emplaza, pudiendo decantarse por hacerlo contra la persona jurídica o contra la persona física o a ambos, a la misma vez.

Si respondiera la persona jurídica administradora, esta a su vez puede exigir responsabilidad a la persona física. Según (Beltran, 2016), esta forma de atribuir responsabilidad evita que pudiera designarse a personas jurídicas insolventes que no podrían afrontar las consecuencias patrimoniales derivadas de su administración.

III.1.5.7. El Administrador Cesado o Con Cargo Caducado y Su Responsabilidad.

Resulta de interés esclarecer si el régimen de responsabilidad debe aplicarse también a aquellos que han concluido en su cargo, ya sea porque por decisión propia han presentado su dimisión o han padecido la revocatoria en el cargo, puede haber llegado a término el periodo para el cual fueron elegidos y no les han renovado el mandato; en estos supuestos se está ante administradores de hecho.

Si por alguna razón el cesado no registra su cese en el registro público, se le extenderá la responsabilidad a fin de que responda por los daños que se deriven de su acción u omisión, ya que continúan figurando en el registro como administrador de la sociedad.

Ha de aceptarse que el registro no es constitutivo en lo concerniente al nombramiento y cese de administradores, sin embargo, ello no constituye un

obstáculo para brindar protección jurídica a aquellos que actuando de buena han confiado en la información que proporciona el registro. Es decir que los acreedores sociales de buena fe tienen derecho a confiar en la publicidad que brinda el registro, por lo que no pueden verse perjudicados por la no inscripción del cese, de modo que les será inoponible la no inscripción, no pudiéndose verse perjudicados por la negligencia en que haya incurrido la sociedad al no inscribir el cese de sus administradores. Hay que tener en cuenta que la fecha de cese en el cargo de administrador tiene un papel relevante para el computo del plazo de prescripción de la acción que los acreedores sociales podrían emprender contra los administradores; pero si resulta razonable que la no inscripción del cese constituye uno de los elementos a evaluarse para poder determinar la responsabilidad que la ley le atribuye, ello en la medida que la no inscripción del cese pudo haber sido determinante en la apreciación de los terceros para contratar con la sociedad, debido a la confianza que irradiaban los administradores. Debe tenerse presente que resulta difícil aceptar que pueda ampararse a los terceros de buena en una demanda contra los administradores por hechos ocurridos luego del cese efectivo y antes de su inscripción en el registro, de lo que resulta que solo se podrá imputar responsabilidad por los actos acaecidos válidamente antes del cese.

En el plano formal para determinar el plazo de prescripción de la acción que el acreedor social puede ejercitar para exigir responsabilidad, debe computarse desde el momento en que se produjo la inscripción del cese, será desde ese momento que la inscripción podrá oponerse a los terceros de buena fe, ya que recién desde el momento de la inscripción será posible que los terceros puedan enterarse del cese y no antes, ya que el cese es un acto interno que se realiza dentro de los límites internos de la sociedad.

Es coherente que el tercero de buena fe que desconozca el cese del administrador porque este no ha sido inscrito, por lo que puede plantear la acción de responsabilidad contra el administrador cesado, lo contrario equivaldría a obligar al tercero de buena fe a soportar la carga de la discordancia entre la que figura en el registro y la realidad extra registral.

El hecho de plantear la demanda contra el administrador cesado por actos u omisiones ocurridos después del cese, argumentando que el hecho de no haber inscrito el cese, genera responsabilidad, no es exacto, ya que una cosa es plantear la demanda y otra es obtener una respuesta positiva, esto es que el administrador debe obligatoriamente de responder. Sin duda que el emplazado en su defensa puede obtener la exoneración de responsabilidad, en tanto, se debe considerar que el registro no tiene fines constitutivos sino solo declarativos, afirmar lo contrario equivaldría considerar que la inscripción construye la realidad.

Es evidente que la falta de inscripción del cese no genera la aceptación de que el administrador continuó en el ejercicio del cargo, por lo que se puede afirmar que no puede exigirse responsabilidad a una persona por hechos u omisiones en las que no ha participado, pero en la hipótesis que no obstante el cese, continúen en el ejercicio del cargo, en estos casos se habilita la imputación como administrador de hecho.

Para acceder a la exoneración de responsabilidad debe de existir una desvinculación efectiva, es decir, que en la realidad el administrador se haya apartado de la sociedad y por lo tanto no exista continuidad en el ejercicio de la gestión, administración y gobierno de la sociedad, en ese caso si habrá una exoneración.

III.1.6. El administrador en la ley 26887.

En el caso de la legislación peruana, la administración de la sociedad anónima la realiza el Directorio y uno o más gerentes, así lo señala el artículo 152°; estableciendo como excepción a esta regla, que en caso de aquellas sociedades anónimas cerradas que hayan optado y establecido en el pacto social o en el estatuto, no tener directorio, la administración estará a cargo del gerente general, así lo prescribe el artículo 247° de Ley General de Sociedades. Para (Elias Laroza, 2015), de los artículos citados se deriva que la administración de la sociedad anónima que cuente con Directorio, el órgano de administración será colegiado y responderán todos los integrantes de ese órgano colegiado por los actos de administración que causen daños y perjuicios a la sociedad, los socios o terceros; y en el caso de las sociedades anónimas cerradas que hayan decidido no contar con Directorio la administración estará a cargo del gerente general, esto es, será una persona la que desarrollara la administración y asumirá la responsabilidad.

En lo que respecta a si la administración puede estar a cargo de persona jurídica o solamente de persona física en las sociedades anónimas, hay que decir que los directores solo pueden ser personas naturales así lo dispone el artículo 160° de la LGS, pero el artículo 193° del mismo cuerpo legal admite que puede ejercer la gerencia una persona jurídica, por lo que si la administración lo ejerce el directorio y uno o más gerentes, estamos ante el caso que los administradores de una sociedad anónima también puede ejercerlo una persona jurídica, la cual tendrá que nombrar a su representante persona física que actuara en la administración de la sociedad. Para el caso de la administración de una sociedad anónima cerrada que ha decidido no contar con directorio, es indudable que el cargo de administrador podrá recaer sobre una persona jurídica, ello debido a que la administración está a cargo del gerente general y el cargo gerente general puede ser ejercido por una

persona jurídica, por lo que se arriba a concluir que en estas sociedades la administración puede estar a cargo de una persona jurídica, la cual designará a la persona física que ejercerá el cargo de administrador.

Para la Sociedad Comercial De Responsabilidad Limitada la administración estará a cargo de uno o más gerentes según el artículo 287°, los que según (Castro Reyes, Aplicación Practica de la Ley General de sociedades, 2011), quienes pueden ser socios o no; en este tipo societario, el cargo recae sobre personas naturales, esto se deriva del hecho que la LGS no tiene una norma que señale que la gerencia en este tipo de sociedades pueda recaer sobre persona jurídica.

En el caso de las sociedades en comandita por acciones, la administración recae sobre los socios colectivos y estos tienen las mismas obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas, así lo establece el artículo 282° inciso 2 de la LGS, y en lo que respecta a que si una persona jurídica puede ejercer la administración, hay que responder negativamente debido a que la LGS no tiene una norma que así lo habilite.

La LGS establece que el nombramiento de los administradores es un acto inscribible en el registro del lugar del domicilio de la sociedad; sostiene (Hundskopf Exebio, 2009), que también debe inscribirse la revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas que han sido nombradas como administradores, así está establecido en el artículo 14° de la LGS, el nombramiento tiene eficacia desde la aceptación del nombramiento ya sea en forma expresa o tacita. El artículo 14° es aplicable a todas las sociedades de capital y en general a todas las sociedades reguladas por la LGS.

3.1.7. La Responsabilidad de los Administradores en la LGS.

Los administradores de las Sociedades Anónimas responden en forma ilimitada y solidaria ante la sociedad, los socios y terceros por los daños y perjuicios que causen en al tomar acuerdos. Para la exigencia de responsabilidad los acuerdos deben de ser contrarios a la ley, a los estatutos o que hayan sido tomados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, conforme lo establece el artículo 177° de la LGS.

Son responsables del cumplimiento de los acuerdos de la junta general, así mismo responden en forma solidaria por los actos de quienes les han precedido en el cargo, siempre que conociendo los actos irregulares no los denuncien en forma escrita ante la junta general. Los administradores (directores y gerente o gerentes que ejercen la administración) pueden exonerarse de la responsabilidad, para lo cual deberán demostrar que habiendo participado en el acuerdo o al haberlo conocido expresaron su disconformidad, debiendo expresar su desacuerdo por escrito o mediante carta notarial.

Estas normas sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas son aplicables también a las Sociedades en Comandita por Acciones, conforme lo prevé el artículo 252° inciso 2 de la LSG. La responsabilidad de los administradores caduca los dos años conforme lo señala el artículo 184° de la LGS.

Contra los administradores, la sociedad puede interponer la pretensión social de responsabilidad establecida en el artículo 181°, también pueden interponerla los socios, y los acreedores sociales cuando la sociedad ni los socios la han interpuesto. Según (Elias Laroza, 2015), *La pretensión social tiene como caracteres esenciales el que su ejercicio corresponde única y exclusivamente a la sociedad y el que tiene por objeto lograr el*

resarcimiento de los daños causados por los directores a la sociedad. Aún en los casos que excepcionalmente, se permite el ejercicio de la pretensión a los accionistas o a los acreedores, estos no pueden hacer otra cosa que lograr resultados en favor de la sociedad y no en beneficio de su interés personal. Pág. 642.

Cuando los accionistas consideren que los administradores han causado daño directo a ellos, pueden interponer la pretensión individual de responsabilidad.

En lo que respecta a la responsabilidad de los administradores de las Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, el artículo 287° de la LGS afirma que: *“Los gerentes responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. (...)”* (Elias Laroza, 2015) pág.225.

Atendiendo a que la SRL es de estructura cerrada la LGS prohíbe que los administradores entren en conflicto de intereses con la sociedad, para lo cual prohíbe que estos funcionarios realicen por cuenta propia o de terceras actividades similares a los de la sociedad que administran, también les obliga a guardar reserva de la información privilegiada a la que tengan acceso debido a sus funciones, tampoco pueden valerse de ella, para obtener beneficios para sí.

Como puede apreciarse, los gerentes asumen responsabilidad solo ante la sociedad, siempre que actúen con dolo, abusando de sus facultades o con negligencia grave, esta

responsabilidad caduca a los dos años contados desde la realización del acto, esto no perjudica la responsabilidad penal, así lo establece el artículo 289° de la LGS.

La ley no ha previsto el tipo de pretensión que la que sociedad puede interponer contra los administradores de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, entendiéndose que es una pretensión social en tanto para ejercerla se necesita del previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, en este el artículo 288° referido a la responsabilidad de los gerentes no menciona la pretensión social, sino dice que la acción que se inicie en contra de los gerentes administradores requiere previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social.

III.2. El Régimen De Responsabilidad De Los Administradores.

Conviene reflexionar sobre la utilidad de estudiar el sistema de responsabilidad del administrador de las sociedades, ello debido a que estas personas reciben el encargo de administrar los recursos de las empresas, generalmente no administran los recursos que provienen de su patrimonio, sino que administran recursos de terceros (socios), por lo que es necesario que tengan un nivel de responsabilidad que les permita desarrollar su labor en forma ordenada y con la suficiente profesionalidad que evite conflictos con los socios, en el desempeño de su cargo no solo debe atender a la conservación de los recursos cuya administración le han encomendado, sino que deben buscar optimizarlos y obtener beneficios para que sean distribuidos entre quienes efectuaron los aportes para constituir la sociedad. De modo que construir un sistema jurídico de responsabilidad que permita un desempeño eficiente de la labor de los administradores y que garantice al mismo tiempo que los recursos que gestionan no corren más riesgo que el que deviene del mercado. Si los

administradores no cumplieran con sus deberes, el sistema de responsabilidad les impondrá las correspondientes penalidades por el incumplimiento de sus labores.

No se debe perder de vista que la relación contractual, implica que los administradores gestionan recursos ajenos en interés de la sociedad y no en su propio interés, lo que les obliga a guardar fidelidad hacia la sociedad.

Como sostiene (Bartle, y otros, 2016) el contrato de administración se perfecciona con la aceptación del cargo, y al perfeccionarse surge la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, esa relación jurídica viene acompañada de potenciales conflictos de intereses entre socios y administradores, ya que mientras los socios asumen el riesgo empresarial, los administradores asumen la función de gestión y representación de la empresa.

Los administradores asumen el deber de fidelidad hacia la empresa, y en cumplimiento de ese deber, están obligados a desempeñar su cargo en el mejor interés de la sociedad, anteponiendo siempre el interés de la sociedad por encima del interés propio, estando obligados a cumplir la ley y los estatutos de la empresa, de no hacerlo incurren en responsabilidad.

La responsabilidad se entiende como al conjunto de características del comportamiento social que son comprensivas desde la actuación personal conforme a la norma hasta la exigencia de ese comportamiento, la exigencia puede ser interna o externa, llegándose a la imposición de consecuencias por la conducta contraria a la que la sociedad espera del individuo. Quien incurre en responsabilidad está en deuda y por lo tanto debe de reparar y satisfacer las exigencias que se le imputan, esa deuda puede estar establecida legalmente como consecuencia de una actuación dolosa o culposa. También responsabilidad implica obligación moral que se origina en un error o asunto determinado.

Responder implica que se está obligado a soportar una pena o a satisfacer el daño causado o la culpa en que se ha incurrido.

El estar obligado puede devenir de lo externo, como lo es el delito, o de lo interno como lo es el plano moral. Cuando su origen es externo por delito, culpa u otra causa legal, acarrea la aplicación de la coerción externa, esto es que desde fuera se formule las exigencias de cumplimiento de la obligación, o que se imponga el resarcimiento.

Aquel que causa un daño está obligado a responder, ya sea que el daño se ha causado con intención, esto es con dolo, o se ha producido por negligencia, esto es con culpa.

Cuando la obligación de reparar es exigible externamente, decimos que es una exigencia legal, pero cuando proviene del fuero interno es exigible por normas de carácter moral, de suerte que el pedido de responsabilidad proviene de la conciencia y no del orden jurídico, de manera que las normas solo intervienen cuando la obligación es exigible desde lo externo, las exigencias de responsabilidad se formulan ante los jueces, quienes están investidos de poder para evaluar las conductas contrarias al orden jurídico.

Atribuir responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital implica que estos han tenido una conducta considerada inadecuada en el desarrollo de sus actividades, por lo que están en la obligación del resarcir el daño que han causado. Estas personas estarán sometidos a los dos tipos de responsabilidades, tanto a las de orden externo exigibles legalmente y que tienen un sentido patrimonial, como a las de orden interno, esto es moralmente, pero esta última responsabilidad no les es exigible por medio de las leyes, sino por la propia conciencia del individuo y de acuerdo con los valores que cultive.

La exigencia de responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital se dirige contra el patrimonio del administrador social, fundamentándose en el hecho que este esté como gestor de patrimonio ajeno no ha cumplido con las normas que regulan su labor, actuando con dolo, culpa o abusando de sus facultades, resultado de ese incumplimiento es la producción de daños en el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros.

El administrador social tiene a su cargo un patrimonio ajeno que debe gestionar con apego a las normas que regulan la actividad empresarial y siguiendo el modelo consignado en la norma jurídica para tal efecto. De modo que para el administrador social es importante tener en cuenta lo que establecen las leyes respecto a la conducta que debe observar en el ejercicio de su cargo, porque esas normas determinan los límites de su actuación en el ámbito de los negocios, pasado ese límite incurrirá en responsabilidad ante la cual debe responder con su patrimonio.

Es importante describir el modelo establecido legalmente para la determinación de la responsabilidad del administrador de las sociedades de capital. El modelo diseñado por el ordenamiento jurídico peruano por la Ley General de Sociedades 26887, está establecido en el artículo 171° de la LGS, y de acuerdo con (Elias Laroza, 2015), el modelo se enuncia en los siguientes términos:

“Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aún después de cesar en sus funciones” (p. 609).

La redacción del modelo peruano del ordenado comerciante y representante leal, es muy similar al inciso 1 del artículo 127° de la Ley de Sociedades Anónimas española promulgada con Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre, en esta norma, refiere (Farran Farriol, 2004), se describe el modelo español en los siguientes términos: *“1. Los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”* (p. 29).

Como se puede apreciar la legislación nacional en su primer párrafo guarda una cercana similitud a lo establecido en el inciso 1 del artículo 127° de LSA española, la diferencia entre una y otra legislación se encuentra, en que mientras la legislación nacional emplea el

término comerciante, la española emplea el término empresario, por lo que se puede concluir que el modelo peruano de la ley 26887 vigente desde el año 1997, es similar al modelo español del Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre; en ambos, se trata conjuntamente el deber de diligencia y el deber de lealtad.

Posteriormente la reforma de la Ley española ha conllevado que el tratamiento de ambos deberes sea por separado, delimitándose los alcances de cada deber, así puede verse que el deber de diligencia es tratado con amplitud en el artículo 225° y el deber de lealtad es tratado en el artículo 226° del Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de julio mediante el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Posteriormente con la legislación española mediante Ley 31/2014 del 3 de diciembre que modificó entre otros los artículos 225° deber de diligencia y 226° deber de lealtad, los cuales ha modelado la redacción vigente, en los cuales se trata en forma separada ambos deberes, y se ha delimitado las obligaciones básicas derivadas del deber de diligencia según el artículo 227° de la citada.

III.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad.

La responsabilidad puede ser sancionadora o resarcitoria, entendiéndose que responsabilidad es sancionadora cuando los daños ocurridos vulneran el orden público, lo que no excluye, que en forma accesorio pudieran haberse producido daños a los particulares, los cuales deberán de ser indemnizados. En el caso de la responsabilidad resarcitoria el daño real se ha producido a un tercero, este ocurre en el ámbito privado, y la forma de lograr la armonía es la indemnización por el daño generado.

La responsabilidad resarcitoria también denominada indemnizatoria se produce como consecuencia de la existencia de contratos o también sin que estos existan, es decir de modo

extracontractual; la responsabilidad es originada por la existencia de un daño, el cual debe de ser reparado.

Es importante también la categorización de los daños, así se categoriza en daño emergente y lucro cesante, a lo cual debe añadirse el daño moral. La idea básica de daño emergente, se dirige a considerar a aquel que tiene como objetivo reparar los daños directos e inmediatos que la conducta ha generado. Lucro cesante entendido como la privación de beneficios esperados o la no realización de los flujos de ingresos que el perjudicado esperaba y que ha sido truncado por el evento dañoso.

Como lo señala (Prades Cutillas, 2014), a lo señalado anteriormente debe agregarse los denominados daños punitivos, los cuales se encuentran en el medio del camino de los daños reparatorios y los sancionatorios, estos no implican una sanción, sino que se configuran cuando la conducta dañosa genera para el infractor un beneficio superior al daño que debe reparar. Esto implica que la conducta dañosa, termina otorgando un beneficio a quien incurre en ella, lo cual no puede tolerarse, porque implicaría alentar la conducta hacía la ilicitud. Ciertamente que esto obliga a considerar los daños punitivos que funcionan aplicando una sobre indemnización al perjudicado, con la finalidad de prevenir que la conducta ilícita no resulte rentable para los que incurren en ella, y constituye una advertencia a todos de que las conductas dañosas no generan beneficios de ningún modo.

III.2.2. El modelo de responsabilidad de los administradores en la Ley 26887,

El artículo 171° en su primer párrafo señala:

“Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”

Este párrafo que delinea el modelo de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y que resulta aplicable también a las Sociedades en Comandita por

Acciones, debido a que el artículo 282° inciso 2 dispone que los administradores de las sociedades en comandita por acciones responden de la misma forma que los directores de las sociedades anónimas.

Este párrafo figuraba en el artículo 172° de la Ley General de Sociedades anterior, Ley 16123, en esa ley tenía idéntica redacción, solo que el párrafo continuaba con la frase que determinaba que los directores respondían ante la sociedad, los socios y acreedores, del daño causado por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Además, contenía otros preceptos que atribuían responsabilidad solidaria a los directores.

Esto significa que el modelo que sirve de base para atribuir responsabilidad a los administradores de las sociedades sigue de acuerdo con lo establecido en la ley 16123 y no ha evidenciado cambios en la actual LGS.

III.2.3. La diligencia.

Entre los deberes que obligan al administrador social, están el deber de diligencia y el deber de lealtad, los cuales son tratados conjuntamente según el modelo de la ley 26887, en cuanto al deber de diligencia, este obliga a los administradores a realizar su labor con cuidado, con la dedicación de tiempo y esfuerzo al desarrollo de la gestión social, todo ello orientado a maximizar el valor que produce la sociedad, de manera de lograr la realización del interés social, no debiendo obtener ventajas para sí y en perjuicio de la sociedad administrada. El deber de lealtad obliga a los administradores no perseguir ventajas patrimoniales a expensas de la sociedad, ambos deberes, el de diligencia y el deber de lealtad constituyen deberes generales de los administradores, estos deberes expresan de algún modo la diversidad tipológica de potenciales conflictos de interés entre los administradores y los socios.

Los deberes de diligencia y de lealtad son deberes de carácter general que actúan como cláusulas generales de solución de conflictos entre los administradores y los socios, ambos integran el contrato de administración.

El modelo exige a los administradores que actúen con la diligencia de un ordenado comerciante, este fue el mismo modelo plasmado por la Ley de Sociedades de España de 1951, que adoptó para los administradores sociales el modelo de la diligencia de un ordenado comerciante, influyó en esta denominación el carácter mercantil de las sociedades.

En España según (Farran Farriol, 2004), “*Atinadamente los tratadistas J. Garrigues y R. Uría (comentario a la ley de sociedades anónimas precedente, tomo II págs. 159 y 160), decían que lo que en una sociedad puede considerarse diligencia adecuada a un ordenado comerciante, puede dejar de serlo en otra sociedad distinta*”. Esto implica que la diligencia del administrador de un banco no puede ser la misma que la de una compañía de transportes o de una compañía de seguros”, es decir que los tratadistas orientaban su crítica hacia la variación de un ordenado comerciante por la de un ordenado empresario, por considerar que la actividad concreta desarrollada por la empresa materia de la administración era lo que debería de tenerse en cuenta para la determinación de la diligencia con la que actúa el administrador social, esta crítica de los tratadistas debió influir en el cambio operado en la legislación española, al establecerse que la diligencia debería de ser la de un ordenado empresario.

La doctrina denomina a los deberes de diligencia y de lealtad como deberes fiduciarios.

El deber de diligencia integra el contrato concluido entre los administradores y la sociedad, lo que significa que los administradores están obligados a su cumplimiento.

La generalidad del deber de diligencia denota una indeterminación de la conducta que haga evidente su cumplimiento, ello se debe a la propia naturaleza de la labor que desempeñan los administradores consistentes en llevar adelante la gestión y representación de la sociedad. Es imposible determinar todas las conductas comprensivas del deber de diligencia que son exigibles a los administradores, por lo que el deber de diligencia constituye una cláusula general residual que hace posible enjuiciar todas aquellas conductas de los administradores que significan conflicto de intereses y que se pretende evitar.

El deber general de diligencia tiene como función incentivar a que los administradores se esfuercen en lograr un buen desempeño en el desarrollo de su labor de gestión y administración, y esta función se ve cristalizada vía el efecto disuasorio que conlleva la obligación de indemnizar los daños que sus actos u omisiones constitutivos de una infracción del deber de diligencia hubieran podido generar al patrimonio de la sociedad.

El contenido del deber general de diligencia se centra en el modelo de un “ordenado comerciante” que los administradores deberán satisfacer en el desempeño de su función para lograr el objeto y fin social. De modo que la diligencia exigible a los administradores sociales es una conducta expresada en el modelo de conducta que han de satisfacer y que debe ser adecuada para lograr el objeto y fin social. Los administradores cumplirán con el deber de diligencia desarrollando una conducta que les permite actuar discrecionalmente,

esto es que podrán actuar libremente y tomando decisiones que a su juicio contribuyen a la consecución del fin social.

III.2.4. El ordenado comerciante en nuestra legislación.

En nuestro medio, el modelo no ha sido cuestionado y en consecuencia ha permanecido el modelo de diligencia de un ordenado comerciante, sin embargo, resulta necesario reflexionar sobre su permanencia o cambio, a ello obliga lo que acontece en países como España, del cual tomamos el modelo del ordenado comerciante, país en el cual se han impulsado reformas que varían el tratamiento de los mencionados deberes. En ese país se ha desarrollado una razonable crítica orientada a determinar si la diligencia del administrador de una sociedad debe medirse en función a un ordenado comerciante o un ordenado empresario, determinándose que hay razones poderosas para tomar como modelo de diligencia del ordenado empresario, por lo que debe atenderse a este razonable y exitoso cambio doctrina y legislación española. Se ha variado de la diligencia de un ordenado comerciante a la diligencia de un ordenado empresario. En la actualidad la ley española del 31/2014 del 22 de diciembre mantiene la frase del ordenado empresario.

Los diversos tipos de conflicto de interés a que se refiere el modelo del “ordenado comerciante” son aquellos relacionados a la cantidad de tiempo y esfuerzo, así como a la pericia con que los administradores desarrollan su labor en la administración social. Por lo que la imposición del deber de diligencia y la responsabilidad por los daños producidos al patrimonio social como consecuencia su incumplimiento, generan un afecto disuasorio en la conducta de los administradores, evitando los conflictos que causan daño al interés social.

III.2. 5. Significado del deber general de diligencia del administrador social.

Diligencia significa en el cumplimiento de las obligaciones hay que actuar con cuidado y solicitud, también la diligencia se entiende como la actividad desarrollada para obtener la meta o fin propuesto. Cuando el modelo señala que la diligencia debe ser la de un ordenado comerciante, asume que se aplica a todas las sociedades a las que se les alcanza la ley y que se dedican a la actividad comercial, de lo que se puede derivar que el administrador debe ser un profesional del comercio. Por el hecho que las actividades a las que se dedican las sociedades no solo tienen que ver con el comercio, sino que involucran una serie de actividades tales como las actividades bancarias, las de transporte de personas, de carga y transporte de bienes. etc., de allí que dado la diversidad de actividades que desarrollan las empresas, lo más prudente parece ser utilizar un término que englobe a todas ellas o que por lo menos tienda a englobarlas, por lo antes dicho resulta prudente adoptar que el modelo de diligencia que debe guiar la conducta del administrador sea la de un “ordenado empresario”, tal y como lo ha hecho la legislación española. Esto supondría ponerse a tono con la evolución histórica del modelo.

Al señalar que la diligencia que se espera del administrador es la de un ordenado empresario, no solo se atiende a la evolución del modelo, sino que se enfoca a exigir al administrador social pericia en el campo de la actividad empresarial. A primera vista no parece de importancia el cambio, pero hay que tener en cuenta que el modelo marca el límite, más allá del cual no es posible exigir responsabilidad al deudor.

El modelo del ordenado empresario, es genérico y se puede afirmar que es compatible con la diversidad de sociedades que puedan existir, ya que estas pueden dedicarse a una diversidad de actividades que impiden crear un modelo único de actuación

de los empresarios que actúan en el mundo empresarial. Resulta razonable que un administrador dedicado al transporte aéreo requiera de conocimientos y habilidades distintas a la de un administrador dedicado a la exportación de productos agrícolas, y este a su vez también requiere de conocimientos y habilidades distintas a las requeridas por un administrador dedicado a las actividades de recreo como la música, lo descrito hace evidente que la actuación del administrador asume características particulares, según sea la actividad a la que se dedica la empresa.

En Colombia el modelo diseñado para referirse a la responsabilidad de los administradores de las sociedades no es el del “ordenado empresario” como en el régimen español, ni el del “ordenado comerciante”, como en el Perú. El modelo colombiano es el establecido por el artículo 23° de la ley 222 de 1995, que según (Suescún De Roa, 2021) dice: *“los administradores deben obrar (...) con la diligencia de un buen hombre de negocios”* (p. 50), y que existen proyectos modificatorios se pronuncian en similar sentido. De ello se colige que el administrador debe cumplir sus funciones con el cuidado con que una persona prudente en similares condiciones lo haría. Lo que se traduce de ello es que los administradores diligentes de una sociedad deben de actuar con el cuidado que una persona prudente lo haría en similares condiciones. Pero el cuidado o prudencia de un administrador diligente no es el de una persona de educación y cultura media, sino el de un buen hombre de negocios, es decir de aquel que tiene nivel de profesionalidad en los negocios, o sea tiene la pericia y habilidad exigible en el ámbito de los negocios, esto es, tiene la competencia y profesionalidad exigible en el desarrollo de la actividad negocial, además debe de tenerse en cuenta las circunstancias particulares de la sociedad. Así por ejemplo tratándose de valorar una empresa para ser vendida, la valoración del estándar de diligencia de un administrador experto en finanzas será más elevado que el estándar de

diligencia exigible a un administrador que no lo sea. Ello no implica que al no experto se le exonera de toda responsabilidad del cumplimiento de sus responsabilidades, sino que responde por las competencias básicas que le son inherentes para el ejercicio del cargo. Lo anterior deja establecido que cuando los atributos y habilidades de los administradores son mayores, el estándar de diligencia y cuidado es mayor.

El estándar de la diligencia debida tiene componentes tanto objetivos como subjetivos, por lo que a un administrador no se le puede exonerar de responsabilidad por el hecho que no tenga los suficientes conocimientos, habilidad o experiencia.

Lo cierto es que los administradores son nombrados por los socios de una sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los socios y en base a la confianza que la persona del administrador o administradores les inspira. Debe destacarse que el deber de diligencia tiene un contenido discrecional, ello debido a que resulta imposible señalar de modo detallado la conducta que han de seguir los administradores para cumplir con el objeto social. Sin embargo, el deber de diligencia restringe también la discrecionalidad de la conducta, por cuanto solo la conducta que se ajuste a la de un “ordenado comerciante” (empresario) será considerada diligente, no obstante, esto no elimina la discrecionalidad, ya que el administrador podrá realizar todo tipo de conductas que pueda considerarse como la de un “ordenado comerciante”; esto nos lleva a afirmar que el deber de diligencia recae sobre la conducta del administrador que configura el modelo que acota la discrecionalidad y por esto se convierte en la diligencia exigible.

En modelo de conducta exigible al “ordenado comerciante” se puede apreciar dos elementos, de un lado el tipo de conducta al que debe ajustarse el administrador al desempeñar las funciones de su cargo, que debe ser, la de un comerciante (empresario), el

segundo elemento se refiere a, el grado, que en una escala de mayor a menor puede tener la conducta del comerciante y que está calificada como de ordenada.

Como señala (Bartle, y otros, 2016):

El tipo de conducta de un empresario no exige seguir ningún conjunto de prácticas generalmente aceptadas como adecuadas para desarrollar una actividad empresarial, pues en este ámbito no existe ninguna lex artis generalmente aceptada y, por el contrario, lo relevante en el ámbito empresarial es la innovación y la asunción del riesgo con el objetivo de maximizar los beneficios. (p. 15).

Como es lógico, la administración de una empresa necesita de un vasto conjunto de conocimientos, sin embargo, la conducta exigida a los administradores no está orientada a satisfacer en el grado de ser perito en todos ellos, sino que le exige que ante el inevitable vacío de conocimientos actúe como un ordenado empresario (comerciante).

El calificativo de ordenado establecido en el modelo, implica que el comportamiento exigido es de grado medio, esto es el que corresponde a la mayoría de comerciantes, mejor dicho, de empresarios. Una conducta ordenada es aquella en la que el agente actúa con orden, esto es que cumple con todos los modos y procedimientos que permitan llevar la actividad empresarial al cumplimiento de sus objetivos sociales, tal como lo haría un empresario y, por lo tanto, también habilitan al administrador a innovar y a asumir riesgos con la finalidad de maximizar los beneficios sociales, cuidando siempre de realizar las actividades de forma ordenada y siguiendo los modos y procedimientos adecuados para cada caso.

El planteamiento general del modelo no hace posible dar una respuesta detallada de la conducta considerada como diligente que el administrador debe desplegar en cada caso, no permite enumerar cada una de las actividades de gestión y administración que debe realizar en la gestión de la empresa, para cumplir con el deber de diligencia. Para determinar si el deber de diligencia ha sido cumplido conforme con el modelo hay que remitirse a la naturaleza de la obligación. Esto que los administradores se encuentran obligados a desplegar todas las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto social teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Ello significa que para determinar si el administrador está cumpliendo con el deber general de diligencia debe evaluarse las circunstancias del concreto administrador y a las circunstancias de tiempo y lugar.

III.2.6. Los deberes específicos de diligencia.

En el caso peruano, la ley de sociedades no ha establecido de modo taxativo la existencia de deberes específicos de diligencia, sin embargo, la doctrina si considera que el modelo expresa, de un lado el modo general el deber de diligencia y por otro lado ha buscado establecer deberes específicos de diligencia, tal es el caso de los deberes de cumplimiento normativo, deber de dedicación adecuada, el deber de adoptar las decisiones precisas, deber de exigir información adecuada y deber de independencia.

III.2.6.1. Deber de cumplimiento normativo.

La doctrina y la legislación de países como España han establecido que los administradores deben cumplir con las normas que regulan las actividades empresariales, tal será el caso de que garanticen el cumplimiento de la normatividad que regula los tributos, las normas laborales, las que regulan la libre competencia, las normas penales y toda clase de normas administrativas especiales, de lo que se deriva que el incumplimiento del campo normativo tendrá como consecuencia la

imputación de responsabilidad a los administradores y traerá como consecuencia la instauración de correspondiente acción contra el infractor.

El deber general de diligencia no solo es útil para delimitar la conducta exigible al administrador de acuerdo con las circunstancias del caso, sino también para que este cumpla con respetar las disposiciones normativas existentes tanto a nivel legal como estatutario y aquellas disposiciones específicas existentes en el ámbito donde desarrolla sus actividades la sociedad. Lo anterior implica que en ningún nivel pueden establecerse cláusulas que lo exoneren de cumplir con el ordenamiento legal existente, tampoco es posible limitar de algún modo el cumplimiento del ordenamiento jurídico, por lo que su obligación no solo es cumplir con las leyes, sino también con lo dispuesto por el estatuto de la sociedad en la cual desempeñan su labor, incluyéndose cualquier resolución o acuerdo que haya sido adoptado al amparo de estos instrumentos normativos. De modo que los administradores deben estar familiarizados con las actividades de la empresa, esto es deben de conocer sus finanzas, la tecnología empleada, los productos que comercializa, las características de los proveedores en lo concerniente a la política de créditos, plazos, etc., también debe conocer situaciones jurídicas importantes que pudieran influir en la actividad empresarial, deben conocer las actividades de la asamblea de socios etc., pues todo ello resulta relevante para el mejor desarrollo de la actividad empresarial. En otras palabras, los administradores se convierten en garantes del cumplimiento de las normas que rigen las actividades de la empresa, sin que el efecto que pudiera tener sobre la empresa constituya un impedimento para el cumplimiento de este deber.

III.2.6.2. El deber de dedicación adecuada.

El origen de este deber, se encuentra en el contrato celebrado entre la empresa y el administrador o administradores, de lo que se colige que es una obligación contractual cuyo contenido esta referido a la obligación que tiene el administrador o administradores de realizar todas las actividades que sean necesarias para lograr la satisfacción del interés social de la empresa, labor que deben realizar anteponiendo siempre el interés social al propio del administrador. En España se ha producido la reforma introducida por la ley 5/2021 del 12 de abril, mediante dicha disposición normativa los administradores deben de cumplir el deber de diligencia “*y subordinar en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*”. (Juste Mencia, 2021, pág. 3101).

Para determinar el cumplimiento del deber de dedicación adecuado al cargo, se debe de tener en cuenta la dimensión de la empresa, el género de actividades que constituyen el objeto social de la empresa y también que actividades corresponden realizar a cada administrador de acuerdo al cargo que ocupan, de manera que el deber de una dedicación adecuada al cargo en busca de alcanzar el cumplimiento del objeto y fines sociales, denota actuar siempre en defensa de los intereses de la sociedad utilizando la diligencia debida. El nivel de diligencia en el cumplimiento de este deber se determinará teniendo en cuenta las concretas facultades que cada administrador haya asumido, en concordancia con la actividad empresarial.

El administrador no solo debe de figurar como tal en la empresa, es decir, no solo debe de prestar su nombre para que figure como un elemento de confianza hacia lo externo y que ello otorgue cierta atracción a quienes tengan interés en contratar negocios con la sociedad. El administrador está obligado a ejecutar de

manera efectiva los distintos roles que son de su competencia y debe de hacerlo de modo profesional. Esto es, que debe de atender de modo personal las reuniones ya sea de forma presencial o excepcionalmente utilizando soluciones tecnológicas.

Los administradores deben de dedicar el tiempo suficiente en examinar los casos de negocio, deben de hacer todo lo que este dentro de su alcance para prepararse y asistir a las reuniones donde se discute y se toma las decisiones empresariales, es su obligación participar activamente en cada una de las actividades de la sociedad, prestando la adecuada atención a cada uno de los problemas y proyectando su solución en el mejor interés de la sociedad. Si bien los administradores están facultados para actuar por medio de apoderados, lo más adecuado en el cumplimiento de sus responsabilidades es que deben estar al tanto de todos y cada una de las reuniones, conversaciones, y de todo aquello en él se trate lo concerniente a los negocios sociales.

Si el administrador no dedica el tiempo y la atención adecuada a los negocios de la empresa, dará lugar a que la sociedad, los socios o terceros puedan instaurar la pretensión social de responsabilidad, pudiendo ser encontrado responsable por no hacer todo aquello que le correspondía en su calidad de administrador de la empresa.

III.2.6.3. El deber de adoptar las medidas precisas.

Dado que los administradores tienen como función la de gestión y representación, lo que incluye la de dirigir y ejercer control sobre el desarrollo de las actividades de la empresa, está obligado a adoptar las medidas precisas para una buena dirección y control de la sociedad, es decir debe ejercer supervisión sobre las actividades que desarrolla la sociedad, debe de investigar y tomar las medidas precisas que puedan resolver aquellas situaciones que pudieran comprometer y afectar la dirección y el control de la sociedad. Las medidas deben de ser las precisas para que las actividades de dirección aseguren la consecución de los fines sociales.

Es obligación de los administradores actuar diligentemente en la gestión de la sociedad, adoptando las medidas precisas que permitan la promoción del interés social. La gestión implica la ejecución de una diversidad de actos encaminados a cumplir el objeto social de la empresa, estos actos se pueden clasificar como actos representación y gestión propiamente dicha de la sociedad, y por otra en actos de organización y dirección de la empresa.

III.2.6.3.1. Sobre la Gestión.

Partiendo del hecho que los administradores gozan de autonomía para desempeñar sus funciones, a lo que hay que agregar que la junta de socios es el órgano supremo de la sociedad, sobre ambos recae una serie de funciones de administración, por lo que es necesario delimitarlas competencias de cada una, ello se logra realizando una distinción entre los actos ordinarios y los extraordinarios (Suescún De Roa, 2021).

La gestión ordinaria comprende todos aquellos actos que se ejecutan continuamente, día a día en el quehacer de la sociedad, las que como es lógico

presumir requieren de decisiones muy ágiles, a fin de no entorpecer la funcionalidad de la empresa, estas decisiones por su naturaleza son de competencia del administrador o administradores. En cambio, existen otras que siendo de competencia de los administradores, pueden ser llevadas a efecto por la junta de socios, estas actividades entran en el ámbito de lo extraordinario y que generalmente tienen una especial incidencia en la sociedad y suponen un elevado riesgo para la propia existencia de la sociedad, sea porque tienen importantes consecuencia económicas o jurídicas, o por que inciden radicalmente sobre su estructura organizacional; todo esto justifica, sin duda, la intervención de la junta de socios en las decisiones de gestión de la sociedad.

III.2.6.3.2 Sobre la organización.

Estructurar y ordenar el funcionamiento de la sociedad forma parte de la administración, por lo que el deber de actuar con el deber de dedicación adecuada está estrechamente vinculado con las decisiones que deben de tomarse sobre el nivel administrativo, financiero y contable, que conlleve a establecer un funcionamiento administrativo adecuado. Para lograr su cometido el administrador o administradores de la sociedad pueden delegar funciones, de modo que se pueda cumplir los objetivos y fines sociales con el trabajo coordinado de todos los integrantes de la organización empresarial. En el cumplimiento de este deber los administradores deberán de establecer un sistema adecuado de control interno, que le permita vigilar y supervisar las operaciones de la empresa, de manera que tenga información adecuada en el cumplimiento de los planes estratégicos de la empresa.

III.2.6.4. El deber de exigir información adecuada.

Como los administradores toman decisiones de negocios, resulta necesario que cuenten con información que haga posible que la decisión sea razonable, de lo que queda claro que contar con la información adecuada resulta importante para que el administrador cumpla con su función y pueda llegar a cumplir con el objeto y fines sociales.

En toda sociedad es necesario contar con la información adecuada permite al administrador cumplir con el deber general de diligencia y cumplir las metas sociales defendiendo el mejor interés de la sociedad, por lo que el cumplimiento de la obligación de informarse trae consigo el cabal cumplimiento de las labores de gestión y administración.

Contar con la información adecuada no quiere decir que se debe de contar con toda la información que sea posible acopiar sobre el tema materia de decisión, si no que solo debe ser la adecuada y la necesaria. Para evaluar lo adecuada y necesaria de la información, hay que tener en cuenta que la finalidad de este deber es facilitarle al administrador el cumplimiento de sus obligaciones, y que justamente este cumplimiento es el límite del ejercicio de este deber de exigir la información adecuada.

El cumplimiento de este deber o su infracción del mismo está determinado por las circunstancias concretas de cada situación, en las que debe de tenerse presente la trascendencia de la decisión, el tiempo de acopiar la información, el costo de obtenerla y el grado de preparación del propio administrador.

El administrador, en todo momento debe estar informado para poder participar razonablemente en las reuniones y al tomar las decisiones de su cargo, pero no siempre resulta sencillo el estar informado, ello debido a que la información no se encuentra disponible a la sola voluntad del administrador, sino que la información se encuentra en poder de diversas personas, las que en oportunidades no se sienten obligados a proporcionarlas en términos claros, por el contrario la presentan muchas veces de manera recortada y según la interpretación que ellos hacen de los datos, esto puede dificultar la comprensión de la información disponible para el administrador, por ello no solo debe tenerse en cuenta el deber de estar informado, sino también del derecho a informarse. En consecuencia, los administradores tienen el deber de estar informados, para lo cual les asiste el derecho a exigir le proporcionen la información necesaria para estar informado y así poder llevar a efecto el cumplimiento debido de las obligaciones a su cargo de administrador.

No se considerará diligente a un administrador que desconoce lo que ocurre en la empresa, es decir, que no cuenta con la información necesaria para tomar decisiones razonables, por lo que un actuar diligente y prudente significa contar con información que permita valorar los hechos de manera objetiva, si bien no es posible exigir que el administrador cuente en todo momento con toda la información del caso, debido a los costos de obtenerla y al tiempo que se emplea en ello, si puede exigírsele que cuente con la información suficiente para que la decisión proteja el interés de la sociedad.

Si bien, es una exigencia que los administradores cuenten con información adecuada, ello no significa que todas las decisiones de los administradores van a ser exitosas, ello no es posible, debido a que la naturaleza de las decisiones que se toman en los negocios, llevan siempre un riesgo, por lo que no se puede exigir que lo adecuado de la información permita

eliminar ese riesgo de los negocios, pero, siempre existirá la probabilidad de que no se consiga el éxito, no obstante haber tomado una decisión informada.

III.2.6.4.1. Sobre la titularidad del deber de información.

Con ocasión de que el órgano de administración puede ser colegiado, o personal, se presenta la discusión de esclarecer a quien corresponde la titularidad del deber derecho de información, es decir, si dicho deber es individual o es de carácter colegiado, ya que de la forma como se responda, surgirán consecuencias divergentes.

La implicancia práctica de la determinación de la titularidad del deber derecho se sitúa en que si se acepta que le corresponde al órgano colegiado, se está ante la situación de que la mayoría de los conformantes de ese órgano colegiado determinará que tipo de información y la oportunidad de proporcionarla a los minoritarios, por el contrario si la titularidad corresponde en forma individual, cada administrador determinará el tipo de información que necesita y la oportunidad de recibirla, por lo que todos podrán acceder libremente a la información.

Según (Suescún De Roa, 2021), *“La doctrina en España parece inclinarse mayoritariamente en favor de la tesis relativa a que el derecho de información corresponde a cada uno de los administradores, (...)”* (p. 62). Igual ocurre en el derecho colombiano.

En la legislación peruana, la Ley de Sociedades 26887 en su artículo 173°, el legislador se ha pronunciado por que el derecho de información le corresponde a cada director de forma individual, de manera que se encuentra en armonía con la

doctrina española, además establece que dicho derecho se ejerce dentro del directorio a fin de no afectar la gestión social. Este derecho debe ser ejercicio con prudencia, así lo considera (Elias Laroza, 2015), al señalar: “Como es evidente, el derecho de información debe de ser ejercido en forma mesurada, de tal manera que no interrumpa las funciones de los gerentes y por ende de la actividad de la sociedad.” (p. 613).

III.2.6.4.2. Contenido del derecho de información.

Considerando que los administradores deben de cumplir a cabalidad con sus obligaciones derivadas de la relación contractual, la información mínima necesaria con la que debe de contar es aquella que esta referida a la marcha de la sociedad, ya que sin ella no sería posible que cumplan con desarrollar una gestión eficiente en la sociedad, si no pudieran acceder a información razonable sobre la sociedad se tornaría imposible que cumplan con su obligación de gestión y representación social.

La información que debe estar en disponibilidad de los administradores es aquella referida a la sociedad, tales como los activos con los que cuenta, la política de inversiones, la política de personal, los mecanismos de control, los juicios en las que es parte, las deudas y los créditos, la contabilidad, igualmente deben conocer los planes y proyectos futuros, los potenciales negocios, los contratos de cualquier índole, etc. Igualmente comprende la información que va ser debatida en las juntas o reuniones, esta necesidad de que cuente con la información se sustenta en que al igual que un accionista tiene la posibilidad de solicitar información referente a la junta, en igual circunstancia el administrador debe poder acceder a esa información,

igualmente si se trata que los administradores deben debatir sobre un asunto determinado, no parece razonable que lo hagan sin tener información adecuada, ya que la discusión resultaría estéril, e igualmente necesita esa información en tanto le es necesaria para cumplir con sus obligaciones, caso contrario vería trunca la posibilidad de trabajar en el mejor interés de la sociedad que administra. En general el administrador debe de contar información suficiente sobre los puntos de agenda, y debe obtenerla de modo antelado a la celebración de una junta o reunión.

Los administradores tienen la facultad de indagar sobre cualquier aspecto vinculado a la actividad de la sociedad, ya que de ello depende que cumpla con proceder en defensa de los intereses sociales, y el desarrollo de esa facultad constituye un deber de buscar la información adecuada, el límite de acceso a la información está determinada por que dicha información está destinada para el cumplimiento de los deberes de administrador, la información no tiene la finalidad de ser utilizada en la solución de los problemas personales, sino el de la sociedad, de modo que la información debe ser vinculada a la sociedad y la solución de sus problemas.

Respecto de los límites sobre la información que debe tener un administrador, estos límites deben de ser valorada de acuerdo con las circunstancias, como por ejemplo la trascendencia de la decisión, así por ejemplo no será la misma información con la que se debe de contar para tomar decisiones sobre aspectos de rutina, que la información con que debe contarse para tomar decisiones de mucha complejidad, también se debe tener en cuenta los

conocimientos que tiene el administrador, y como estas se relacionan con la información y decisión a tomar.

III.2.6.4.3. El alcance y límites del derecho de información.

Parece ser que la información debe estar limitada a la necesaria, relevante y razonable que permita valorar adecuadamente al momento de adoptar una decisión. No se trata de tener a disposición toda la información existente sobre la marcha de la sociedad o sobre el asunto específico del que se trate, ello debido a que la obtención y procesamiento de la información está sujeta a limitaciones de tiempo y recursos, solo se requiere la información necesaria. Esto es que la información requerida tiene como límite la razonabilidad y proporcionalidad del esfuerzo desplegado para obtenerlo, así como a los fines a los que está destinada. Se considera que el administrador debe de estar informado de aquello que es relevante en cada caso, no siendo necesario conocer cada uno de los detalles, debe conocer la información que sea susceptible de obtener al momento previo a realizar el análisis de la situación sobre la se tomará la decisión, en razón de no puede analizar cuando no se dispone de información.

La razonabilidad de la información debe de valorarse en relación al tema en concreto en que se deba tomar la decisión, ya que por la diversidad de decisiones que se toman, hay que determinar la naturaleza del tema, en razón de que en los negocios se requiere decisiones ágiles, de lo contrario se corre el riesgo de perder oportunidades que difícilmente se pueden volver a presentarse, en las decisiones de rutina la información deberá de ser la necesaria, dada la brevedad del tiempo con se cuenta para tomar la decisión, en cambio en las decisiones de mayor envergadura se necesita información más sólida y pormenorizada, tal es el caso de las operaciones que impactan profundamente en la

sociedad como las fusiones, escisiones, las ofertas públicas de adquisición, etc., esto sobre todo porque la decisión adoptada es de suma trascendencia y las consecuencias que se derivan de ella va a afectar de modo significativo a la sociedad y a sus intereses.

En la misma dirección, la valoración de la suficiencia de la información se valorará en cada caso en concreto, pero un criterio razonable de valoración del volumen de la información será la trascendencia de la decisión, el tiempo disponible para acopiar la información, los costos de obtenerla y el conocimiento que los propios administradores poseen sobre el tema materia de la decisión. Adicionalmente debe tenerse en consideración el tiempo para tomar la decisión, cuando mayor sea la presión para tomar la decisión de forma inmediata, la información disponible dejará mayores espacios sin cubrir, en cambio cuando la decisión no está sujeta a apremios de tiempo, la información debe cubrir la diversidad de aspectos del problema, pero desde luego sin agotarlos.

III.2.6.4.4. El estándar de información que hace responsable al administrador.

Resulta relevante determinar el estándar o el límite, más del cual los administradores asuman responsabilidad por haber actuado sin contar con la información adecuada. Ello en virtud que los negocios demandan que los administradores adopten decisiones que traigan consigo rentabilidad a la sociedad.

En el derecho comparado para determinar si la decisión adoptada ha sido teniendo la información adecuada, según (Suescún De Roa, 2021) “(...) *será necesario saber si efectivamente los administradores se informaron antes de tomar la decisión, acudiendo a toda la información material que razonablemente estuviera a su disposición*”,

Es indudable que la obligación de estar informado no se extiende a contar con toda la información que exista respecto de la sociedad, sino que se refiere a aquella que es relevante para que los administradores puedan cumplir con sus obligaciones de actuar diligentemente al adoptar decisiones empresariales.

En indudable que el deber de estar informado forma parte del deber de diligencia y como tal, para un sector de la doctrina está protegido por la denominada regla de la discrecionalidad empresarial, regla que según (Suescún De Roa, 2021) “ (...) *ha sido descrita como “una presunción” de que en la toma de una decisión de negocios los administradores de una compañía actuaron de una manera informada, de buena fe y con la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía*” (p. 68).

Esta regla será aplicable en el supuesto que los administradores han actuado utilizando todos los elementos materiales que razonablemente se encuentran a su alcance, entendiéndose que utiliza el material que es necesario para el cumplimiento de su obligación con la diligencia debida. El estándar de diligencia es medido con el estándar de culpa grave, es decir que los administradores no responden por culpa leve, lo que significa que la desinformación con que actúen los administradores sea de tal magnitud que sea considerada irracional. En Estados Unidos los incumplimientos son sancionados cuando las conductas impliquen un comportamiento temerario. Específicamente el estado donde se ha desarrollado esta regla es Delaware. En dicho estado es aceptable también la exoneración de responsabilidad cuando se ha actuado con culpa grave, si es que, en los estatutos se ha establecido una cláusula de exoneración de responsabilidad. Ello significa que en dicho estado se puede pactar en contra de lo establecido, pero si no hay constancia de esa exoneración, se imputará responsabilidad a los administradores que hayan actuado

en forma culposa de modo ostensible y por lo tanto hayan incumplido el deber de actuar diligentemente.

Un sector de la doctrina en Colombia aboga por suprimir el concepto de culpa del régimen de responsabilidad de los administradores, de tal manera que deje de ser necesaria establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad en los estatutos para que el administrador deje de ser asumir responsabilidad, pero ello solo alcanzaría a los tipos de culpa y no a la actuación dolosa. Esto significaría la liberación total de responsabilidad por culpa, aún que exista el incumplimiento del deber de cuidado.

III.2.6.4.5. El deber de independencia.

El deber general de diligencia sirve para evaluar la conducta de los administradores ante situaciones en las que debe tomarse decisiones respecto de los negocios, Maxime si se tiene en cuenta que las decisiones que adopten los administradores repercuten en la esfera jurídica y patrimonial de otras personas. Al examinarse el deber de independencia, se advierte que presentan problemas similares a los que se presentan respecto del deber de lealtad, en particular esos problemas se vinculan a todas aquellas que tienen por finalidad autorizar la ejecución por parte del administrador o de personas vinculadas a él, de una actividad que signifique utilizar bienes patrimoniales, aprovechar una oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja económica, etc.

Los administradores que no se encuentren afectados por el interés privado, están sujetos al deber de independencia que los obliga a anteponer el interés de la social al propio o al de cualquier otro interés distinto al de la sociedad.

III.2.7. La Discrecionalidad Empresarial.

Las actividades de negocios obligan a tomar decisiones, las que no siempre traen consigo el éxito de la operación para la empresa, de allí que es generalmente aceptado que toda decisión empresarial asocia consigo un determinado riesgo, el mismo que debe ser asumido por los socios de la empresa como un riesgo existente y que resuelta inevitable y difícil del prever, de modo que los administradores al adoptar sus decisiones diligentemente no logran evitar ese riesgo, por lo que no sería razonable imputarles responsabilidad por hechos que son imposibles de prever.

Las decisiones que se adopten pueden ocasionar daños a la sociedad, pero ello no es suficiente para imputar responsabilidad a los administradores, ya que el riesgo es real y existe por encima de la prudencia con que actúen, ello significa que al asumir el cargo, los administradores no aseguran el éxito económico a la empresa, afirmar lo contrario significaría cargar sobre los hombros del administrador cualquier responsabilidad derivada de las operaciones de negocios en las que desarrolle su objeto social la empresa. El compromiso que adquiere el administrador al aceptar el cargo, es la de actuar con diligencia y con lealtad hacia el interés de la empresa, no es asegurar el éxito económico, de modo que la indeterminación del modelo de responsabilidad aplicable del “ordenado comerciante” da pie a que las decisiones estratégicas y de negocio sean consideradas inherentes a la discrecionalidad empresarial y por lo tanto no generan responsabilidad por los perjuicios que se pudieran derivar de su ejecución.

Entre las razones que justifican la sustracción de estas decisiones a la aplicación de responsabilidad, se puede señalar en primer lugar la inexistencia de una Lex artis que pueda considerarse como la guía o el patrón para enjuiciar el desempeño seguido por el ordenado

comerciante en la toma de decisiones, la inexistencia se debe a la naturaleza de los negocios que debido a su diversidad entrañan innovación y la asunción de riesgos.

La segunda razón es la falta de especialización de los jueces, quienes no están preparados para revisar las decisiones de los empresarios, por lo que sustituir las decisiones de los administradores por decisiones judiciales no parece ser la solución que otorgue eficiencia a la actividad empresarial; un tercer motivo para sustraer de responsabilidad a los decisiones estratégicas y de negocio, es el denominado “sesgo retrospectivo” que consiste en considerar perjudiciales aquellas decisiones que han causado a la empresa disminuciones patrimoniales, aunque dichas consecuencias fueron imposibles de prever al momento de la decisión (Recalde Castells, y otros, 2020).

Otorgar un amplio campo de libertad a los administradores en la toma de decisiones empresariales y la prevalencia de estas sobre cualquier postura en contrario, valoradas en juicio ante los tribunales, constituye en el derecho comparado la aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial (Business judgement rule), desarrollada en los Estados Unidos, pero de origen inglés, y tiene como propósito restringir el riesgo de responsabilizar a los administradores de los daños que puedan ocasionar a la empresa las decisiones tomadas en el desempeño de sus funciones de la gestión social. De modo que esta regla protege a los administradores y los jueces solo podrán intervenir en forma excepcional en aquellos casos en los que se observe una clara desviación respecto de lo que se considera un desempeño diligente del “ordenado empresario”.

Según (Recalde Castells, y otros, 2020) *“Es difícil – incluso imposible establecer ex ante las condiciones necesarias para determinar cómo se toman con diligencia las*

decisiones de gestión de una sociedad” (p. 322), pero no obstante ello hay que buscar mecanismos que permitan construir una guía a seguir en la elección de las opciones relativas a la gestión de las empresas.

Esta regla desarrollada en Estados Unidos ha sido adoptada en otras legislaciones como la española que en la ley de Sociedades de Capital la ha recogido en su artículo 226° como protección de la discrecionalidad empresarial, igualmente en Colombia la regla ha sido reconocida según (Suescún De Roa, 2021) *“Tanto por la jurisprudencia y por la justicia arbitral y que busca ser consagrada expresamente en la ley” (p. 133).*

III.2.8. Contenido de la regla de la discrecionalidad empresarial.

Esta regla se proyecta a regular la administración de sociedades de gran envergadura, sin embargo, en la legislación española ha sido establecida para todo tipo de sociedades de capital.

La regla de la discrecionalidad empresarial busca limitar la intervención de los jueces en las decisiones empresariales, salvo situaciones de carácter excepcional, en las que se aprecie que los administradores no han procedido de acuerdo con estándares razonables.

Según (Recalde Castells, y otros, 2020), en Europa esta regla es reconocida como una doctrina jurisprudencial, que se orienta a dificultar la revisión judicial de las decisiones empresariales, en algunos países tiene amparo legal, como para el caso de las sociedades anónimas en Alemania.

La aplicación de la regla de discrecionalidad empresarial pierde espacio cuando al aplicarse se flexibiliza la imputación de responsabilidad, por lo que en el caso de la responsabilidad por negligencia, si se legisla con indulgencia no se sanciona la culpa leve, sino solo se imputa responsabilidad cuando actúe con dolo o culpa grave, de modo que la regla pierde espacio de aplicación.

La aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial se basa, en que el juez no es un órgano corrector del desacierto económico generado por las decisiones de los administradores, ni tampoco un órgano dictaminador de lo que es conveniente para los negocios de las empresas, de manera que las decisiones de negocios corresponden a los administradores, quienes en el ejercicio de su profesión están preparados para valorar las circunstancias concretas de las operaciones empresariales.

En el Perú se entiende la culpa como la falta de cuidado, de diligencia, no prestar la atención debida, impericia, temeridad, comportamiento que causa perjuicio sin que el agente así lo haya previsto. El agente culposo actúa sin prever la consecuencia de sus actos, o que habiéndolas previsto confía en poder evitarlas.

En el Código Civil peruano la definición de culpa inexcusable lo proporciona el artículo 1319° y la de culpa leve el artículo 1320°, y en el caso de la prestación de servicios profesionales el artículo 1762° del Código Civil, allí se dispone que el agente solo responde cuando actúa con dolo o culpa inexcusable. Al respecto hay que mencionar que la Ley General de Sociedades 26887 en su artículo 177°, prescribe que los directores de las sociedades responden de su actuación con dolo, abuso de facultades o negligencia grave,

eso implica que se está asumiendo que los administradores no responden por culpa leve, por lo que sería innecesaria la aplicación de la regla de la discrecionalidad empresarial.

III.2.9. Incumplimiento del deber de actuar con la diligencia debida.

La valoración del actuar diligente o cuidadoso se hará a partir de del análisis del proceso seguido en la toma de la decisión, el proceso debe ser racional y denotar que de buena fe estuvo orientado en el mejor interés de la empresa. El obrar con diligencia no depende de sí la decisión generó beneficios para la empresa o sociedad, lo que es relevante es determinar si la decisión siguió el procedimiento establecido, y no el resultado. Por ejemplo, en la hipótesis que se demandará a un administrador por haber tomado una decisión sin haber estado debidamente informado, se tendrá que probar que el administrador no leyó los informes que el sobre caso existían y le fueron proporcionados antes de la reunión donde se tomó la decisión, que llegó a la reunión cuando el debate estaba en su parte final, y que su voto fue emitido siguiendo a sus amigos, sin que haya hecho ninguna valoración de la información disponible.

Para valorar si alguien ha actuado con diligencia no existe una hoja de ruta preestablecida, ni un método determinado, ni mucho menos un procedimiento pre establecido que permita determinar que la exigencia de diligencia ha sido satisfecha con la conducta desplegada por parte del administrador, no puede afirmarse que por el hecho de acudir a asesorías o algún ritual que tienda a garantizar que se ha actuado con diligencia, si bien en ocasiones resulta aconsejable recurrir a asesorías u otras condiciones, ello no significa que acudir a ellas pueda garantizar un actuar que sea diligente y que garantice resultados benéficos para la sociedad.

Al no existir una fórmula que permita determinar que se ha actuado con la diligencia debida, la valoración de la conducta se hará teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto, determinándose para ese caso si la actuación observada ha tenido el nivel de cuidado requerido para determinar que la conducta examinada debe considerarse como diligente.

III.2.10. El representante leal y el deber de lealtad en general.

La valoración deontológica de la conducta del administrador social se efectuará teniendo en cuenta si, en el ejercicio del cargo ha actuado siempre en el mejor interés de la sociedad, esto es que, existiendo una contraposición de intereses entre el propio o de terceros, con el de la sociedad, haya actuado siempre privilegiando el interés de esta. Es decir que actúa con lealtad aquel administrador que en caso de conflicto de interés hace prevalecer el de la sociedad, antes que el suyo propio o de cualquier tercero, en todo momento deben actuar procurando provecho en favor de su representada y no al contrario, sacrificando el interés de esta en beneficio propio.

Como expresa (García García, y otros, 2021) *“Se ha de responder sirviendo a los intereses de la entidad a la que se representa y no a los que fueran ajenos a ella”* (p. 3119) El deber de lealtad constituye una guía para el desempeño de los administradores al frente de la gestión de la sociedad, ya que el mandato de que los administradores deben actuar con la lealtad de un ordenado comerciante, no solo les conmina a actuar de forma honorable y rectamente, sino que les dota de un instrumento que les permite orientar sus acciones para obtener la eficiencia empresarial, en la que debe primar siempre el interés social, el cual no debe ser perturbado por el interés personal del administrador ni del de terceros, de lo que

resulta razonable que los intereses a máximar son aquellos que corresponden a la sociedad, que en última instancia son los intereses de los accionistas.

El deber de lealtad constituye un límite a la discrecionalidad con que desempeñan su labor los administradores, advirtiéndoseles que en ningún caso es posible atender otros intereses que no sean los de la entidad administrada, los que deben prevalecer incluso sobre los del propio administrador.

El deber de lealtad a que está obligado a observar el administrador al asumir el cargo, implica la prevalencia del interés social sobre cualquier otro interés, esta fórmula obliga a precisar el significado de interés social. Sobre ese aspecto no hay unanimidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. La teoría institucionalista considera que el interés social es aquel que se centra en el interés de la sociedad entendida como un ente corporativo con personalidad propia y la teoría contractualista entiende que el interés social es el interés común de los socios y por lo tanto es el maximizar el valor de las inversiones. (García García, y otros, 2021), además existen otras posturas intermedias que pretenden conjugar ambas tesis.

Si bien no hay unanimidad en inclinarse sobre alguna teoría, sí es posible que en la práctica exista la confluencia de pareceres en torno a evitar posiciones oportunistas en donde prevalezca un interés distinto del de la sociedad o empresa, en donde prime el interés del administrador o administradores o de terceros sobre los intereses sociales.

El incumplimiento del deber de lealtad se produce cuando el administrador antepone sus intereses o el de sus allegados por sobre el interés de la sociedad, y lo hace con la finalidad de obtener beneficios personales o en favor de personas vinculadas con él, por lo que es

necesario precisar que el cargo que ejerce lo hace en razón de que los socios se lo han encomendado, por lo que debe guardar lealtad hacia quienes le han confiado esa responsabilidad. Puede también generarse un conflicto indirecto, tal es el caso de que el administrador adopte la defensa de los intereses de terceros, aunque estos fueran personas físicas o jurídicas que no tengan vinculación con él, de este modo estaría incumpliendo el mandato que le obliga en todo momento a hacer prevalecer los intereses sociales sobre cualquier otro interés.

Es innegable que el deber de lealtad se encuentra presente no solo cuando el administrador realiza actividades propias de su cargo, sino que también está presente cuando ejecuta actos por cuenta propia o de terceros, por lo que en el desarrollo de su conducta debe pesar la obligación de hacer prevalecer siempre el interés de la sociedad que administra. Lo que no puede exigírsele al administrador es que en las decisiones que adopte, los resultados sean beneficiosos para la sociedad, ello no es posible, en tanto las decisiones empresariales están siempre sujetas a un riesgo, el cual los socios han decidido asumir al constituir la sociedad. De modo que siempre hay un lugar para la discrecionalidad en la toma de decisiones y esa discrecionalidad no puede ser eliminada, porque significaría eliminar el riesgo que no es posible manejar totalmente, y que ese riesgo presuntamente eliminado caiga sobre los administradores quienes asumirán la responsabilidad del riesgo que ellos no han generado ni mucho menos aceptado, al aceptar el contrato de nombramiento que la sociedad les ha ofrecido.

Si bien la sociedad no puede demandar que los administradores eliminen el riesgo empresarial, si pueden exigirles una conducta razonable que es propia del deber de

diligencia, lo que sí es posible exigirles, es que tengan una conducta en la cual en todo momento hagan prevalecer el interés de la sociedad o empresa, sobre cualquier otro.

En el derecho comparado encontramos en el caso de Colombia que el artículo 23° de la ley 222 de 1995 considera al deber de lealtad, según los términos de (Suescún De Roa, 2021) *“Los administradores deben obrar (...) con lealtad (...) sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados”* (P. 107). Ello significa que los administradores ostentan una posición de confianza, pero no pueden valerse de ella para sacar ventajas en su favor ni a favor de personas a ellos vinculadas, sean naturales o jurídicas, por el contrario, la posición de confianza los obliga a que las acciones que realice sean orientadas en mejorar los intereses de la sociedad que les dio el encargo de administrarla. Dentro de estas obligaciones de los administradores también está la de proteger los intereses de la sociedad y por lo tanto deben abstenerse de realizar cualquier acto que pueda perjudicarla.

En lo que respecta a que debe de considerarse como interés de la sociedad, de asumirse la tesis contractualista se considera que el interés social es el interés común y exclusivo de todos los socios, pero de aceptarse la teoría institucionalista estaríamos ante el hecho que el interés social es el interés de la propia sociedad.

Según la teoría contractualista, el interés social sería el interés de los socios, por lo que los administradores deberían de maximizar el valor de la empresa para los accionistas, ósea maximizar la riqueza de los socios o accionistas, esta posición ha sido adoptada por el derecho anglosajón y el derecho de Estados Unidos, especialmente en Delaware. (Suescún De Roa, 2021). Esta visión solo tiene en cuenta el interés exclusivo del capital y está vinculada el denominado análisis económico del derecho.

En lo que concierne a la teoría institucionalista, esta sostiene que el interés social es más amplio que el solo interés de los socios o accionistas, ya que debe tenerse en cuenta también a otros actores que tienen legítimo interés en las actividades empresariales, como es el caso de los trabajadores, el propio estado, los consumidores, los clientes, los proveedores, la propia comunidad entre otros. Sobre esta forma de concebir el interés social, se han señalado que la amplitud con la que es concebida generaría muchas dificultades, ya que tanto los jueces como los propios administradores tendrían que valorar y tener presente una gran variedad de intereses, que muchas veces resultarían contrapuestos por lo que no sería fácil determinar, cuál de ellos debe de prevalecer, por ejemplo en el caso de existir intereses contrapuestos entre trabajadores y socios, ¿cuál de esos intereses deberá de prevalecer?, si se decidiera por la prevalencia del interés de los trabajadores y ello ocasione la quiebra de la empresa y el administrador no podría ser imputado de responsabilidad por haber hecho prevalecer el interés laboral.

En la actualidad la doctrina se decanta por no asumir frontalmente una teoría, sino por establecer matices entre ellas, no solo considerando los intereses de los inversionistas, sino también el de otros actores, con la finalidad que genere beneficios para todos sus miembros considerados como una unidad. Esta vendría a considerarse una posición intermedia, sin que ello deje de lado que la protección del interés social es un elemento muy importante en el derecho de sociedades.

No obstante que se puede aceptar que en la sociedad o empresa no solo existen los intereses de los socios o accionistas, sino que también hay otro tipo de actores que tienen intereses respecto de la sociedad, ello no debe constituir un pretexto para que los administradores aumenten de manera desproporcionada su discrecionalidad al momento de

la toma de decisiones de gestión, alegando que actúan en favor del interés de uno u otro interesado, como por ejemplo argumentar que actuaron en interés de los trabajadores o de la comunidad, cuando ese no era su propósito, sino que es utilizada como una forma de eludir su responsabilidad.

Para el funcionamiento del modelo debe de entenderse que el deber principal a tener en cuenta es el del interés de los socios o asociados para los cuales la administración debe de crear valor, y que los intereses de otros actores constituyen aspectos secundarios que deben de tenerse en cuenta siempre que no colisionen con los intereses de los socios.

III.2.11. Los deberes específicos de lealtad.

El deber general de lealtad constituye una cláusula general orientada a cubrir los vacíos que pueda tener el contrato de sociedad, existen también deberes específicos de lealtad que tienen la finalidad de determinar en forma clara la conducta o la prestación a la que se encuentran obligados los administradores en el ejercicio de su cargo.

III.2.11.1. El deber de ejercer las facultades de acuerdo con sus fines.

Los administradores al ser nombrados como tales, asumen competencias que les permiten cumplir con la labor encargada, por lo que deben hacer uso de ellas para desarrollar el objeto social y cumplir con alcanzar el fin social. Las facultades solo deben ser utilizadas para el cumplimiento del fin social, no pueden ser desplegadas para el cumplimiento de otros fines ajenos a la sociedad, por ejemplo, no podrían ser utilizadas en la satisfacción de intereses personales del administrador ni de cualquier tercero, como sería el caso de buscar venganza o acrecentar su

riqueza. De utilizar las facultades de administrador para fines distintos al objeto social, implica un quebrantamiento del deber de lealtad.

III.2.11.2. Deber de guardar reserva.

En la doctrina y legislación societaria se ha afincado la necesidad de establecer como deber de los administradores el de guardar secreto o reserva de la información al cual acceden en ejercicio de su cargo. La información protegida es aquella que se refiere a la sociedad, como es el caso de los informes, antecedentes, reportes de costos, tributarios y otros; no protege a información de otro tipo. Además, debe ser información de carácter confidencial, no se refiere a la información pública.

La prohibición está dirigida a evitar que se comunique la información a tercero o que se divulgue dicha información confidencial. Esto es que la información confidencial de la empresa no puede ser otorgada a cualquier persona ajena a la empresa, ni mucho menos puede ser divulgada en forma masiva, al respecto existen excepciones, las que se refieren a la información que es requerida por las autoridades en el legítimo ejercicio de sus competencias y siempre en cumplimiento de la legislación vigente.

En la legislación española existe la ley 1/2019 de 20 de febrero sobre secretos empresariales, le atribuye tal condición a la información referida a temas de carácter financiero, tecnológico, científico, industrial, comercial y organizacional, que no sea conocido por las personas que usualmente la requieren

y que no sea de fácil acceso para ellos y que tenga valor empresarial. (García García, y otros, 2021).

El deber de reserva o secreto también comprende la contabilidad empresarial, aunque obviamente se excluye de esta los resúmenes que por mandato legal deben de publicarse en la rendición de cuentas anuales, la cual queda a disposición del público.

La información puede estar en cualquier tipo de soporte como papel, archivo informático, fotografías, planos, etc., y también puede ser verbal, destacándose que debe de haber accedida a ella por medio del cargo que ostenta.

El deber de reserva debe mantenerse para aquella información que resulta de valor para la empresa de manera que si el administrador proporcionará información o divulgará información que cause daño a la empresa se considerará que ha quebrantado el deber de guardar secreto. El deber de guardar secreto o reserva no solo es válido en tanto esté en el ejercicio del cargo, sino que se extiende más allá, esto es, aun habiendo cesado en sus funciones, ello sin tener en cuenta los motivos del alejamiento del cargo. Por lo que el deber se mantiene hasta que se cumpla el plazo de prescripción.

En el caso peruano la Ley 26887 en el segundo párrafo del artículo 171°, en coherencia con la doctrina que prevalece ha establecido que los directores (administradores) están obligados a guardar reserva, de la información y negocios

de la sociedad a la cual accedan en el ejercicio de su cargo y lo harán aun después del cese en el mismo.

III.2.11.3. El deber de abstención.

Considerando que la administración generalmente se lleva a cabo mediante un órgano colegiado, el que toma sus decisiones colectivamente mediante el voto, el deber de abstención se configura en que bajo determinadas circunstancias uno o varios administradores que se encuentren incurso en un conflicto que pudiera calificarse como conflicto de intereses, ya sea que le afecte a él o a personas vinculadas, debe abstenerse tanto de la deliberación del asunto como del derecho de ejercitar su voto.

Este deber de abstención se deriva de la posición de confianza en que se ubica el administrador y que lo obliga a actuar en el mejor interés de la sociedad, incluso haciendo prevalecer el interés social sobre el suyo propio y el de personas a él vinculadas, ya sean personas naturales o jurídicas. Es claro que aquellos que se encuentren en conflicto de interés respecto del tema que va a tratarse en una reunión deberán abstenerse tanto de participar en la deliberación como en el acto de votar, lo contrario implica quebrantar el deber de lealtad. El conflicto que obliga a la abstención no puede ser solo el de carácter empresarial, sino que comprende a todo aquel que revistiendo otro carácter pudiera estar en conflicto con el interés social, por ejemplo, puede ser un tema de carácter político y hasta de amistad ya que podría perturbar la normal expresión de la voluntad social.

Otro elemento que destaca la doctrina sobre el tipo de conflicto es que la abstención no debe limitarse a los conflictos de carácter actual, sino que basta que sea potencial, además también es importante destacar que la abstención no solo es exigible en los casos

de conflicto directo, sino también cuando esta revista una forma indirecta, por ejemplo, tratándose de personas vinculadas al administrador.

Se excluyen del deber de abstención temas que afecten la propia condición de administrador, como es el caso de que se discuta su nombramiento, o la revocación de cargos dentro del propio órgano de administración o de comisiones delegadas.

En el derecho comparado existen algunas especificidades que son compatibles con este deber genérico de abstención, tal es el caso en la legislación española Ley 31/2014 Ley de Sociedades de Capital (LSC) que en su artículo 190° prohíbe el voto de las acciones del socio-administrador, cuando el acuerdo a adoptar por la junta general tenga como finalidad la dispensa del deber de lealtad (artículo 230° LSC), y por lo tanto busca habilitar al administrador a realizar actos que en principio figuran como contrarios al deber de lealtad. Explicado el deber de abstención (García García, y otros, 2021, pág. 3140) dice:

El administrador social no puede ejercer sus atribuciones cuando se halla ante una situación en la que no puede garantizar desde un punto de vista objetivo que los intereses propios no vayan a ser antepuestos a los sociales. La ley les impone que, ante este trance, tiene la obligación de abstenerse, (...).

La abstención es una obligación que el administrador debe asumir bajo su propia responsabilidad, si se tratase de un administrador único deberá de comunicarlo a la sociedad y si se trata de un órgano colegiado, deberá de comunicarlo a aquellos que no se encuentran incurso en el conflicto, y si se trata de administrador solidario deberá de apartarse dejando que sea el otro el que ejecute la acción, y si se tratase de administrador conjunto deberá comunicarlo a la junta para decida el curso de acción.

Si el administrador no obstante de encontrarse en conflicto de interés interviene en la decisión, incurrirá en una infracción que puede generar su nulidad del acuerdo o acto social, siempre que el voto del administrador conflictual haya resultado decisivo para el sentido de la decisión. El régimen de abstención busca garantizar la limpieza en la conducta del administrador, pero, tiene el inconveniente que en algunas situaciones podría distorsionar el sistema democrático invirtiendo el curso normal, haciendo que las decisiones que regularmente son tomadas por la mayoría, sean tomadas por una minoría, sin embargo, la legislación comparada siendo consiente de este riesgo, prefiere dejar abierta esa posibilidad a que la decisión la adopte quién se encuentre en conflicto.

En la ley 26887, el deber de abstención se encuentra establecido en el artículo 180°, en cuyo texto se establece que el director (administrador) que tenga interés en conflicto con la sociedad debe de expresarlo y abstenerse de participar en la deliberación y de participar en la resolución de dicho asunto.

III.2.11.4. Deber de independencia

Este deber busca asegurar que el administrador solo tenga en cuenta el interés social y que las eventuales instrucciones que pudiera recibir o los vínculos que mantengan con terceros no influyan en sus decisiones, esto significa que debe desempeñar su cargo con independencia de criterio, en plena libertad de juicio, y de forma independiente de terceros. Este deber se hace visible en el caso de los directores nombrados en representación por el sistema de representación proporcional, en el cual debe advertirse que los directores no pueden ejercer su cargo teniendo en cuenta el interés de aquellos que los han nombrado, sino que deben de actuar en beneficio del interés social.

Dado que la casuística que podría comprometer una actuación con independencia de criterio por parte del administrador es muy diversa, el deber debe formularse en forma abstracta, de manera que funcione como una cláusula general que permita evaluar los diversos casos que se presenten en la práctica.

III.2.11.5. Deber de tomar medidas para evitar conflicto de interés.

Lo específico del contenido de este deber se refiere a que el administrador no tiene el deber de evitar los conflictos de interés, sino que tiene el deber tomar las medidas necesarias a fin de evitar el conflicto.

Entre las posibles situaciones que obligan a tomar medidas que eviten el conflicto de interés pueden mencionarse.

III.2.11.5.1. Prohibición de realizar transacciones con la sociedad.

En otros términos, se refiere a la autocontratación, es decir, a las situaciones en las que el administrador en nombre de la sociedad contrata consigo mismo, como se aprecia el administrador representa de una parte los intereses de la sociedad y de la otra representa sus propios intereses. En esta situación existe una alta probabilidad que el administrador tienda a hacer prevalecer el interés propio en desmedro del interés de la sociedad por cuya cuenta contrata, ya que en su calidad de administrador emite una declaración de voluntad por cuenta de la sociedad y otra por cuenta propia.

En los ordenamientos jurídicos existen distintos preceptos que prohíben autocontratar, en el caso de Perú, el Código de Comercio en su artículo 261° prohíbe al comisionista la autocontratación, igualmente en la tutela se encuentran

prohibiciones como la que establece el artículo 538° inciso 1; así mismo el Código de Comercio de España igualmente le prohíbe al comisionista la auto contratación en su artículo 267° y el Código Civil a nivel de tutela también prohíbe la autocontratación en su artículo 221.3, de modo que la autocontratación es vista con reserva en las diferentes legislaciones.

En el ámbito societario la prohibición de auto contratación también ha adquirido nivel legislativo, así en España la ley 31/2014 en su artículo 229.1 dispone que el mencionado deber impone al administrador la obligación de abstenerse de contratar con la sociedad, ello debido a que en estas transacciones se encuentra siempre presente un conflicto de interés entre el de la sociedad y el propio del administrador,

Sin embargo, a nivel legislativo también se ha optado por excluir de la autocontratación las operaciones ordinarias que se realizan en las mismas condiciones que con los clientes y también las de escasa relevancia.

La prohibición de autocontratación deriva de la posición de confianza que ostenta el administrador, lo que lo obliga a cumplir con el deber de lealtad para con la administrada y en consecuencia debe hacer prevalecer en todo momento los intereses de la sociedad aún sobre los propios.

La prohibición de contratar con la sociedad impide al administrador obtener ventajas a costa de los intereses sociales, y hace prevalecer el deber de lealtad.

La ley 26887 en el artículo 179° expone que los directores (administradores) solo pueden celebrar con la sociedad contratos sobre operaciones ordinarias o sea las que se celebren normalmente con los clientes y deberán de hacerlo en condiciones de mercado.

La celebración de contratos como los referidos a préstamos, garantías, créditos necesitan de la autorización del directorio con el voto de al menos los dos tercios.

Las prohibiciones de este artículo tienen como destinatario a los miembros del directorio o sea a los administradores, y también se extiende a las personas a él vinculadas, tales como el cónyuge, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, igualmente aplica a los directores de sociedades o empresas vinculadas. La responsabilidad es de naturaleza solidaria y responden ante la sociedad y los terceros acreedores cuando se actúe contra lo señalado en el artículo citado.

Según (Elias Laroza, 2015) *“el tercer párrafo del artículo 179° hace extensiva estas disposiciones a los casos en que los actos no se celebren con el propio director de la sociedad sino, indirectamente con directores de empresas vinculadas y parientes cercanos”*. (p. 637).

Estas normas señaladas en el artículo 179° se hacen extensivo a las sociedades en Comandita por Acciones, ello en virtud de lo señalado en el artículo 282° inciso 2 que establece que los administradores de las Sociedades en Comandita

por Acciones están sujetos a las mismas obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas.

En lo que respecta a Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, si bien no hay una norma específica que precise la prohibición a los administradores realizar transacciones con la sociedad, se estima que la prohibición también es aplicable a este tipo societario.

III.2.11.5.2. La prohibición de explotar la posición de administrador.

El hecho de ocupar el cargo de administrador de una empresa, implica que el nombrado tiene acceso a toda la información existente sobre la sociedad y sus negocios, puede tomar decisiones respecto de los activos y pasivos sociales, tiene la competencia de utilizar tanto la información como los activos sociales en la consecución de los fines sociales, de modo que tiene competencia para utilizar estos recursos con discrecionalidad, pero esa utilización solo lo puede hacer en el mejor interés de la sociedad, si los utiliza para el beneficio propio o de tercero a él vinculado incurre en quebrantamiento del deber de lealtad. Entre los actos que podrían lesionar el interés social, está la de utilizar el nombre de la sociedad o invocar el cargo que ocupan dentro de la sociedad para influir en la realización de operaciones privadas realizadas en interés propio o en interés de terceros a él vinculados; ello no significa que estas acciones estén prohibidas de plano, sino que su realización constituye un quebrantamiento del deber de lealtad, de lo que se infiere que el administrador va a tener un provecho a expensas del interés social.

III.2.11.5.3. La prohibición de utilizar activos sociales.

Considerando que el administrador en cumplimiento del deber de lealtad no debe obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad, debe entenderse que la utilización de los activos sociales, trátase de bienes como el dinero, vehículos, construcciones, oficinas etc., no pueden ser utilizadas en provecho del gestor. Esto es, tiene la obligación de ser cuidadoso con el uso que se haga de los bienes ajenos, que le han sido encomendados. En especial esta prohibición es relevante cuando se trata de activos como las edificaciones que el administrador puede utilizar para vivienda, sin que haya conseguido el permiso de la junta general, o cuando utiliza maquinarias, equipos de cómputo en beneficio suyo. Puede decirse lo mismo cuando utiliza información de la empresa para su provecho, siendo relevante el uso de la información confidencial, tal es el caso que se utilice información de la empresa en operaciones realizadas en el mercado de valores, la prohibición de la utilización de la información se extiende a todo tipo de información como puede ser información financiera, información tributaria, contable, secretos industriales, etc. Además, se considera uso de activos sociales cuando se utiliza a personal en tareas que nada tienen que ver con los asuntos sociales, sino con intereses del administrador.

3.2.11.5.4. La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.

Dado que el deber de lealtad impone a los administradores el imperativo de evitar obtener beneficios en desmedro del interés de la sociedad que administran, la doctrina y la legislación ha plasmado la prohibición que los administradores no pueden aprovechar la oportunidad de negocios, en primer lugar, en aquellas en las que el negocio en cuestión signifique entrar en competencia con la sociedad, por

tratarse de un negocio que se encuentra comprendido dentro del objeto social, un segundo grupo de oportunidades de negocio que entrarían dentro del ámbito de lo prohibido son los negocios que están referidas a actividades conexas con el desarrollo del objeto social y un tercer grupo de son las que están en el ámbito de lo prohibido, son las actividades de negocio sobre las que la sociedad ha manifestado su interés.

El deber de lealtad del administrador se plasma cuando el administrador al enterarse de una oportunidad de negocio, debe permitir que sea aprovechada por la sociedad, y que él no debe interferir de ningún modo ni menos aprovechar la oportunidad postergando a la sociedad. Esto no solo tiene validez en el caso que la noticia llegue al administrador en el desempeño de su labor, sino aún en el caso de que haya obtenido la información por medios privados, el deber de lealtad le impone que habilite a la sociedad a fin de que sea beneficiaria del provecho de la oportunidad de negocio, siempre que se trate de las oportunidades de negocio agrupadas anteriormente, ya que el beneficio de la sociedad debe estar por encima de la satisfacción de los intereses personales. De esto se deriva que, si se trata de oportunidades de negocio que no se vinculan a los intereses de la sociedad, el administrador puede libremente adoptar la decisión en favor de sus intereses personales.

III.2.11.5.5 La obtención de ventajas de terceros.

La labor que desempeña el administrador en la gestión de la sociedad tiene como contraprestación una remuneración que le sociedad le asigna, por lo que, si recibiera remuneraciones o ventajas de otra sociedad o de terceros, significaría que

el administrador estaría tentado a abandonar el recto ejercicio de sus funciones, haciendo que las remuneraciones o ventajas recibidas aparecen como sobornos que perturban la actuación del gestor social.

El establecimiento de medidas que aseguren que el administrador no se verá tentado de soslayar los intereses de la sociedad y asumir otros intereses, conduce a la doctrina y legislación comparada a considerar establecida la prohibición al administrador de recibir ventajas de otras empresas o terceros. Especial atención merece el hecho de que la aceptación de las ventajas o remuneraciones en que incurra el administrador, provengan de las empresas del mismo grupo; en estos casos la opinión más aceptada es la que considera que esa percepción es lícita y no debe de ser prohibida, pero eso no significa, que el administrador este exonerado de responsabilidad cuando la decisión adoptada ha causado daño al interés de la sociedad y haya sido dirigida a en el mejor interés de otra u otras empresas del grupo. tampoco resulta aceptable el hecho que con antelación el tercero otorgue las ventajas, pues es fácil asumir que las ventajas otorgadas han tenido como propósito lograr la fidelización del administrador hacia intereses que no son precisamente los de la sociedad que administra.

Siempre está la posibilidad de que la propia sociedad, previa evaluación otorgue la correspondiente dispensa a fin de que el administrador perciba remuneración o ventajas de terceros, ello ocurrirá en el caso que la sociedad considera que su interés no va a sufrir algún menoscabo por el hecho que su administrador perciba una remuneración o cualquier ventaja de parte de tercero, o en todo caso que el menoscabo que sufra será compensado de alguna manera. Debe

precisarse que algunas ventajas por montos no significativos están exentos de este conflicto, tal es el caso de pequeños regalos, entradas al teatro, pasajes etc., pero debe advertirse que cuando esto se convierte en una situación frecuente, puede convertirse en ventajas que pueden perturbar la toma de decisiones por parte del administrador.

III.2.11.5.6. Prohibición de competencia con la sociedad.

Cuando en el mercado compiten los agentes económicos, se entiende que lo hacen en condiciones de paridad, no sería aceptable que uno de ellos, no solo tuviera información de todo lo concerniente a su competidor, sino que además estuviera en capacidad de influir en la toma de la decisión. Lo anterior hace entender que un administrador que entrara en competencia con la sociedad que administra tendría una posición ventajosa ya que en calidad de administrador tiene la ventaja de conocer toda la información de la sociedad que podría utilizar en provecho de su propio interés e incluso en interés de un tercero por cuenta de quién podría estar actuado simultáneamente a la administración que ostenta; en otros términos el administrador se encontraría ante el hecho que tiene que decidir si sus decisiones se inclinan en beneficio del interés de la sociedad que administra o en su propio interés o de algún tercero por cuya cuenta actúa, ante esta situación, tendría una alta propensión a actuar en resguardo de su propio interés e incluso en el mejor interés del tercero, antes que en el de la sociedad de la cual es administrador.

Por ello la doctrina y legislación comparada trata de prevenir a través de establecer la prohibición de competencia con la sociedad, que el administrador llegue a estar en una posición en la que se haga evidente un conflicto de interés,

más si ese conflicto se prolonga en el tiempo, esto que es se convierte en un conflicto permanente, como lo es el de entablar competencia. Sabido es que existe competencia entre agentes económicos cuando estos se dedican al mismo género de actividades o tienen el mismo objeto social, porque no se entendería competencia si eventualmente el administrador por diversas circunstancias tiene que realizar una operación similar a las que realiza la sociedad, en este caso, muy bien el administrador podría solicitar una dispensa a la junta general para que le otorgue su consentimiento de realizar la operación. Lo cual no significa que la misma junta no podría autorizarle realizar competencia con la sociedad, ese extremo no se descarta, pero sin duda que para que eso suceda, tendrán que exponerse situaciones muy especiales y se hará una valoración muy detallada de las circunstancias del fondo del asunto. Resulta claro que en la actividad de competencia, los que concurren en ella buscan razonablemente obtener las mejores ventajas o como se dice, ganar el mercado, ello aún a expensas que su actividad podría poner en riesgo la permanencia de alguno o de varios competidores; lo que significa que si un administrador entra en competencia con la sociedad que administra, buscará lógicamente hacer prevalecer su interés en detrimento del interés social, lo que nos conduce a deducir que se encuentra en un quebrantamiento del deber de lealtad, el que lo obliga a actuar siempre en beneficio de la sociedad que administra. Es indudable que la prohibición de no competir con la sociedad le alcanza al administrador cuando actúa en su beneficio, también le alcanza cuando actúa como administrador de otra sociedad, e incluso cuando actúa utilizando una sociedad pantalla. La competencia no solo es de naturaleza actual, sino incluso potencial, ya que podría darse el caso que el administrador participase en sociedades que todavía no han salido al mercado, pero que próximamente lo van a hacer, o que el

administrador impulse proyectos que van a constituir una alternativa que pudiera llegar a desplazar a la sociedad en donde ejerce la administración.

III.2.11.5.7. Responsabilidad por incumplimiento a la ley, los estatutos, por los actos o acuerdos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es evidente que la labor del administrador social se orienta a la obtención del fin social, a maximizar los beneficios patrimoniales, poniendo en ello toda su diligencia, pero no puede garantizar que ello se concrete, por el contrario, siempre existe la posibilidad de que se produzcan pérdidas. Ello es así, debido a que siempre existe un riesgo en el desarrollo de la actividad empresarial, nunca está asegurado un resultado positivo. No obstante que el resultado haya sido negativo, ello no compromete la responsabilidad del administrador, siempre que haya actuado correctamente con la diligencia debida en el ejercicio de su cargo.

Como dice (Farran Farriol, 2004) *“Mientras el administrador ponga toda su diligencia en la obtención del interés social su actuación no será responsable, aunque, a pesar de su esfuerzo no se obtengan beneficios por culpa de los llamados daños indirectos”* (p. 50). Lo cual es coherente con la obligación del administrador, ya que solo está obligado a la elección de los medios adecuados, lo que no supone la obtención de resultados positivos.

La responsabilidad del administrador se sostiene en la culpa, esto es que si el administrador contraviene las normas ya sea por culpa (la que en sentido amplia incluye también el dolo), entonces tendrá que asumir la responsabilidad de sus actos.

El dolo consiste en la acción u omisión voluntaria que tiene la intención deliberada de acusar daño, y por lo tanto es relativamente fácil de identificar. En lo que concierne a la culpa, la cual siguiendo la clásica clasificación puede ser grave, leve y levísima, es más compleja de identificar. La culpa puede ser contractual y extracontractual, según este vinculado a un contrato o no.

En lo relativo a la culpa, esta será grave, cuando el agente que la genera no ha previsto lo que en igualdad de condiciones si lo hubiera previsto un agente descuidado o negligente, la culpa leve será aquella en la que el agente no emplea los medios y diligencia que emplea un hombre cuidadoso y será culpa levísima aquella en que puede incurrir cualquiera, aunque sea el más cuidadoso. STS del 13 de octubre de 1986.España.

La legislación en general en el caso societario entiende que la culpa levísima no genera responsabilidad, hay indulgencia en su tratamiento. Aún la culpa leve es tratada con indulgencia, ya que para diversas legislaciones no genera responsabilidad y cargar sobre el administrador responsabilidad derivada de ella implicaría recortar el ámbito discrecional de los administradores. La que si es sancionada es la culpa grave.

Al asumir el cargo, el administrador se encuentra facultado para realizar todas las acciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines, es decir lo que marca el límite de sus facultades es el contrato que ha celebrado con la sociedad, de allí que cuando actúe excediendo de lo que allí está establecido, tendrá que asumir responsabilidad por los daños que de esa actuación pudiera derivarse.

En el caso de la ley 26887, en su artículo 177° establece responsabilidad de los directores (administradores) cuando actúen con culpa grave, en forma dolosa y abusando de sus facultades. Lo que implica que aquel administrador que en forma personal o en compañía de otros o el directorio en su conjunto si actuara con culpa grave, con dolo o abusando de las competencias que le otorga la calidad de administrador, tendrá que responder por los daños y perjuicios que sus acciones generen en la sociedad. La responsabilidad que asumen es de carácter solidario, entre todos los que hayan intervenido o con los que le antecedieron si conociendo los actos dañosos no los denunciarán ante la junta general de socios o accionistas.

III.2.11.5.8. Infracción a la ley, al estatuto y la falta de diligencia y actuar contrariando el deber de lealtad, como causa de responsabilidad del administrador.

Es claro que la infracción a la ley, al estatuto y la falta de la diligencia debida observada en la conducta del administrador genera responsabilidad, por cuya razón resulta muy importante precisar cuándo se incurre en negligencia, y establecer patrones de valoración de la conducta negligente y también de la conducta desleal, a finde imputar responsabilidad. Obviamente que deberá de haber una relación entre el daño causado y el actuar del administrador, para que sea posible iniciar una acción legal que determine la responsabilidad el infractor.

La doctrina societaria establece que ante la comisión de infracciones por faltas contra los deberes de diligencia y lealtad es posible actuar acciones contra los administradores, tal es el caso por ejemplo de pedir la separación por conducta negligente o desleal, la acción por infracción a los deberes fiduciarios, la acción de

impugnación de acuerdos de dispensa. La acción de cesación de infracción del deber de lealtad, la acción de remoción de los efectos de los actos y contratos desleales, la acción de enriquecimiento injusto por infracción del deber de lealtad, la acción de anulación de los actos y contratos desleales. STS de 7 de marzo de 1991.

Estas acciones que pretenden determinar la responsabilidad en que han incurrido los administradores en el desempeño de su cargo al haber trasgredido el modelo del “ordenado comerciante” u “ordenado empresario”, tiene el propósito de lograr una satisfacción para la sociedad que ha sufrido un menoscabo en su patrimonio.

III.2.11.5.9. La no modificabilidad del deber de lealtad.

La doctrina tiende a aceptar que el régimen de lealtad y el de la responsabilidad por su infracción tiene carácter imperativo, por lo que no podrá ser modificado por cláusulas estatutarias, esto tiene su fundamento en la aceptación por el derecho, de no aceptación de los pactos de impunidad por dolo. Aceptar que el administrador tiene facultades para liberarse de la responsabilidad derivada de ejecutar actividades prohibidas, significaría que se desvincula del contrato que lo obliga a no ejecutar justamente las actividades prohibidas.

Dado que la ejecución de actividades prohibidas implica una actuación dolosa, lo cual significa el quebrantamiento del deber de lealtad, esto es, que el administrador actúa en su beneficio y no en el mejor interés de la sociedad.

El administrador se encuentra obligado a comunicar a la sociedad los conflictos de interés en los que se encuentre él o personas vinculadas, el fundamento de esta obligación está en que en todo conflicto el interés prevalente es siempre el de la sociedad, por lo que la sociedad debe siempre estar informada a fin de que pueda proteger el interés social.

Las prohibiciones que se imponen a los administradores tendientes a evitar conflicto de interés no son de carácter absoluto, sino que son susceptibles de ser dispensadas. La dispensa es la autorización otorgada ya sea por la junta general o por el directorio que libera al director (administrador) de la prohibición de llevar a efecto determinada operación, se otorga en casos singulares y para una singular operación.

La decisión o acuerdo de dispensa debe asegurar el requisito de inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio de la sociedad o que se realice en condiciones de mercado. (Bartle, y otros, 2016).

La sociedad también puede levantar las prohibiciones relativas al conflicto de interés vía la ratificación, sin perjuicio de la impugnación de dicho acuerdo de ratificación y de sus efectos, el acuerdo de ratificación debe tomarlo la junta general.

Es posible que la sociedad pueda conceder autorización para el ejercicio de las actividades prohibidas, igualmente debe ser otorgada por la junta y se diferencia de la dispensa, en que se libera en forma previa y genérica al administrador para

que lleve a cabo una o varias de las actividades prohibidas. Esta autorización puede constar desde la fundación de la empresa o puede otorgarse en forma posterior.

III.3. LA PRETENSION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.

III.3.1. La sociedad como titular de la pretensión.

En la legislación nacional el artículo 181° de la Ley 26887 Ley General de Sociedades del Perú, establece que la sociedad puede en virtud de un acuerdo de la junta general, promover contra los administradores la pretensión social de responsabilidad, aun cuando la sociedad se encuentre en liquidación. El acuerdo puede ser adoptado aún sin que haya sido materia de la convocatoria.

En la definición de pretensión individual de responsabilidad en la doctrina nacional según (Elias Laroza, 2015) “(...) *tiene como caracteres esenciales el que su ejercicio corresponde, única y exclusivamente a la sociedad y el que tiene por objeto lograr el resarcimiento de los daños causados por los directores a la sociedad*” (p.642).

Ello no es obstáculo para que de manera subsidiaria los socios y aun los acreedores, la puedan hacer valer en nombre de la sociedad, en defecto que la sociedad no ha ejercido la correspondiente pretensión, pese a que la junta previamente acordó promover dicha acción. Lo sustancial es que la pretensión tiene como propósito el reconstituir el patrimonio social que sido menoscabado por la conducta negligente o desleal de los administradores.

En otras legislaciones se le denomina acción social de responsabilidad, tal es el caso de la ley española del 31/2014 del 3 de diciembre , así puede verse en (García García, y otros, 2021) al referirse al artículo 238°inciso 1, dice : “*La acción social contra los*

administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día” (p. 3305) ; y la ley colombiana según (Suescún De Roa, 2021) señala que en su artículo 25° de la ley 222 de 1995 “*La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día”* (p. 301), el rasgo común en las legislaciones citadas es que la titularidad de la acción corresponde a la sociedad y se promueve previo acuerdo de la junta de socios. Tiene como propósito reconstituir el patrimonio dañado de la sociedad, por acciones u omisiones de los administradores, esto es, por haber quebrantado el deber de diligencia y lealtad, por haber actuado contra las disposiciones legales o contra los estatutos y reglamentos en el ejercicio de su cargo. La sociedad persigue obtener la indemnización por los daños que haya sufrido en su patrimonio. STS de 8 de mayo del 1990 del tribunal español,

Dado que la acción se dirige contra los administradores que son los que deben concurrir en defensa de los intereses sociales, se necesita un previo acuerdo de la junta, este acuerdo se puede tomar aún si es que no ha sido materia de la convocatoria a junta general de socios, esto en Perú es aplicable tanto a la sociedad anónima como a la sociedad en comandita por acciones y también es aplicable a la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada conforme lo señala el artículo 288°, de la ley 26887, aunque debe mencionarse que este artículo solo señala que debe promoverse previo el acuerdo de los socios que representan la mayoría del capital social, los cuales también pueden reunirse en junta de socios para expresar la voluntad social, según el artículo 286° de la misma ley antes citada.

Como dice (Farran Farriol, 2004) *“El otorgamiento a la sociedad de personalidad propia diferenciada de la de sus socios o partícipes, hace que al ser esta la receptora del daño también sea ésta la titular de la acción, para reclamar el daño ocasionado en su patrimonio”* (p.78). esto es, que en definitiva el titular de la pretensión o acción social de responsabilidad es la sociedad que pretende reconstituir su patrimonio dañado.

En el caso de que el daño fuera causado a los socios o acreedores de manera directa, ellos no podrán ejercer la acción social de responsabilidad, sino que recurren a la acción individual e responsabilidad.

En el caso de la acción social de responsabilidad que debe ser ejercitada por la propia sociedad no ha sido utilizada ordinariamente, ello en la jurisprudencia comparada se explica por el hecho que las sociedades en lugar que incoar la acción prefieren utilizar otros mecanismos que le proporcionen similares soluciones o que no melle su imagen dentro del mundo de los negocios.

Dado que la decisión de promover o no la acción social de responsabilidad (pretensión), le corresponde a la junta general, es importante examinar cual debe de ser el tipo de junta general, a este respecto hay que anotar que puede ser cualquier tipo de junta, ya que la norma en el caso peruano no lo ha especificado, pudiendo desde ese punto de vista, tratarse de una junta universal en la que sin existir una convocatoria previa, se reúnen la totalidad de los socios y acuerdan que dentro de los puntos a tratar se examine el punto de la promoción de la acción de responsabilidad, podría también tratarse de una junta general obligatoria anual que se ha convocado para tratar los asuntos estipulados en el artículo 114° o en junta ordinaria que se ha convocado para tratar asuntos específicos, aún

puede tratarse en la junta que ha sido convocada judicialmente, ya que la norma legal manda que se sea tratada aún sino figura en la convocatoria.

En la legislación comparada ley 31/2014 de España, se encuentra que la junta puede tomar el acuerdo de promover la acción social de responsabilidad a petición de un socio, aunque no conste en el orden del día. De acuerdo con (Beltran, 2016, pág. 95) *“el propio artículo 238.1 de la ley de sociedades de capital dispone que la junta general es competente para adoptar el acuerdo a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día”*. De lo expuesto se colige que la voluntad del legislador es hacer posible que la sociedad utilice la acción social de responsabilidad para la restauración de su patrimonio, para ello han buscado eliminar los posibles obstáculos que pudieran interponerse a la posibilidad de discutir su instauración por parte de la sociedad.

De acuerdo con lo señalado anteriormente la junta tiene la amplia libertad para deliberar sobre la probable instauración de la acción o pretensión de responsabilidad contra los administradores, sin que este previamente convocado, pero eso no impide que los socios promotores se inclinan por solicitar la convocatoria de junta general donde se incluya como punto la discusión del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En este supuesto puede darse el caso que, dado que los administradores son los facultados para realizar la convocatoria, podrían eventualmente no incluirlo como punto de la agenda a tratar, ante esta denegatoria los socios promotores tendrían que acudir al juez para que este realice la convocatoria judicial.

En la legislación nacional el artículo 181° dispone que los accionistas que representen al menos el tercio del capital pueden ejercer directamente la pretensión social

de responsabilidad contra los directores (administradores) siempre que se satisfaga dos condiciones, la primera que la demanda comprende la responsabilidad a favor de la sociedad y no en interés de los demandantes y la segunda que los actores no hay aprobado la resolución tomada por la junta general de no ha lugar a proceder contra los directores (Elias Laroza, 2015, pág. 641). Esta valla de exigir un tercio del capital social constituye un serio obstáculo para el ejercicio de la pretensión por parte de las minorías.

La legislación española que tomamos como referencia, a este respecto considera que ante la morosidad de la convocatoria por parte de los administradores, los socios solicitantes están legitimados para incoar la acción social de responsabilidad, según lo prevé el artículo 239.1 de la Ley de Sociedades de Capital, Ley 31/2014. Esta misma ley considera que el socio que posean individual o conjuntamente una participación que le permita solicitar la convocatoria de la junta, podrán ejercer directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter el ejercicio de la acción a decisión de la junta general. Esto se explica en tanto en la legislación española el cumplimiento del deber de lealtad tiene el carácter de imperativo por disponerlo así el artículo 230 inciso 1 de ley 31/2014, pero para los otros supuestos, los socios tendrán que seguir entablando la acción social de responsabilidad siempre que previamente la junta general lo haya sometido a decisión.

Un aspecto importante en la aprobación de la promoción de la acción social de responsabilidad es la disposición que faculta a discutir el tema en forma sorpresiva en una junta que ha sido convocada para discutir otros temas y que no figurando en la agenda la discusión de la acción, puede ser puesta a discusión en la junta. Sin duda que ello demandará de la estrategia de los socios que desean someterla a discusión. En realidad la

legislación faculta a los socios a pedir su discusión, dependerá ya de la postura de mayorías y minorías para determinar si prospera o no el pedido, sino prosperará es claro que los proponentes tienen la posibilidad de solicitar que se convoque a una próxima junta donde se discuta el tema o en todo caso bien podría recurrir al juez para que se haga una convocatoria judicial con la correspondiente agenda de discusión sobre la posible iniciación por parte de la sociedad de la pretensión social de responsabilidad.

La promoción de la acción social de responsabilidad puede realizar aún en el caso que la sociedad se encuentre en proceso de liquidación, pero en este caso el acuerdo de la junta seguirá siendo necesario, no puedes ser sustituido por una certificación del liquidador o liquidadores. En la jurisprudencia española puede verse según (Beltran, 2016, pág. 98) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 19.12. 1998. (SAP Granada) y la sentencia de la audiencia provincial de Girona 13.12.2006.

La ley peruana 26887 en su artículo 181° dispone que en los casos que la junta hubiere aprobado la promoción de la acción social de responsabilidad, pero esta no se ha iniciado habiendo transcurrido tres meses desde que la junta resolvió iniciarla, cualquier socio está facultado para interponer la demanda. El plazo parece ser muy excesivo.

III.3.1.1. Alternativas de la junta ante el planteamiento del ejercicio de la acción.

De acuerdo con la legislación y doctrina, la junta puede adoptar los siguientes acuerdos: un acuerdo contrario a la existencia de promover la acción de responsabilidad; un acuerdo positivo de promoción de la acción de responsabilidad, un acuerdo de renuncia expresa al ejercicio adoptado con posterioridad al inicio del

procedimiento de exigencia de responsabilidad, así como un acuerdo de transigir. También puede ocurrir que no se adopte ningún acuerdo.

Cuando el acuerdo es contrario al ejercicio de la acción social de responsabilidad, en el caso español legitima a la minoría que posea al menos el cinco por ciento del capital social y en el caso de sociedades cotizadas tres por ciento, para ejercitar la acción en defensa del interés social, así lo dispone el artículo 239.1 de la ley 31/2014, según (Bartle, y otros, 2016). Cuando el acuerdo es por ejercitar la acción social de responsabilidad, significa la legitimación de la sociedad para incoar la respectiva acción, para por medio de esta vía defender el patrimonio social, y si la sociedad no la incoara dentro de un mes de tomado el acuerdo, entonces están legitimados los socios que individual o conjuntamente posean una participación que les permita solicitar la convocatoria a la junta, de tal manera que serán estos socios los que pueden plantear la demanda ejercitando la acción social de responsabilidad.

En el caso de la renuncia ya sea al inicio de la acción o cortar la iniciada, como es lógico presupone que previamente se haya tomado la decisión de promover la acción social de responsabilidad, en estos casos, la legislación y doctrina comparada consideran que a los socios que no están de acuerdo les asiste el derecho de oposición, para ejercer este derecho los socios deben poseer al menos el cinco por ciento del capital social, así lo ha legislado la ley 31/2014 en su artículo 238.2 y en las sociedades cotizadas sería del tres por ciento según el artículo 592.2.a.

En lo concerniente al acuerdo de transacción con los afectados, implicaría que la sociedad está aprobando un convenio según el cual el patrimonio dañado estaría siendo reintegrado por los afectados. Un sector de la doctrina considera que en estos casos no sería necesario que previamente se hubiera tomado un acuerdo de promoción de la acción social de responsabilidad, por lo que bien se podría tomar el acuerdo de transacción sin llegar a tomar el acuerdo de incoar la responsabilidad. En este tipo de acuerdo también es aplicable la oposición o veto de la minoría.

En el caso que no se llegue a adoptar ningún acuerdo, lo cual se concretaría en el caso que la junta general se negase a discutirlo, en esta circunstancia existe controversia respecto a si la minoría se encuentra o no legitimada para iniciar la acción, salvo que se trate de la infracción del deber de lealtad. Parece ser que la solución sería que la minoría pidiera la convocatoria de la junta para que se discuta el tema ante lo cual la mayoría tendría que abordar el tema y aceptar o no la promoción de la acción, pero en el caso que se negara la convocatoria, la minoría tendría expedita la vía para iniciar la acción.

Por último, en la hipótesis de que en una sociedad con dos socios en el que cada uno tuviera el cincuenta por ciento del capital y los dos fueran administradores, se estaría ante una situación en la que no es posible desbloquear el empate en la junta general, lo cual llevaría a paralizar la actividad de la sociedad, y por lo tanto incapacitarla para cumplir su objeto social. La ley 26887 no contempla el caso de la renuncia al ejercicio de la pretensión, tampoco lo concerniente a la transacción, por lo que sería pertinente ponerlo en consideración.

III.3.2. Los acuerdos de transacción y renuncia.

En la legislación societaria peruana, no se ha tratado el caso de la transacción y renuncia a la pretensión social de responsabilidad, pero si en otras legislaciones, tal es el caso de la legislación española, que ofrece como alternativas para que lo junta de socios no solo deba aprobar o desaprobar el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En efecto, el órgano competente para tomar el acuerdo de transacción o renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad es la junta general, así lo señala la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 238.2, debiendo estos acuerdos ser discutidos y decididos con el mismo quorum que la exigencia de responsabilidad. En ese entendido será la junta que la determine las condiciones de la transacción o la que ratifique la misma, en el caso que se haya pactado antes. No se puede adoptar el acuerdo de transacción ni el de renuncia si existe la oposición de la minoría del cinco por ciento del capital social o del tres por ciento de las sociedades cotizadas.

Para la discusión de estas alternativas se tendrán que agendar o en el caso de junta universal tendrá que ser aceptada por todos. Sobre este tema un sector de la doctrina opina que el acuerdo de transacción puede ser discutido en la misma sesión en que se toma el acuerdo de ejercer la acción, sin embargo, el sector mayoritario considera que la discusión de la renuncia y transacción deben de ser agendadas debido a que la discusión sin estar en agenda solo es aplicable a la discusión de la acción social de responsabilidad por así establecerlo la ley. Abona en esta opinión el hecho de que los preceptos que recortan derechos deben ser aplicados en forma restrictiva no siendo posible su aplicación por analogía.

Un punto importante de discusión es el referido a determinar en qué momento pueden ser efectuados los acuerdos de transacción y renuncia y se concreta en la posibilidad que tiene la junta general de hacerlo en la misma reunión en que aprueba el ejercicio de la acción social de responsabilidad, como ya se señaló existe divergencia a este respecto, ya que si se diera el caso que la discusión sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad de la acción social se diera en una sesión en la que previamente había sido agendada, nada impide que en esa misma agenda también se haya incluido la discusión de la transacción o renuncia.

Para un sector de la doctrina española, el acuerdo de transacción o de renuncia, debe de sostenerse sobre un acuerdo previo de ejercicio de la acción social de responsabilidad, pero ello no parece guardar armonía con lo señalado en la propia ley, la cual señala en su artículo 238.3 que el acuerdo de promover la acción, determinará la destitución de los administradores afectados, de lo que se deriva que si la transacción requiere de un acuerdo previo de promoción de la acción, lo que implicaría que en ese acuerdo ya fueron destituidos los administradores, entonces por que al darse el acuerdo de transigir tendría que volver a ser destituidos los ya fueron destituidos al haberse acordado la promoción de la acción.

III.3.3. Consecuencias de promover la pretensión social o de transigir.

Tanto la doctrina como la legislación, al tomarse ya sea el acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad o de transigir con el administrador, este ya no debe seguir en el ejercicio del cargo, en razón de que el acuerdo de ejercitar la acción implica que el administrador ha perdido la confianza social, igual tratamiento merece el acuerdo de

transacción ya que la transacción implica la aceptación por parte del administrador de haber incurrido en la quiebra de sus deberes y su aceptación a reparar las infracciones en que hubiera incurrido.

Tanto el acuerdo de ejercitar la acción como el de transigir determina la destitución del administrador afectado, diferente es el caso de renuncia al ejercicio de la acción, ya que la renuncia implica siempre la existencia de algo, porque no se puede renunciar a lo que no se tiene, en el caso de que se haya tomado el acuerdo de ejercicio de la acción, entonces recién se podría renunciar, la doctrina española cita la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de diciembre de 1997, señalando que al haber en el expediente acuerdo de la junta general de promoción de la acción social de responsabilidad la destitución del administrador es de carácter automático, por haberse producido la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador.

Es claro que el acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad o de renuncia a la misma genera el cese de los de los administradores, sin embargo, existe la pregunta si es posible que la junta acuerde la continuación de los cesados, esto lo ha decantado la jurisprudencia al señalar que la destitución es automática. Por lo que en la sesión de junta general en la que se tome el acuerdo de ejercer la acción o de transigir deberá de nombrarse a los remplazantes, salvo que sea uno o que siendo más aún puede el órgano de administración continuar funcionando. El caso en el que existen administradores suplentes, el puesto dejado por el administrador afectado y si fueran varios, serán asumidos por los suplentes, y de no haber estos en número necesario para cubrir las vacantes, bien puede utilizarse el método de la cooptación en tanto se reúne la junta de socios para resolver el asunto.

III.3.4. La aprobación anual de los estados financieros.

En la legislación nacional la junta general se reúne anualmente para pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior (artículo 114 inciso 1 de la ley 26887), eso significa que aprueba documentos que en resumen reflejan la actividad de la sociedad durante un periodo económico. Pero, ello, no implica que se haya aprobado todas y cada uno de los actos o de las omisiones en las que han incurrido los administradores. Además, la junta también se pronuncia sobre la aplicación de los resultados, esto es la forma como se distribuirán las utilidades, de existir.

Da la impresión que la aprobación de los estados financieros implicaría la aprobación de la gestión social y por lo tanto, la aprobación de la conducta desplegada por los administradores en el desempeño del cargo. La doctrina ha establecido que la aprobación de las cuentas anuales, en el Perú, la aprobación de los Estados Financieros y aplicación de los resultados, no constituye un impedimento para el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción ya en curso.

III.3.5. Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad.

El legislador peruano ha establecido que bajo ciertas condiciones se encuentran legitimados para ejercer la pretensión social de responsabilidad los socios, así se ha establecido en el artículo 181° de la ley citada, para su ejercicio los socios deben de ser poseedores de por lo menos un tercio del capital social, los que al demandar deben de establecer que la demanda pretende restablecer el patrimonio social, es decir se hace en

favor de la sociedad y no de los intereses particulares de los socios demandantes, adicionalmente los demandantes no deben haber participado de la aprobación, hecha por la junta de no haber lugar a proceder contra los directores. Esto es que, ante el acuerdo negativo de la junta de incoar la pretensión social de responsabilidad, la minoría (uno o más socios que sean poseedores de al menos un tercio del capital de la sociedad), están legitimados para ejercer la pretensión social de responsabilidad. También el artículo mencionado legitima a cualquier accionista a entablar la acción social de responsabilidad si es que, existiendo el acuerdo de ejercer la acción social de responsabilidad, la sociedad no lo iniciare dentro de los tres meses siguientes de tomado el acuerdo, es decir, los socios actúan por defecto, ante el incumplimiento por parte de la sociedad de implementar el acuerdo de la junta general.

Igualmente, la ley habilita a los acreedores de la sociedad para hacer uso del ejercicio de esta acción con la finalidad de reconstituir el patrimonio social, y lo pueden hacer cuando la sociedad y los accionistas no ejercen la acción no obstante existir el acuerdo positivo de la junta general.

En la doctrina la legitimación subsidiaria tanto de los socios como de los acreedores sociales, también es aceptada con ciertos matices de porcentajes del capital que deben de poseer los socios y del tiempo transcurrido desde que se tomó el acuerdo y la sociedad se muestra omisa a implementar de la acción social de responsabilidad.

En Colombia según (Suescún De Roa, 2021, pág. 301) *“cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad*

social dentro de los tres meses siguientes, esta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal, o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad”

Como se aprecia también se legitima a los socios para el ejercicio de la acción, siempre que esta haya sido previamente acordada por la junta de socios y hayan pasado 3 meses y no se implemente.

En igual sentido la legislación española concede a los socios legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad cuando el socio o socios en conjunto poseen un cinco por ciento del capital social y ante la negativa de los administradores a realizar la convocatoria donde se discuta y decida sobre el ejercicio de la acción, o cuando existiendo el acuerdo trascurriera un mes sin que se inicie el procedimiento de la acción, o cuando el acuerdo hubiera sido contrario al ejercicio de la acción, así lo prevé el artículo 239 de la ley 31/2014. Los socios minoritarios también tienen la oportunidad de oponerse a la transacción o renuncia decidida por la junta.

En España la acción social de responsabilidad tiene como propósito recomponer el patrimonio social, así puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero de 1993 en la que se precisa que aunque la deslealtad del administrador al falsear los balances de la empresa lesione el interés de los socios, lo importante reside en resarcir el daño patrimonial de la sociedad.

III.3.6. Legitimación de la minoría.

En la doctrina se acepta que la legitimación puede nacer aún sin pronunciamiento negativo de la junta, esto es, cuando mediante diversas maniobras no se efectúa la convocatoria para la discusión y acuerdo del ejercicio de la acción, así en España la ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la ley de Sociedades de Capital para la mejora

del gobierno corporativo, ha concedido a la minoría una legitimación que no es subsidiaria de la actuación de los socios en la junta (aunque continúe siendo, en términos procesales, de carácter indirecto), en aquellos casos en los que el comportamiento antijurídico de los demandados consista en la violación de los deberes de lealtad. Otros casos en los que están legitimados la minoría de socios, se dan cuando transcurrido un mes del acuerdo, y la sociedad no ha iniciado el ejercicio de la acción, lo mismo sucede cuando el acuerdo ha sido negativo al ejercicio de la acción.

La acción puede ser ejercitada en virtud de un acuerdo de la mayoría, también puedes ser ejercitado por la minoría bajo determinadas condiciones, esa minoría tiene que ser representativa de un determinado porcentaje del capital, en el caso de la ley peruana 26887 es el tercio del capital, en España es el cinco por ciento para cualquier sociedad y el tres por ciento para las sociedades cotizadas, esta legitimación subsidiaria se potencia cuando el obligado a ejercer la acción omite hacerlo y por el contrario se muestra hostil a su implementación. Ello sucede porque generalmente es la mayoría la que otorgó la confianza a los administradores para que estos lleven a cabo la gestión social, y obviamente se muestran reacios a demandar a los depositarios de su confianza, ya que en muchas oportunidades los socios de la mayoría han trabajado en forma conjunta con los administradores y se ha generado una relación de reciproca confianza, por lo que no resulta fácil para la mayoría cuestionar la labor de las administradores que en oportunidades es como cuestionar su propia labor, por ello deciden poner obstáculos a la implementación de la acción social de responsabilidad.

Ante la omisión de la sociedad representado por la mayoría de socios se muestra remiso de ejercer la acción, surge el derecho de la minoría, para que en defensa del

patrimonio social reclame el resarcimiento del patrimonio. En el ejercicio del reclamo debe mediar la buena fe de los que inician la acción.

La minoría que ejerce el derecho debe de ser suficientemente representativa, esa representatividad la otorga el porcentaje fijado legislativamente, en el caso del Perú la ley 26887 señala que debe ser al menos de un tercio de los tenedores de acciones para la sociedad anónima, aplicable también a la Sociedad en Comandita por Acciones y en lo que corresponde a la sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada aunque la ley no lo expresa, es posible aplicarles lo correspondiente a las sociedades anónimas.

Dado que la ley menciona porcentajes, es posible que dicho limite sea alcanzado por un solo socio, por lo que, si cumple con ello, no tendrá inconveniente en iniciar él solo la acción, caso contrario de no poseer el porcentaje tendrá que concertar con otros socios y así en forma conjunta ejercer la acción. En el caso de las sociedades anónimas hay que hacer presente que, en el supuesto de tratarse de acciones sin voto, también resulta factible que los tenedores de estas acciones puedan ejercitar la acción social de responsabilidad, ello debido a que la ley no ha distinguido de qué tipo de acciones se trata, y teniendo en cuenta que la finalidad no es el beneficio directo del socio, sino que la de reconstituir el patrimonio social dañado.

En lo concerniente a si el capital suscrito del socio moroso también suma para lograr el porcentaje, parece ser que también sería aconsejable otorgarle esa prerrogativa por cuanto el no conseguiría ningún tipo de beneficio directo, pero sí la sociedad que al reparar el daño puede conjurar los peligros que pudieran derivarse del daño sufrido, es decir, que lo que se pretende en todos los términos es proteger el patrimonio social.

Es lógico que la representatividad debe tenerlo la minoría al realizar el requerimiento y mantenerlo durante el proceso, eso independientemente de las identidades de los poseedores, porque de lo que se trata no es del beneficio personal sino de reconstituir el patrimonio social dañado por la conducta de los administradores. Interpuesta la demanda, esta será resuelta de acuerdo con la situación existente al momento de interponer la demanda, no se tendrá en cuenta situaciones posteriores al inicio del proceso, lo que solo se excepcionara si existe la satisfacción extraprocesal del demandante o por causa sobrevenida que sustraiga legitimidad al demandante, de modo que si la minoría tenía legitimidad al momento de incoar la demanda la conservará durante todo el proceso, salvo que se viera sobrevenida mente desprovista de interés para continuar con su pretensión, por lo que una eventual operación de aumento de capital que rebajará el porcentaje de la minoría, ello no incidiría en la legitimidad de esta ya que al iniciar la demanda si reunía los requisitos para incoarla.

La doctrina sostiene que para que se desencadene la legitimidad de la minoría para el ejercicio de la acción es necesario que como antecedente exista la práctica de un previo requerimiento para la convocatoria de la junta, pedido que debe de haberse dirigido a la administración para que siguiendo los procedimientos establecidos proceda a convocar a una junta donde se encuentre como punto de agenda la discusión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador o los administradores, de modo que si la minoría decide que es necesario pedir la convocatoria, debe proceder a formular al pedido utilizando para ello la vía notarial, y en todo caso puede solicitar que se complemente la agenda de una convocatoria ya efectuada, añadiéndose el punto concerniente a la discusión del ejercicio de la acción social de responsabilidad. Cualquiera

de estas opciones es válido, para provocar que la discusión se lleve a efecto en el seno de la junta general.

No obstante, lo señalado anteriormente, hay que hacer hincapié en que estas no son las únicas vías ya que es generalmente aceptado en la doctrina y en la legislación que el pedido de discusión en la junta puede procesarse incluso si no figura dentro de la convocatoria. Por otro lado, el acuerdo negativo sobre el ejercicio de la acción desbloquea el ejercicio de la acción por una vía alternativa, y permite su ejercicio por la minoría.

En la legislación española se contempla una excepción a la exigencia de la previa discusión y acuerdo, por parte de la junta general, y opera cuando la minoría que satisface los requerimientos de poseer el porcentaje que lo habilita para el ejercicio de la acción, puede hacerlo sin más trámite que su voluntad, es el caso de acción social de responsabilidad fundada en la infracción del deber de lealtad por parte del administrador. En este caso no cabe a la minoría hacer la solicitud de convocatoria para llevar a cabo la puesta en agenda y discusión de la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad y de esperar el pronunciamiento de la junta, sino que basta con que posea el porcentaje del capital que lo habilita, para poder hacer uso del ejercicio de la acción en defensa del interés social.

De esta forma es como se facilita el ejercicio de la acción de responsabilidad, en caso de infracción del deber de lealtad, la minoría puede ejercitar la acción sin solicitar ni mucho menos esperar el pronunciamiento de la junta, este planteamiento otorga celeridad al ejercicio de la acción, lo cual puede ser útil por ejemplo cuando se interpone medidas cautelares y es necesario tener incoado el proceso para solicitarlas.

La minoría queda legitimada para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en primer lugar cuando existe resistencia de los administradores a efectuar la convocatoria de la junta para tratar sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en segundo lugar, que exista pasividad en el ejercicio de la acción, y en tercer lugar cuando la mayoría tenga una posición contraria.

Refiriéndose al caso de propiciar la convocatoria, afirma (García García, y otros, 2021, pág. 3334) que: *“Cuando la minoría tuviera ese interés, deberá de requerir a los administradores para que proceda a la convocatoria de junta con la inclusión de ese asunto en el orden del día. La ley exige que el requerimiento sea notarial”*, en el caso español, la junta debería de ser convocada dentro del plazo de dos meses del requerimiento efectuado, si pasado el plazo no hubiera convocatoria la minoría podrá sin más trámite, proceder a incoar la demanda correspondiente

En la hipótesis de que se procediera a efectuar la convocatoria, pero de modo defectuoso que provocase la impugnación, lo razonable parece ser que también se produce el desbloqueo para el ejercicio de la acción por parte de la minoría, el mismo tratamiento debe seguir cuando los administradores hacen caso omiso al requerimiento de convocatoria.

El tratamiento de la pasividad en el ejercicio de la acción, cuando la junta acordó llevar a efecto el ejercicio de la acción social de responsabilidad, y ha transcurrido un mes sin que se inicie la acción correspondiente y no hubiese sido entablada la acción, la minoría social sin más trámite puede proceder a ejercer la acción, este plazo de un mes es un plazo de espera, de tal modo que la posibilidad de que la sociedad interponga pasado ese plazo

la acción, se mantiene vigente, y de hacerlo habrán dos demandas sobre lo mismo, por lo que deberán acumularse para ser tramitadas conjuntamente. Lo cual puede verse en la jurisprudencia expresada en la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid-sección 28-380/2012 de 5 de diciembre. Lo que implica que la legitimación luego de transcurrido el plazo de un mes, se convierte en una legitimación concurrente entre la sociedad y los socios. La sociedad que dejó transcurrir el plazo de un mes sin ejercer la acción, muy bien podría apersonarse como interviniente en la demanda de los socios y coadyuvar de esta manera en la pretensión del socio o socios demandante o demandantes.

El escenario que se presenta cuando habiéndose llevado a discusión el pedido de ejercicio de la acción social de responsabilidad y el resultado hubiera sido que la junta general se pronuncia por no haber lugar a dicho ejercicio, entonces queda habilitada la minoría para ejercitar la acción.

Esto refleja que la mayoría no puede vetar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, en los casos anteriores de no convocatoria o convocatoria defectuosa o pasividad en la convocatoria, los que bloqueaban el ejercicio de la acción eran los administradores, en este caso son los accionistas que con su voto niegan esa posibilidad. Esta facultad de la minoría de ejercer la acción pese al acuerdo negativo, constituye una forma de buscar que la acción se ejercite, pese a las diversas dificultades que pudieran presentarse, y que guarda una similitud a la posibilidad de veto de que goza la minoría que cumple con los requisitos de tener un determinado porcentaje del capital, en el caso de la transacción y renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

III.3.7. Reembolso de gastos.

En lo señalado en la el artículo 181° de la ley 26887, se observa que los socios que ejerciten la pretensión social de responsabilidad no se beneficiarán de los resultados favorables que se obtengan del ejercicio de la pretensión, pues lo obtenido pasará al patrimonio de la sociedad, pero sí podrán recuperar los gastos en que han incurrido en el proceso que entablaron. De esta manera se incentivará a la minoría a efectuar el proceso con la perspectiva de que va a recuperar los gastos del proceso y no vera disminuido su patrimonio. El reembolso corre por cuenta de la sociedad, teniendo en cuenta que ella es la beneficiaria del resultado del proceso. El reembolso es independiente de si el administrador responsable los satisface o no ante la sociedad, más aún en el caso probable de una estimación parcial de la demanda el administrador no se vería obligado a pagar las costas y costos del proceso, pero ello no evitará que la sociedad reembolse los gastos.

III.3.8. Los acreedores y el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad.

La legitimación subsidiaria de los acreedores tiene como fundamento el hecho que la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios y que el patrimonio social resulte insuficiente para garantizar sus acreencias, la acción se ejercitara en beneficio del patrimonio de la sociedad. La ley 26887 contempla también esta posibilidad de ejercicio de la pretensión social de responsabilidad por parte de los acreedores.

Este remedio de restitución del patrimonio por ejercicio de la pretensión por parte de los acreedores no ha sido utilizado ni en el Perú ni en otros países, ello debido a que es subsidiaria de tercer grado, ya que se activa en defecto de que no lo hiciera la sociedad o los socios. Es indudable que el acreedor tropieza con diversos obstáculos para iniciar la

acción, ya que en primer lugar hay que señalar que es un externo a la sociedad, por lo que no está al corriente del día a día de lo que ocurre en la sociedad, además se somete a que el administrador pueda hacer uso de todos los medios de defensa que le asisten, con la ventaja que este conoce todos los pormenores de los créditos de la sociedad y por ende del acreedor o acreedores demandantes.

Para que el acreedor este legitimado tienen que concurrir los siguientes requisitos, primero, que sea titular de un crédito, segundo, que se produzca una situación de insuficiencia de patrimonio de la sociedad para la satisfacción de los créditos, tercero que ni la sociedad ni los socios hubieran iniciado el ejercicio de la acción.

En España los acreedores de la sociedad solo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social. STS del 11 de octubre de 1991.

El crédito no necesita estar vencido ni ser exigible, porque lo que busca protegerse es el patrimonio de la sociedad deudora y que su deterioro no ponga en peligro la cobranza que en su oportunidad hará el acreedor. Por ejemplo, la iniciativa de protección del patrimonio de la sociedad deudora, en el caso de los obligacionistas puede provenir del sindicato de obligacionistas, el que en resguardo de los intereses de sus afiliados al ver que el patrimonio de su deudor se esfuma por decisiones del administrador, interpondrá la acción social de responsabilidad con el objeto de reconstituir el patrimonio y de esta manera proteger los intereses los obligacionistas, para que estos puedan ver satisfechos sus acreencias.

Respecto de la insuficiencia patrimonial de la sociedad, implica que el valor de los bienes patrimoniales no alcanza para satisfacer los créditos de los acreedores, debe ser entendido en sentido distinto al de insolvencia, término que es utilizado en el ámbito concursal para reflejar la incapacidad de la empresa para poder cumplir con sus obligaciones dentro del corto plazo, en otros términos la sociedad no puede convertir sus activos de modo que le permita cumplir con sus pago, se le conoce también como liquidez. Lo que para el caso debe entenderse que la insuficiencia patrimonial significa que no solo le falta liquidez a la empresa, sino que además carece de patrimonio suficiente para afrontar las deudas, y que esa carencia está vinculada a la conducta del administrador.

En lo que concierne a la falta de ejercicio de la acción por otros legitimados. Debe advertirse que los acreedores tienen una posición distinta a la de los socios de minoría, por lo que no tienen mecanismos apropiados para constatar la pasividad de la sociedad y la de los socios, los acreedores no cuentan con los datos necesarios para constatar la pasividad, por ello resulta adecuado lo que propone un sector de la doctrina, propuesta que sugiere que los acreedores deben de dejar constancia de la existencia de la pasividad tanto de la sociedad como de los socios, un mecanismo de obtener esa constancia sería la de dirigirles a los llamados al ejercicio de la acción, una carta notarial, instándolos a ejercitar la acción de responsabilidad social en defensa del patrimonio de la sociedad, y una vez que se puede demostrar la existencia de la pasividad de los obligados procedan a incoar la acción.

En la legitimación subsidiaria podría suceder que, una vez ejercitada por los acreedores la acción, la sociedad o los socios, procedieran a ejercitarla también, generándose de esta manera la concurrencia de legitimados que ejercen simultáneamente la acción vía diferentes procesos, en ese caso lo más prudente sería que los que intervienen

con posterioridad, sea la sociedad o los socios, se incorporen al proceso ya iniciado, obviamente si su demanda tiene el mismo fundamento y se refiere a los mismos hechos, caso contrario se justificaría las acciones separadas.

Suscita polémica el caso que dado la pluralidad de legitimados en el ejercicio de la acción social de responsabilidad, podría darse el caso de que el legitimado accionante decide llevar a efecto una transacción con el administrador o proceder a renunciar al ejercicio de la acción, de manera que se ponga fin al litigio, en esos supuestos, la posición del acreedor podría quedar marginada, ya por ser un legitimado subsidiario se vería limitado en su actividad procesal, y no podría continuar con el litigio, por cuanto los legitimados en primer término darían por terminado el litigio, el acreedor quedaría sin acción, no obstante que en los hechos el riesgo que pesa sobre la satisfacción de su crédito se mantuviera en toda su amplitud.

En estos supuestos, lo razonable parece ser que se debe abrir la oportunidad para que el acreedor mantuviera el ejercicio de la acción, debido a que el riesgo sobre la incobrabilidad de su crédito no ha desaparecido.

En el caso de la renuncia al ejercicio de la acción, la posición del acreedor se mantiene por cuanto al no ser parte del proceso en el que ocurre la renuncia, los efectos de la resolución donde se da cuenta de la renuncia no le serían oponible, teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia de un proceso en el cual no ha sido parte, no puede afectar sus derechos, porque no ha tenido la mínima oportunidad de ejercer su derecho a defensa, por lo tanto podría iniciar o continuar con la acción.

III.4. La Pretensión Individual de Responsabilidad.

III.4.1. Los administradores y su responsabilidad ante los socios y terceros.

Los administradores en el desempeño de su labor podrían no solo causar daños a la sociedad, sino también a los socios, y aún a los terceros, por lo que resulta legítimo que los perjudicados pueden accionar contra los causantes del daño y buscar la indemnización que corresponda a la satisfacción de sus intereses.

La ley de sociedades 26887, en su artículo 182° prescribe que los socios que sufran daños en su patrimonio como consecuencia de la conducta de los administradores de la sociedad pueden ejercer la pretensión individual a fin de obtener la reparación del daño sufrido. Igual derecho tienen los terceros, en consecuencia, están legitimados para ejercer la pretensión individual de responsabilidad.

Para que se habilite el ejercicio de la pretensión de responsabilidad debe existir un daño directo al patrimonio del socio o del tercero. Entendiendo como daño directo aquel que incide de forma inmediata en el patrimonio del socio o en el tercero y que no sea reflejo del daño producido en el patrimonio social. Entonces la identificación de la incidencia del daño es clave, ya que ocurren situaciones en las que no es fácil determinar cuál es el daño directo y cuál es el indirecto, debido a que en muchas ocasiones la conducta dañosa puede producir daño en un patrimonio y en otro, resultando difícil determinar cuál es el daño directo y cuál es el reflejo, así por ejemplo es posible que un balance falso incida tanto en el patrimonio de la sociedad como en los socios y en terceros. En la sociedad incide por que incrementa ficticiamente su patrimonio y en los socios porque estos perciben beneficios inexistentes y aún en los terceros porque puede generar un aumento de capital en el que suscriban acciones socios y terceros. Lo mismo puede ocurrir en las medidas que se tomen en un proceso de liquidación societaria o en un proceso concursal.

III.4.2. Responsabilidad por lesión directa de los intereses de socios y terceros.

La doctrina que viene desarrollándose en torno al desarrollo de la actividad empresarial nos conduce a tener presente que el desarrollo de dicha actividad puede causar daño a socios y a terceros, que se configuran en un amplio número de ilícitos colectivos, daños a las personas individualmente consideradas, daños a la salud, daños generados en competencia desleal y otros. STS. 21 de julio de 1985 España.

Ante esta inabarcable cantidad de problemas, resulta importante determinar que los administradores de las sociedades actúen con la debida diligencia, caso contrario tendrán que asumir la responsabilidad que su falta de diligencia o la vulneración de las leyes y los estatutos sociales les imponga a fin que los daños producidos sean resarcidos.

Para que los administradores se vean compelidos a tener un comportamiento diligente, la teoría jurídica se empeña en determinar la naturaleza jurídica de la acción individual de responsabilidad dentro del sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades y se decanta por considerarla una modalidad de la responsabilidad extracontractual. (García García, y otros, 2021).

Se trata de una responsabilidad en la que el administrador puede incurrir con ocasión del desempeño de las funciones propias de su cargo de administrador social, si es que en su accionar incurre en lo que se denomina un ilícito orgánico. STS del 1 de diciembre de 1993 y STS. 15 de enero de 1997, España.

El administrador mantiene un vínculo orgánico con la sociedad en razón de su cargo, pero los que pueden demandar al administrador son los socios y terceros con los

cuales el administrador no tiene un vínculo contractual, de ello se deriva que el fundamento de la acción es extracontractual.

Para dilucidar la naturaleza de la acción individual de responsabilidad, es necesario cotejarla con la acción social de responsabilidad. La acción social sirve para restablecer el patrimonio de la sociedad que resultó dañado por la actuación del administrador, en cambio la acción individual persigue la reparación del perjuicio que se hubiera producido en el patrimonio del socio o del tercero, como resultado de la conducta ilícita del administrador social. Pero ambas son de naturaleza indemnizatoria.

Para un sector de la doctrina, ciertamente minoritario, la naturaleza es contractual debido a que de los administradores de los que se deriva la responsabilidad, se derivan de la toma de acuerdos o ejecución de actos que devienen de relación contractual de este con la sociedad, es decir si no fuera administrador de la sociedad no habría forma de que incurriera en la conducta responsable, de esto se colige su naturaleza contractual, funcionaría como una extensión del contrato de administración.

En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo en la Sentencia del 21 de mayo de 1992 calificó de extracontractual a la acción individual, debido a que no existía vínculo contractual entre las partes que desarrollaban el pleito, sino que se trataba del genérico deber de no causar daño a otro, que alcanza a los administradores en su condición de personas físicas en su aspecto individual y en su condición orgánica. STS 21 de mayo 1992

Sin embargo, posteriores sentencias del Tribunal aplicaron el plazo de prescripción aplicable a la responsabilidad contractual, sentencia del 22 de junio de 1995, de lo que se

colige que el tribunal consideraba que la responsabilidad es contractual (Beltran, 2016). Con respecto a la inexistencia de unanimidad sobre la naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad individual, hay que señalar que el sector de la doctrina que la considera extracontractual es ampliamente mayoritario.

La doctrina nacional no ha discutido la naturaleza jurídica de la acción (pretensión) individual de responsabilidad, pero se observa en la legislación que hay poco margen para ello, debido a que la orientación legislativa tiende a considerarla extracontractual orgánica, esto es que, es de naturaleza especial, ya que deviene del ejercicio del cargo de director de una sociedad, como integrante de un órgano social, como lo es el directorio, así se puede colegir porque el legislador ha optado por un plazo de caducidad único para ambas pretensiones. En el Perú el plazo no se ha optado por la prescripción, sino por un plazo de caducidad, el cual rige tanto para la pretensión individual de responsabilidad como para la pretensión social de responsabilidad. La caducidad está contemplada en el artículo 184° de la ley 26887, que establece un plazo de caducidad de la responsabilidad para los directores de 2 años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño. (Elias Laroza, 2015).

La responsabilidad provocada por quién ostenta una posición orgánica en el desempeño de un cargo, que tiene un complejo haz de deberes y derechos es sumamente compleja por lo que debe de separarse el nivel de relación que desarrolla con la empresa y las relaciones que tiene con los socios y los terceros, es indudable que cuando esa responsabilidad orgánica se refiere a las relaciones del administrador con la sociedad se trata de la responsabilidad contractual, y si la relación se refiere a la entablada con socios y terceros, entonces será extracontractual.

III.4.3. Bases de la responsabilidad frente a socios y terceros.

Cuando se trata de la relación del administrador con los socios o terceros, no existe entre ellos ningún tipo de contrato, pero lo hace en el ejercicio del cargo de administrador, no puede ser de otra manera, porque si lo fuera, tendría un carácter ajeno al cargo que ocupa, sería netamente de carácter individual por lo que debería de aplicársele las reglas de la responsabilidad civil. En el caso peruano tendría que aplicarse el artículo 1969 del Código Civil que dispone que; *“todo aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”* (Fernández Cruz, 2005, pág. 19). De acuerdo con la doctrina mayoritaria independientemente de determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, debe verificarse que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil o elementos del llamado ilícito civil, esto es, un comportamiento antijurídico, culpabilidad, daño y relación de causalidad.

Comportamiento antijurídico.

El comportamiento activo o pasivo desplegado por el administrador que conlleva la comisión de un ilícito civil debe de ser contrario a la ley, los estatutos sociales o no ajustarse al nivel de diligencia exigida para el cargo. (García García, y otros, 2021).

La conducta orgánica del administrador genera responsabilidad cuando se revela como contrario a la ley y demás normas que regulan el ejercicio del cargo o no ha puesto en acción la diligencia que el ejercicio del cargo le exige, que ha de ser la exigible a un “ordenado empresario”, se está ante un ilícito civil que genera responsabilidad del administrador. Si la conducta materia de evaluación se hubiera ceñido a lo establecido por la ley y los estatutos y la diligencia con la que actuó de acuerdo con el estándar de diligencia del “ordenado empresario”, el daño producido a un socio o a un tercero no generaría responsabilidad en él, sino que será la sociedad la obligada a responder.

En principio los riesgos que se generan en el desarrollo de las actividades empresariales son asumidas por las propias sociedades, ya que al contar con personalidad jurídica se convierten en el centro de imputación y debe de responder por sus propios actos, sin que ello signifique que todos los actos realizados por los administradores y que los realizan en el ejercicio del cargo deben de ser asumidos por la sociedad, ya que esto significaría establecer un blindaje a los administradores. De manera que el requisito de antijuricidad de la conducta del administrador es de relevancia para poder determinar si es que en el desarrollo de su accionar ha sobrepasado la frontera más allá de la cual, la responsabilidad debe ser asumida por él, debido a que ha trasgredido la normatividad.

Culpabilidad.

La conducta del administrador debe ser culpable, esto implica una doble posibilidad, la primera que hubiera actuado con dolo, es decir, con conciencia de que obraba de modo ilícito y con voluntad de hacerlo, la segunda forma de la conducta es que actuaba culposamente (con negligencia). Por lo que al no emplear la diligencia debida permite que ocurra aquello que era previsible y evitable, si hubiera actuado de otro modo. Cualquiera de estas formas de actuar justifica la imputación desde el punto de vista subjetivo de la responsabilidad. (García García, y otros, 2021).

Toda actuación que vulnera la legalidad, salvo prueba en contrario, constituye la base para imputar responsabilidad por lo menos de carácter culposa, sin necesidad de desarrollar más esfuerzo argumental, así en España aquellas conductas que no se avengan con lo establecido en la ley de sociedades de capital artículos 225 y 226, puede estar evidenciando un grado de negligencia de suficiente intensidad para generar la imputación de responsabilidad por los daños que se derivan de dicha conducta. STS de 12 de julio 1984.

Es indudable que, para la imputación de responsabilidad al sujeto administrador cuya conducta ha generado daños, debe haber sido desplegada en el desempeño de su labor como administrador social, deberá de tenerse en cuenta su salud o psicológica, ya que las decisiones dañosas podrían estar influenciadas justamente por el deterioro de su salud, pero siempre, hay que tener presente que el deterioro de la salud física o mental de por si no genera exoneración de responsabilidad, sino que se debe evaluar el grado de trascendencia que ejerce dicho deterioro de la salud en la conducta, la que de darse debe de haber comprometido seriamente las decisiones empresariales del administrador social.

Daño.

la acción de responsabilidad individual, tiene como fundamento que el propósito de su ejercicio es la indemnización por el daño sufrido en el patrimonio del socio o del tercero, de allí que la existencia de daño sea crucial para la imputación de responsabilidad.

Las diversas legislaciones se centran en que la conducta desplegada genere un daño al socio o al tercero, de modo que el administrador debe de responder por el daño causado, no es necesario que su actuación sea dolosa, basta con se trate de una actuación voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que el daño sea efectivamente causado. No es necesario que exista el ánimo de causar daño y tampoco que haya obtenido un beneficio. (Sancho Gargallo, 2019).

Causalidad.

No basta la existencia de daños en el patrimonio del socio o de tercero derivado de la conducta del administrador para imputarle responsabilidad, sino que además debe existir una relación de causalidad entre la conducta y el daño producido; el daño tiene que ser directo en el patrimonio del socio o del tercero.

No debe confundirse el daño directo entendido como el daño causado directamente al patrimonio del socio o tercero y por tanto presupuesto de la responsabilidad, con la relación

de causalidad, un elemento de la teoría general de la responsabilidad y que se refiere a “*la vertiente de la conexión que se produce entre el comportamiento del agente y el daño relevante a efectos de seleccionar los daños de que se responde en el marco de la acción de responsabilidad correspondiente*” (Esteban Velasco, 2012, pág. 180)

Es claro que el daño directo determina la aplicación de la norma, por lo que si el daño se produjo al patrimonio de la sociedad, aún si se constata una lesión a los derechos del socio o de tercero, la acción a utilizar en persecución de la indemnización, es la acción social de responsabilidad y no la individual. En la relación de causalidad se busca que el daño sea la consecuencia de la conducta ilícita del administrador. STS de 3 de abril de 1990.

III.4.4. Casos ubicables dentro de la pretensión individual de responsabilidad.

La casuística es muy variada, por lo que referiré los casos más frecuentes y de mayor significación.

i. Incumplimiento del deber de llevar la contabilidad de acuerdo las normas legales.

Un elemento muy importante para la buena marcha de la empresa es que lleve en orden su contabilidad de manera que la información que proporcione a los propios socios y a los terceros sean fidedigna, y que refleje con precisión el estado económico y financiero, para ello, las legislaciones y la doctrina mercantil establece reglas que permiten organizar la presentación de la información. El administrador tiene la responsabilidad de monitorear el cumplimiento normativo sobre la forma y métodos que deben utilizarse en la llevanza de la contabilidad, para que esta sea presentada en los plazos exigidos por las autoridades tributarias y administrativas y de toda índole.

En las últimas décadas el mundo ha sido protagonista de una serie de escándalos, que ha conmocionado al mundo empresarial y que ha llegado incluso a acuñarse la frase de la “era del fraude”, estos escándalos se han producido debido a que las directrices para los administradores no han sido lo suficientemente específicas en la forma como llevar a cabo la administración, y en otros casos los deberes y obligaciones de los administradores no han sido regulados apropiadamente por las leyes, y a ello se añade que las normas lejos de generar claridad, reflejaban oscuridad, es el escenario propicio para la generación de ilícitos empresariales.

Los fraudes ocurridos han ocasionado muy serios problemas a los socios, a los trabajadores y en general a la comunidad, entre esos fraudes tenemos en Estados Unidos (el caso Enron, World Com y otros), Francia (el caso Vivendi), Alemania (Manessman), México (Banca Cremi y otros), Chile (Caso Polar, donde se hace patente la responsabilidad de los directores y gerentes-

En la casi totalidad de ellos, influyó mucho la llevanza de una contabilidad al margen de las disposiciones legales, avalada por los administradores de las empresas en cuestión, además influyó la codicia de los administradores, la intromisión de diversos factores económicos y políticos, además contó con la pasividad de los auditores. (Leon Tovar, 2020).

No se trata de exigir que la contabilidad no tenga errores, ya que los errores existen, pero estos no deben ser de tal relevancia que distorsione el estado económico y financiero de la empresa, si los errores llegan a tener la relevancia de llegar a configurar escenarios caóticos que desfiguran la situación de la empresa, expresando una situación económico financiera que no le corresponde, entonces estamos ante una situación contable capaz de causar daño a los socios o terceros, pues la información es errada y no resulta útil para la toma de decisiones, y se

utilizará esa información podría tomar decisiones equivocadas que va a perjudicar su patrimonio de quienes la utilicen.

ii. El incumplimiento de pago de las deudas sociales.

Hay que partir del hecho innegable de que la sociedad responde por los contratos que en su nombre ha celebrado el administrador en cumplimiento de sus deberes, de modo que no es suficiente que exista el no pago de la sociedad de sus deudas para imputar responsabilidad al administrador, ya que ello puede ocurrir por razones de insolvencia, en la cual el administrador no tiene responsabilidad.

El administrador no puede asumir responsabilidad por las deudas de la empresa, por lo que para que se le impute, debe de existir una razón suficiente que haga ver que existe un ilícito en la conducta del administrador social.

Tal sería el caso que el administrador haya obrado contrariando lo establecido en la ley. Por ejemplo, en caso de Concurso, la ley establece un orden de prelación para el pago de las deudas, y si el administrador sin existir justificación suficiente trasgrediera ese orden, ocasionando con su decisión agravio probablemente a algún acreedor, entonces el dañado por esa trasgresión del orden de prelación muy bien podría incoar la acción social de responsabilidad, para perseguir la indemnización por el daño que la pérdida de la prelación le pudiera ocasionar.

iii. La desaparición de la entidad administrada.

Una acusación frecuente que se formula en la dirección de imputar responsabilidades al administrador social es aquella en la que el acreedor hace responsable al administrador, por haber permitido la desaparición de la sociedad que administra, sin haber hecho lo necesario para una liquidación en orden y de actuando con lo establecido legalmente en protección de los acreedores, por lo cual

se pretende que el administrador asuma la responsabilidad e indemnice al acreedor en todo o en parte del monto de crédito adeudado.

Es indudable que el incumplimiento por parte del administrador de las normas legales que regulan la disolución y liquidación de la sociedad constituye un ilícito orgánico, pero ello no parece ser suficiente para imputar responsabilidad, sino que será necesario demostrar que de haberse llevado en orden la disolución y liquidación el acreedor habría podido satisfacer su crédito en todo o en parte. Para que la acción individual pueda tener éxito, el demandante deberá probar que existe un nexo de causalidad entre la desaparición de hecho de la empresa y la no satisfacción de su acreencia. Es decir, se debe de hacer evidente que la desaparición de hecho de la empresa ocurrido por el actuar negligente del administrador fue el motivo fundamental que impidió la cobranza y de que no haber mediado esa conducta negligente del administrador, el acreedor hubiera cobrado su crédito en todo o en parte. Distinto sería el caso si se demuestra que el impago se debió a la incapacidad económica de la empresa, por no tener a su disposición los recursos suficientes para afrontar la obligación, y que el cierre ordenado de la empresa en nada hubiera contribuido a la satisfacción del crédito.

En este caso es difícil la probanza del nexo causal, por lo que la jurisprudencia española considera que es recomendable que se invierta la carga de la prueba, ello en virtud de que el administrador cuenta con mejor información para demostrar la diligencia con la actuó. Sin embargo, para la inversión de la carga de la prueba, el demandante debe modelar una argumentación que evidencie el incumplimiento de un deber legal, configurándose así el incumplimiento normativo y cargando responsabilidad sobre el administrador.

iv. La vulneración de los derechos del socio.

El administrador social es parte de la organización societaria y en tal condición tiene deberes específicos que están contenidos en la ley y los estatutos y que debe de cumplir en acatamiento al orden jurídico. Dentro de sus atribuciones está la de atender a los socios de acuerdo con lo que prescriben las normas para tal efecto. En ejercicio de su condición orgánica el administrador, en no en pocas oportunidades al atender a los socios, puede incurrir en acciones que privan del ejercicio de los derechos al socio, tal es el caso de la hipótesis de privación de la condición de socio, o de impedir el ejercicio normal del derecho de información, o de infraccionar los derechos económicos y de participación de los socios, causando perjuicio de modo directo al valor de su participación societaria, o de impedir el ejercicio del derecho de voto, desconocer el derecho de adquisición preferente, atribución de las acciones a persona distinta a su titular, impedir la distribución de dividendos y otros aspectos que inciden de forma directa en el patrimonio de los socios. (Esteban Velasco, 2012).

En la jurisprudencia española se destaca el caso resuelto con la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de noviembre del 2010, en el que, ante el supuesto de haber dejado inactiva a la sociedad, vaciando su patrimonio, no convocar a la junta de socios y habiéndose producido un traslado de activos y negocios hacia otras sociedades en las que no participa el demandante y en la que participan empleados de la sociedad desmantelado, y sin que se haya promovido su disolución. Se ha inferido un perjuicio al actor al haberle apartado de sus derechos políticos y económicos en las sociedades beneficiarias de los traslados de los activos y negocios, la sentencia admite como hechos probados, el vaciamiento del patrimonio de la sociedad vía el traslado de los activos hacia otras empresas, tanto si ha sido con la participación activa o con la simple tolerancia de los

administradores, constituye un ejemplo de destrucción para con la sociedad, lo cual es innegable, y además constituye el quebrantamiento del deber de diligencia que tiene que observar en todo momento el administrador, además de existir una relación de causalidad de causa efecto imputable a los administradores y se pronuncia en el sentido de que es aplicable la acción social de responsabilidad para reconstituir el patrimonio de la sociedad desmantelada, y que no es amparable la acción individual de responsabilidad en tanto el efecto sobre el patrimonio de los socios es solo de carácter reflejo, es decir indirecto.

Entran en este grupo de vulneración de los derechos del socio, también aquellos casos en los que los socios toman decisiones de inversión, desinversión por información de los administradores, quienes de acuerdo con el ordenamiento jurídico tienen el deber de elaborar, poner a disposición o publicar determinados documentos o informes que son de interés de quienes están interesados de desarrollar determinadas operaciones con la sociedad (pueden ser adquirentes de instrumentos financieros distintas de las acciones). Cabe aquí distinguir en qué medida la información distinta a la verídica puede generar responsabilidad en el administrador por incumplimiento de su deber de diligencia en el ejercicio del cargo, al margen de la que pueda recaer en la sociedad.

v. La simulación de la situación de la sociedad.

los administradores incurren en responsabilidad cuando estando obligados a presentar información, lo hagan incurriendo en omisiones, inexactitudes o falsedades, ya que esta información va a servir a sus destinatarias para tomar decisiones sobre determinadas actividades de carácter económico y obviamente con información errada solo se pueden tomar decisiones equivocadas, y ello puede

generar daños en el patrimonio de quién tomo la decisión y puede comprometer a terceros vinculados.

Esto puede ocurrir, en aquellas situaciones en las que se difunde programas informativos sobre la emisión de valores u actividades financieras que tienen el propósito de conseguir financiamiento para la empresa, la difusión de esta información se encuentra sujeta a normas legales que regulan los mercados donde se negocian estos bienes, por lo que al difundirse situaciones simuladas se incurrirá en trasgresiones a las normas y producirá daño a la transparencia de dichos mercados. (García García, y otros, 2021)

Si la información difundida, hecha con simulación, para dar la apariencia de una situación económico financiera de la que no goza la sociedad, ocasionará un daño concreto al interés patrimonial de los inversores o de cualquier tercero, dará cauce a que se ejerza la acción individual de responsabilidad para lograr la indemnización correspondiente.

III.4.5. Otras relaciones jurídicas de la pretensión individual de responsabilidad.

Existen otros temas que se relacionan con la acción individual de responsabilidad que merecen ser enfocadas para una mejor comprensión y ejercicio de esta.

Legitimación activa y pasiva.

Son los socios o terceros que soportan el daño provocado por los administradores son los legitimados activos. Los socios pueden actuar contra la sociedad en calidad de perjudicados en sus derechos que ostentan derivados de la relación jurídica societaria, también lo pueden

hacer los terceros como titulares de cualquier relación jurídica contractual como en el caso de un contrato de suministro.

Son legitimados pasivos los administradores que han intervenido en la generación del daño, en forma dolosa o culposa, pueden ser varios (directorio) o un solo administrador los que han intervenido en la acción u omisión productora del ilícito. Para el caso de que el administrador haya cesado, resulta irrelevante que se haya inscrito tal acto en el registro, salvo que el administrador no haya estado vinculado al acto dañoso.

Concurrencia de varios administradores en la producción del daño.

En el caso de pluralidad de participantes la responsabilidad es de carácter solidaria, sin perjuicio de repetición en las relaciones internas de acuerdo al grado de participación de cada uno de los intervinientes en la producción del daño.

En el caso de la Ley General de Sociedades del Perú 26887, ha establecido responsabilidad solidaria e ilimitada para los directores (administradores) intervinieron en el hecho dañoso, así está establecido en el artículo 177° y dado que los gerentes también realizan funciones de administración, la naturaleza de la responsabilidad es de igual índole, esto es, el gerente responde solidariamente con los directores por los hechos que causen daño a la sociedad, los socios o terceros, así lo prescribe el artículo 191° de la ley antes citada, añade la ley que al gerente no se le puede exonerar de responsabilidad con antelación, por lo que hacerlo mediante clausula estatutaria, dicha disposición será nula, conforme lo prevé el artículo 194° de LGS.

Acumulación de acciones.

El socio o tercero perjudicado por el acto ilícito de los administradores dispone de la *“acción contractual o extracontractual para reclamar a la sociedad los daños*

producidos” (Esteban Velasco, 2012, pág. 232). Si la actuación deviene de las relaciones jurídicas en las que obligatoriamente se desenvuelve la sociedad como actora del mundo empresarial, entonces la sociedad es parte de las acciones que desempeñan sus órganos sociales, en tal condición adquiere derechos, responsabilidades, facultades y obligaciones. Debe tenerse en cuenta que la sociedad es una persona jurídica que se expresa hacia el exterior por medio de sus órganos y por lo tanto la sociedad debe responder por las actuaciones de éstos, ello es aceptado unánimemente siempre que los actos ocurran dentro del margen de las competencias que tienen los órganos constituidos. La sociedad tiene que cargar con las actuaciones culposas o dolosas que sus órganos realicen en el cumplimiento de sus funciones. la sociedad tiene a su disposición la acción social de responsabilidad para resarcirse del daño que le ocasionen los administradores que actúen sin la diligencia debida o contrariando el deber de lealtad. Hoy es aceptado que la responsabilidad es extracontractual por los daños que causen sus órganos en el ejercicio de sus funciones y para exigir la reparación se puede acumular en juicio varias acciones, STS del 5 de octubre de 1985.

En consecuencia, los perjudicados por las acciones de los administradores sociales pueden actuar contra los éstos, pero también lo pueden hacer contra la sociedad, lo que no implica la persecución de una doble indemnización. También es claro que la sociedad no puede responder en aquellos casos en los que la actuación del administrador causante del daño, sea ajena a las competencias de administrador, por lo que el perjudicado tendrá que recurrir, a la responsabilidad. En el caso peruano, al artículo 1969° del Código Civil.

En opinión de autorizada doctrina, las acciones legales de carácter mercantil se podrán acumular con acciones de carácter civil, tal y como puede verse de la jurisprudencia española. (Esteban Velasco, 2012).

Caducidad.

La caducidad responde a las exigencias de la seguridad jurídica, que en determinados casos ha de prevalecer sobre postulados de la justicia, y que conlleva que a partir de la dejadez en el ejercicio del derecho, se anulan ciertos derechos, tal es el caso de la caducidad, en la que el solo transcurso del tiempo genera la pérdida tanto de la acción judicial como del propio derecho.

El plazo considerado en la LGS 26887 es de 2 años para caducidad de las pretensiones de responsabilidad, así lo precisa el artículo 184°. Hay que advertir que la caducidad opera tanto para la pretensión social de responsabilidad como para la pretensión individual de responsabilidad, y se computa a partir de la fecha en que se adoptó el acuerdo o de la realización del acto que originó el daño.

Otras legislaciones consideran que el plazo no es de caducidad, sino de prescripción, por ejemplo, el artículo 241 bis de la ley 31/2014 de España señala que el plazo de prescripción de la acción, sea social o individual, es de 4 años contados desde el día siguiente en que hubiera podido ejercitarse.

Capítulo IV. Discusión. Análisis Y Resultados.

IV.1. Aspectos que pueden justificadamente mejorarse en el régimen de responsabilidad de los administradores.

El propósito de mejora al tratamiento que la Ley General de Sociedades 26887 otorga al sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades, se fundamenta en que el modelo del “ordenado comerciante” que cumple los deberes de diligencia y lealtad hacia la empresa, es de carácter genérico, y debe dotársele de un sentido concreto a fin de que pueda tener una utilidad práctica que salvaguarde los intereses de la sociedad y por supuesto de los socios y de terceros. Ello en virtud que las empresas constituyen organizaciones muy importantes para el desarrollo de la economía.

La legislación actual los trata de manera muy lacónica y en forma unitaria, por lo que la mejora consistirá en variar su tratamiento, pasando a darles un tratamiento diferenciado ya que ambos tienen un fundamento distinto.

De acuerdo con la doctrina el tratamiento unitario que al sistema de responsabilidad de los administradores se les ha venido otorgando, partía del supuesto de que ambos tenían el mismo fundamento, por lo que a los deberes de diligencia y lealtad se les trataba de forma homogénea, lo cual ha ocasionado la casi nula efectividad, ello es fundamento suficiente para considerar que debe reformárseles y otorgarle más funcionalidad y concreción en el ámbito de la empresa. El tratamiento unitario ha permitido que se cargue la atención sobre el deber de diligencia y que el deber de lealtad sea tratado como un elemento subsidiario. Por lo que la mejora debe partir otorgando trato diferenciado a estos deberes, y poniendo la atención en el deber de lealtad, ya que los problemas más interesantes tienen que ver con la infracción de este deber. La diligencia tiene que ver con el tiempo y esfuerzo que el administrador dedica a la gestión de la sociedad, además también se vincula a la pericia y

conocimientos que posee el administrador, por lo que al regular este deber se regula “actos de gestión indebida”, en lo que respecta a la lealtad, este deber está determinado por que la conducta del administrador no debe hacer prevalecer sus intereses o de personas a él vinculados contra los intereses de la sociedad, es decir, regula “actos de apropiación indebida”, de lo se deriva que lo razonable es otorgar al primero un trato más indulgente y al segundo un trato más severo. Dicho tratamiento se fundamenta en tres aspectos: el primero, es el de los incentivos para su cumplimiento; el segundo, es en el grado de sustituibilidad de los mecanismos de gobierno, y el tercero se refiere a la valoración jurídica de la conducta de los administradores.

- a) **El de los incentivos para su cumplimiento**, como es conocido en la doctrina, los intereses de los socios son distintos a los intereses de los administradores, ya que mientras los primeros tienen la propiedad de los bienes de la empresa y por ella tiene un claro interés en la mayor producción de valor, los administradores reciben de los socios un conjunto de bienes para gestionarlos, esto es gestionan bienes de otros; de allí la disparidad de intereses, por lo que para lograr eficiencia en la actividad empresarial debe buscarse el alineamiento de ambos tipos de intereses. Si el alineamiento es muy amplio, las razones para incumplir serán mínimos y por lo mismo, se justificaría una política de indulgencia. Y obviamente donde el alineamiento es menor habrá mayor probabilidad de incumplimiento, por la política debe ser más severa en este caso.

Dado que el deber de lealtad obliga a que no se desvíen fondos de la esfera social a la personal del administrador, por lo que se excluye cualquier forma de alineamiento natural de intereses, el incumplimiento le otorga al administrador mayores beneficios y no le exige ningún costo, lo que pierde el socio va hacia el administrador. En el caso del deber de diligencia, las cosas son distintas; ya que si el administrador actúa con

negligencia no solo se producirá un rendimiento menor, sino que además el propio administrador asumirá parte de los costos de su negligencia, ya que, si a la empresa le va mal a él también le ira mal, pues perderá el trabajo, se desprestigiara en el mercado.

b) Grado de sustituibilidad de los mecanismos de gobierno.

El sistema de responsabilidad tiene una combinación de salvaguardas que las provee el Estado mediante las leyes y por otro lado el mercado mediante una serie de mecanismos complejos de carácter económico, regulando en conjunto la actividad empresarial. De lo que se trata es de observar si las normas provistas por el estado pueden ser sustituidas por las del mercado, y de ser así, optar por las del menor costo, si es que tienen la misma o mayor eficacia, esto es, asumir una política de costo beneficio. Si el mercado proporciona salvaguardas gratuitas que regulan eficazmente la relación entre los intereses del socio con los del administrador, no existirá interés en recurrir a las salvaguardas de gobierno, esto es a las leyes. Existe la constatación de que en el caso del deber de diligencia, el mercado proporciona salvaguardas gratuitas que justificarían no recurrir a las jurídicas para paliar la negligencia de los administradores, la demostración de que al administrador no le interesa ser negligente se fundamenta en varias razones. Entre ellas está la reputación del administrador, quién por el hecho de encontrarse dentro del ámbito empresarial, no tiene intención de ser considerado negligente, descuidado, falta de pericia, de iniciativa, etc., porque eso le traería graves consecuencias que incluso lo harían perder su trabajo, por lo que para evitar el calificativo de negligente se esforzara y tendrá el cuidado debido en sus acciones empresariales, de lo señalado se infiere que en el mercado no existen incentivos para una conducta negligente, ya que más pierde que gana, de tal suerte que las normas jurídicas muy bien pueden ser sustituidas por las normas que ofrece el mercado.

Esto es aplicable básicamente en las sociedades que cotizan sus acciones, y en el caso de las sociedades no cotizadas en las que generalmente el socio actúa como administrador, este tendrá un potente aliciente en esforzarse y ser cuidadoso ya que de su actuación dependerá el destino de su propia inversión.

En cambio, en el ámbito de la deslealtad, las sociedades no disponen de mecanismos que proporcione el mercado para sustituir las reglas jurídicas que proporciona el estado, y a ello hay que agregar que la actuación del agente infractor es muy sofisticada y además su conducta ilícita le reporta provechos ingentes que constituyen un incentivo potente para incumplir el deber de lealtad. En ese escenario el prototipo de conducta desleal es la “transacción interesada”, la cual reporta a su autor provechos elevados, los que constituyen incentivos potentes para enmascarar la operación y no hacer visible la deslealtad.

El incumplimiento del deber de lealtad ocurre con frecuencia en situaciones terminales de la relación administrador sociedad, y en esos momentos la posibilidad de que el mercado provea controles está muy debilitada, lo que incentiva el quiebre del deber de lealtad; otro elemento que alienta el quiebre del deber de lealtad ocurre cuando el administrador posee sumas importantes del capital, en esa situación generalmente el infractor busca su provecho personal y utiliza el poder que le da la posesión de importantes sumas de capital para utilizarlo como parapeto de protección para cubrir su deslealtad hacia los intereses de los otros socios.

c) La valoración jurídica de la conducta de los administradores.

La valoración de la incertidumbre jurídica a que están sujetas las decisiones de los administradores proporciona el mayor elemento de valoración de la conducta de los administradores, los elementos que propician esta incertidumbre se deben

principalmente: i) la ambigüedad del mandato legal; ii) las dificultades de la prueba; iii) Las deficiencias del que toma la decisión.

La incertidumbre determina el riesgo de error, o sea que los que toman decisiones pueden incurrir en responsabilidad por actos que al momento de efectuarlos o de acordarlos, ellos consideraban correctos. Como el agente se desenvuelve dentro de la incertidumbre no puede saber cómo aquel que evalué su decisión se comportará, ello ocasiona que busque tomar todas las previsiones que lo cubra de cualquier imputación, esto ocasiona el sobrecumplimiento que significa que el agente para evitar incurrir en error incurre en un excesivo celo adoptando precauciones más allá de las legalmente exigibles, lo cual tiene un costo que es necesario tener en cuenta.

Dado que la incertidumbre gobierna las decisiones empresariales, resulta razonable que las decisiones que se tomen dentro de ella sean tratadas con benignidad o indulgencia, pues de darles un trato severo ocasionará que quién las adopte, tomará precauciones excesivas a fin de superar la incertidumbre y reducir al mínimo el riesgo de error en la decisión tomada. Cuando el nivel de error sea relevante y los costos del sobrecumplimiento sean muy elevados lo aconsejable es dar un trato indulgente, tal es el caso de la diligencia. Por el contrario, si la posibilidad de error es baja y los costos que demanda adoptar medidas tendientes a evitar el error son bajos, entonces se justifica una política de severidad, tal es el caso de la deslealtad.

Es evidente que las conductas negligentes y las desleales manifiestan diferencias muy acentuadas, siendo evidente que las conductas desleales comportan un nivel muy bajo de error, ya que alguien no puede sacar provecho indebido por error; en cambio la negligencia si tiene una mayor probabilidad de error, ya que por ejemplo aquel que por

descuido no se informa debidamente se encuentra en la posibilidad de errar por desconocimiento de las cosas. Es evidente que las conductas desleales tienen una mínima probabilidad de error por:

- i) El administrador no se equivoca en el juicio, el margen de error es mínimo, porque es fácil determinar dónde están los límites en aquellas operaciones en las que se pretende extraer un provecho, no es necesario ningún tipo de esfuerzo para tener una idea clara de cuando el provecho se excede al límite razonable.
- ii) El error del juez al valorar el caso, existe una mayor probabilidad de que el juez se equivoque en su juicio al valorar la diligencia, pues requiere de conocimientos técnico económicos complejos, en cambio la valoración de la lealtad es de orden deontológico en el cual la preparación de los jueces es elevada.
- iii) La dificultad que puede tener el administrador para probar su actuar. - en la valoración del actuar negligente, los jueces no están lo suficientemente preparados en este ámbito, a lo que se añade la inexistencia de un *lex artis* aplicable al administrador que sirva como rasero de valoración de su conducta, esto genera espacio para que se confunda los malos resultados económicos en que incurre la gestión con la falta de diligencia. A esto hay que añadir el denominado “sesgo retrospectivo”, en virtud del cual, a todo pasado una vez que se ha producido el “desastre” tendemos a pensar que ya sabíamos que eso iba a ocurrir. Este sesgo traduce en culpabilidad o negligencia, lo que solo ha sido infortunio. El aumento del riesgo tiene como efecto en la empresa, el de generar un aumento en el costo de la gestión gerencial y por otro lado un aumento en la gestión del riesgo.

Desde el punto de vista del costo del sobrecumplimiento, es notorio que existen diferencias entre la negligencia y la deslealtad. El sobrecumplimiento se entiende como la conducta legítima que consiste en la búsqueda de mecanismos tendientes a reforzar la certeza en la decisión por la que se ha optado y así evitar futuros reproches sobre la corrección de dicha conducta decisional, sin reparar en los costos de búsqueda en que se incurren para asegurar la presunta certeza de la decisión tomada.

En lo que concierne a la deslealtad como ya se ha señalado, la intuición nos conduce a determinar que por muy rigurosa que sea la normativa sobre responsabilidad por infracción del deber de lealtad, no generaría trastornos relevantes, si bien en algunos casos puede ocasionar que los administradores abandonen operaciones económicamente interesantes para la sociedad, pero eso ni es relevante ni tampoco inevitable ya que muy bien pueden combinarse reglas de responsabilidad rigurosas con reglas de dispensa que resolvería el problema. El sobrecumplimiento en términos de la responsabilidad por negligencia, se manifiesta en que el rigor de la normativa aplicable es capaz de generar perturbaciones graves en el funcionamiento de la empresa, tales como los denominados “conservadurismo” en la gestión y las “murallas de papel”. El conservadurismo como expresión de aversión al riesgo se manifiesta como el mecanismo por el cual el administrador opta por tomar decisiones con el mayor margen de seguridad posible, que impida que el futuro tenga que ser sometido a procesos legales, es decir, manifiesta su aversión a un riesgo que no puede controlar, lo que conlleva que para reducirlo o evitarlo diseñe una estrategia empresarial en el que el riesgo sea el menor posible, perdiendo con ello muchas

oportunidades de negocio que de haberlas aceptado podrían generar mejores resultados económicos para la empresa.

De modo que un régimen riguroso de responsabilidad por negligencia, genera en los administradores un mayor conservadurismo, con el afán de reducir el riesgo al mínimo, lo que significa que optaran por proyectos poco rentables pero que aseguren la reducción del riesgo. Ello resulta negativo para la sociedad, ya que el mundo empresarial es siempre un campo abierto a la innovación donde el riesgo es algo inherente a las decisiones empresariales.

El riesgo de error alimenta que los administradores para minimizarlos o eliminarlos busquen mecanismos de protección que los haga afrontar con éxito posibles juicios futuros, para ello, recurren a las conocidas “murallas de papel” que consisten en que los administradores para adoptar una decisión buscan opiniones de expertos, solicitan pericias de ingenieros, abogados, médicos etc., buscan todo tipo de informes y de todo aquello que sea conveniente para protegerse, todo esto tiene un costo que generalmente es de carácter significativo. Los administradores para evitar el riesgo elaboran planes cuyo riesgo sería menor al que conviene a los accionistas, de modo que perderán proyectos que serían rentables para la empresa. Hecho que es grave para la empresa, por lo que un riguroso sistema de responsabilidad por negligencia haría que los administradores generen más vallas para asegurar su inmunidad ante eventuales reproches futuros

En el deber de diligencia puede haber un rápido alineamiento entre los intereses de los socios con los intereses de los administradores, en el deber de lealtad el alineamiento es más complejo. En la legislación y doctrina hay la visión unánime de que la diligencia

implica que el administrador debe de invertir una determinada cantidad de esfuerzo, y además despliegue un aceptable nivel de pericia y esfuerzo en la gestión y supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor, en cambio el deber de lealtad implica que los administradores en toda circunstancia actúen siempre en interés de la sociedad, incluso posponiendo sus propios intereses.

En el caso de la legislación peruana, para mejorar el sistema de responsabilidad atendiendo a la diversa naturaleza de ambos deberes, se puede mejorar el artículo 171°, dando un trato diferenciado a cada uno de los deberes, pasando de la forma genérica que actualmente tiene, a una formula en la que se exponga un contenido orientativo a los aplicadores del derecho, pero dejando siempre abierta la posibilidad que los jueces evalúen la situación concreta y vayan estableciendo postulados que fortalezcan el contenido de dicho deber.

En lo que respecta al deber de lealtad, debe dársele un tratamiento más protagónico, señalando las obligaciones básicas que se derivan de dicho deber, y otorgándole también condiciones de exoneración que hagan posible un tratamiento equilibrado a dicho deber.

Es mejorable también lo concerniente a establecer los alcances del conflicto de interés, sería prudente darle un concepto que constituya una orientación para los administradores de modo que les permita tener un norte claro, de lo que deben hacer para lograr el interés social.

Del mismo modo es posible mejorar lo concerniente a la pretensión social de responsabilidad, por un lado, permitiendo que las minorías puedan ejercerla directamente y sin necesidad de que haya aprobación de la junta general y solo para el caso de infracciones al deber de lealtad, y por otro lado es necesario dotar a esta pretensión de mecanismos más ágiles que impidan su bloqueo, para que constituya una herramienta efectiva para la sociedad, en la reconstitución de su patrimonio.

IV.2. Tratamiento riguroso de la infracción al deber de lealtad.

El deber de lealtad tiene un sustrato deontológico, por lo que su infracción resulta fácil de determinar y puede ser fácilmente evaluado, al menos por los jueces que en el desarrollo de su actividad tienen experiencia en este tipo de evaluaciones, de allí que se justifique un tratamiento riguroso a nivel legislativo de este deber.

Lo que normalmente se les exige a los administradores es que realicen una buena gestión de los recursos que se les ha otorgado y que hagan una distribución equitativa de los resultados generados, esto es que el fin de la administración consiste en maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor, de modo que si no logran el primero incurren en infracción del deber de diligencia y se omiten el segundo infraccionan el imperativo de la lealtad, incurriendo en acto de apropiación indebida. Una manera de fortalecer un tratamiento riguroso de este deber de lealtad que busca evitar y sancionar la apropiación indebida es la tipificación de las conductas desleales, e identificar los destinatarios de dicho deber y a quienes se les aplicará las sanciones por trasgresión al deber de lealtad.

La justificación de una política de severidad en el sistema de responsabilidad por la trasgresión al deber de lealtad se base en:

a) **la existencia de amplias posibilidades de extraer beneficios privados eleva la probabilidad de conductas desleales**, ello debido a que el administrador como gestor de la empresa tiene la oportunidad de ejecutar muchas operaciones y al hacerlo puede sacar provecho de su posición, para lo cual puede utilizar diversas estratagemas que den la apariencia de que procedido de manera regular. Existen una multiplicidad de formas de tratar las operaciones económicas, a los que se añade el ingenio de las personas, de manera que él administrador cuenta con una amplia gama de posibilidades de vulnerar el deber de lealtad.

b) la inexistencia de mecanismos de disciplina que provea el mercado para incentivar la preservación de este deber, a diferencia de lo que acontece con el deber de diligencia en el cual el mercado genera salvaguardas que desalientan al administrador a infraccionar el deber, tales como que el administrador negligente es sancionado por el mercado, al perder prestigio personal y por lo tanto sus posibilidades de acceder a contratos y con ello a un mayor ingreso, de modo que al administrador no le interesa ser visto como negligente, en cambio cuando se trata del deber de lealtad, el mercado no proporciona salvaguardas y ello se debe a que la trasgresión de dicho deber se realiza de modo sigiloso de tal forma que no es conocido por los agentes del mercado, además que el infractor utiliza mecanismos muy sofisticados, difíciles de detectar.

c) la poca incertidumbre sobre el juicio de deslealtad, lo ocasiona que los costos asociados a los riesgos de error y sobrecumplimiento sean escasos.

Esto implica que, a diferencia del deber de diligencia, en el que para determinar el grado de diligencia se necesita un criterio técnico, ya que no hay un catálogo que explique con precisión cuando se incumple, esto no ocurre con el deber de lealtad, ya que para calificar la deslealtad no se necesita un juicio técnico, sino un juicio deontológico, y los jueces están bien preparados para evaluar cuando se procede con buena fe y cuando se trasgrede las normas o los buenos usos comerciales.

A estas razones se anuda la evidencia empírica demostrada en el mundo, sobre las grandes extracciones de recursos que realizan los responsables de la conducción de las empresas en las diversas operaciones que celebran.

De modo que para tratar la responsabilidad por infracción del deber de diligencia tiene que actuarse con severidad, y una forma de hacerlo es establecer un régimen de sanciones que no solo establezca la restitución del patrimonio, sino que, además, obligue al infractor a

entregar los provechos que su conducta desleal le haya proveído, para desalentar de esa manera, el quebrantamiento del deber de lealtad.

Debe de realizarse una tipificación de las conductas desleales conducentes a establecer un catálogo guía que incremente la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando la labor de jueces y demás operadores, así mismo ofrecerá pautas que guían la conducta de los administradores, también otorga amparo legal a los administradores para soportar presiones y contribuye a la creación de una cultura de gobierno adecuada.

Se requiere que la norma acoja lo que la doctrina y legislación actual ha incorporado al derecho societario, incorporando al lado del deber general de lealtad, deberes específicos de lealtad, tales como: el deber de ejercer las facultades de acuerdo con sus fines, el deber de secreto sobre la información, el deber de abstención, el deber de independencia, el deber de evitar conflictos de interés para lo cual se le deberá de prohibir a los administradores realizar transacciones con la sociedad, explotar la posición de administrador, utilizar los activos sociales, aprovechar la oportunidad de negocios, competir con la sociedad. Dada la importancia de este deber se debe establecer que su cumplimiento es de carácter imperativo, por lo que no será posible su modificación mediante cláusulas estatutarias, pero si permitiendo que se pueda otorgar la dispensa por la junta general o de órganos independientes y en aquellos casos que en que la autorización a la ejecución de actos prohibidos, no cause daño a los intereses sociales.

IV.3. Tratamiento indulgente con la infracción al deber de diligencia.

El tratamiento legislativo del deber que tienen los administradores de actuar con la diligencia de un “ordenado comerciante” debe tratarse separadamente del deber de lealtad, y establecer con precisión cuales son las conductas que se derivan del deber general de diligencia y que se espera que sean cumplidos por los administradores sociales. Así debe consignarse como deberes específicos de diligencia, los que la doctrina contempla y que

pueden integrarse legislativamente sin que exista la posibilidad de distorsionar el sistema de responsabilidad que contempla la ley 26887, así tenemos como deberes específicos que pueden muy bien ser planteados y que algunos de ellos ya están en nuestra legislación, solo no se encuentran organizados adecuadamente, entre estos deberes específicos derivados del deber general de diligencia tenemos: el deber de cumplimiento normativo, el deber de dedicación adecuada, el deber de adoptar las medidas precisas y el deber de exigir información adecuada. El deber de diligencia puede modificarse por medio de los estatutos, basados en el fundamento que este deviene de un contrato y por lo tanto las partes pueden libremente fijar las cláusulas que se ajusten más a sus necesidades.

IV.4. Hacia una delimitación precisa de los deberes que deben cumplir los administradores.

Es importante que la mejora normativa tenga como objetivo otorgar un tratamiento diferenciado a ambos deberes, pero también darles mayor concreción, sin que ello signifique establecer un conjunto de normas que gocen de una rigidez que impida el desarrollo del derecho societario, ello debido a que el mundo empresarial tiene una amplitud inimaginable y para afrontar la multitud de casos que aparecen, se necesitan normas que sean flexibles y que permitan la creación de derecho por parte de la jurisprudencia,. En ese entendido debe establecerse tanto los deberes específicos de lealtad como los deberes específicos de diligencia, y establecer mecanismos de sanción para los incumplimientos, de tal forma que las sociedades puedan funcionar adecuadamente y se optimice los recursos aportados.

IV.5. Hacia una mejor operatividad de la pretensión social y de la individual.

La acción social de responsabilidad o pretensión individual de responsabilidad como se le denomina la ley 26887, requiere que se le libere de trabas a fin de que pueda cumplir un rol efectivo, ya que su uso no ha sido frecuente ni en el derecho societario peruano ni en el

derecho comparado, pero no se trata de dar una permisividad que aliente a entablar procesos judiciales por casusas fútiles, ni menos promover que sea utilizado con el afán de hostilizar a los administradores, por el contrario se busca que actúe como instrumento de defensa de la inversión de las minorías ante eventuales perjuicios que le infrinjan los socios mayoritarios en alianza con la administración.

En consecuencia, se deberá establecer por ejemplo que la pretensión individual de responsabilidad cuando se trate de infracciones al deber de lealtad, no sea necesario que exista previamente el acuerdo de ejercer dicha pretensión por parte de la junta general.

Igualmente debe facultarse a que los socios que posean cuando menos el 20% del capital, pueda ejercer la pretensión social de responsabilidad, si es que los administradores hicieran caso omiso del pedido de convocatoria para discutir el ejercicio de dicha pretensión o que habiéndolo convocada lo hayan hecho incumpliendo las normas que regulan dicha convocatoria. Igualmente se debe facultar a que los socios poseedores de al menos 20% del capital social, en aquellos casos en los cuales la junta haya acordado ejercitar la acción y hayan transcurrido 30 días, sin que lo hayan hecho, estén legitimados para incoar la demanda.

En lo que concierne a la acción de responsabilidad individual o pretensión individual de responsabilidad como lo denomina la ley 26887, debe seguir persistiendo como la acción que restaura los daños producidos en el patrimonio de los socios o terceros por actos de los administradores.

Propuesta.

Se debe modificar la ley General de Sociedades 26887, tomando como inspiración el modelo español, las modificaciones serán las siguientes:

Modificar el artículo 171°, el cual quedará en los siguientes términos:

Artículo 171°. - Deber de diligencia.

Los directores desempeñarán el cargo y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, debiendo subordinar su interés particular al interés de la sociedad.

Los directores deberán tener la dedicación adecuada, y adoptará, las medidas precisas para la gestión y control de la sociedad.

Los directores en el desempeño de sus funciones tienen el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y reservada que le sirva para cumplir con sus obligaciones.

Agregar el artículo 171°-A. y 171-B., los que serán redactados en los siguientes términos:

Artículo 171°- A. - Deber de lealtad.

Los directores desempeñarán el cargo con la lealtad de un fiel representante y están obligados a obrar de buena fe en el mejor interés de la sociedad y a desempeñar sus funciones con la honestidad que cabe esperar de un representante que gestiona recursos ajenos.

La infracción del deber de lealtad determinará la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y de devolver a la sociedad el lucro obtenido por el director.

Artículo 171°-B.- Obligaciones derivados del deber de lealtad.

En particular, los directores tienen la obligación de:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para lo que le han sido concedidos.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones a que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en el.
- c) No participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o persona vinculada tenga un conflicto de intereses, excluyéndose aquellos en los que intervenga como representante siguiendo instrucciones precisas de su representado o que tengan por objeto su designación o revocación como director u otros de análogo significado.
- d) Desempeñar sus funciones con libertad personal e independencia de criterio respecto de instrucciones o vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Modificar el artículo 179°, el cual quedará redactado en los siguientes términos:

Artículo 179°. - Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

El deber de evitar conflicto de interés a que se refiere el inciso e) del artículo 171°B obliga al director a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, de limitada cuantía, y hechas en las mismas condiciones que se hacen con los clientes.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de director para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial, con fines privados.

- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociados al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- f) Competir con la sociedad.

Los directores deberán de comunicar al directorio y en caso de contar solo con gerente, comunicarán a la junta general, cualquier situación de conflicto que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

A efectos de este artículo se consideran personas vinculadas al cónyuge y a los familiares hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad; a las sociedades en las que él o las personas vinculadas posean directa o indirectamente participaciones significativas. Lo anterior es aplicable a los directores de empresas vinculadas.

El director o directores que contravengan las disposiciones de este artículo son responsables solidarios de los daños que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a pedido de cualquier director o accionista.

Modificar el artículo 180° el cual quedará redactado en los siguientes términos:

Artículo 180°. – No modificabilidad del régimen de lealtad.

1. El régimen que regula el deber de lealtad es imperativo, las disposiciones estatutarias no podrán limitarlo o contrariarlo.
2. No obstante, lo establecido en el apartado anterior, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones establecidas en el artículo anterior en determinados casos, autorizando al director o persona a él vinculada la realización de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de tercero.

Corresponde a la junta general conceder la autorización cuando tenga por objeto dispensar la obligación de no competencia, o cuando se trate de una transacción por valor superior al tercio del capital social. En los demás casos, la autorización será dado por el directorio, siempre que esté garantizada la independencia de los directores que concederían la dispensa.

3. La dispensa de competencia con la sociedad, se dará únicamente en el caso, de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado con los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

A instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del director que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad sea significativo.

Modificar el artículo 181°, el cual quedará redactado en los siguientes términos.

Artículo 181°. - Pretensión social de responsabilidad.

1. La pretensión social de responsabilidad la entablara la sociedad contra cualquier director o directores, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, haya sido o no objeto de convocatoria. Para adoptar el acuerdo se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto representadas en la junta. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta.

Los bienes que se obtengan como resultado de entablar la pretensión social de responsabilidad son percibidos por la sociedad, y los socios tienen derecho a que se les reembolse los gastos del proceso.

2. La junta general puede transigir o renunciar al ejercicio de la pretensión, siempre que no se opusieran a ello socios que representen el 20% del capital social.

3. El acuerdo de promover la pretensión o de transigir implica la destitución de los directores involucrados.
4. La aprobación de la gestión social y los resultados económicos expresados en los estados financieros, no impedirá el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad, ni supondrá la renuncia a la ya acordada o ejercitada.
5. El socio o socios que individual o conjuntamente posean al menos el 20% del capital podrán entablar la pretensión social de responsabilidad en defensa del interés social, en el caso que el directorio omita atender el pedido de convocatoria a la junta general que discuta el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad; también podrán hacerlo cuando habiendo transcurrido 60 días de adoptado el acuerdo de ejercitar la pretensión social de responsabilidad y la sociedad no la entablará o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a dicho ejercicio.

El socio o socios que cumplan con el porcentaje de participación en el capital antes señalado podrán ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de que se someta a la decisión de la junta general.

Los acreedores podrán ejercer la pretensión social de responsabilidad cuando la sociedad o los socios no la hubieran ejercido, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Conclusiones.

1. Los deberes de lealtad y diligencia deben ser tratados como deberes de distinta naturaleza, por lo deben separarse en su tratamiento legislativo.
2. El deber de diligencia está vinculado a la vertiente tecnológica, por lo que el “ordenado empresario” para cumplir con la diligencia debida debe dedicar tiempo y esfuerzo, además desplegar cierto nivel de pericia en la gestión de la empresa, a fin de maximizar la producción de valor.
3. El deber de lealtad está vinculado a la vertiente deontológica, por lo que la actuación del “representante leal” siempre debe anteponer los intereses de los accionistas a los suyos propios a fin de minimizar la redistribución del valor creado.
4. Es necesario incorporar a la legislación vigente una regulación sobre deberes específicos derivados del deber de lealtad, tales como el deber de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos, de guardar secreto, de no participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que se tenga en forma personal o mediante persona vinculada, un conflicto de interés, el de desempeñar sus funciones con libertad personal e independencia, el de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en la que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.
5. El régimen que regula el deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción es imperativo, pero se debe establecer un régimen de dispensa.
6. Precisar las obligaciones que se derivan del deber de evitar conflicto de interés, señalándose que obliga a los administradores a abstenerse de realizar transacciones con la

sociedad, utilizar el nombre de la sociedad, hacer uso de los activos sociales, aprovecharse de oportunidades de negocio, obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, competir con la sociedad.

7. Debe facilitarse el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad a la minoría de socios, para evitar que estén desprotegidos ante la eventualidad de los daños al patrimonio social producidos por los directores (administradores), y podrían ver esfumarse su inversión, ante las trabas para ejercer su defensa.
8. Los socios minoritarios deben tener la posibilidad de entablar la pretensión social de responsabilidad, en el caso de infracción del deber de lealtad, sin necesidad de que previamente la junta general examine si procede o no entablarla, ello como una forma de proteger los intereses de estos socios.

Recomendaciones.

Primera. Construir una legislación que diferencie al deber de diligencia con el deber de lealtad, para lo cual deberá cambiarse la redacción del artículo 171° de la ley 26887, dedicándolo exclusivamente a la regulación del deber de diligencia.

Segunda. introducir el artículo 171° A orientado a regular el deber de lealtad como norma general orientadora de las actividades del representante leal,

Tercera. Introducir el artículo 171°B, dedicado a tipificar los deberes derivados del deber de lealtad.

Cuarta. – modificar el artículo 179° de la ley 26887, dedicándolo a regular el deber de evitar conflictos de interés, como deber derivado del deber de lealtad.

Quinta. regular la imperatividad del régimen del deber de lealtad, para lo cual se propone modificar la redacción del artículo 180° de la ley 26887,

Sexta. – establecer taxativamente que, no obstante que el régimen del deber de lealtad es imperativo, a fin de establecer un régimen equilibrado debe establecerse un régimen de dispensa bajo determinadas condiciones.

Séptima. Variar la redacción del artículo 181° de la ley 26887 y darle una nueva redacción, en la que facilite el ejercicio de la pretensión social de responsabilidad por parte de las minorías.

Octava. Que en la nueva redacción del artículo 181°, se establecerá que la pretensión social de responsabilidad se entablará directamente por los socios minoritarios que cumplan con poseer el 20% del capital social, pero esto solo será posible cuando el fundamento de la pretensión sea el de infracción al deber de lealtad.

Bibliografía.

Referencias

- Aparicio Gonzales, M. L., & Martín Muñoz, A. (1999). *La Sociedad Anónima (Legislación Jurisprudencia y Bibliografía)*. Madrid, España: Civitas.
- Arias Varona, F. J., Ávila de la Torre, A., Blanco Saralegui, J., Cerdá Albero, F., Cohen Benchetrit, A., & Emparanza Sobejano, A. F. (2021). *Comentarios de la ley de Sociedades de Capital*. (Vol. I). (J. A. García Cruces, & I. S. Gargallo., Edit.) Valencia.: Tirant lo Blanch. Recuperado el 12 de junio de 2021, de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413788555>
- Arroyo Aparicio, A., Ávila de la Torre, A., Curto Polo, M., Domínguez Pérez, E., García-Cruces, J. A., García Gómez, A., . . . Belén, M. c. (2018). *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491903239>
- Beltrán, E., & Esteban Velasco, G. Fernández Seijo, J., Gallego, E., García- Cruces, J., Gutiérrez Rodríguez, M., ...Villar, M. (2013). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles (5ta. edición)*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491199748>
- Bartle, M., Esteban Velasco, G. L., Machado plazas, J., Beltrán, E., Martínez Sanz, F., Mercader, J., . . . Roncero, A. (2016). *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Mercantiles* (6ta edición ed.). (A. y. Rojo, Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch. Recuperado el 18 de diciembre de 2020, de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491199748>

Brunetti, A. (1960). *Tratado del Derecho de Las Sociedades* (Vol. II). (F. D. Cañizares, Trad.) Buenos Aires, Argentina: UTEHA.

Castro Reyes, J. (2011). *Aplicación Práctica de la Ley General de sociedades*. Lima: Jurista Editores E. I. R. L. Recuperado el 18 de Febrero. de 2021

Díaz Echegaray, J. L., & Carbajo Vasco, D. (2015). *La responsabilidad General y tributaria de los administradores concursales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490863350>

Echaiz Moreno, D. (2009). *Derecho Societario- Un nuevo enfoque jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Eco, H. (2010). *Como se hace una tesis*. Barcelona, España: Gedisa.

Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano- Ley General de Sociedades del Perú* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

Belén Campuzano, A., Beltrán, E., Esteban Velasco, G., García- Cruces, J., Juste, J., Lara, R., ... Villar Marta (2012). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Farrán Farriol, J. (2008). *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*. Barcelona: J. M. Bosh. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/unprg/36672?page=35>.
- Fernández Cruz, G. (2005). Responsabilidad extracontractual. En G. Fernández Cruz, L. León Ilario, J. Pazos Ayashida, Y. Vega Mere, E. B. Palacios Martínez, W. M. Gutiérrez Camacho, & M. Muro Rojo (Edits.), *Código Civil Comentado*. (Vol. x, pág. 1005). Lima: Gaceta jurídica.
- Flores Polo, P. (1985). *Ley General de Sociedades* (tercera ed.). Lima, Lima, Perú: Justo Valenzuela. E. I. R. L.
- Fraile Fernández, R. (2016). *La responsabilidad del administrador concursal por el crédito tributario*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/latam/bibliotecaVirtualLatam/ebookInfo?isbn=9788490857304&tolgeoDoc=latamDoc>
- García García, E., García Vicente, J., González Fernández, M., Gutiérrez Gilsanez, J., Juste Mencia, J., León Sanz, F., . . . Moralejo Fernández, I. y. (2021). *Comentario de la ley de Sociedades de Capital* (Vol. I). (J. A. García Cruces, Ed.) VALENCIA: Tirant lo Blanch. Recuperado el 7 de junio de 2021, de <https://palestra.tirantonline.com/latam/bibliotecaVirtualLatam/ebookInfo?isbn=9788413788555&tolgeoDoc=latamDoc>
- Guerra Cerrón, M. E. (2009). *Levantamiento del velo y responsabilidad de las sociedades anónimas*. Lima, Perú: Grijley.

- Guerra Cerrón, María elena; Hundskopf, Oswaldo; Steward, Alberto; Tabra Edison; Chipana Jhoel; Amaya, Leoni, Cieza, Jairo; Morales, Silvia; Príncipe, Luis; Castellares, Rolando, Gonzales, Jorge Luis, Aliaga Luis, Beaumont, Ricardo; Jiménez, Roxana y otros. (2018). *Ley General de Sociedades- estudios y comentarios a veinte años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández R, Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (Sexta ed.). México., México D.F., México: McGraw-Hill.
- Hundskopf Exebio, O. (2013). *La Sociedad Anónima*. Lima: Normas Legales.
- Hundskopf Exebio, O. (2009). *Manual de Derecho Societario*. Lima: Grijley.
- Juste Mencía, J. (2021). Comentario de la ley de sociedades de capital. En A. v. Javier, A. Ávila de la Torre, J. M. Blanco Saralegui, J. Cerdá Albero, F. A. Cohen, A. Emparanza Sobejano, Gandía Pérez. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lariguet, G. (Ed.). (2016). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Brujas.
- León Tovar, S. (2020). Los escándalos financieros. En S. León Tovar, *Gobierno corporativo de las sociedades anónimas*. (pág. 571). México: Tiran lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413364896>

- Martín Aresti, P. (2019). *Prestación de servicios o de obra del administrador y deber de lealtad (art. 220 LSC)*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413131030>
- Morales Barceló, J. (2013). *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490330821>
- Muñiz Arguelles, L., Fraticelli Torres, M., & Muñiz Fraticelli, V. (2006). *La investigación Jurídica*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Muñoz Raso, C. (2015). *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*. (Tercera. ed.). México, México: Pearson.
- Paz Ares, C. (2015). Anatomía del deber de lealtad. Obtenido de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>
- Prades Cutillas, D. (2014). *La Responsabilidad del Administrador en las Sociedades de Capital en la Jurisprudencia del TS*. Valencia: Tirant lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490338469>
- Recalde Castells, A., Martínez Flores, A., Guerrero Lebron, M. J., Boquera, J., Largo Gil, R., Rodríguez Achútegui, E. M., & Muñoz Delgado, C. A. (2020). *La Gobernanza de las sociedades no Cotizadas*. (J. García- Cruces, Ed.) Valencia: Tirant Lo Blanch. Recuperado el 8 de enero de 2021, de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413553719>
- Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario* (Segunda ed., Vol. I). Bogotá, Colombia: Themis.
- Richard, E. H., & Muñio, O. M. (1997). *Derecho Societario*. Buenos Aires, España: Editorial Astrea.

Sánchez Calero, f., & Guilarte, S. -C. (2004). *Instituciones de Derecho Mercantil* (Vigésimo sexta ed., Vol. I). Madrid, España: Mc Graw Hill.

Sancho Gargallo, I. (2019). La acción social e individual en la jurisprudencia reciente. En J. Alfaro Águila-Real, S. Agrela Páez, M. Ariza Colmenarejo, M. Barea Martínez, S. Bednarz, Z. Benavides Velasco, . . . J. y. Juste Mencía, M. B. Gonzales Fernández, & C. Benchetrit (Edits.), *Derecho de sociedades- cuestiones sobre órganos sociales*. (pág. 1644). Valencia: Tirant lo Blanch. Recuperado el 21 de abril de 2021, de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413131443>

Suescún De Roa, F. (2021). *Deberes y responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades*. Bogotá: Tirant lo Blanch. Recuperado el 4 de enero de 2021., de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413782539>

Villamil Ferreira, V. (2021). *La separación de los administradores en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Obtenido de <https://palestra.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413785868>

ANEXOS.

Anexo 1. Sentencias del Tribunal Español

STS de 13 de octubre de 1986 (Civil) [1]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«3º [...] El Tribunal sentenciador ha realizado del conjunto de las probanzas practicadas, examen hermenéutico que le ha conducido a declarar en orden al artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, [...] que para que los administradores de las sociedades anónimas

respondan frente a los accionistas y acreedores del daño causado, es preciso que hayan incumplido sus obligaciones con malicia, negligencia grave o abuso de facultades, sentado lo cual, la sentencia declara que dicho precepto “al pasar por alto la culpa leve, se ha querido conceder a las personas que administran una especie de franquicia, necesaria para que su actuación no quede sometida a cada paso, a revisión, con la amenaza de tener que responder, en la gestión de los intereses sociales, ante cualquier error o irregularidad que se produzca”.

4º Los argumentos con que se pretende combatir el razonamiento de la sentencia impugnada en orden a la responsabilidad que el indicado artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los administradores, no pueden ser tenidos en cuenta: 1) Porque dicha responsabilidad exige la realidad de un daño y la producción del mismo no aparece acreditada en este concreto supuesto, según resulta del cuarto considerando de la resolución que se recurre cuando dice: “condición ésta, a la que, a mayor abundamiento también se llegaría ante la falta de prueba acreditativa de la existencia del daño”; 2) Porque, a su vez, la responsabilidad que se plasma en el citado precepto es evidentemente subjetiva, en cuanto basada en conductas maliciosas, de abuso de facultades o gravemente negligentes; 3) Porque, a su vez y cual resulta de lo indicado, la culpa originadora de la responsabilidad, en estos casos, ha de ser grave y no leve, como muy bien declara la sentencia que se impugna; 4) Porque como reconoce un muy autorizado sector de la doctrina mercantilista, la calificación de la culpa que el legislador ha establecido en el artículo 79 indicado, más que producto de una concreta técnica legislativa es consecuencia de una inequívoca intención legislativa, al objeto de evitar la resistencia a aceptar el cargo de administrador que se produciría si la responsabilidad se extendiera a las faltas leves de diligencia, sin olvidar los mayores males que podrían derivar de un excesivo rigor en la exigibilidad de estas responsabilidades, [...]»

STS de 7 de marzo de 1991 (Civil) [10]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“11º (...) es evidente que si el importe total de la expresada indemnización se mantuviera como de la pertenencia exclusiva de ellos, siendo los bienes siniestrados, como ya se ha dicho, propiedad de la actora aquí recurrente, entidad «Espectáculos Vitoria, S. A.», se produciría en los mismo un enriquecimiento injusto, al concurrir en este supuesto los requisitos que condicionan la operatividad de este instituto jurídico y que son: a) existencia de un enriquecimiento por parte del demandado o demandados, representado por un aumento de su patrimonio (lucro emergente) o por una no disminución del mismo (daño cesante); b) un correlativo empobrecimiento del demandante, en cualquiera de las dos expresadas manifestaciones; c) falta de causa jurídica que justifique aquel enriquecimiento y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este instituto jurídico al caso concreto debatido. (...)”.

STS de 8 de mayo de 1990 (Civil) [1]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«1º [...] Si bien es cierto que el juzgador de instancia ha reconducido toda la cuestión litigiosa a una cuestión de rendición de cuentas por el demandado aquí recurrente, así como las sustanciales diferencias existentes entre aquélla y la acción de responsabilidad derivada de los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede olvidarse que esta Sala en su Sentencia de 30 de septiembre de 1988, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial en nueve de mayo de 1987, estableció en el apartado c) del segundo fundamento de derecho que “como alega el motivo tercero, en todo caso de conformidad con el art. 153 de la citada Ley Procesal se trataría de cuestiones o acciones acumulables: una, la de responsabilidad contra el administrador y las derivadas sobre supuesta rendición de cuentas de su gestión, y, otra, las relativas a entregas de bienes o su equivalente, entre la que en este supuesto ningún obstáculo existe para su acumulación...”. [...]

4º El séptimo y último motivo de este recurso, acogido al nº 5º del art. 1692, denuncia infracción del ordenamiento consistente en aplicación indebida de los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, entendiendo que la sentencia recurrida declara al demandado recurrente “responsable de determinados beneficios y pérdidas, condenándole a estar y pasar por esta declaración y abonar las cantidades resultantes con sus intereses legales”, sin que hayan sido probados los requisitos que configuran la acción de responsabilidad contra los administradores regulada en los arts. 79 y 80 que

se citan como vulnerados. Para el examen de este motivo ha de partirse de los términos literales en que se encuentra redactada la parte dispositiva de la sentencia “a quo” en el pronunciamiento que es objeto de ataque a través del motivo, que son los siguientes: “declarándole responsable de los beneficios sociales no entregados y de las pérdidas que se acrediten con dicha rendición desde el 15 de marzo de 1982, condenándole a estar y pasar por estas declaraciones y a abonar las cantidades con pago de los intereses legales desde que sea firme esta resolución”, el señalamiento de ese límite temporal, obliga a considerar dos períodos de tiempo distintos con repercusión en las obligaciones o responsabilidad impuestas a [...] en la sentencia recurrida: a) un primer período comprendido entre el momento de su nombramiento como Consejero-Delegado de la sociedad actora y el de su separación del cargo acordado por la Junta General en virtud del principio de libre revocabilidad que sanciona el art. 75 de la Ley de Sociedades Anónimas según el cual “la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general”, separación que fue notificada al ahora recurrente en 15 de marzo de 1982; en relación a este período de tiempo la condena impuesta en la sentencia se contrae a la rendición de cuentas de su gestión como Consejero-Delegado, obligación que viene impuesta a los administradores durante el desempeño de su cargo por el art. 102 de la citada Ley y que fue incumplida por el recurrente, no estableciéndose en la

sentencia de instancia, por el contrario, condena alguna tendente a restablecer el patrimonio social lesionado por la actuación maliciosa, con abuso de facultades o con negligencia grave del administrador, por lo que es claro que no han sido infringidos los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, preceptos que sólo son aplicables a la exigencia de responsabilidad por daños causados por el administrador durante el ejercicio de sus funciones de gestión y representación de la sociedad, no a la obligación de rendir cuentas de su gestión que deriva del citado art. 102, en la forma establecida en el mismo y sus concordantes, no como erróneamente entiende la Sala de instancia al confundir la acción del art. 80 de la Ley de Sociedades Anónimas con la de rendición de cuentas por el mandatario del art. 1720 del Código Civil, puesto que, aparte del distinto contenido, requisitos y finalidad de una y otra, no es aplicable a los administradores de las sociedades anónimas la regulación del mandato, habida cuenta de las sustanciales diferencias que existen entre ambas figuras jurídicas como reconoce unánimemente la doctrina mercantilista, sobre todo a partir de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; b) el segundo período de tiempo a contemplar se inicia a partir del 15 de marzo de 1982, en el cual [...] no ostenta la condición de Consejero-Delegado de la sociedad, apareciendo como un mero gestor de hecho poseedor de bienes sociales, como ha reconocido en confesión judicial, obligado a la devolución de esos bienes que detentaba

por razón de su cargo y al resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la sociedad por esa indebida retención estando sometido en cuanto al deber de cuidado de esos bienes, no al módulo que establece el art. 79 de la antedicha Ley (los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal), sino al impuesto por el art. 1094 del Código Civil expresivo de que “el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia”, no pudiendo beneficiarse, una vez cesado en su cargo, de las limitaciones que en orden a su responsabilidad frente a la sociedad, los socios o terceros establece el citado art. 79, sino que tal responsabilidad ha de adaptarse a lo dispuesto en los arts. 1100 y siguientes del Código Civil; [...]».

STS de 30 diciembre de 1997 (Civil) [1 y 3]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«3º Esta Sala de Casación que no desconoce los problemas de orden doctrinal que se han planteado al respecto y tiene presente la deficiente regulación de la materia, sobre todo en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada anterior a la ahora vigente, que [...]. La responsabilidad de los administradores tiene su origen en una obligación “ex lege” y, por ello, un aspecto de institución de orden público o derecho necesario, que no puede soslayarse mediante artificios estatutarios que directa o indirectamente tiendan a restringir el ejercicio de la acción social determinante de su declaración. En el expuesto orden de ideas, la remisión que efectuaba el artículo 1.1 de la anterior LSRL para la aplicación a los órganos de la sociedad de responsabilidad limitada de lo dispuesto sobre los administradores de la sociedad anónima, sólo puede significar que ha de aplicarse en materia de “acción social de responsabilidad” el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, inclusive la prohibición de establecer mayoría distinta a la que previene el párrafo segundo del apartado uno, lo que, en otras palabras supone que la salvedad señalada, en favor de lo establecido en la LSRL, en el último inciso del precepto, no cabe que se convierta en un obstáculo que impida la expeditividad de la acción que tratamos y sus consecuencias legales, debiendo, por tanto, ceñirse su contenido a lo que son especialidades expresas de la ley que no entren en contradicción con la eficacia de aquella acción. [...], la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no expresa en su artículo 17 que para la exigencia de responsabilidad social al Administrador designado en los estatutos sea precisa la voluntad mayoritaria cualificada por los dos tercios del capital social, puesto que en el desarrollo de las cuestiones que en esa norma se señalan no figura la de la exigencia de esa responsabilidad por la sociedad a su administrador. Y no puede establecerse así porque entonces en supuestos como el relativo a la sociedad que se examina, en la que hay tres socios, uno con el cuarenta y cuatro por ciento de participación social que es el administrador designado en sus estatutos, y los otros dos, que representan el cincuenta y cinco por ciento de esas participaciones, de necesitarse esa mayoría cualificada para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del administrador, es decir el sesenta y seis por ciento de participaciones, nunca se le podría exigir, con lo cual el Administrador estaría inmune a dicha responsabilidad, pudiendo actuar en forma abusiva y en su beneficio.

4º La destitución del administrador contra el que se acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad tiene carácter automático y ha de matizarse, en relación, con lo argumentado por la sentencia de instancia que tal medida es simplemente la traducción en términos jurídicos de la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador, sin que más allá de tal consecuencia haya de verse en ello una sanción, no obstante, lo cual el ejercicio torticero de la acción, acreditado por la sentencia, que ponga fin al asunto puede ser causa de indemnización de los daños y perjuicios originados al administrador, en particular, cuando tal acción se revele como un medio de defraudar las prescripciones estatutarias. Tampoco, la situación, de vacío que se produce en la Administración como consecuencia de la destitución y la imprevisión de los Estatutos al respecto, permite que pueda reputarse nula la designación de nueva administración, conforme a criterios que se adaptan a lo prevenido por el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada aplicable al caso. [...]»

STS de 26 de febrero de 1993 (Civil) [1, 3, 4, 5 y 7]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«[...] según se desprende de la propia demanda lo presuntamente vulnerado por el administrador es el contenido del balance con la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad [...] “de la que los actores ostentaban un 49% del capital social”, [...] expresamente se acusa la manipulación por el administrador demandado del “balance final de la contabilidad de la empresa”, sino también de la afirmación en el desarrollo del propio motivo, de que “la actuación maliciosa y con abuso de facultades realizada por el administrador produjo como consecuencia que los beneficios de la sociedad repercutieran...”, determina que haya de concluirse necesariamente que la acción para exigir la responsabilidad que se denuncia, respecto del administrador causante de un daño patrimonial social, corresponde, por muy evidente que resulte la relación conducta abusiva-perjuicio para los accionistas, la atribuida, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, en primer término a la sociedad, que es la directamente dañada por la conducta del administrador aunque el daño afecte también, como en el caso presente, al patrimonio de los socios (los demandantes)

en cuanto partícipes del patrimonio social, y a los cuales, por otra parte, el propio art. 80 de la Ley atribuye la titularidad de la misma acción social para el supuesto de que la Junta General no la acordase, siendo procedente o se manifestase contraria a su ejercicio o no la ejercitase. Y ello sin otros límites que el temporal que señala el párr. 3º in fine del repetido art. 80 y el cuantitativo que en el mismo artículo se establece de representar, los accionistas que actúen la acción social, al menos la décima parte del capital, porcentaje que en la situación presente se da sobradamente. De modo que la previsión legal de esta acción defectiva de los accionistas dañados a los que, por otra parte, la propia Ley habilita medios de conseguir la convocatoria de la inexcusable Junta General en el supuesto de negativa de los llamados a ello, es recurso legal suficiente, ofrecido como protección a los minoritarios frente a la eventual hostilidad de la mayoría manejada —como aquí podría suceder— por el propio administrador denunciado, en el que concurre la condición de accionista mayoritario.

[...] planteada la deslealtad social del administrador reflejada al presentar los balances sociales negativos, la acción a ejercitar es la del art. 80 de la Ley, pidiendo, desde la Junta General y luego en vía judicial, para las arcas sociales el reintegro de lo indebidamente sustraído a las mismas y, de rebote, lo que a los propios accionistas les corresponda. En lugar de reclamar éstos directamente

para su patrimonio el importe de un daño causado precisamente a la sociedad, invocando una acción —la del art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas— que no era la del caso, [...]».

STS de 11 de octubre de 1991 (Civil) [3, 5 y 7]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«[...] la responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima se hallaba configurada, en lo que ahora interesa, en los arts. 79 y siguientes de la Ley de 17-7-1951, vigente al tiempo de producirse los hechos y cuando se interpuso la demanda, lo cual obliga a algunas consideraciones al respecto. En efecto, independientemente de la limitación establecida en el último párrafo del art. 80 (“Los acreedores de la Sociedad sólo podrán dirigirse contra los Administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos”), el art. 81 determinaba que “no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los Administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”; esta acción indemnizatoria contra los Administradores requería: a) Un daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (art. 79), o sea que se excluye cualquier otro género de culpa más leve —criterio tradicional en nuestro Derecho a partir del Código de Comercio de 1829, inspirador del art. 144 del Código de 1885, en que se utiliza una formulación idéntica—, estableciéndose así un sistema regulador de la específica responsabilidad de los Administradores sociales que permita a éstos un normal desenvolvimiento de su actividad, sin verse interferida por eventuales responsabilidades en casos —culpa leve o levísima— de difícil valoración en las operaciones mercantiles; y b) Que se tratase de actos que lesionaren “directamente” los intereses de socios o terceros; [...]»

STS de 1 de diciembre de 1993 (Civil) [1, 3 y 5]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«3º [...] La esencia de su fundamentación es la consideración de que la acción de la sociedad contra el administrador en exigencia de responsabilidad por sus actos requiere que este último haya obrado en el desempeño de sus funciones, lo que no se detecta en la actuación del demandado, pues en su proceder no representaba a la sociedad. [...]»

Los motivos se desestiman porque es acertado el criterio de la Audiencia, confirmando el del Juzgado de 1ª Instancia, de enmarcar la controversia en el ámbito de los arts. 133 y 134 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas. El consejero de una sociedad anónima ha de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, debiendo guardar secreto de informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones (art. 127 LSA). Los hechos indiscutiblemente probados reflejan una conducta contraria a todas esas pautas legales, pues no es siquiera representante leal (al cual se le podrá aplicar, después, el calificativo de diligente o no diligente) ni guarda confidencialidad alguna quien se dedica a la peligrosa divulgación de las intimidades de la sociedad de cuyos órganos de dirección y administración forma parte, ni mucho menos es un ordenado empresario el que con su actuación deliberada tiende a provocar la pérdida de clientela y la pérdida del crédito bancario. El consejero que sigue tal conducta va contra lo dispuesto en la Ley e incurre en la responsabilidad prevista en el ap. 1 del art. 133 LSA, pudiendo la sociedad proceder contra él, previo acuerdo de la Junta General, según dispone el ap. 1 del art. 134 LSA. Es éste un requisito indispensable del procedimiento que no se ha cumplido. [...]»

STS de 15 de enero de 1997 (Social) [11]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«2º El Juzgado dictó Auto, previo el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal y de la parte actora que no lo evacuó, el día 30 septiembre 1993, estimó de oficio la incompetencia por razón de la materia de dicho Juzgado, desestimando por Auto de 23 noviembre 1993 el recurso de reposición; contra dicho auto se interpuso recurso de suplicación desestimado por Sentencia de esta Sala de lo Social de Madrid de 20 junio 1992; en la sentencia se razonaba que la pretensión de los actores no se basaba propiamente en el contrato de trabajo, sin que esté incluido en ninguno de los supuestos del art. 2 de la LPL, tratándose de una petición de declaración de responsabilidad fundada en el art. 133 de la LSA, y por tanto no salarial, debiendo acudir a la jurisdicción civil, con independencia de que como decía el Ministerio Fiscal y recogía el auto recurrido los actores puedan deducir su pretensión ante los Juzgados 6 y 22 de Madrid, donde se fallaron los pleitos principales, y que se consideraba eran los competentes para conocer de esta nueva responsabilidad.

4º De todo lo anterior se deduce como informa el Ministerio Fiscal que no existe contradicción entre ambas sentencias; la “causa petendi” de una y otra sentencia es distinta; en la recurrida en pleito distinto, al originariamente planteado contra la empresa, más tarde declarada insolvente en reclamación de deudas salariales, se fundamentaba la responsabilidad de los Administradores de la Sociedad en el art. 133 de la LSA, que regula la responsabilidad de los Administradores por su actuación al frente de la Sociedad, por incumplimiento de sus obligaciones derivadas de su cargo, estimándose que ello era una cuestión a resolver en el orden civil de la jurisdicción por ser ajena al campo laboral; la acción ejercitada era la prevista en la LSA, contra personas que componían el órgano de Administración de la Sociedad; la responsabilidad de los Administradores no derivaba de la relación laboral de los trabajadores con la empresa demandada, mientras que en la sentencia de contraste, por el contrario, la acción ejercitada derivaba directamente del contrato de trabajo

dimanando la responsabilidad solidaria del Administrador demandado, no del art. 133 de la LSA, cuya aplicación se rechazó expresamente en dicha sentencia, sino, en que como se hacía constar, aquél reunía a su nombre la mayoría del capital social, tomando por sí las decisiones del ente societario, coincidiendo por tanto en la propia persona física el poder de control y de resolución de la Sociedad, razón que justificaba dicha condena por deber prevalecer la verdad real sobre los meros formalismos o nominalismos; en suma se aplicaba la doctrina sobre el levantamiento de velo de las personas jurídicas.[...]

Debe por último indicarse que lo resuelto por la sentencia recurrida, además es coincidente con lo decidido por la Sala de Conflictos de Competencias de este Tribunal Supremo que, en su Auto de 8 marzo 1996, declaró la competencia, en un caso idéntico, del orden civil».

STS de 21 de mayo de 1985 (Civil) [3 y 5]**CONSIDERANDO**

«1º Que el artículo setenta y nueve de la Ley sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas establece que los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave y el artículo ochenta de la propia Ley, que define y autoriza la acción de responsabilidad por el daño causado a los intereses de la Sociedad, la concede en último lugar a los acreedores con el triple condicionamiento de que tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos, presupuestos que delimitan el alcance de la acción, definen el interés que debe asistir al acreedor que la deduce y subordina la posibilidad de su ejercicio a la circunstancia de que no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas, de lo que resulta tiene claramente un carácter subsidiario.

2º Que, por el contrario, el artículo ochenta y uno de la citada Ley de Sociedades Anónimas reconoce una acción individual a favor de los socios y de los terceros, distinta de la acción social que regula en su artículo ochenta, y tendente no a la indemnización por los Administradores del daño causado al patrimonio social y ordenada a obtener la reconstitución del mismo, como garantía indirecta para el cobro por los demandantes de sus créditos, sino a indemnizarles de los daños directamente sufridos en su patrimonio, requiriéndose, en su consecuencia, para la viabilidad de esta acción directa dos requisitos, un acto del administrador y una lesión directa a los intereses del accionista o del tercero demandante, a lo que ha de añadirse que al establecer el precepto una responsabilidad civil de los administradores la misma ha de establecerse con fundamento en la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causa a efecto entre aquélla y éste.

3º Que según resulta claramente de los fundamentos jurídicos de la demanda inicial de las presentes actuaciones, la acción ejercitada con la misma por la [...] actora, es como aparece [...] que concede a los acreedores el último párrafo del artículo ochenta de la Ley de Sociedades Anónimas, sujeta, por ende, al triple condicionamiento para hacer permisible su viabilidad a que se ha hecho referencia en el primer razonamiento de esta resolución, lo que asimismo se hace notar en los mencionados fundamentos jurídicos de la demanda, acción que no admite confusión alguna con aquella otra directa que contra los administradores autoriza la normativa legal contenida en su artículo ochenta y uno, [...]»

STS de 21 de mayo de 1992 (Civil) [3, 5, 7 y 14]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«2º [...] la acción ejercitada contra los administradores es la de responsabilidad extracontractual y, por tanto, no le es de aplicación en su criterio el plazo prescriptivo de 15 años, propio de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (art. 1964), sino el de un año contenido en el art. 1698,2º propio de las acciones derivadas de culpa o negligencia. En consecuencia, para los recurrentes ha prescrito la acción puesto que entre el acto de conciliación celebrado y la presentación de la demanda había pasado más de un año.

Para decidir los motivos debe analizarse cuál sea la acción ejercitada y cuál sea el plazo prescriptivo aplicable y el “dies a quo” o inicial del cómputo. El soporte fáctico de la demanda expone que los administradores “se limitaron a cerrar la fábrica o taller, sin aviso a los acreedores, distra- yendo el patrimonio de su finalidad legal, o sea, la realización del activo social para pago a los acreedores”, y la fundamentación jurídica se apoya en los arts. 79 y 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vigente a la sazón. En estos artículos se regulan una acción social cuya finalidad es reintegrar al patrimonio de la sociedad cuanto le corresponde, y una acción individual que legitima

tanto a los socios como a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Pues bien, en esta segunda especie debe incardinarse la demanda acumulada a la de reclamación de precio de mercaderías. Y, por tanto, al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico contenido en el principio “naeminem laedere” que alcanza también a las personas físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos (no mandatarios) el ente social, le es aplicable el art. 1902 del Código Civil [vid. S. 11-10-1991] y, según la mejor doctrina, no confirmada por esta Sala, que no ha tenido ocasión directa de pronunciarse, el plazo de prescripción de un año del art. 1968,2º por remisión del art. 943 del Código de Comercio. El plazo de cuatro años a que se refiere el art. 949 del Código de Comercio es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad del art. 1902 del Código Civil complementado por el art. 81 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Pero la fijación del día inicial y la demostración del transcurso total del lapso corresponde, conforme a la teoría general de la carga de la prueba, a quien formula la excepción (art. 1214 del Código Civil), y en autos no hay dato alguno que permita acreditar qué día concreto pudo ejercitarse la acción, puesto que lo alegado es una omisión de la diligencia generadora, según la demanda, de perjuicios a los actores, perjuicios que teóricamente pueden acaso tener origen en la obligación incumplida pero que no se producen necesariamente de dicho incumplimiento sino de la situación creada en la sociedad, según la demanda, por los administradores. La celebración de la conciliación no significa el inicio del plazo, el “dies a quo”, ni supone interrupción del plazo de ejercicio del año porque la conciliación versaba exclusivamente sobre la acción de reclamación del precio de las mercaderías, esto es, sobre la responsabilidad contractual, y no sobre la extracontractual que, aprovechando la posibilidad de acumular acciones, ejercitaron los actores conjuntamente pero sin perder su respectiva identidad. [...]»

STS de 12 de julio de 1984 (Civil) [1 y 5]

CONSIDERANDO

«[...]los administradores de la entidad “X, S. A.”, en su gestión, han producido daño directo al patrimonio de los socios demandantes, y ahora recurridos, emanante de “una actuación verdaderamente culpable con abuso de facultades y con carácter de una negligencia grave” [...], conduce, en contra de lo apreciado por los recurrentes, a que no sea de aplicación en el presente caso el plazo de tres meses a que se contrae el párr. 3º del art. 80 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, pues que tal normativa tiene aplicación con exclusividad al supuesto de ejercicio de la acción subsidiaria de responsabilidad de los Administradores para cuando la sociedad, previo acuerdo adoptado por la Junta General, no actúe, pero no para el caso, que es el producido en el supuesto ahora contemplado, de que, sin precisión de acuerdo alguno por la Junta General, los socios entablen acciones de indemnización por actos de los precitados Administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos; y al entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia ciertamente determina que ha interpretado adecuadamente los invocados arts. 80 y 81 de la referida Ley de Sociedades Anónimas de 17 julio 1953».

STS de 3 de abril de 1990 (Civil) [1 y 5]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«3º [...] Ciertamente los conceptos de “malicia” o de “negligencia grave” son no simples hechos sino apreciaciones de hechos para calificarlos de ese modo. Pero aun así, el motivo no puede ser estimado, no sólo porque a través de él la recurrente hace una nueva apreciación de la prueba, sino especialmente por las siguientes consideraciones: a) El precepto legal invocado no sólo se refiere a la “malicia, abuso de facultades o negligencia grave” de los administradores, sino que presupone “un daño causado” y una relación de causa a efecto entre esa situación irregular o perjudicial y el daño causado, ya que el objeto de la acción es obtener una indemnización o resarcimiento del daño. b) Esos elementos de la responsabilidad (daño y relación causal), no han sido en absoluto probados, ni nada deriva de la apreciación probatoria verificada por la Sala “a quo” en ese sentido, ni tampoco los de culpa grave o malicia o abuso de facultades, que como conceptos subjetivos requerían una prueba que no se ha logrado, y que esta Sala no deduce de los hechos que consigna la sentencia recurrida en sus fundamentos de derecho 3º y 4º. c) Los casos de responsabilidad de los administradores no sólo se refieren a los supuestos que el recurso refiere, sino a muchos otros (arts. 44, 49, 71, 77, 78, 65, 83, 102, 108, 110, 40 y otros), pero todos requieren entre la actuación del administrador y los daños o perjuicios un nexo causal deducido del art. 1107 del Código Civil; sin que baste, por otro lado, alegar cualquier tipo de culpa, de cuya graduación no se ocupa el recurso, pues aun pudiendo suponer actuaciones culpables las que el motivo indica ello no implica por sí la gravedad que la ley requiere y que habría de resultar de hechos que no han sido probados. [...]».

STS de 5 de octubre de 1985 (Civil) [10]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

“2º (...) en el caso que el recurso trae a la consideración de esta Sala que la parte demandante y recurrente dedujo en la demanda la acción de enriquecimiento injusto y no la aquiliana que ahora quiere se juzgue, existiendo entre ambas acciones notables diferencias que la Jurisprudencia ha señalado con ocasión de perfilar el enriquecimiento injusto o sin causa, derivándolo del Derecho Natural según la tradición romana y la doctrina científica, en copiosas sentencias que afirman que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana la cual sobre requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte, supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranqueable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquél reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento; hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al ánuo del artículo 1968; siguiéndose en orden a juzgar de los motivos del recurso fundados en infracción de ley que, aun cuando los hechos se ofrezcan a una concurrencia de normas originadoras de diversas acciones que por no excluirse entre sí hubieran podido deducirse acumulativamente, sin embargo hubieran debido serlo, en esa tesis, según el orden que se juzgara más adecuado, no siendo procesalmente correcto cambiar, en la fundamentación misma más que en la alegación, el punto de vista jurídico instalado en la fase expositiva del juicio, sustituyéndolo, con trascendencia a la identificación de la acción ejercitada, por otro, con base en el cual se pide la anulación del fallo que se fundará precisamente en la parcial estimación de la demanda por sus propios fundamentos; todo ello aparte ser al menos cuestionable que las dos acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto sean acumulables ya que la última es subsidiaria de las expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, figurando entre éstas la aquiliana, que acaso no quiso utilizarse en el caso para evitar el efecto de la prescripción corta a que se halla sujeta.”