

El régimen de responsabilidad de los Directores de la Sociedad Anónima y los Indemnity Agreements

Amelia Foiguel Borci

En el presente trabajo abordaremos el régimen de responsabilidad de los directores de la Sociedad Anónima establecido por la LSC N° 19.550 y la eficacia de los indemnity agreements a los fines de la exoneración de su responsabilidad por su actuación en ese carácter.

1. Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en la LSC [\[arriba\]](#)

La LSC ha delineado un riguroso mecanismo de responsabilidad para los administradores de las sociedades anónimas sobre la base del estándar del buen hombre de negocios, previsto en el art. 59 de la LSC, que la doctrina ha concretado en los deberes de lealtad y diligencia.

El art. 274 de la LSC sanciona a los directores y les atribuye responsabilidad solidaria e ilimitada hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo, por la violación de la ley, estatuto o reglamento y cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, salvo los supuestos de exoneración de responsabilidad previstos en el segundo y tercer párrafo del mismo artículo.

Es por ello, que la LSC en su art. 256 exige que los directores presten una garantía para responder en caso de su mal desempeño, aunque en la práctica, tal como sostiene la doctrina mayoritaria, esa garantía, que en general no se exige, es inútil y prescindible[1].

Esta rigurosidad encuentra su explicación en el alto valor que la ley le otorga a la seguridad del tráfico mercantil y a la defensa de la sociedad, los accionistas y los terceros. En este sentido, se ha sostenido que "... en el ámbito mercantil, por el estándar de conducta que le impone el artículo 59 de la ley 19550, el administrador es un verdadero profesional que custodia bienes e intereses ajenos y por ende su deber de obrar con la mayor prudencia y diligencia permitirá analizar su culpa como grave cuando en casos que al hombre común sólo se le reprocharía una simple omisión o una culpa más que leve"[2].

Pese a que actualmente existe alguna tendencia hacia la atribución objetiva de responsabilidad (en virtud de la relevancia de la actuación de los administradores como representantes de la sociedad[3]), la LSC exige un factor de atribución subjetivo, es decir, la presencia de una conducta culposa o dolosa como causa del daño (cfr. arts. 512, 901, 902, 906 y cctes. Código Civil).

Halperín reafirmó la importancia del factor subjetivo de atribución de responsabilidad al sostener que " La responsabilidad objetiva impondría responsabilizar al director en todos los casos en que la sociedad sufra algún perjuicio en razón de la administración, lo que no sólo llevaría a que las personas capaces y responsables no aceptaran desempeñarse como directores, sino a que éstas garantizaran el buen resultado de los negocios"[4].

Para la justa interpretación del factor subjetivo debe tenerse en cuenta que "... el concepto de culpa grave contenido en el art. 274 debe ser apreciado a la luz del artículo 902 del Código Civil, verdadera fuente del art. 59 de la LSC, teniendo como fundamento la nota al

artículo 512 del Código Civil que confía en el juzgador la adecuada valoración de la culpa en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de modo tiempo y lugar y la profesionalidad de la persona quien ejecuta el acto"[5].

En cuanto al tipo de responsabilidad que origina el incumplimiento de los deberes de los administradores, calificada doctrina en la materia sostuvo que "... el mal desempeño del cargo o la violación de la ley o de los estatutos en cuanto se refiera a cuestiones societarias específicamente, origina, frente a los socios, una responsabilidad contractual. En cambio, la violación genérica de la ley o los daños producidos por dolo, abuso de facultades o culpa grave y, en general, cualquier responsabilidad que cupiere frente a terceros, es siempre de tipo delictual o cuasidelictual"[6].

El art. 266 de la LSC establece que el ejercicio del cargo de director "es personal e indelegable". La doctrina se ha referido a esta nota distintiva recurriendo para la imputación de la responsabilidad a la "culpa in vigilando", es decir, extiende el deber de diligencia a una prudente vigilancia sobre las conductas ajenas. En ese caso, el director será responsable aunque no haya ejecutado él la conducta dañosa, salvo las excepciones del art. 274, 2º y 3º párrafo.

Por último, la función de los directores es de medios y no de resultados. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia así lo han considerado: "...la actuación de los directores subsume una obligación de medios y no de resultados, comprometiéndose los administradores a cumplir con la conducta adecuada para que la sociedad obtenga ganancias, pero sin garantizarlas"[7].

En fin, el fundamento último de la teoría de la responsabilidad descansa en el principio de derecho natural *neminem laedere* de rango constitucional[8].

II. Tendencia actual hacia la indemnidad patrimonial [\[arriba\]](#)

Ahora bien, en los últimos años se ha venido consolidando la tendencia por parte de las sociedades de brindar a sus administradores "indemnidad patrimonial", al reconocer la dicotomía que se da entre la ley y la realidad de las sociedades comerciales.

Por una parte, muchas veces quienes están designados e inscriptos como "directores societarios" no son quienes efectivamente llevan adelante la administración de la sociedad, y por tanto, el desconocimiento sobre los asuntos corporativos los deja expuestos y sin posibilidad de ampararse en los mecanismos de limitación o exoneración de responsabilidad previstos en la LSC (2do. y 3er. párrafos del art. 274).

Por la otra, los grupos de sociedades también plantean dificultades en este sentido.

Éstos se caracterizan por presentar una pluralidad de entes, todos sujetos a una dirección unificada y orientadas a la explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no[9]. Como consecuencia de esa dirección unificada, en general, la libertad de decisión de los directores de las sociedades controladas se ve mermada y éstas son quienes sufren perjuicios por decisiones dañosas tomadas en beneficio del "interés grupal".

Al respecto, la doctrina ha sostenido "Aunque los directores de empresas "de grupo" se sientan unidos por vínculos personales con los "controlantes" de éste, y ello les plantee un doble orden de lealtades (...) dado que los deberes de lealtad y diligencia impuestos hacia cada sociedad que administren no quedan derogados, neutralizados ni siquiera morigerados, deberán ceñir su cometido a la normativa legal y estatutaria que rige su desempeño. Como alguien dijo, "la lealtad al grupo o a la sociedad holding carece de significación jurídica en nuestro sistema societario"[10].

Cabe entonces preguntarnos ¿qué defensas tienen los directores si no conocen el manejo interno de la sociedad y son otros quienes toman las decisiones? ¿Qué defensas tendrían los directores de las controladas si les fuera imputable la responsabilidad por conductas dañosas para la sociedad que administran, cuando las hubieran realizado en cumplimiento de órdenes emanadas de la sociedad controlante?

Estas situaciones han llevado, en la práctica, a que las sociedades otorguen a los directores garantías de exoneración de responsabilidad por los hechos dañosos que pudieran producirse. Entre esas garantías pueden encontrarse, por un lado, los seguros de responsabilidad, y por otro, los indemnity agreements.

Respecto de los primeros, en los Estados Unidos ha proliferado los últimos años el uso de los seguros denominados D&O ("Directors & Officers Liability") para mantener indemnes a los administradores de las acciones de responsabilidad de terceros.

Dada la complejidad de los negocios y los peligros que traen aparejados dichos cargos, las sociedades toman estos seguros para "tentar" a los profesionales a asumir como administradores, garantizando la transferencia del riesgo a la misma sociedad y reforzando, a su vez, las políticas del Corporate Governance hacia una mayor transparencia y legalidad en el manejo de los negocios corporativos.

Estas pólizas empezaron a utilizarse en Argentina aproximadamente diez años, luego de las privatizaciones y las compañías extranjeras que invirtieron en el país. Su contratación también fue requisito para aquellas empresas locales que comenzaron a cotizar sus valores en la Bolsa de Nueva York, ya que la ley bursátil estadounidense prevé que las compañías que ponen valores en circulación pueden ser demandadas en los Estados Unidos. El primer caso de contratación de pólizas D&O en el país se realizó cuando YPF fue privatizada[11].

Si bien las pólizas de seguros de responsabilidad de directores suelen tener una prima alta, lo que hace que no cualquier tipo de empresa pueda acceder a ellas, éstas otorgan a los directores una protección más efectiva, ya que el reclamo (siempre que no medie alguna de las causales limitativas de la cobertura del seguro, tales como el dolo), es satisfecho por la compañía aseguradora y no afecta el patrimonio del administrador.

III. ¿Qué son los indemnity agreements? [\[arriba\]](#)

Los Dres. Favier Dubois definieron a las cláusulas de indemnidad[12] como obligaciones de origen contractual (art. 1197 Cód. Civ.), adquiridas por las partes, que pueden (o no) incluirse en el marco de relaciones contractuales mayores, por las cuales una de las partes (el "otorgante") asume ante la otra parte (el "beneficiario") el deber de mantenerlo indemne frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el

contrato[13]. Estas son frecuentemente incluidas en los acuerdos comerciales, por cuanto resultan convenientes para acotar los riesgos asumidos.

A su vez, definieron a la indemnidad como "la seguridad que da una parte a otra de que no sufrirá daño o perjuicio por la observancia de determinada conducta pasada o futura [...]", y la distinguieron de la indemnización o del reembolso explicando que con la indemnidad "...lo que se persigue es que el otorgante satisfaga el reclamo del tercero antes que éste impacte en el patrimonio del beneficiario, único modo de mantenerlo verdaderamente 'indemne'". En cambio, en los restantes, se busca compensar una pérdida o daño luego de producido"[14].

Los autores resaltan que el verdadero objetivo de estas cláusulas es mantener intacto el patrimonio del director beneficiado, para lo cual la sociedad debe anticiparse y responder en su lugar ante cualquier reclamo que pudiera presentársele.

Para determinar la validez de la indemnidad (ya sea por actos realizados por culpa o dolo del beneficiario) resulta fundamental determinar el momento de otorgamiento de la misma.

Si la indemnidad se concede al comenzar la relación y la dispensa se dirige a los actos futuros del director beneficiado, los autores sostienen que "... no podrá ser dispensado el dolo por aplicación de la regla del art. 507 del Código Civil". Con relación a la culpa, los autores sostienen que podría ser dispensada sólo si se tratase de funciones cuyo ejercicio no estuviera regulado imperativamente, como es nuestro caso.

"En cambio, si la indemnidad se concede hacia el pasado, al finalizar la relación, en el marco de una transacción, no se aprecian objeciones para que cubra el dolo ya producido, incluyendo las consecuencias patrimoniales de sanciones penales o administrativas, en tanto se trata de materia disponible entre las partes y en la medida en que ello no evidencie un vicio en la voluntad del otorgante por injustas presiones del beneficiario o implique en el caso violar el art. 953 del Código Civil". A su vez, resaltan que la indemnidad es válida siempre que no medien situaciones de incumplimiento por parte del director beneficiado de las instrucciones del "otorgante", culpa grave o dolo del "beneficiario".

Sin embargo, no sería válida la transacción a futuro por daños que deriven de violación a las normas por parte de los directores porque la LSC expresamente niega esta posibilidad en el art. 275.

En efecto, el art. 275 de la LSC prevé que la Asamblea puede extinguir tal responsabilidad (por aprobación de la gestión, renuncia expresa o transacción), siempre que no mediara una violación de la ley, estatuto o reglamento, ni existiera oposición de al menos 5% del capital social.

De todos modos y dado que los acuerdos de indemnidad no son oponibles a terceros y que los accionistas y terceros conservan siempre la acción individual que prevé el art. 279 LSC, entendemos que el director no tendría la certeza absoluta de la indemnidad incondicionada aunque tuviera un amplio acuerdo de indemnidad a su favor.

Entonces ¿tiene alguna eficacia la celebración de un acuerdo de estas características entre la sociedad anónima y su director?

Creemos que sí y por ello no compartimos, en parte, la tesis arriba expuesta. Su aplicación llana restringe la celebración de los Indemnity Agreements exclusivamente sobre conductas del pasado y no permite dispensar la responsabilidad de los directores al comienzo de la relación y respecto de conductas hacia el futuro, que es lo que se hace en la práctica.

IV. Jurisprudencia [\[arriba\]](#)

Recientemente ha habido un caso jurisprudencial que ha marcado una clara posición receptiva respecto de estos acuerdos celebrados al iniciar la relación.

En los autos "De Gainza, Máximo E. v. Reynal, Esteban y Otros" la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial[15] confirmó la sentencia de primera instancia y defendió el cumplimiento de un acuerdo de indemnidad.

Sintéticamente, los hechos que motivan el caso son los siguientes: en el marco de la compraventa del paquete accionario de La Prensa S.A., Greenwich Investments S.A., demandada en autos, se había comprometido a que La Prensa S.A. (sociedad controlada por ella) asumiera cualquier responsabilidad patrimonial emergente de eventuales condenas que pudieran dictarse contra el Máximo De Gainza, por su calidad de director del diario La Prensa.

En el caso, si bien la sociedad demandada asumió una obligación por otro (La Prensa S.A.) la Cámara entendió que el espíritu de la disposición contractual era que Greenwich Investments S.A. se comprometía a que La Prensa respondiera de las eventuales condenas contra De Gainza, garantizándole inmunidad patrimonial. Y, por aplicación de los art. 230 y 231 del Código de Comercio[16], consideró que Greenwich (única accionista del diario en ese momento) tomaba a su cargo la realización de los actos societarios necesarios para que su controlada cumpliera con el compromiso asumido a favor de De Gainza.

El tribunal defendió el cumplimiento del acuerdo de indemnidad que se había celebrado en favor del actor y ordenó la reparación de los daños patrimoniales que, con posterioridad al acuerdo, había sufrido por su calidad de director.

Entendemos que la doctrina expuesta en este fallo confirma la tesis que sostenemos en el último párrafo del punto 3 de este trabajo, ya que el tribunal avaló la posibilidad de celebrar acuerdos de indemnidad sobre conductas a futuro.

V. Conclusión [\[arriba\]](#)

Como hemos expuesto, la LSC nos pone frente a un fuerte sistema de responsabilidad de los administradores de las SA, que hace las veces de garantía para los terceros y los mismos accionistas ante el mal desempeño de los directores en sus funciones propias de administración y representación.

Frente a esa rigurosidad y dada la realidad societaria actual, los indemnity agreements pueden resultar útiles para repeler reclamos de la sociedad siempre que no medie violación

de ley, estatuto o reglamento (y en ese sentido son acuerdos de indemnidad), pero no lo son para frenar acciones impetradas por accionistas y/o terceros al no serles oponible el acuerdo. En ese caso, sólo otorgarán la posterior reparación del reclamo que ya sufrieron.

Como sostienen los Dres. Favier Dubois, frente a terceros estos acuerdos sólo mantienen la indemnidad (la seguridad de que no sufrirá daño o perjuicio) si la sociedad sale al paso para satisfacer el reclamo antes de que le fuera exigido al director. De lo contrario todo lo que otorgan es la posibilidad de la posterior repetición (indemnización o reembolso).

En este sentido, entendemos que si bien los seguros D&O implican mayores costos para la sociedad (las pólizas suelen tener una prima elevada) otorgan al director una legítima indemnidad y una mejor protección que los indemnity agreements, ya que permiten al director citar en garantía a la compañía aseguradora y evitar la ejecución en su propio patrimonio.

De todos modos, y aunque más limitados en su protección que los seguros, los acuerdos de indemnidad resultan útiles y asequibles, en cuanto a su costo, a todo tipo de estructura corporativa para garantizar -directa o indirectamente- la incolumidad del patrimonio de los directores.

[1] Martorell, Ernesto E. "Los Directores de Sociedades Anónimas". Depalma. Buenos . Mascheroni, Fernando . "Sociedades Anónimas". Editorial Universidad. Buenos Aires. 1987. p. 30

[2] Boquín, Gabriela "La responsabilidad de administradores y socios frente a terceros". Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE). Tomo XXII, página 1113. Octubre 2010.

[3] Ton, Walter Rubén. "Responsabilidad del director de la sociedad anónima por el acto notoriamente extraño al objeto social". disponible en www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/ sociedades al 15/10/12. ": "...consideramos que la responsabilidad del presidente del directorio debe ser objetiva y debe pesar sobre él la carga de la prueba para eliminar la misma"

[4] Halperin Isaac - Otaegui, Julio C, "Sociedades anónimas" . Depalma. Buenos Aires. 2006

[5] Ibídem.

[6] ZALDÍVAR, E.; MANOVIL, R.; ROVIRA, A.; RAGAZZI, G.; SAN MILLAN, C. "Cuadernos de Derecho Societario". Vol. III, Sociedades por acciones, Segunda Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. pág. 655.

[7] "López Mabel c/ Hapes Farid y otro s/ ordinario", Sala E, CNCom.

[8] Boquín, Gabriela. Op. cit.

[9] Favier Dubois, Eduardo M. (p) - Favier Dubois, Eduardo M. (h). "El grupo de sociedades. Panorama societario y concursal". Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE). T XXI, pag. 501. Mayo 2009.

[10] Martorell, op.cit.

[11] El Cronista digital. disponible al 15/10/12.

[12] Si bien en el trabajo se refirieron a las cláusulas de indemnidad, los conceptos allí desarrollados resultan aplicables al tema.

[13] Favier Dubois, Eduardo M. (p) - Favier Dubois, Eduardo M. (h). op.cit.

[14] *Ibíd.*

[15] Fallo "De Gainza, Máximo E. v. Reynal, Esteban y Otros". Sala E. CNCom. 11/08/2009.

[16] El fallo dice expresamente "El Código de Comercio dispone que el comerciante que promete el hecho de un tercero se obliga a ejecutarlo personalmente o a pagar la indemnización correspondiente, si el tercero no verifica el hecho o acto prometido (art. 230) y que si tal promesa consistiera en una obligación de dar, debe el promitente, en todos los casos, dar lo prometido, sin que se admita indemnización, a no ser que la dación se hubiese hecho imposible (art. 231)".