

# RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ALEMÁN

Martín E. Abdala\*

---

\* La presente investigación se realizó por iniciativa y financiación del autor.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Investigador asistente del CONICET, profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Argentina. Las Rosas 68, 4107 Yerba Buena, Tucumán. Argentina. *martinabdala@arnet.com.ar*

## Resumen

*La responsabilidad de los administradores de sociedades es un tema de candente importancia. La imputación del deber resarcitorio se funda en la inobservancia de una obligación genérica de conducta: la de comportarse con el cuidado y la diligencia de un buen hombre de negocios. Esa fórmula se mantuvo incólume desde su institución, pero cambió el sentido que se le otorga, ampliando la cantidad de obligaciones que deben observar quienes conducen los destinos de las sociedades hasta el punto que podría pensarse que el derecho alemán consagra un régimen de responsabilidad agravado para administradores de sociedades. Sin embargo, existen diversas morigeraciones a esa presunta severidad, como la denominada Business Judgment Rule, los acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad y los seguros D & O, que se analizan en este artículo.*

**Palabras clave:** Responsabilidad de los administradores, administradores de sociedades, Derecho alemán.

## Abstract

*The liabilities of the managers of corporations is a subject of high importance. The imputation of liability is based on the nonobservance of a generic obligation of conduct: to behave with the care and the diligence of a good businessman. That formula stayed from its institution, but it changed the sense that is granted to him, extending the amount of duties that must observe who lead the destinies of a corporation, until the point that could think that the German Law consecrates an aggravated regime of responsibility for managers. Nevertheless exist diverse morigeration to that presumed severity, as the denominated Business Judgment Rule, the agreements of limitation or reduction of responsibility and the insurances D & O, which are analyzed in this article.*

**Keywords:** Manager`s Liabilities – Corporation`s Managers – German Law.

*Fecha de recepción:* 7 de octubre de 2008

*Fecha de aceptación:* 25 de marzo de 2009

## I. IMPORTANCIA DEL TEMA

La problemática de la responsabilidad de los administradores de sociedades incrementó exponencialmente su importancia en las últimas décadas, sobre todo porque se multiplicaron los casos en los que se puede imputar ese deber resarcitorio a los miembros del directorio de las sociedades anónimas, a los síndicos, a los auditores, a los gerentes y, en fin, a todos aquellos que, bajo la comprensiva denominación de los manager o administradores societarios, son los responsables de conducir los destinos de esas personas jurídicas.

La posibilidad de que se reclame al administrador de una sociedad la reparación de los daños que provoque el ejercicio irregular de sus funciones constituye en la actualidad un riesgo serio y verosímil, que no debe ser soslayado ni menospreciado por quienes asumen ese tipo de responsabilidades, ni mucho menos por quienes los asesoran.

La situación se agrava; por un lado, por la pluralidad de legitimados para interponer las acciones judiciales de responsabilidad, ya que el reclamo indemnizatorio puede ser deducido (aunque en cada caso con distintos requisitos, presupuestos y limitaciones) por la misma sociedad, por los socios del ente y hasta por terceros.<sup>1</sup>

Y se agrava también, por otro lado, porque muchos de los daños que provocan algunas actividades que realizan hoy en día ciertas empresas son de ingente cuantía y pueden conducir a fastuosas indemnizaciones, las cuales –para colmo de males y a pesar de su importancia– muchas veces no alcanzan para resarcir los perjuicios efectivamente provocados.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Pueden hacerlo, por dar solo un ejemplo, los organismos de recaudación tributaria por incumplimientos de esa índole.

<sup>2</sup> Pensemos en los daños ambientales que puede producir una empresa que no procesa adecuadamente sus efluentes y que, como consecuencia de ello, contamina un río o una fuente de agua, provocando así enormes perjuicios económicos a los miembros de las comunidades circundantes.

## II. LA FÓRMULA DEL BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS

El Derecho alemán se ocupó tempranamente de la problemática de la responsabilidad de los administradores o los *mánager* de sociedades.

En el año 1884, cuando se reformaron las normas de derecho societario contenidas en el denominado *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (AD-HGB - Código de comercio alemán general),<sup>3</sup> se incorporaron diferentes parágrafos que coinciden en cuanto establecen que los directivos de las sociedades debían ejercer sus funciones con el cuidado y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Esa misma fórmula fue utilizada luego por el *Handelsgesetzbuch* (HGB - Código de comercio alemán), sancionado en el año 1897, y se mantiene hasta la actualidad con idéntica redacción a pesar de innumerables modificaciones realizadas posteriormente en el derecho societario alemán.

Del mismo modo, desde 1892, la denominada *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG - Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) conserva sin modificaciones la disposición que exige al *mánager* societario manejar los asuntos de la firma con el cuidado y la diligencia de un buen hombre de negocios.

En ese orden de ideas puede afirmarse: en el Derecho alemán, la obligación básica que le cabe a todo administrador societario es la de ejercer sus funciones con el cuidado y la diligencia de un buen hombre de negocios. Siguiendo el camino inverso, en todos aquellos casos en los que se pretenda imputar responsabilidad por daños a un administrador societario, podrá fundarse esa sindicación en la inobservancia de la mentada regla.

## III. EL MARE MAGNUM DE OBLIGACIONES

Ahora bien, a pesar de que la lacónica redacción de la mentada fórmula utilizada en el derecho germano desde hace más de cien años para

<sup>3</sup> Que fue sancionado en el año 1861 a instancia del llamado *Bundesversammlung des Deutschen Bundes* y que llegó a regir en la mayoría de los estados federados como consecuencia de una suerte de acuerdo de esos estados para la sanción coincidente de normas jurídicas.

concretar las imputaciones de responsabilidad a los administradores societarios no ha cambiado en todo este tiempo, sí ha variado –y lo ha hecho de manera sustancial– el significado que se le otorga a esa regla y, especialmente, los deberes de comportamiento que la doctrina y la jurisprudencia consideran que derivan de ella (Abdala, 2008).

En efecto, no se necesitan demasiados esfuerzos para advertir que en la actualidad se exige a los administradores de sociedades mucho más que antaño sostener que actuaron con el cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios.

Los deberes que incumben a esos administradores se han ampliado exponencialmente hasta tal punto que hoy bien puede sostenerse que ellos deben satisfacer un verdadero maremagno de obligaciones que derivan del Derecho civil, del Derecho societario, del Derecho comercial, del Derecho ambiental, del Derecho laboral, del Derecho tributario, del derecho de patentes, del derecho de defensa de la competencia, del derecho del mercado de capitales, del derecho de defensa al consumidor, del derecho de la seguridad social, etc.

Además, entre las propias sociedades –y de ellas especialmente entre las cotizantes en las bolsas de comercio– se ha difundido la práctica de elaborar las denominadas reglas de buen gobierno corporativo<sup>4</sup>, que sirven principalmente para dar muestras a la comunidad de transparencia en la administración de los asuntos de la empresa, no solo como prueba de ética empresarial, sino también –y mucho más– para lograr de ese modo que sus acciones sean atractivas para los inversores. Estas reglas del gobierno corporativo precisan la manera en que los administradores de la sociedad conducirán los destinos de la empresa, creando de esa modo una nuevo cúmulo de obligaciones que los administradores de sociedades deben observar, y que se suman a todas las que surgen de las demás ramas del Derecho ya mencionadas.

Y hasta qué punto es cierta la mentada proliferación y diseminación de las obligaciones que deben satisfacer los administradores de sociedades, que en los últimos tiempos se advierte en el Derecho alemán (y

---

<sup>4</sup> Véase en general Kort, 2008.

en general en todos los derechos europeos) un marcado interés en la denominada *Corporate Compliance*, expresión anglosajona de difícil traducción<sup>5</sup> cuyo objetivo no es otro que ratificar, aunque parezca una obviedad, el deber para los administradores de cumplir con todas sus obligaciones cualquiera fuera la fuente de las mismas, a fin de evitar que la mentada dispersión y disgregación normativa sirva como excusa para el soslayo de alguno de esos deberes.

#### IV. RIGUROSIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Ante tamañas exigencias, bien podría creerse que en el Derecho alemán pesa sobre los administradores societarios un régimen de responsabilidad agravada al tenor del cual la inobservancia de cualquiera de esas múltiples obligaciones sería suficiente para concretar una imputación del deber resarcitorio (Lutter, 2007, p. 455).

Sin embargo, algunos datos de la realidad permiten poner en duda esa afirmación, pues hay diferentes morigeraciones a la aparente rigurosidad de ese régimen de responsabilidad, las cuáles analizamos en los acápites siguientes.

##### 1. La denominada *Business Judgment Rule*

La primera morigeración al régimen de responsabilidad que afecta a los administradores societarios, y quizás la más importante, deriva de la llamada *Business Judgment Rule*<sup>6</sup>.

En virtud de esta regla, que reconoce sus orígenes en el Derecho anglosajón y que fue luego incorporada al Derecho alemán, manteniendo incluso la expresión idiomática originaria, los administradores societarios no pueden ser responsabilizados por los daños y perjuicios que pudieran provocar sus decisiones empresarias que, a la postre, resulten desafortunadas o inconvenientes.

<sup>5</sup> Razón por la cual en Alemania, Francia, España, etc. se la utiliza sin siquiera traducirla.

<sup>6</sup> Al respecto véase, por todos, Hopt & Roth, 2006. Comentario al § 93, t. 4, nro. 66 y sgtes., obra dirigida por Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: *Großkommentar zum Aktiengesetz*, ed. Walter de Gruyter, 4ta. ed., Berlín/New York.

Aplicando esta regla, cuando se efectúe un juicio de valor o meritución *ex post facto* de las determinaciones adoptadas por los administradores y resulte que las mismas fueron inconvenientes o económicamente perjudiciales a los intereses de la firma, los perjuicios sufridos como consecuencia de esas decisiones no deberán ser resarcidos por ellos.<sup>7</sup>

Ahora bien, para aplicar la mentada *Business Judgment Rule*, que funciona como una suerte de limitación de la responsabilidad, es necesario que concurren ciertos requisitos que fueron delineados por la jurisprudencia del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Imperio Alemán) en la década del treinta, y luego ratificados por el propio *Bundesgerichtshof* (BGH – Supremo Tribunal de Justicia de Alemania) a fines de los noventa<sup>8</sup>.

De acuerdo a esos requisitos, solo podrá eximirse de responsabilidad al administrador societario por aplicación de la mentada *Business Judgment Rule* en aquellos casos en los que la decisión empresaria que a la postre resultó perjudicial para los intereses de la sociedad: a) estaba en la esfera de las determinaciones que competen al mánager que las tomó y no se trataba de una imposición legal; b) el administrador actuó con el cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios; c) no existía ningún conflicto entre los intereses de la sociedad y los del administrador que pudiera haberlo impulsado a tomar la desventurada decisión, y d) la conducta adoptada no significaba la asunción de riesgos extraordinarios (Lutter, 2007).

En todos los casos, de acuerdo al sector mayoritario de la doctrina alemana, la carga de la prueba de la concurrencia de los mentados extremos está en cabeza del propio administrador,<sup>9</sup> aunque es importante destacar que un calificado grupo de autores sostiene que, en realidad, quien interponga la acción resarcitoria es quien debe producir esa prueba<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> En virtud de esta regla, por ejemplo, no podría responsabilizarse al directorio de la empresa BMW por la desafortunada inversión realizada en la firma Rover, en Gran Bretaña; o al directorio de Daimler-Chrysler por la efectuada en Fokker, en Holanda. (Conf. Lutter, 2007).

<sup>8</sup> BGH, sentencia del 21.4.1997 – II ZR 175/95. La aplicación de esta regla en las sociedades de responsabilidad limitada fue aceptada por el mismo Tribunal Supremo, BGH sentencia del 4.11.2002 – II ZR 224/00.

<sup>9</sup> Véase, por todos, Fleischer, 2006.

<sup>10</sup> Esta tesis justifica su postura, por un lado, en la evolución histórica que ha tenido el § 93

Esa discusión ha perdido actualidad con la sanción de la denominada *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts* (UMAG – Ley para la Integridad Empresarial y Modernización del Derecho de Impugnación) (BGBl. I 2005, p. 2802). que codificó la mentada *Business Judgment Rule*, reformando el § 93 apartado 1, párrafo 2 de la *Aktiengesellschaftsgesetz* (AG - Ley de Sociedades) que, en su nueva redacción, precisa que la inobservancia de sus obligaciones por parte del administrador de una sociedad no tendrá relevancia a fin de poder imputarle responsabilidad resarcitoria por los potenciales daños que pueda provocar, en aquellos casos en los que este probara que, con la información que contaba, él podía considerar razonable y tomada en beneficio de la empresa la decisión que resultó a la postre dañosa. De esta manera, la mencionada reforma ha subrayado el significado de las denominadas “decisiones informadas” como requisito *sine qua non* para poder ensayar una sindicación de responsabilidad a un administrador societario.

## 2. Acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad

También contribuye a atemperar el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades, las convenciones que estos celebren con el objeto de reducir los plazos de prescripción o de imponer límites a las indemnizaciones que potencialmente debieran afrontar.

Estos acuerdos contractuales, normalmente celebrados entre la sociedad y sus *mánager* cuando inician la relación que los vincula, pueden prever reducciones de plazos de prescripción de las acciones tendientes a reclamar el resarcimiento derivado del incumplimiento de las obligaciones que le competen a los administradores, o bien contemplar limitaciones cuantitativas a las indemnizaciones que ellos podrían estar obligados a subrogar en esos casos.

Obviamente estos acuerdos solo podrían referirse a las obligaciones resarcitorias que pudieran tener los administradores societarios con

---

AktG y, por el otro, en las coincidencias que al respecto se observan en el derecho comparado. Conf. Hopt, Klaus J./Roth, Markus: Comentario al § 93, t. 4, nro. 66 y sgtes., obra dirigida por Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: *Großkommentar zum Aktiengesetz*, ed. Walter de Gruyter, 4ta. ed., Berlín/New York, 2006.

respecto a la sociedad y sus accionistas (relaciones contractuales intra-societarias), y en ningún caso afectar las indemnizaciones que pudieran estar obligados a subrogar por los perjuicios causados a un tercero, como podría ser un acreedor de la sociedad o un tercero, sufre un daño por el incumplimiento obligacional del administrador del ente sin tener una vinculación contractual con la persona jurídica.

### 3. La utilización del seguro D & O

También son utilizados como instrumentos para morigerar las responsabilidades que pueden caberle a los administradores societarios por el irregular ejercicio de sus funciones, los denominados seguros *Directors and Officers* (D & O).

Estos seguros, normalmente referidos con la abreviatura anglosajona "D & O", son empleados desde hace mucho tiempo en los EE. UU. y han logrado también difundirse y establecerse en Europa desde los años noventa<sup>11</sup>.

Son concebidos principalmente para cubrir el riesgo de una imputación de responsabilidad a los administradores de sociedades, entendiendo

esta expresión de manera amplia, comprensiva de los miembros del directorio, síndicos, gerentes, etc.

Este tipo de seguros son contratados no solamente en interés de los administradores societarios, sino también de la propia sociedad, razón por la cual la doctrina admite que sus costos puedan ser asumidos por el mismo ente.

No obstante, ya que esos seguros tienen como efecto colateral: reducir la amenaza de imputarles a los administradores una responsabilidad que afecta su patrimonio personal, pueden ser un factor de desánimo o desmotivación para administrar la sociedad con el cuidado y atención exigido. Por esa razón, las reglas de buen gobierno corporativo de algunas empresas exigen que una parte de los potenciales daños que

---

<sup>11</sup> Véase respecto, en general Sieg, 2007.

pueda provocar la irregular actividad de un administrador societario deba ser asumida por él mismo sin transferirla a la aseguradora.

#### 4. Escasa utilización de estas acciones de responsabilidad

Por lo demás, quizás la morigeración más importante que se advierte en el régimen de responsabilidad de los administradores en el Derecho alemán es que, en la praxis, las imputaciones de este tipo de obligaciones reparatorias son absolutamente excepcionales y de escasa utilización.

En efecto, los supuestos en los que se concretan acciones judiciales tendientes a sindicarse a los administradores de sociedades deberes resarcitorios ante los daños producidos por sus inobservancias obligacionales son poco frecuentes en Alemania, si se le compara con otros países, como por ejemplo Suiza y los Estados Unidos (Lutter, 2005).

La principal causa con la que puede justificarse que las acciones de responsabilidad en contra de los administradores societarios sean utilizadas solo de manera excepcional y aislada, tiene relación con la competencia atribuida a quien interpone este tipo de demandas.

En efecto, en las sociedades anónimas alemanas las acciones de responsabilidad en contra de los miembros del *Vorstand* (junta directiva o directorio) deben ser deducidas por el *Aufsichtsrat* (consejo de vigilancia o sindicatura). Por su parte, las acciones resarcitorias en contra de los miembros del *Aufsichtsrat* deben ser interpuestas por el *Vorstand*<sup>12</sup>.

En ese orden de ideas, no se necesitan demasiados esfuerzos para advertir que solo en contados casos excepcionales tendrá el *Vorstand* interés en demandar al *Aufsichtsrat*. Por un lado, porque normalmente los integrantes de ambos órganos tienen estrechas relaciones, por lo que no será agradable para los miembros de un *Vorstand* demandar a los del *Aufsichtsrat*, ni tampoco será para atrayente para un *Aufsichtsrat* demandar a los integrantes de un *Vorstand* a quienes el mismo buscó y contrató. Y, por el otro lado, porque el sistema peca de ingenuidad

<sup>12</sup> § 112 de la Aktiengesellschaftsgesetz (AG - Ley de Sociedades por Acciones).

cuando le otorga la recíproca posibilidad de interponer acciones resarcitorias, que conducen –quizás sin quererlo–, hacia una situación en donde estos órganos tienen un enorme factor de desmotivación para interponer este tipo de demandas en contra de quienes, en definitiva, pueden también hacer lo propio en contra de ellos, pues estos también corren el riesgo de pasar, sin solución de continuidad, de perseguidores a perseguidos<sup>13</sup>.

Por ese motivo, estas acciones de responsabilidad normalmente solo son deducidas cuando se producen situaciones de insolvencia o bien cuando la sociedad modifica su estructura accionaria –sea por venta, sindicación de acciones, etc.– con lo cual surge una nueva mayoría accionaria y, por consiguiente, un nuevo gobierno de la empresa.

En muchos casos de estos cambios de manos en la conducción de la empresa con la siguiente modificación de los miembros de los órganos societarios, se observa, incluso, una inescrupulosa utilización de las acciones de responsabilidad en contra de los anteriores miembros del *Vorstand* y del *Aufsichtsrat* –mediante la deducción de estas demandas de resarcimiento–, para lograr una disminución del precio de compra de las acciones del nuevo grupo controlador (Lutter, 2007, p. 10).

## V. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad de los administradores de sociedades constituye desde hace ya mucho tiempo un tema de candente importancia, que ha sido detectada tempranamente por el Derecho alemán.
2. La imputación del deber resarcitorio a esos administradores se funda en la inobservancia de una obligación genérico de conducta, cuya formulación tiene en el Derecho germano una antigüedad de más de cien años: comportarse con cuidado y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

---

<sup>13</sup> Este tipo de conflictos de intereses no es nuevo, ni mucho menos único en el derecho económico alemán. Por dar solo un ejemplo recordemos que hemos denunciado una pluralidad de ese tipo de situaciones en régimen de los fondos de inversiones. Véase al respecto Abdala, Martín E.: *Das Recht der Investmentfonds. Ein Vergleich der deutschen Investmentgeschäfte und der amerikanischen Mutual Funds*, ed. Peter Lang, Frankfurt-Berlin-Berna-Bruselas-New York-Oxford-Viena 2001, pág. 195 y sgtes.

3. Si bien esa fórmula para imputar responsabilidad se ha mantenido incólume desde su originaria institución, ha cambiado sustancialmente el sentido que a la misma se otorga, ampliando de manera exponencial la cantidad de obligaciones que deben observar quienes conducen los destinos de las sociedades.
4. Por la pluralidad de obligaciones que deben satisfacer, se afirma que el Derecho alemán consagra un régimen de responsabilidad agravado para los incumplimientos obligacionales de los administradores de sociedades.
5. Sin embargo, existen diversas morigeraciones a esa presunta severidad, como la denominada *Business Judgment Rule*, al tenor de cuál de los administradores no debe responder por los daños causados por decisiones empresarias desafortunadas.
6. También son útiles para morigerar el régimen de responsabilidad que les afecta los acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad (celebrados entre ellos y las sociedades que conducen) y los seguros D & O, cuya utilización es cada vez más frecuente.
7. por último, la más importante circunspección al mentado régimen es la escasa utilización de las acciones de responsabilidad, que obedece principalmente a deficiencias normativas en relación a los legitimados activos para interponer las demandas de resarcimiento.

## REFERENCIAS

- ABDALA, M. E. (2001). *Das Recht der Investmentfonds. Ein Vergleich der deutschen Investmentgeschäfte und der amerikanischen Mutual Funds*. Frankfurt-Berlin-Berna-Bruselas-New York-Oxford-Viena: Ed. Peter Lang.
- ABDALA, M. E. (2008). Obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, año 4, 799.
- LUTTER, M. (2007). *Entwicklung der Organpflichten und der Organhaftung*. En I Krieger, Gerd/ Schneider, Uwe H.(Dir): *Handbuch Managerhaftung*. Colonia: Ed. Otto Schmidt.
- HOPT, K. & ROTH, M. (2006). *Obra dirigida por Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: Großkommentar zum Aktiengesetz.*, 4a. ed. Berlín/New York: Ed. Walter de Gruyter.

- FLEISCHER, H. (2006). *Handbuch des Vorstandsrechts*, 61 y sgtes. Munich: Ed. C. H. Beck.
- LUTTER, M. (2005). *Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlussprüfern und Aktionären*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSchR). Berna: Ed. Stämpfli.
- LUTTER, M. (2007). *Entwicklung der Organpflichten und der Organhaftung*. En: Krieger, Gerd/ Schneider, Uwe H. (Dirs.), *Handbuch Managerhaftung*. Colonia: Ed. Otto Schmidt.
- SIEG, O. (2007). *D & O Versicherung des Managers*, en la obra dirigida por Krieger, Gerd / Schneider Uwe H.: *Handbuch Managerhaftung*. Colonia: Ed. Otto Schmidt.