

CLAUDIA VALLARINO BERRETTA

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-6163-4529>

cvallarino@vera.com.uy

Recibido: 08/10/2024 - Aceptado: 21/11/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Vallarino Berretta, C. (2024). Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e467. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.7>

Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la Ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales

1

Resumen: Este artículo se centra en las principales modificaciones que sufrirá el régimen de responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades comerciales de aprobarse el Proyecto que modifica la Ley No. 16.060. Principalmente en aquellos tópicos que desde su sanción no ha habido consenso en la doctrina y que el proyecto de ley define. El criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad, la incorporación de la figura administrador de hecho, de la acción individual de responsabilidad y, la más disruptiva de las soluciones que es la incorporación de la “Business Judgement Rule” como la regla que los jueces deben adoptar para juzgar la conducta de aquéllos.

Palabras clave: administradores; responsabilidad; reforma; Ley 16.060

Main amendments to the draft bill amending law No. 16.060 regarding the liability of business companies administrators

Abstract: This article focuses on the main changes that the liability regime of administrators and directors of business companies will undergo if the Bill amending Law No. 16,060, is passed. It mainly focuses on those topics on which there has been no consensus among academic scholars since its enactment, and that the Draft Bill defines. The subjective criterion of imputation of liability, the incorporation of the *de facto* administrator, the individual action of liability and, the most disruptive change which is the incorporation of the “Business Judgement Rule” as the rule that the judges must adopt to judge the administrators’ conduct.

Key words: administrators, liability, reform, Law No. 16.060.

2

Principais modificações no projeto de lei de reforma da Ley 16.060 relativas à responsabilidade dos administradores de empresas comerciais

Resumo: Este artigo enfoca as principais modificações que sofrerá o regime de responsabilidade dos administradores e diretores de sociedades comerciais caso seja aprovado o Projeto que altera a Lei No. 16.060. Principalmente naqueles temas desde a sua promulgação não ha consenso na doutrina e que o projeto de lei define. O critério subjetivo de imputação de responsabilidade, a incorporação da figura do administrador de fato, da ação individual de responsabilidade e, a mais perturbadora das soluções, que é a da “Business Judgment Rule” como regra que os juízes devem adotar para julgar seu comportamento.

Palabras-chave: administradores; responsabilidade; reforma; lei 16.060

1. Introducción

El 22 de junio de 2021, los Profesores Dres. Alicia Ferrer, Alejandro Miller y Ricardo Olivera García presentaron al Presidente de la República y a la Ministra de Economía y Finanzas, un Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, no. 16.060, del 4 de septiembre de 1989 (en adelante, LSC) en el que realizan un parcial pero importante ajuste al régimen societario actual.

Como surge de la Exposición de Motivos que acompañó al Anteproyecto, su objetivo es mejorar y modernizar nuestro sistema societario, aumentando su eficiencia y adaptándolo mejor a la realidad y a los operadores nacionales. En este sentido se expresa que se considera necesario simplificar su funcionamiento, reducir sus costos de transacción y crear mecanismos que permitan reducir la conflictividad societaria.

El 31 de mayo del 2022, los Senadores Lilian Kechichian, Carmen Sanguinetti, Carlos Camy y Raúl Lozano presentaron a la Presidenta de la Cámara de Senadores el Anteproyecto de Ley.

El 29 de junio del 2022 adquirió la condición de proyecto de ley (en adelante, el Proyecto)¹.

Entre las normas que pretende modificar el Proyecto se encuentran las que regulan la responsabilidad de los administradores, directores y representantes de todos los tipos de sociedades comerciales, excepto la sociedad por acciones simplificadas.

Según las palabras de los autores del Proyecto, proponen “la consolidación de las interpretaciones mayoritarias de la doctrina y la más moderna regulación societaria establecida por la Ley n° 19.820 para las S.A.S. (Sociedades por Acciones Simplificada)”.

Las principales modificaciones que introdujeron Ferrer, Miller y Olivera García en la materia consisten en las siguientes.

En primer lugar, se reordenan las disposiciones estableciendo un solo y único régimen de responsabilidad para los administradores de los diferentes tipos sociales.

En segundo lugar, se extiende expresamente el régimen de responsabilidad tanto al administrador de derecho como al administrador de hecho.

En tercer lugar, se aclara el concepto individual y subjetivo de la responsabilidad y la exigencia de dolo y la culpa grave como factores atributivos de responsabilidad, descartándose la responsabilidad de tipo objetivo. Expresan su voluntad de desestimar la existencia de una responsabilidad de garantía basada únicamente en el resultado dañoso.

En cuarto lugar, se dispone expresamente que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión. Adoptan la Business Judgement Rule o regla de buen juicio empresarial, surgida en el derecho anglosajón y hoy extendida al derecho continental, con el objetivo de incentivar la eficiencia y evitar la aversión a la toma de decisiones por parte de los administradores.

1 Recuperado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/documentos-comision/senadores/49/1026/0/CON>

En quinto lugar, regulan especialmente la responsabilidad de los administradores de las sociedades integrantes de un grupo societario por las decisiones tomadas siguiendo el interés grupal. Aspecto que no será abordado en el presente trabajo.

En sexto lugar, introducen expresamente la acción individual de responsabilidad que se puede iniciar por socios o terceros por los daños causados por los administradores y representantes en forma directa a sus respectivos patrimonios. Separan este concepto de la acción social de responsabilidad que, aunque sea promovida por los mismos legitimados, tiene por finalidad la reparación de los daños producidos al patrimonio social.

Una vez listadas las principales modificaciones que introduce el Proyecto en materia de responsabilidad de los administradores, directores y representantes de las sociedades comerciales, pasaremos a desarrollarlas.

2. Un solo y único régimen de responsabilidad de los administradores y directores para todos los tipos sociales

El Proyecto reordena las disposiciones sobre responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades comerciales estableciendo un solo y único régimen de responsabilidad para los diferentes tipos sociales.

A tales efectos, se unifican en el artículo 83 de la LSC las normas sobre la responsabilidad de los administradores en la parte general de la ley y la especial destinada a las sociedades anónimas ya que los proyectistas entienden que no existe fundamento alguno para distinguir la responsabilidad de los administradores en los diversos tipos sociales.

Se incorporan a dicho artículo el 83 bis (Extinción de la responsabilidad), el 83 ter (Acción social de responsabilidad) y el 83 quater (Acción individual de responsabilidad).

3. Se extiende el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los administradores de hecho

El Proyecto de Ley, con carácter general para todos los tipos sociales extiende el mismo régimen de responsabilidad del administrador de derecho al administrador de hecho.

La doctrina de nuestro país suele citar como antecedente del reconocimiento de la figura al artículo 28 de la LSC. Éste determina quienes deben responder (solidariamente) por el pasivo social y los perjuicios ocasionados por una nulidad insubsanable, señalando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho que identifica como “*quienes actúen como tales en la gestión social*”. También citan como antecedente al inciso 4º del artículo 39 del Decreto no. 404/2007², del 29 de octubre del 2007, reglamentario de la

2 “Serán responsables de la omisión de solicitar autorización al Órgano de Aplicación los administradores, directores y representantes de hecho o de derecho de los participantes, estén o no inscriptos en la Dirección General de Registros en cumplimiento del artículo 86 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en la redacción dada por el artículo 13 de la Ley N° 17.904 de 7 de octubre de 2005, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley que se reglamenta” inciso 4º del artículo 39 del Decreto 404/2007.

Ley no. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia, del 10 de julio del 2007. El referido artículo indica quienes serán responsables ante el órgano de aplicación por la omisión de notificar actos de concentración económica: los administradores, directores y representantes de derecho y los de hecho, aunque sin definirlos.

El literal B) del numeral 2) del artículo 112 y el artículo 201 de la Ley no. 18.387, del 23 de octubre del 2008, de Concursos y Reorganización Empresarial (en adelante, LCRE) indican, sin lugar a dudas, que la figura del administrador de hecho ha sido incorporada a nuestra legislación.

El literal B) del numeral 2) del artículo 112 de la LCRE, individualiza a las personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, identificando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho o a quienes lo hubieran sido en los dos años previos a la declaración del concurso. Por su parte, el artículo 201 de la LCRE establece el contenido de la sentencia que resuelve el incidente de calificación del concurso de la persona jurídica como culpable, volviendo a mencionar al administrador de hecho. Esta sentencia establecerá la inhabilitación de los administradores, aun de hecho, de la persona jurídica deudora para administrar los bienes propios o ajenos y representar a cualquier persona por un período de cinco a veinte años. Además, la sentencia de calificación podrá contener la condena a los administradores, de derecho o de hecho, a la cobertura de todo o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

También se ha entendido que cuando el artículo 82 de la Ley de Mercado de Valores, n° 18.627, del 2 de diciembre del 2009, (en adelante LMV), cuando regula al gobierno corporativo se está refiriendo a los administradores de hecho al imputar la misma responsabilidad de los que han sido designados como directores a aquellas personas físicas o jurídicas bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar aquéllos.

Finalmente, la Ley de Sociedades por Acciones Simplificada, n° 19.820, del 18 de septiembre de 2019 (en adelante LSAS), introduce para este tipo societario la figura del administrador de hecho y lo define. En efecto, el artículo 31 del citado cuerpo legal define al administrador de hecho como “las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes legales de la sociedad actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. La norma puntualiza que serán administradores de hecho quienes realicen de forma permanente una actividad positiva de gestión o dirección de la sociedad. Luego de definir a la figura, le asigna la misma responsabilidad que los administradores y representantes legales de derecho.

Salvo por el art. 31 de la LSAS, la figura del administrador de hecho no fue definida por ninguna otra disposición legal (*omnis definitio in iure periculosa est*) por lo que a la hora de aplicar el derecho se integra con los conceptos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Dentro de nuestra doctrina vernácula varios son los autores que han conceptualizado y ejemplificado al administrador de hecho. Entre otros se destacan los trabajos de Pérez Idiartegaray (2004), Miller (2005), Blengio (2006), Olivera García (2006, 2015, 2019), López Rodríguez (2016, 2018, 2022), Bellocq (2019) y Scaianschi (2021).

Sin pretender agotar el elenco de las definiciones que se han vertido en la doctrina, que no es el objetivo de este trabajo, citaremos alguna de ellas para contextualizar el Proyecto.

Blengio (2006, p. 552) ha definido al administrador de hecho aparente como “*un sujeto que ejercita efectivamente la administración, sin que esté investido (ni por consiguiente legitimado) para hacerlo de acuerdo a las exigencias legales y estatutarias*”. Tomando en consideración la doctrina, nacional y extranjera, el autor señala los elementos que estructuran la figura: a) el efectivo desempeño de la gestión o administración social; b) la continuidad del ejercicio efectivo de la función³; c) el ejercicio autónomo y no subordinado a un órgano de administración social, y, d) el acatamiento por la sociedad de las directivas del administrador de facto. En el caso del administrador aparente, lo que singulariza la figura es la apariencia.

La casuística dentro de la categoría de administrador de hecho aparente incluye a quienes a pesar de que venció el plazo para el que fueron designados continúan desempeñándose como tales, a aquellos que fueron elegidos en una asamblea que luego se declaró nula por defecto en su convocatoria o por falta de quórum de asistencia o de votación o que existe alguna incompatibilidad o inhabilitación para su designación, etc. Todos tienen en común que se presentan y se desempeñan como administradores a la vista de los terceros, a pesar de que no han sido formalmente designados.

Blengio (2006, p. 558) también describió al administrador de hecho oculto (*shadow director*) como aquél que no aparece ante los ojos de los terceros como administrador pero que en los hechos actúa como tal, el que imparte directivas y órdenes al administrador de derecho, quien las acata y es la herramienta para ejecutar sus designios. Miller (2005, pp. 53 - 55) también se refiere a ellos como aquél que actúa en la sombra, influyendo o condicionando directa y regularmente la decisión del director o directores de derecho pero sin ejercer un contralor societario.

En el caso de los administradores de hecho ocultos la casuística indica que son tales los que se presentan frente a los terceros como apoderados, directores generales, gerentes o profesionales al servicio de la sociedad pero que en los hechos conducen la gestión social en forma continuada y sistemática⁴.

Además de las figuras del administrador de hecho aparente y el oculto, López Rodríguez (2022, pp. 427) incorpora una tercera categoría que la denomina “administrador indirecto”. Sería aquél que no exterioriza formalmente su condición de tal sino que indirectamente ejerce una influencia determinante en la gestión de la sociedad. El autor incorpora dentro de esta categoría a la entidad dominante de un grupo, generalmente la sociedad matriz, cuando interviene en la gestión social del resto de sus integrantes de

3 PÉREZ IDIARTEGARAY (2004, p.117) entiende que la injerencia o influencia puede darse en casos singulares y aún estaríamos en presencia de un administrador de hecho. La sentencia No. 226/2023 del 15/11/2023 (I.U.E. 40-56/2019) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno, se pronunció en sentido contrario “Es decir, para poder atribuirle a la Sra. CC la calidad de administradora de hecho, no basta con entender que se acreditó la adopción de alguna decisión puntual, sino que es necesaria la prueba de que participó en forma efectiva en la gestión de la sociedad en forma continuada, regular, y no esporádica y aislada”.

4 Casuística que se dio en la sentencia no. SEI 0005-000145/2013 del 20/11/2013 (I.U.E. 41-50/2011) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 turno, en la que el Contador de la empresa que en el proceso declaró que concurría todas las mañanas a la empresa concursada encargándose de los asuntos financieros, administrativos, del personal y generales. También afirmó haber tratado con el personal, los proveedores y clientes, haber supervisado el departamento administrativo de la empresa, realizar el flujo de fondos coordinando con el departamento de producción y la oficina de presupuestación y planificando con el director de la empresa los pasos a seguir. También la vemos reflejada en la sentencia no. 78/2020 del 16/7/2020 (I.U.E. 40-82/2019) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno, en sentencia la persona que ocupaba en apariencia el cargo de Gerente fue calificado por el Tribunal como administrador de hecho al realizar todas las tareas relativas a los negocios de exportación de la concursada, viajaba al exterior en su representación, era el responsable de las operaciones y de sus cobranzas y administraba los recursos financieros del exterior con el consentimiento de todos los socios.

forma duradera y estable y su influencia puede ser calificada como decisiva. Siguiendo con su casuística, el autor menciona al socio de la sociedad unipersonal que reviste la calidad de administrador y lleva a cabo la gestión social. También al Estado o las Administraciones públicas cuando imparten órdenes relativas a la actividad social en aquellas sociedades en las que participan como socio mayoritario o único, en tanto accionista de control. Por último, López Rodríguez señala que serían administradoras de hecho las sociedades especializadas en la prestación de servicios de asistencia técnica o management respecto de las sociedades que les delegaron las funciones de administración o el principal en los contratos de distribución en los que interfiere de forma irresistible sobre su distribuidor.

Nuestra jurisprudencia reconoció la existencia de los administradores de hecho en materia concursal y para aplicar el derecho lo integró con los conceptos vertidos en la doctrina más recibida. Sin perjuicio, no elaboró un único concepto del administrador de hecho sino que de las sentencias ha indicado sus características: realización de tareas de gestión y ejercicio del poder de dirección, en forma permanente y estable, con influencia decisiva.

A pesar de los diferentes pasos legislativos que se han ido dando en aras de su reconocimiento, faltaba su incorporación a la LSC para que la figura fuera reconocida no solo en las sociedades por acciones simplificada sino también en el resto de los tipos sociales.

El Proyecto de Ley, en la que pasaría a ser la redacción del artículo 83, incorpora la figura del administrador de hecho en los siguientes términos: “Las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes de la sociedad, actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. La norma hace extensible el régimen de responsabilidad de los administradores y representantes de derecho a los administradores de hecho.

Como es dable advertir, el texto proyectado no innova respecto de la solución del artículo 31 de la LSAS. Reitera el concepto de que el administrador de hecho es aquél que realiza en forma estable y permanente una actividad positiva de gestión, administración y dirección. La norma proyectada al adoptar el mismo concepto y extender el régimen de responsabilidad de los administradores y representantes de derecho le da homogeneidad a ambos textos normativos.

4. La responsabilidad de los administradores y directores continúa siendo personal.

Los autores del Proyecto han indicado el carácter personal y subjetivo de la responsabilidad que asumen el o los integrantes del órgano de administración de una sociedad comercial.

En primer lugar, la norma deja claro que la responsabilidad de los administradores o directores, sea un órgano individual, colectivo o colegiado, es personal. Cada uno responde por los daños que ocasione su actuación personal. Aún cuando el órgano sea colectivo o colegiado, cada uno de sus integrantes responderán por el papel que cada uno de ellos haya tenido en el acto que ocasionó perjuicios a la sociedad.

En esta línea de pensamiento la redacción del inciso 2° del art. 83 del texto proyectado dice: “Los administradores y representantes de la sociedad serán personalmente responsables frente a la sociedad...”. Y ese concepto se ve reforzado en el inciso 4° “En ningún caso los administradores o el representante legal serán responsables por perjuicios a la sociedad que no respondan a su actuación personal en el hecho o acto dañoso o que no hubieran causado”.

No obstante, en el caso de que el órgano sea colectivo o colegiado, la responsabilidad será solidaria entre aquellos miembros que hayan actuado personalmente en la producción del daño. La redacción del proyecto del art. 83 mantiene la posibilidad de eximirse de responsabilidad en los casos que hoy están previstos en el artículo 391:

cuando no hubieran votado la resolución y hubieran dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma al órgano de control interno si existiere y, en caso contrario, a los socios o accionistas dentro de un plazo no mayor a diez días, contados a partir de la reunión en que se adoptara la resolución o de la fecha en que se hubiera tomado conocimiento de ella.

Al igual que el texto vigente para los directores de las sociedades anónimas, el texto proyectado consigna que la abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad.

8

5. Los hechos ilícitos generadores de responsabilidad de los administradores y directores.

El artículo 83 de la LSC en su redacción actual establece el estándar de conducta que deben cumplir las personas que integran el órgano de administración y representación: deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Y, en el caso de que incumplan los deberes fiduciarios del cargo y al hacerlo ocasionen daños y perjuicios a la sociedad, deberán hacerse responsables.

Por su parte, el artículo 391 de la LSC incluye como hechos ilícitos la violación a la ley, el estatuto o el reglamento, el mal desempeño del cargo según el criterio del art. 83 y el abuso de sus facultades.

Y, la LSAS indica en su artículo 31 que la responsabilidad se produce por violación de las normas legales y estatutarias y la violación de los deberes fiduciarios de lealtad y diligencia.

El texto proyectado expresa en el inciso 1° del art. 83 que:

Los administradores y representantes de la sociedad tienen el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deberán hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés con independencia del origen de su designación.

Los administradores y representantes de la sociedad serán personalmente responsables frente a la sociedad por todas las violaciones que, con dolo o culpa grave, hubieran cometido a las normas de la ley, el estatuto o el reglamento, o a sus deberes de lealtad y diligencia, y que hayan causado un perjuicio al patrimonio social.

De su lectura podemos afirmar que los proyectistas no han innovado respecto al estándar de conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales y al identificar los hechos ilícitos que de ser cometidos conllevarán su responsabilidad.

5.1.-La violación de la ley, el estatuto o el reglamento

Se reitera como hecho ilícito la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, lo que permite dar al concepto de ley una interpretación amplia como hasta el momento (Miller, 1993, p. 196; Lapique, 2020, p. 260; Poziomek y Alfaro, 2020, p. 257; Vallarino, 2020, p. 284).

5.2. El incumplimiento del deber de lealtad como hecho ilícito

El deber de obrar con lealtad es un estándar de conducta presente en los actuales artículos 83 y 391 de la LSC y en el art. 31 de la LSAS y que se propone mantener en la redacción del proyecto de modificación de la LSC.

Cumplir con el deber de lealtad se resume en actuar conforme al interés social, concepto jurídico indeterminado que no ha sido definido legalmente sino por la doctrina.

La LSC ha sido estructurada tomando en consideración la existencia del “interés social” y es así como varios de sus artículos – algunos de los cuales se proponen modificar - adoptan soluciones que buscan protegerlo⁵. También los artículos 82 y 83 de la LMV tuvieron en cuenta la existencia del interés social al que vinculan a los deberes fiduciarios de sus administradores. Y lo propio hace la LSAS cuyo artículo 9º remite a las disposiciones de la LSC.

Los autores que han estudiado al interés social se dividen entre quienes niegan su existencia y quienes la afirman y, dentro de estos últimos, los contactualistas y los institucionalistas. Excede el objetivo de este trabajo profundizar en el concepto de interés social que tiene tantos significados como las corrientes doctrinarias que tratan de explicarlo.

En los últimos años ha surgido una corriente de opinión, que en nuestro país se encuentra representada por Casanova (2012, pp. 305 – 306), Miller (2016, p. 14) y Olivera (2014, p.269, 2015, p. 941, 2019, 86), para quienes el interés social supera al de los socios y al de la empresa. La sociedad comercial existe no sólo con el fin de crear valor para sus socios/accionistas (shareholders) sino también en beneficio de los sujetos que se vinculan o son afectados por las decisiones de dicha empresa (stakeholders), procurando una relación virtuosa de la sociedad con la comunidad.

En la Exposición de Motivos que acompañó al Anteproyecto de Ley, se indica que se adoptó esa corriente de opinión y así lo dejaron plasmado:

Por otra parte, el derecho comparado ha evolucionado hacia un concepto de interés social vinculado a la generación de valor de la sociedad, en beneficio no solamente de los propios socios o accionistas sino además de los terceros y del medio social, en general, justificando el notable desarrollo alcanzado por el concepto de responsabilidad social empresarial.

5 Entre otros artículos que mencionan al interés social se encuentran 50, 51, 74, 83, 84, 85, 209, 325, 330, 365, 388, 389 y 391.

Las normas mencionadas así como los conceptos que al respecto ha manejado la doctrina apuntan a que el administrador o directores de la sociedad comercial deben actuar (u omitir actuar) persiguiendo el interés de la sociedad y no el propio o el de un tercero.

Los artículos 84, 85 y 387 a 389 de la LSC así como el art. 82 de la LMV, son la consagración a texto expreso del deber de lealtad y son aplicables al administrador, directores o representantes de las sociedades comerciales así como al representante legal de la S.A.S. por lo dispuesto en el artículo 9 de la LSAS.

El artículo 84 de la LSC establece el régimen de contratación con la sociedad del administrador o representante. Si el contrato se relaciona con su actividad normal podrán celebrarlo en las mismas condiciones que los terceros (o sea, de acuerdo a las condiciones de mercado), debiendo comunicarlo con posterioridad a los socios. Si el contrato no se relaciona con su actividad normal, deberán contar con una autorización previa de los socios. La norma establece que el contrato que se celebre en violación del precepto legal es nulo.

Es importante hacer notar que el Proyecto propone modificar el artículo 84 en lo que refiere a los contratos que no son propios del giro o actividad habitual de la sociedad indicando que deben ser aprobados por las mayorías que se requieran para ello. En caso de tratarse de bienes registrables debe dejarse constancia en la escritura pública o en el documento privado. Lo más significativo de la modificación es que el incumplimiento del precepto contenido en la norma no apareja la invalidez del contrato como está previsto en la LSC sino que compromete la responsabilidad del administrador y representante.

El artículo 85 de la LSC prohíbe a los administradores y representantes de la sociedad participar, por cuenta propia o de terceros, en actividad en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de los socios. La violación del precepto legal conlleva la responsabilidad de aquéllos.

También el Proyecto de Ley propone la modificación del artículo 85. De ser aprobado, el inciso primero mantendría la prohibición de realizar actividad en competencia con la sociedad. Al artículo se le agregaría un segundo inciso que impone al administrador o representante que tenga un interés contrario al interés social, hacerlo saber al órgano colegiado que integra y al de fiscalización, en su caso o, en su defecto, al órgano de gobierno. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación y de votar en las decisiones que se adopten. Cuando su función fuese individual no podrá resolver. En las sociedades colectivas, en comandita, de capital e industria, irregulares y de hecho, lo comunicará a los socios.

Por su parte, el art. 387 de la LSC regula el conflicto de interés del director con la sociedad. La norma dispone que si los directores de una sociedad anónima, en un negocio determinado, tienen un interés contrario al interés social, ya sea personal o de un tercero, deben hacerlo saber al directorio, y al órgano de control en su caso, absteniéndose de intervenir cuando se traten y resuelvan esos asuntos. Si se tratara de un administrador deberá abstenerse de realizar tales negocios, salvo autorización de la asamblea de accionistas. La actuación en contrario los hace responsables de los perjuicios que ocasionen a la sociedad.

El artículo 388 de la LSC consagra el régimen de contratación con la sociedad de los administradores y directores de una S.A.. La norma se remite al artículo 84 de la LSC

con las siguientes salvedades: si el administrador celebra un contrato con la sociedad dentro de lo que es su giro o actividad habitual, deberá ponerlo en conocimiento de la próxima asamblea. Si se trata de un órgano colegiado, el director que lo celebre deberá comunicarlo al directorio. La autorización previa requerida cuando el contrato no se refiere a su giro o actividad habitual deberá ser concedida por la asamblea de accionistas.

Finalmente, el artículo 389 de la LSC prohíbe a éstos realizar actividad en competencia con la que desarrolla la sociedad. Según Miller (1993, pp. 186 y 189) el fundamento de tal prohibición es que si el administrador tiene intereses en otra empresa con giro similar, ya sea como propietario, socio, gerente o director, se plantea un inevitable conflicto de interés por cuanto puede servirse de los conocimientos, de los métodos y técnicas industriales o aprovecharse de la situación floreciente o deficitaria por la que pudiera estar atravesando cualquiera de ellas, en perjuicio o detrimento de aquella en la cual sus intereses personales tienen menor gravitación.

Los artículos 387 a 389 son aplicables a los administradores, directores y representante legal de las S.A. y de las S.A.S., por la remisión que hace el art. 9 de la LSAS.

Tan relevante es el interés social que los Proyectistas consideraron conveniente elevarlo al rango de principio general y por ello proponen incorporarlo al art. 1° de LSC. En su inciso final incluyen la obligación de que todos los actores de la sociedad (socios, administradores y miembros del órgano de fiscalización) ejerzan sus derechos, funciones y facultades alineado al interés social.

Resulta importante destacar que en la Exposición de Motivos expresaron que con ello pretenden evitar el posible desvío para la obtención de un interés personal contrario o al margen del interés de la sociedad comercial.

11

Por último, el artículo 83 del Proyecto se hace referencia al interés social de los grupos de sociedades a los efectos de la atribución de la responsabilidad, indicando que la afectación del interés social por parte de los administradores de la sociedad componente deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo, con el criterio establecido en el artículo 51, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integren.

En todos los casos, el cumplimiento del deber de lealtad impone a los administradores y representantes una obligación de resultado.

El incumplimiento del deber de lealtad presupone, necesariamente, una actuación intencional que solo es posible cometer a título de dolo y que genera la responsabilidad personal de quien con su conducta provoca daños al patrimonio social.

5.3. El incumplimiento del deber de diligencia como hecho ilícito

El otro deber fiduciario consagrado en la LSC y la LSAS es el de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, concepto ha sido extensamente desarrollado en la doctrina.

La violación del deber fiduciario de diligencia es otro de los hechos ilícitos, que, de provocar un daño al patrimonio de la sociedad, acarrea la responsabilidad de los administradores y representantes de la sociedad comercial del tipo social que sea.

Se trata del estándar de conducta que se le impone a quienes integran el órgano de administración y de representación de la sociedad comercial (art. 83 y 391 de la LSC y 31 de LSAS).

Miller (1993, p. 198) distinguiendo el concepto del buen padre de familia del Código Civil respecto del buen hombre de negocios, manifiesta que este concepto consagra una auténtica responsabilidad profesional y debe ser apreciado conforme a las circunstancias concretas de cada sociedad, el objeto de la misma, su actividad, las funciones específicas que se le hubieren confiado, la circunstancia en la cual debió actuar, todo lo que debe ser tenido en cuenta en cada caso para valorar si la actuación del administrador fue diligente y conforme al estándar legal referido. El autor, citando a Zaldivar, ha sostenido que se trata de un estándar de conducta que no es un estándar de conducta estático sino dinámico que depende del momento, del lugar y de las especiales características de la empresa.

Rodríguez Mascardi y Ferrer Montenegro (2004, p. 434) expresan que en la noción del buen hombre de negocios está presente la conducta de un sujeto hábil e inteligente, preparado para lidiar con las circunstancias que la actividad de la sociedad le impone. Un sujeto que debe tomar riesgos evaluados adecuadamente. El administrador diligente no está obligado a conocer todas las cuestiones que le corresponden resolver pero está obligado a tomar decisiones con niveles de información máximos. Según las autoras, se le impone una conducción idónea, profesional. También afirmaron que estamos en presencia de una responsabilidad profesional derivada del carácter técnico de la prestación (2022, p. 403).

Olivera García (2015, p. 944) refiriéndose al buen hombre de negocios manifiesta que:

Constituye una regla de conducta impuesta a los administradores sociales. Se trata de un criterio objetivo y abstracto, que pretende establecer cuál hubiera debido ser razonablemente el comportamiento debido por un administrador diligente colocado en la misma situación que aquella que se pretende evaluar.

Según Olivera García (2015, pp. 945 – 947) el concepto societario de diligencia de un buen hombre de negocios se aparta del civil, con el cual sólo comparte su carácter abstracto. No se trata, como se ha sostenido, de la imposición de un deber de diligencia más severo, ni de un deber de diligencia calificado por la exigencia de una especial aptitud profesional. El administrador no tiene la obligación de ser un perito sino de ser diligente...”.

El administrador debe tomar dichas decisiones de riesgo, las cuales forman parte de los deberes de su cargo. Sería negligente el administrador, que por temor al fracaso, omitiera adoptar tales decisiones.

En todos los casos, el cumplimiento del deber de diligencia impone a los administradores y representantes una obligación de medios y su incumplimiento presupone necesariamente una actuación culposa, generadora de responsabilidad.

De la lectura de las diferentes opiniones doctrinarias sobre el concepto del buen hombre de negocios podemos advertir que el concepto ha ido evolucionando desde la sanción de la LSC hasta la fecha. Se pasó del concepto de que los administradores asumían un deber de diligencia severo y de carácter profesional diferente al buen padre de familia a centrarse en la actualidad en un actuar diligente en términos de tomar

decisiones debidamente informados y asesorados, de buena fe y centrándose en el interés de la sociedad.

Tanto el deber de lealtad como el deber de diligencia se mantienen en el Proyecto de Ley en un solo y único régimen de responsabilidad para todos los tipos sociales que se unifica en el art. 83 de la LSC.

6. El factor subjetivo de atribución de responsabilidad: la culpa grave y el dolo

La consagración de un régimen de responsabilidad subjetivo de los administradores y directores de las sociedades comerciales surge de la discusión parlamentaria de la LSC⁶.

Respecto del factor subjetivo de atribución de responsabilidad, los artículos 83 y 391 de la LSC, indican que los administradores o directores de las sociedades comerciales responden por los daños y perjuicios producidos por “dolo o culpa grave”. El artículo 31 de la LSAS reitera el mismo criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad.

Olivera García (2019, p. 97), Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2007, pp. 239 - 240) y Miller indican que la LSC establece un régimen de responsabilidad subjetiva.

Miller (2005, p.106) sostiene que la obligación del director de actuar conforme al marco normativo vigente no configura una obligación de resultado ni genera una responsabilidad objetiva o de garantía sino que la imputación subjetiva de responsabilidad es el dolo o la culpa grave que debe ser acreditada por el actor.

Olivera García (2011, p. 166 - 168) indica que la violación del deber de lealtad es por definición un comportamiento doloso que debe ser reprimido con la mayor severidad. El administrador que actúa con deslealtad quiere el resultado de sus actos. No existen procedimientos alternativos para crear incentivos que prevengan las conductas desleales por lo que para reprimir la deslealtad es la consagración de la responsabilidad. A diferencia de la violación del deber de lealtad, la violación del deber de diligencia es un comportamiento culposo. No existen incentivos para que el administrador actúe negligentemente.

No obstante, algunos autores han manifestado que sí responderían por culpa leve en los casos de violación de la ley, el estatuto o el reglamento.

Así Rippe (2001, p. 163) sostuvo que la responsabilidad consagrada en la Ley es amplísima e incluso más severa que en la legislación anterior.

El hecho de que la sola violación de la ley, el estatuto o reglamento determine esa responsabilidad, implica en la práctica una responsabilidad prácticamente objetiva que no admitiría excepción legal o convencional alguna, a diferencia de los otros supuestos de responsabilidad fundados en la falta de lealtad o de diligencia, en el abuso de facultades, el dolo o la culpa grave – no se incluye la culpa leve o mera negligencia – que suponen la prueba de la culpa en sentido amplio y la exoneración de esas responsabilidad en caso de falta de culpa.

6 Comisión Especial de la Cámara de Representantes, sesiones del 3 y 10 de agosto de 1988.

Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2007, p. 240; 2011, p. 98) entienden que se responde por culpa leve cuando se viola la ley o el contrato o estatuto, en cuyo caso se aplican normas generales del Código Civil y se responde por el dolo, la culpa grave y la culpa leve.

No obstante, cabe consignar que en una obra posterior, Rodríguez Olivera (2011, p. 54) indica que:

Solo se responde por culpa grave. No se ha querido responsabilizar por la culpa leve. Como dicen Garrigues y Uría, indicando que nadie se avendría a aceptar el cargo de administrar si tuviere que responder de faltas leves de diligencia, por cualquier falta de atención o de previsión por minúscula que ésta pueda ser.

En una posición aislada se encuentra Fernández (2006, p. 230) que refiere a que en los casos de violación del deber de diligencia el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad de los administradores sería la culpa leve. Según el autor el no obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios implica obrar con culpa leve dado que el art. 391 de la LSC remite al art. 83 que refiere al deber de actuar como un buen hombre de negocios. En el resto de las hipótesis del art. 391 (violación de la ley, estatuto o del reglamento o abuso de facultades) el criterio de imputación es la culpa grave y el dolo, no siendo responsables si actúan con mera culpa.

La redacción proyectada del artículo de la LSC, despejando toda duda y posición aislada, deja claro que el factor subjetivo de atribución de responsabilidad es el dolo o culpa grave y puntualiza que la responsabilidad no es objetiva y que los administradores y representantes no son garantes de las obligaciones sociales.

14

7. Incorporación de la business judgement rule en el régimen societario uruguayo.

En el tema de la responsabilidad la modificación más disruptiva es la incorporación del estándar de evaluación o revisión de la conducta de los administradores y representantes, denominada Business Judgement Rule (en adelante, BJR), cuyo origen es el derecho anglosajón y que ya fue adoptada en varios países que integran el derecho continental.

De aprobarse el Proyecto de ley que modifica la LSC se introducirá la BJR o regla del buen juicio empresarial en nuestra legislación societaria.

El inciso 5° del artículo 83 del Proyecto de modificación de la LSC, expresa:

Los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión.

La norma está en consonancia con la incorporación del artículo 33 bis que regula la impugnación de nulidad de las resoluciones sociales. En su inciso cuarto establece que no son impugnables las resoluciones sociales que se funden en criterios empresariales o de negocios. Se deja a salvo la acción de nulidad en aquellos casos en que la resolución se

funde en dichos criterios pero viole normas imperativas, del contrato social, el estatuto, el reglamento o fueran lesivas del interés social.

7.1. Incorporación al régimen societario uruguayo del estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales.

Como se expresó en la introducción, la modificación más disruptiva del Proyecto en materia de responsabilidad de los administradores y representantes es la incorporación del estándar de evaluación o revisión de la conducta de los administradores y representantes denominada Business Judgement Rule o regla del buen juicio empresarial.

La regla del buen juicio empresarial implica que se somete la decisión que adoptó el administrador o representante a un test o análisis para saber si cumplió con las condiciones que impone la norma. Si cumplió con esas condiciones, entonces, la conducta no podrá ser juzgada por los jueces.

La BJR parte de una serie de supuestos que listaré a continuación:

- El o los administradores/representantes de la sociedad actúan en el mundo de los negocios por lo que deben tomar algunos riesgos dado que en la actividad empresarial no existe el riesgo cero. Asumir riesgos forma parte del crecimiento y expansión del negocio.
- La adopción de decisiones de riesgo forma parte de los deberes del cargo de los administradores.
- La adopción de decisiones de riesgo no se puede considerar negligencia por parte de los administradores y representantes de una sociedad comercial. Por el contrario, no adoptar aquellas decisiones que aunque riesgosas puedan implicar el crecimiento y la expansión del negocio es lo que puede ser indicado como falta de diligencia en su gestión.
- Se espera que el administrador o los directores adopten decisiones de riesgo pero que al adoptarlas actúen con la mayor cantidad y calidad de información posible y en función de ella evalúen y ponderen adecuadamente los riesgos que van a tomar cuando adoptan una decisión por la sociedad.
- También se parte del supuesto que los directores o administradores son hombres/mujeres que pueden fallar por lo que pueden adoptar decisiones que pueden estar equivocadas.
- La BJR implica evaluar la forma en que los administradores han adoptado decisiones y no la corrección de las mismas. Por lo tanto, los jueces deben evaluar la conducta y no su resultado.
- Los administradores o representantes están mejor preparados o en mejores condiciones que los jueces para tomar decisiones de negocios.
- La BJR parte de la presunción de que los administradores actuaron de buena fe, con la información adecuada, con razonable diligencia y con la honesta convicción de que la decisión o la acción tomada es en el mejor interés de la sociedad. Dependerá de quienes demanden su responsabilidad acreditar que no adoptaron la decisión

de acuerdo al estándar de conducta que exige la ley (diligencia de un buen hombre de negocios).

- El deber de diligencia que los administradores deben cumplir, a diferencia del de lealtad, implica una obligación de medios y no de resultados. No se espera que todas las decisiones/acciones de los administradores sean exitosas y que obtengan resultados positivos sino que en el momento que se deba evaluar o revisar su conducta se pueda acreditar que han actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.
- La BJR pretende reducir el sesgo cognitivo de los jueces cuando opinan a posteriori de una decisión adoptada por los administradores o representantes de la sociedad. Se parte de la base de que los jueces podrán ser expertos en derecho pero no saben como dirigir una empresa por lo que la regla intenta constituirse en un límite para la facultad de los jueces de juzgar las decisiones de negocios de los administradores/representantes (“puerto seguro”).
- Siguiendo a Melvin Eisenberg citado por FERREIRA TAMBORINDEGUY (2011, p. 124) la regla del juicio de los negocios o del buen juicio empresarial consistiría en chequear que el administrador o director cumplió con cuatro condiciones. Si cumplió con esas cuatro condiciones, no se puede revisar la decisión que adoptó:

Para Eisenberg las cuatro condiciones son:

- (i) El director tiene que haber tomado una decisión.
- (ii) El director tiene que haberse informado antes de tomar la decisión, de un modo suficiente y que razonablemente le hubiera permitido tomarla de manera consciente.
- (iii) La decisión debe haber sido adoptada por el director de buena fe. A los efectos de este test se considera también que una decisión es tomada de mala fe si el director en cuestión era consciente que la decisión violaba alguna norma.
- (iv) El director al tomar la decisión no puede tener ningún interés en el objeto de la decisión.

Si alguna de estas condiciones no se ven reflejadas en la decisión adoptada por el administrador o director, se entenderá que no actuó con el juicio apropiado y la decisión podrá ser revisada por un tribunal. O sea, en ese caso su conducta será comparada con el estándar de conducta: diligencia de un buen hombre de negocios y en función de ello se resolverá.

En la propuesta de modificación del Proyecto se establece que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido. O sea, se parte de la base que los administradores y representantes toman decisiones de negocios que conllevan riesgos. Por ser decisiones que llevan ínsito un riesgo no todas van a resultar exitosas o van a tener resultados positivos. No por ello se los va a responsabilizar. Salvo que se pruebe que obraron de mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución.

A propósito de la BJR, Olivera García (2015, pp. 946 y 947) manifiesta que el deber de diligencia del administrador no es una obligación de resultados sino de medios, no se le

puede imponer a los administradores la obligación de que la sociedad obtenga resultados positivos ni que los negocios resulten exitosos. Su actuación deberá estar dirigida a la realización de todos aquellos actos que hubieran correspondido a un administrador diligente, a los efectos de que la sociedad cumpla su objeto y obtenga los resultados correspondientes.

Ferrer (2009, p. 636), refiriéndose también al estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores dijo:

Esta regla consiste básicamente en focalizar la forma en que los directores o administradores cumplen sus obligaciones, no en la corrección de sus decisiones. Basta con que actúen de buena fe y en los mejores intereses de la sociedad. El director debe actuar lealmente, en interés de la sociedad, y no en el suyo propio. Al mismo tiempo se le otorga una gran discreción en la toma de decisiones que importen un riesgo, siempre que el mismo haya sido tomado en forma desinteresada en lo personal y en la real convicción que lo hace en los mejores intereses de la sociedad.

Debe examinarse también que se adoptó una conducta diligente, esto es, la decisión se tomó contando con la información y asesoramiento apropiados (Ferrer, 2009, p. 640).

Por su parte, Miller (2009, pp. 650 - 654) también se pregunta si la BJR es aplicable entre nosotros, para medir y juzgar la conducta del director cuando éste presuntamente ha incurrido en una falta de gestión por no aplicar en la toma de decisión de negocios la diligencia debida, o sea, aquella de un buen hombre de negocios. La BJR es compatible en su aplicación con nuestros conceptos latinos del buen hombre de negocios. Citando a Block, Barton y Radin, indica que los elementos componentes de la regla: a) la existencia de una decisión de negocios; b) el desinterés e independencia del director en la toma de tal decisión, o sea, que se presume que el director no tiene conflicto de interés con la sociedad; c) la debida diligencia al tomar la decisión de negocios a través de informarse de la misma y sus consecuencias, pedir asesoramiento si eso fuera viable, etc.; la buena fe en la toma de la decisión de negocios y d) la inexistencia de un abuso de derecho o desviación de derecho. Cuando estos requisitos se cumplen la infracción al deber de diligencia sólo se produce si el acto o el acuerdo de los administradores resulta irracional, esto es, que no es posible ofrecer una explicación lógica o coherente de la actuación de los directores. En cambio, los administradores quedaron absueltos cuando lograron probar que la decisión si bien riesgosa, estaba fundada en aspectos racionales (estudio del mercado, información adicional, persecución honesta del interés social) a tal punto que la circunstancia que se hayan equivocado y que otras alternativas eran viables no da bases para sostener que actuaron contrariando el deber de diligencia debida.

Cohen (2010, pp. 135 y 136) realiza una reflexión a propósito de esta regla indicando que el juez al dictar una sentencia no debe pensar cómo debió haber obrado el director en una determinada circunstancia porque no es el empresario y no debe tomar decisiones de tal, sino que simplemente debería considerar si la decisión fue tomada de buena fe, con lealtad y diligencia, bajo el manto de la razonabilidad. Para la autora, la regla de los negocios es un instrumento eficiente para proteger la labor del director y permitirle ejercer lo que sabe y para lo cual fue designado sin exponerse a los avatares de las instancias litigiosas y al juzgamiento de su actuación "en otro lugar que no es la sociedad y por no empresarios".

7.2. ¿Es necesario incorporar la business judgement rule en el derecho societario uruguayo?

De aprobarse el Proyecto, se consagrará la BJR como un estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales.

La ventaja de incorporar la regla en nuestro derecho positivo es difícil de evaluar y sólo se podrá sopesar con el tiempo. Lo único que podemos hacer es abreviar en la experiencia que han tenido aquellas jurisdicciones que adoptaron dicha regla.

En este sentido resulta útil la opinión de Paz Ares quien estudió a profundidad el régimen español de responsabilidad de los administradores y señaló que la incertidumbre jurídica que le genera a los administradores el no poder anticipar las consecuencias jurídicas de sus decisiones los empuja al sobrecumplimiento (“murallas de papel”) para evitar el riesgo de incurrir en responsabilidad. Ello eleva los costos de funcionamiento de la sociedad y las demandas salariales de quienes se prestan a desempeñar tales funciones al mismo tiempo que los convierte en un recurso escaso. Además, los vuelve conservadores y con aversión al riesgo lo que a la postre termina siendo perjudicial para la sociedad y, en consecuencia, para sus accionistas. En este sentido, indica que la BJR se presenta como una herramienta que ayuda a combatir la incertidumbre jurídica y a mitigar sus consecuencias.

A criterio de Paz Ares a ello se suma que los jueces no parecen ser idóneos para juzgar ex post una decisión de negocios adoptada por los administradores ya que pueden ser expertos en derecho pero no en tomar decisiones de negocios. Por lo tanto, entiende razonable pensar que la BJR puede operar como un límite a sus facultades y convertirse para aquéllos en un puerto seguro.

Es por eso que valoramos como positiva la introducción de dicha regla en nuestro régimen jurídico.

8. Consagración legal de la acción individual de responsabilidad

Se regula expresamente la acción individual de responsabilidad, derivada del daño causado por administradores y representantes a socios o terceros, en forma directa, a sus respectivos patrimonios.

De esta manera se pondría punto final a las discusiones que se dieron en el ámbito de la redacción original de la LSC respecto del alcance de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 391.

En lo personal, compartiendo la opinión de Rippe (2001, p. 165), Olivera García (2006, p. 31, 2015, p. 1003, 2019, p.167), Miller (2010, p. 377), Ferrer y Rodríguez Mascardi (2004, p. 432), Caffera y Mantero (2006, p. 130), Grazioli Milburn (2017, p. 189 y 190) sostengo que el artículo 391 de la LSC sólo regula la acción social de responsabilidad.

No obstante, no desconozco que autoras de la talla de Rodríguez Olivera (2011, p. 57) y Jiménez De Aréchaga (2000, p. 93) han sostenido que los artículos 83 y 391 de la LSC también regulan la acción individual de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad que los socios, accionistas y terceros pueden iniciar por actos ilegítimos llevados a cabo por los administradores, directores o representantes que dañan su patrimonio personal debe fundarse en las normas generales que regulan la responsabilidad civil. Esta es la solución del artículo 391 de la LSC. Y, también, la que asume la LSAS en tanto el inciso 2° del artículo 31 expresa que la acción de responsabilidad regulada en el inciso 1° será sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir por los perjuicios que hubieran causado en forma directa al patrimonio del accionista o del tercero

El fundamento jurídico de la acción social de responsabilidad es de naturaleza contractual y el fundamento jurídico de la acción individual, ya sea en la LSC como en la LSAS, dependerá de la naturaleza de la responsabilidad. Si se acciona por responsabilidad contractual el accionamiento se fundará en el artículo 1342 y siguientes del Código Civil y si se acciona por responsabilidad extracontractual en los artículos 1319 y siguientes del Código Civil.

El inciso segundo del art. 83 del Proyecto refiere claramente a la acción social de responsabilidad al indicar que los administradores y representantes son personalmente responsables frente a la sociedad cuando habiendo cometido los hechos ilícitos indicados en la norma han causado un perjuicio al patrimonio social. El artículo 83 Ter se ocupa de regular la acción social de responsabilidad.

A diferencia de la redacción actual de la LSC, el artículo 83 Quater establece a texto expreso la posibilidad de que socios, accionistas y terceros inicien una acción individual de responsabilidad. En una redacción similar a la del inciso 2° del art. 31 de la LSAS expresa que la acción de social de responsabilidad regulada en el art. 83 Ter será sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores y representantes por los perjuicios que hubieran causado, en forma directa, al patrimonio de socios, accionistas o terceros. Tal como están redactados los artículos del Proyecto, se puede concluir que la acción individual sólo se puede iniciar para indemnizar los daños directos al patrimonio individual de socios, accionistas y terceros. Los daños indirectos no estarían contemplados. También, cabe indicar que la solidaridad en la responsabilidad de los integrantes de un órgano plural o colegiado no rige para la acción individual.

9. Reflexión final

Tal como se expresa en la Exposición de Motivos, la mayoría de las soluciones propuestas consagran las interpretaciones mayoritarias de la doctrina y la más moderna regulación societaria.

Algunos de los cambios propuestos no encontrarán mayor resistencia entre los operadores jurídicos y los económicos. Otras, tales como la incorporación de la Business Judgement Rule, como estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades y la responsabilidad de los administradores de las sociedades integrantes de un grupo societario, seguramente sean resistidas y generen mayor debate.

El presente trabajo contiene, a cuenta de mayores desarrollos, las primeras reflexiones sobre los cambios que propone el Proyecto.

Referencias bibliográficas

- Bacchi Argibay, A. (2013). Los deberes fiduciarios de los directores de sociedades anónimas en la regulación del mercado de valores. *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013*, (pp. 23 – 32). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Belloq, P. (2019). *Manual de sociedades por acciones simplificada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Blengio Massolo, J. E. (2006). La cuestión de la administración de facto en materia societaria.I. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, (pp. 547 – 560). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Caffera, G. y Mantero, E. (2006). El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas frente a los acreedores sociales, *Responsabilidad de los Administradores y socios de las sociedades comerciales*, (pp. 123 - 152). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Caffera, G. y Mantero, E. (2009). *Protección extracontractual del crédito: Teoría y aplicación de la tutela aquiliana del crédito. Responsabilidad de directores de sociedades anónimas. Responsabilidad en grupos económicos y otros supuestos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (pp. 145 – 170).
- Casanova, M. (2012). Interés social y deberes fiduciarios del administrador de sociedades de capital. *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 14, (pp. 239 – 310). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cohen Ventura, M. (2010). El movimiento pendular en la responsabilidad de directores. Más del “Business Judgement Rule”. *Sociedades y Concursos en un mundo de cambios. Semana Académica 2010*, (pp. 135 – 139). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferreira Tamborindéguy, H. (2011). Estandares de conducta y de revisión de la actuación de los directores: la regla del buen juicio empresarial, *Revista de Derecho Comercial*, No. 4, (pp. 121 - 130). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferreira Tamborindéguy, H. (2019). El Representante de Hecho, *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 2019*, (pp. 249 - 252). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. (2007). Modelos de conducta de administradores y directores. *Derecho Societario, In Memoriam Ferro Astray*, (pp. 457 – 475). Montevideo: B de F.
- Ferrer Montenegro, A. (2009). Conducta de los Directores: la factibilidad de aplicar el criterio del Business Judgment Rule para juzgarla. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 633 - 640). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. y Rodríguez Mascardi, T. (2022). La redacción del art. 83 del Proyecto de Ley. Reflexiones acerca de cambios muy relevantes. *Agudezas y Laberintos:*

- el Derecho Comercial de Cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 403 – 408). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. (2023), Reforma de la Ley 16.060. La perspectiva con que debe mirarse la conducta de los administradores de la sociedad. Nuevas reglas de valoración de la misma. *Semana Académica 2023*, (pp. 301 – 306). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1998). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, v. 1, (reimpresión inalterada). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Grazioli Milburn, L. (2017). Acción individual de responsabilidad de acreedores de sociedades anónimas contra los directores por daños ocasionados por aquéllas. *Revista de Derecho Comercial. Quinta época, V. 2, No. 6 (abril - junio 2017)*, pp. 173 – 190. Montevideo: La Ley.
- Gurrea Martínez, A. (2014) La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el derecho español. SSRN. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545
- Hernández, G.H. (2006) Radiografía del art. 391 de la Ley de Sociedades Comerciales. *Responsabilidad de los administradores y socios de sociedades comerciales*, (pp. 225 – 251). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Hirschlaff, A. (2023) El proyecto de reforma de la ley uruguaya de sociedades comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones. *Revista de Derecho*. Año XXII, N° 43, (pp. 55-81) | ISSN: 1510-5172 (papel) - 2301-1610 (en línea) - <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.4>
- Jiménez de Aréchaga, M. (2000). Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima. *Temas de Derecho Societario. Diez años de la Ley de Sociedades Comerciales: análisis y perspectivas*. Ferrer Montenegro, A. (Coord.) (pp. 89 - 98). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Juste Mencía, J. (2020). Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores en sociedades de capital. *Estudios de derecho comercial: homenaje al Prof. José A. Ferro Astray. En el centenario de su nacimiento (1919 – 2019.T. 1*, (pp. 479 – 503). Montevideo: La Ley.
- Lapique, L. (2020). *Sociedades por acciones simplificada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- López Rodríguez, C. (2018), Administradores de hecho, *Estudios de Derecho Concursal, 10 años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Tomo I, (Dir) Miller, A. (Dir), Ferrer, A. (Dir), Ayul, Z. (Dir)., (pp. 241-334). Montevideo: La Ley.
- López Rodríguez, C. (2022), Calificación del Concurso. *Ley de Declaración del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo II, Título IX. Carlos E López (Dir.), Bado Cardozo, V., Ferreira Tamborindeguy, H., Martínez Vigil, D., Mongrell González, D., Romang Colominas, Catherine, Soffer Klecki, C. (pp. 293 - 512). Montevideo: La Ley

- Miller, A. (1993). De la administración y de la representación. *Análisis exegetico de la ley 16.060: sociedades comerciales*, (pp. 143 - 214). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2005). *Sociedades Anónimas. Directorio – Síndico*. Montevideo: Amalio M. Fernández S.R.L.
- Miller, A. (2009). Responsabilidad del director en la gestión y la Business Judgment rule. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 647 - 654). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2010), Acción social de responsabilidad contra directores, *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 13, (pp. 377 - 394). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2016). Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Comercial*. Quinta época, V. 1, No. 2, (pp. 3 – 77). Montevideo: La Ley.
- Olivera García, R. (2006), La responsabilidad de los directores de las Entidades de Intermediación Financiera, *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 11, (pp. 17 - 46). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (2011). Lealtad: 12 – Diligencia: 3, *Tres pilares del moderno Derecho Comercial. Semana Académica 2011*, (pp. 163 - 169). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (2015). Responsabilidad del Administrador Societario, *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, Tomo II, Olivera García, R. (Dir.), (pp. 891 - 1051). Montevideo: La Ley.
- Olivera García, R. (2019). *Responsabilidad del Administrador Societario*, Montevideo: Ricardo Olivera García.
- Paz Ares, C., *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 30 – 34. InDret. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf
- Pérez Idiartegaray, S. (2004). Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores, *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la integración*, Año IV, No. 4, (pp. 105 -125). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Poziomek, R. y Alfaro, J. (2020). *Sociedad por Acciones Simplificada*. Montevideo: AMF.
- Rippe, S. (2001). *Sociedades Comerciales. Ley 16.060*, 9ª edición actualizada, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. y López Rodríguez, C. (2007). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, V. 4, T. 4. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. (2011). *Responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades anónimas*. Montevideo: La Ley, 2011.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2004). Acciones de responsabilidad de administradores y directores de sociedades comerciales. Algunas cuestiones proce-

- sales. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 4, (pp. 429 - 441). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2006). Responsabilidad de los directores de una sociedad anónima: acción social 'uti singuli'. *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 11, (pp. 415 - 421). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2022). La redacción del artículo 83 del Proyecto de Ley. Reflexiones acerca de cambios muy relevantes. *Agudezas y Laberintos: el Derecho Comercial de cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 403 - 408). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Scaianschi, H. (2020). Administrador de hecho en las SAS. We're off to never-never land. *El derecho comercial frente a las crisis globales. Semana Académica 2022*, (pp.133 - 139). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Scaianschi, H. (2021). Directores de Iure y Directores de facto, *Agudezas y Laberintos: el Derecho Comercial de cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 165 - 172). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vallarino Berretta, C. (2016). Acción individual de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima. *Realidad del derecho comercial: tensiones y sinergias en su práctica. Semana Académica 2016* (pp. 207 - 215.) Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vallarino Berretta, C. (2016) Fundamento de la acción individual de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima. *Revista de Derecho Comercial. Quinta época, V. 1, No. 4 (oct- dic. 2016)*, pp 133 - 137. Montevideo: La Ley.
- Vallarino Berretta, C. (2021) De la Administración y Representación, *La sociedad por acciones simplificada*, Olivera García, R. (Dir.), Cohen Ventura, M. et al., (pp. 259 - 302). Montevideo: La Ley.
- Uruguay (1989, septiembre, 4), Ley no. 16.060. Ley de Sociedades Comerciales. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/16060-1989>
- Uruguay (2007, julio, 10), Ley no. 18.159. Ley de Promoción y Defensa de la Competencia. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18159-2007>
- Uruguay (2008, octubre, 23), Ley no. 18.387. Ley de Concursos y Reorganización Empresarial. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18387-2008>
- Uruguay (2009, diciembre, 2), Ley no. 18.627. Regulación del Mercado de Valores. Deuda Pública. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18627-2009>
- Uruguay (2019, septiembre, 18), Ley no. 19.820. Declaración de interés nacional el fomento de los emprendimientos. Promoción de Emprendedurismo. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/19820-2019>
- Uruguay (2007, octubre, 29). Decreto no. 404/2007. Reglamentación de la Ley No.18.159 sobre defensa de la libre competencia en el comercio. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/decretos/404-2007>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 turno (Uruguay) (2013) Sentencia no. SEI 0005-000145/2013 del 20 de noviembre del 2013. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno (Uruguay) (2020) Sentencia no. 78/2020 del 16 de julio del 2020. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno (Uruguay) (2023) Sentencia No. 226/2023 del 15 de noviembre del 2023. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy