

# ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE UNA SOCIEDAD Y EL PROBLEMA DEL DENOMINADO ABUSO DE LA MAYORÍA

Juan Espinoza Espinoza  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

## 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS DIRECTORES Y GERENTES DE LA SOCIEDAD

La nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, del 5 de diciembre de 1997, en materia de responsabilidad civil de los directores y gerentes de la sociedad anónima sigue, con pocas variaciones, el modelo diseñado por su predecesora, la derogada Ley General de Sociedades, aprobada por Decreto Supremo 003-85-JUS, de fecha 14 de enero de 1985.

Siguiendo el modelo conceptual de la capacidad general de las personas jurídicas, heredado del sistema alemán, el artículo 12 establece que la sociedad está obligada con respecto a las personas con las cuales se ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad en negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Se regula también, que los socios o administradores responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya sufrido como consecuencia de los acuerdos *ultra vires*, vale decir, los que exceden el objeto social de la sociedad y la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, todo ello independientemente de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Este dispositivo debe ser entendido en concordancia con el artículo 13, que establece que la sociedad no queda obligada por los actos que celebren, aunque sea en nombre de ella, quienes no están autorizados para ejercer su representación. Recae la responsabilidad civil o penal que se produzca, en la persona de sus autores.

*Dos de los temas que originan mayores discrepancias en el Derecho de Sociedades son la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad y terceros por sus actos, y el abuso o exceso de poder en desmedro de las minorías por parte de otros miembros de la sociedad, sean éstos mayoría numérica o económica.*

*El autor, en el presente artículo, nos detalla el tratamiento actual de las mencionadas instituciones sobre la base de la nueva legislación societaria vigente, así como las implicancias y deficiencias de su actual regulación.*

Respecto a los directores, se establece un *guideline*, en el artículo 171, al precisar que éstos deben actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Los directores responden ilimitada y solidariamente frente a la sociedad, accionistas y acreedores 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. Del mismo modo, es responsabilidad del Directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares<sup>1</sup>. También se configura su responsabilidad solidaria con los directores precedentes por las irregularidades que éstos hayan cometido si, conociéndolas, no las denunciaron por escrito a la Junta General (artículo 177).

El director puede eximirse de responsabilidad si es que ha manifestado su disconformidad con el acuerdo de directorio generador del daño, sea en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, "siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial" (artículo 178). Autorizada doctrina italiana sostiene que "la responsabilidad con respecto a la sociedad se funda, (...), en un acto ilícito de naturaleza contractual, consistente en la violación de una obligación derivada de contrato en virtud del cual los administradores (en nuestra legislación, los directores) han asumido el cargo"<sup>2</sup>.

Si la lesión es a la sociedad, la demanda se interpone en virtud del acuerdo de la Junta General, aún cuando la sociedad esté en liquidación. También le corresponde este derecho a los accionistas que representen un tercio del capital social (artículo 181). Si los actos de los directores lesionan los intereses personales de los socios o de los terceros, éstos los podrán demandar directamente (artículo 182). Los

supuestos en los cuales se ocasionan estos daños pueden ser: la violación de los derechos individuales de los socios<sup>3</sup>; falsas comunicaciones sociales que provoquen un errado conocimiento de la real situación patrimonial de la sociedad, que induzcan, por ejemplo, a que un socio venda a un precio bajo sus propias acciones o; que un tercero haga un financiamiento a la sociedad aparentemente solvente, pero que está con serios problemas económicos<sup>4</sup>.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores por los actos ilícitos cometidos con daño a los socios individualmente considerados o a los acreedores es de carácter extracontractual<sup>5</sup>. En efecto, es distinto el caso de un daño directamente ocasionado al socio o al tercero, en cuanto no deriva de la disminución del patrimonio social y es consecuencia inmediata de la actividad de los directores (responsabilidad extracontractual), al supuesto del daño directo al patrimonio de la sociedad y, por consiguiente, de carácter reflejo con respecto al socio, donde la responsabilidad de los directores podrá ser calificada como contractual y perseguida mediante las acciones sociales "de masa"<sup>6</sup>. Sin embargo, esta distinción no es excluyente, porque se puede presentar el caso de concurrencia de los dos tipos de responsabilidad, cuando coincidan los intereses del socio o el tercero con el interés de la sociedad<sup>7</sup>.

El plazo de prescripción de la pretensión social y la individual de resarcimiento es de 2 años contados desde la fecha de adopción del acuerdo o de la comisión del daño (artículo 184).

El gerente también es responsable frente a la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones por dolo, abuso de facultades y

<sup>1</sup> Se advierte que "si nos encontramos ante el caso de acuerdos de junta de accionistas que violen o contraríen el pacto social o el estatuto, si el Directorio procede a ejecutarlos, incurre en responsabilidad por los daños que se produzcan como consecuencia de ello, por cuanto estaría faltando a su deber de actuar como un diligente y leal representante de la sociedad" (BEAUMONT CALLIRGOS, Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica, Lima, 1988, 380).

<sup>2</sup> DI SABATO, *Manuale delle società*, Cuarta edición, UTET, Torino, 1992, p. 486-487. En este mismo sentido: MONTOYA MANFREDI, *Derecho Comercial*, Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 245.

<sup>3</sup> Dentro de éstos, MONTOYA MANFREDI, ejemplifica el hecho de negar a los socios el acceso a las juntas generales, privándoles el derecho a voto o negándoles el pago de los dividendos acordados (op. cit., p. 248).

<sup>4</sup> DI SABATO, op. cit., p. 493-494.

<sup>5</sup> Así lo sostiene, partiendo de la experiencia jurisprudencial italiana, S. CAVANNA, *L'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod. civ. negli anni 80/90 e dintorni*, NGCC, 2, año XI, Cedam, Padova, 1995, p. 119.

<sup>6</sup> S. CAVANNA, op. cit., 120.

<sup>7</sup> S. CAVANNA, op. cit., 122.

negligencia grave (artículo 190). Cabe responsabilidad solidaria con los miembros del Directorio, cuando el gerente participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la Junta General (artículo 191). Una persona jurídica puede ser gerente, siempre y cuando se nombre inmediatamente una persona natural que la represente (artículo 193).

## 2. ALGUNA REFLEXIÓN FRENTE AL DENOMINADO ABUSO DE PODER

Un aspecto que merece nuestra atención es el relativo a la situación en la cual un grupo de miembros de una persona jurídica (sea mayoría numérica o económica) ocasione daños, con su decisión, al grupo minoritario o a un integrante del mismo, individualmente considerado. Esta figura ha sido denominada en doctrina como abuso o exceso de poder. La jurisprudencia italiana ha considerado que una decisión tomada en asamblea general puede ser anulada, si se configura dicho abuso o exceso. Sin embargo, corresponde asumir la carga de la prueba, del abuso o del exceso, a quien impugna la decisión<sup>8</sup>.

Cierto sector de la doctrina italiana se muestra escéptico frente a la admisión del denominado abuso o exceso de poder, afirmando que "se necesita precisar que la construcción del exceso de poder surge de la restricción de la categoría del conflicto de intereses, en la exigencia de poner remedio a hipótesis en las cuales no está en cuestionamiento un conflicto entre el interés societario y el extra-societario de un socio, sino la deliberación adoptada por parte de algunos socios, únicamente con la finalidad de procurarse una posición de ventaja respecto a los otros socios"<sup>9</sup>. Como casos se propo-

nen la reducción del capital por pérdidas sobre la base de la subvaluación del patrimonio social, con el consiguiente aumento a una suma no justificada por las exigencias de la empresa, con pleno conocimiento de que los socios minoritarios no podrán o no querrán suscribir el aumento; la falta de distribución de las utilidades para influir en el valor de las acciones o en las decisiones de los socios minoritarios; exclusión del derecho de opción en caso del aumento de capital, únicamente para reducir la participación proporcional al capital de los socios antiguos<sup>10</sup>; entre otros.

No obstante ello, se sostiene que "en algunos casos es particularmente advertida la exigencia de poner remedio a los abusos de la mayoría en daño de la minoría. Pero en estos casos no queda más que centrarse en las obligaciones de buena fe y corrección en la ejecución de las relaciones contractuales"<sup>11</sup>. En nuestra opinión, independientemente de la referencia semántica que se utilice, nos encontramos frente a una situación que se encuentra inmersa dentro de la provincia de la responsabilidad civil.

Parecería, de la lectura del artículo 139 de la Ley General de Sociedades, que solamente podrían ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a dicha Ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que dichos acuerdos incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil. Sin embargo, ello no correspondería a una correcta interpretación sistemática de este dispositivo.

Creemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el soporte legal que le asistiría al integrante o

<sup>8</sup> Así, la Casación Civil, Sección I, del 05.05.95, No. 4923, establece que: "la deliberación de la disolución de una sociedad adoptada por los socios en las formas legales y con la mayoría prescritas para tal efecto, puede ser anulada, en defecto de las razones típicas previstas por los artículos 2377-2379 del Código Civil (italiano), por abuso o exceso de poder, en las hipótesis en las cuales resulte arbitraria y fraudulentamente organizada para conseguir, por parte de los socios de la mayoría, intereses divergentes a los intereses de la sociedad, o a la realización de finalidades lesivas para el participante individualmente considerado, mientras, más allá de tales hipótesis, queda precluida toda posibilidad de decisión jurisdiccional en orden a los motivos que han inducido a la mayoría de los socios a adoptar este tipo de deliberaciones. Sin embargo, en estas hipótesis, constituye precisa carga de quien impugna la deliberación demostrar, con idóneos medios de prueba, la subsistencia del abuso o del exceso de poder denunciado, para que pueda desplegarse la mencionada decisión del juez", en *L'abuso di potere da parte della maggioranza vizia la delibera*, en: *Le Società*, No. 12, 1995, 1548, con nota de IMBRENDA, quien afirma que "en el caso concreto, al igual que en numerosas sentencias precedentes, la sanción de los comportamientos abusivos ha quedado convertida en una mera afirmación de principio, desde el momento que, no habiendo sido ofrecida por los socios de la minoría la prueba del intento fraudulento o lesivo de la mayoría de excluirlos de la sociedad y de impedirles el ejercicio de derecho de recesso del cual son titulares, no ha sido declarado la anulación de la decisión" (cit., 1549).

<sup>9</sup> DI SABATO, op. cit., p. 462.

<sup>10</sup> DI SABATO, op. cit., p. 463, quien observa que en estos casos "no está en cuestión el interés social, dado que la empresa social podría incluso beneficiarse del incremento de los medios financieros: el contraste se refiere a los intereses que los socios tienen en la sociedad" (cit.).

<sup>11</sup> DI SABATO, op. cit., p. 464.

integrantes minoritarios, dañados con la decisión de la asamblea general afectada de abuso o exceso de poder de la mayoría, es el principio del abuso de derecho, amparado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Corresponderá a los perjudicados con la decisión abusiva demostrar que se configuran los elementos propios del abuso de derecho (actuación de mala fe, intención de dañar, si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho aquella que es dañosa para otros, si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca, entre otros<sup>12</sup>), para que se ampare su pretensión.

Es por ello que se sostiene -partiendo de la premisa de que el abuso de derecho no es únicamente una categoría conceptual, sino que debe estar acompañada "por una investigación que debe basarse en elementos de la vida social humana, porque, de otra manera, sería 'relativa' al sujeto que cumple el acto, a su comportamiento"<sup>13</sup> que si la mayoría hace prevalecer su interés "extra-societario" (vale decir, sin que corresponda al interés social) en menoscabo de la minoría, se evidencia una lesión injustificada que se encuentra dentro del campo del "abuso"<sup>14</sup>. Nótese que este supuesto es distinto del previsto por el artículo 139 de la nueva Ley General de Sociedades, por cuanto este último se refiere a una decisión que vaya en "contra de los intereses de la sociedad", sin tener en cuenta el legítimo interés de la minoría dañada.

Merece especial atención la posición de quien, redimensionando el concepto de legítimo interés, aborda este problema. Entendiéndose el legítimo interés como "situación de ventaja (sustancial e inactiva) que se ubica en el interior de una (verdade-

ra) relación jurídica estructurada en el sentido de la complementariedad y caracterizada, en el lado opuesto, por la presencia de situaciones activas (en el sentido de comportamiento) de libertad o de necesidad; pero siempre ejercidas de manera discrecional"<sup>15</sup>, se llega a la conclusión de que la actividad de la junta de accionistas y el interés social deben inevitablemente ir de manera coordinada, ya que las decisiones de la junta de accionistas (que están dentro de las situaciones activas de libertad) deben ser ejercidas de manera discrecional<sup>16</sup>, sin afectar el legítimo interés de las minorías.

En efecto, la decisión mayoritaria debe coincidir con el interés social y, si ello no es así, se lesiona además el interés de la minoría, es decir, la posición de ventaja (que no es un derecho subjetivo) inactiva (por cuanto carece de la posibilidad de la libre actuación antes de su lesión, o amenaza de lesión) de esta última (*rectius*, legítimo interés), queda expedito el derecho para actuar judicialmente, a efectos de la solicitar la protección jurídica correspondiente<sup>17</sup>.

Sea cual fuere la perspectiva, vale decir, desde la actividad de la decisión de la mayoría (abuso de derecho) o desde la situación jurídica de la cual es titular la minoría (legítimo interés), nos encontramos frente a un caso en el cual no podemos dejarnos llevar por la simple constatación de un criterio cuantitativo (mayoría versus minoría), sino ante un dato concreto y real de la experiencia social, que exige al operador jurídico interpretar finamente los instrumentos que otorga el Derecho para lograr una efectiva administración de justicia, concibiendo a la figura del abuso de derecho en su exacta dimensión: ser un remedio que es utilizado en vía excepcional, frente a una manifiesta injusticia, si se razona con un criterio exquisitamente legalista.

<sup>12</sup> Estos datos son proporcionados por BORDA, Manual de Derecho Civil, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 35.

<sup>13</sup> LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 23.

<sup>14</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 81.

<sup>15</sup> BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato (voz)*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, UTET, Torino, 1993, p. 549.

<sup>16</sup> BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 560.

<sup>17</sup> De acuerdo a lo establecido por el artículo VI de Título Preliminar del Código Civil Peruano.