

# NOTAS A UNA CASACIÓN: RESPONSABILIDAD DE UN GERENTE POR DAÑOS A LA SOCIEDAD

*Max Salazar Gallegos\**

*Sumario: I. Introducción; II. De la Pretensión; III. De la Sentencia de Primera Instancia; IV. De la Sentencia de Vista y la Casación.*

## I. INTRODUCCIÓN

He elegido comentar la Casación Laboral N° 23786-2017- LIMA (Publicada en el diario oficial “El Peruano” el día 07.10.2020), sobre pago de Indemnización por daños y perjuicios, por las particulares condiciones que presenta, las que permiten referirse a las circunstancias complejas que rodean la especial responsabilidad de los ejecutivos en general, poco atendidas en nuestro medio.

Se trata del caso de una sociedad anónima creada por ley<sup>1</sup>, regulada a su vez bajo la Ley General de Sociedades, en la que se cesa a un gerente en el límite de edad para su jubilación, pagándole una indemnización por despido injustificado, lo que origina posteriormente que los órganos decisorios respectivos imputen responsabilidad a dos gerentes por la falta de información recibida al respecto para adoptar tal decisión (de cese), ya que, de haber conocido oportunamente la cercanía de la jubilación, argumentan, no habrían adoptado la decisión que terminó con la relación laboral de aquel.

---

\* Profesor del curso de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima, y de los cursos de “Temas de Derecho Societario” y “Personas Jurídicas” en pregrado, y “Derecho Registral Societario” y “Protección al Consumidor en los sectores de Educación, Salud e Inmobiliario” en postgrado, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado, Máster en Derecho y Diplomado en Servicios Públicos y Regulación por la Pontificia Universidad Católica de Chile; actualmente llevando cursos de especialización civil en la Universidad Pública de Navarra y la Universidad de Salamanca de España.

1 Para una mayor comprensión del tema conviene revisar, en aporte personal: Max Salazar Gallegos. Los Sistemas de Constitución de las Personas Jurídicas de Derecho Privado. La existencia, el registro y sus repercusiones en el tráfico jurídico. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 148. pp. 49-55. Gaceta Jurídica – Marzo 2006. Lima. También en: [https://www.academia.edu/13899778/Sistemas\\_de\\_Constituci%C3%B3n\\_de\\_Personas\\_Jur%C3%ADdicas\\_de\\_Derecho\\_Privado\\_Existencia\\_Registro\\_y\\_Repercusiones\\_en\\_el\\_tr%C3%A1fico\\_jur%C3%ADdico](https://www.academia.edu/13899778/Sistemas_de_Constituci%C3%B3n_de_Personas_Jur%C3%ADdicas_de_Derecho_Privado_Existencia_Registro_y_Repercusiones_en_el_tr%C3%A1fico_jur%C3%ADdico)

Apuntaré aquí los párrafos de la sentencia que me parecen de interés, respecto de los cuales daré mi apreciación.

En suma, se trata en lo posible de otorgarnos la respetuosa licencia de ordenar y completar el criterio esgrimido por los jueces para su fallo, donde estableceremos de manera muy sucinta los presupuestos societarios para imputar responsabilidad a un gerente.

El encausamiento corresponde a jurisdicción laboral conforme la L. 29497 (NLPT)<sup>2</sup>, que verifica en su sede la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

## II. DE LA PRETENSIÓN

Conforme a lo señalado, esta corresponde “ ... a) **Pretensión:** *Mediante escrito de demanda, que corre en fojas doscientos veintiséis a doscientos treinta y cinco, la empresa demandante solicitó el pago de ciento diez mil setecientos cuarenta y siete con 10/100 soles (S/ 110,747.10) por indemnización por daños y perjuicios que comprende el lucro cesante y daño moral, ocasionado por los trabajadores demandados al haber dado por concluido el vínculo laboral en el cargo de Gerente de Comercialización al señor (...), sin causa justificada y el consecuente pago por indemnización por despido arbitrario, sin considerar la jubilación obligatoria como causal de extinción del contrato de trabajo; más intereses legales, con costas y costos del proceso. ...”*

Mi primera observación resulta en la curiosa apreciación de la calificación del daño con relación a los hechos. Uno entendería que si la sociedad pago demás, esto es, desembolsó lo que no debía. o hizo lo que debiera haber evitado hacer, el daño a imputar a los supuestos responsables sería uno patrimonial o material, entendido como daño emergente (empobrecimiento económico efectivo, materializado de manera actual); sin embargo, se encausó por lucro cesante (una frustración lucrativa), que no se explica claramente en ese contexto.<sup>3</sup>

Ello, obviamente, según lo que podemos revisar de la sentencia casatoria, que parafrasea a su vez lo ocurrido en las instancias inferiores, que

---

2 Nueva Ley Procesal del Trabajo.

3 Sobre como entienden nuestros jueces estos conceptos, me remito por todas a la Cas. 1379-2009-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, F. 4; y Cas. 1325-2018-Ancash, F.6.

evidentemente no encierra todos los hechos y situaciones que se derivan del expediente, o los podría malinterpretar.

Del mismo modo, cuando se hace notar la cifra que se demanda por daños y perjuicios, tampoco se nos informa con precisión del *quantum* por cada categoría de daño demandada, dado que se ha imputado por añadidura un daño moral. No puede pasar desapercibido que, en el Perú, en sede procesal<sup>4</sup>, en línea de solicitar indemnización por daños, resulta necesario identificar, individualizar y fundamentar (justificar) cada uno de los daños que se reclaman de la manera más exacta posible, siendo la labor del juez valorar todo aquello.

En esto último surge otra pauta a precisar, y es que el daño moral, si bien indemnizable, amparado tanto por la regulación obligacional (llamada en sede procesal de manera casi unánime contractual) como por la extracontractual, y conforme a jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, asequible a las sociedades y otras personas jurídicas, no precisa como se habría producido y en que magnitud, es decir, su acreditación y su cuantificación.

De hecho, y como se detalla en la sentencia, el monto total reclamado coincide exactamente con el desembolsado por la sociedad en su oportunidad para el pago de la indemnización por despido arbitrario que, según la demandante, no se justificaba.

Es importante precisar que la omisión de un razonamiento complejo en una sentencia tiende a la simplificación, que poco ayuda a la sistematización, y, por el contrario, genera una equivocada percepción en los operadores jurídicos que tienden a extrapolar el ejercicio mental efectuado en un caso a otros casos, sin la debida conceptualización en torno a situaciones distintas, máxime cuando se refieren a instituciones jurídicas concretas.

### III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*“(…) El Juez del Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha veinticinco de julio de dos mil dieciséis, declaró infundada la demanda, al sostener que, según el alegato del abogado de la parte demandada en la audiencia de juzgamiento, (...) en enero de dos mil nueve los demandados presentaron un informe anual a la junta directiva dando cuenta de la baja de productividad en el área de comercialización. En razón a este informe la junta*

---

4 Esto no ocurre así en todas partes del mundo, por ejemplo, en la vecina República de Chile, donde se demanda por un todo.

*directiva, mediante acuerdo directorio toma la decisión de cesar al Gerente del área de comercialización, señor Ayestas. La obligación incumplida por los demandados, según la parte demandante, consistía en no informar a la junta directiva que el mencionado servidor iba a cumplir 70 años para que la junta pueda desistir de su decisión de retirarle la confianza hasta que se ponga a conocimiento del gerente. La Ley General de Sociedades en su artículo 188°, define las atribuciones de un Gerente, estableciendo que éstas se encuentran vinculadas a actos de representación para actividades económicas y asistir a las sesiones de directorio y de junta general, pero sin ningún poder de decisión”*

Aquí encontramos de manera decidida una abstracción equivocada. Y es que el artículo 188° de la Ley General de Sociedades citado corresponde a las atribuciones propias del gerente general, y no a otro órgano o funcionario distinto.

No son pues las atribuciones de un gerente, o de cualquier gerente, sino las del gerente general, que en el caso de una sociedad anónima constituye un órgano (legal), es decir, se corresponde con el tipo corporativo, con la estructura propia del modelo. Y ninguno de los demandados ostentaban la posición de gerente general.

Si bien es cierto el art. 185° de la LGS, concordado con el artículo 60° del Reglamento del Registro de Sociedades permiten que se designen múltiples gerentes, necesariamente entre ellos uno o más deberán ocupar de manera obligada la posición precisa de gerentes generales, si bien esta última fórmula resulta excepcional. Y ello, porque la ley requiere hacer al tipo corporativo eficaz en su gestión, e individualizar al responsable de la administración (para que responda por la misma).

La frase utilizada “*pero sin ningún poder de decisión*” citada en la sentencia, llama poderosamente la atención, pues es el gerente general, en condiciones normales, quien goza de las facultades de gestión y relacionales más extensas, con amplio poder decisorio, lo que ha sido incluso atestiguado en sede administrativa registral en precedente de observancia obligatoria, aun cuando esto haya dado lugar a su vez a debate en la doctrina contemporánea.

El fraseo utilizado, además, es bastante desordenado y poco preciso, y no da cuenta de lo sucedido de manera que no quepan dudas al respecto.

Dice, por ejemplo, que “... *la junta directiva mediante acuerdo de directorio toma de la decisión ...*”, pero no establece si se refiere al mismo órgano o a órganos distintos (¿se trata de una junta directiva o un directorio?). Si fuera

el mismo, existe un defecto de sistematización, al referirse de dos maneras diferentes a una misma entidad orgánica, cuando el directorio como tal resulta en un órgano consustancial (obligatorio) a una sociedad anónima ordinaria, cual es la forma corporativa adoptada por la demandante; y la junta directiva podría ser uno facultativo (aún cuando haga reminiscencia de un órgano correspondiente a una asociación propiamente dicha), y sujeto por ende a reglas de funcionamiento distintas. No obstante, uno u otro se guían por los mismos principios, si bien su funcionalidad interna pueda ser diferente.

Se dice que se imputa a los demandados una obligación incumplida, la de no informar a la “junta directiva” (sic) de la edad de la persona a la que se proponían cesar. Y es que recibir y otorgar información hacia y por parte del Directorio de una sociedad resulta primordial y forma parte no sólo de un deber fiduciario exigible como principio esencial incardinado en las relaciones societarias (en general de las corporativas), sino que se encuentra establecido como una regla objetiva en el texto de la ley general de sociedades (arts. 173° y 175°).

El deber de informar, y su omisión, son pasibles de generar responsabilidad, en este caso, bajo un régimen de atribución subjetivo (que opera en casi la absoluta generalidad de casos de este tipo). Esto, por supuesto, se traslada al resto de la organización en distinta intensidad, según la posición que cada cual ocupe en la misma. Los ejecutivos de una compañía, sin importar su posición en la misma, deben comportarse, como mínimo de acuerdo a la buena fe.

*“Según su Manual de Organización y Funciones - MOF, ofrecido por la empresa demandante, en ninguna parte de su texto le asigna la función a los demandados de controlar, revisar o cuestiones arribadas por la junta directiva. Se advierte la ausencia de medio probatorio que acredite que los demandados tenían la obligación de informar sobre la edad del funcionario, a efectos de que la junta desista de su decisión”.*

Si bien es cierto, como hemos señalado antes, las atribuciones que señala la Ley General de Sociedades en el art. 188° son de aplicación al gerente general, no es menos cierto que al resto de gestores y/o funcionarios, según su jerarquía, les son aplicables deberes fiduciarios cuya intensidad debe ser observada y se regula según el cargo y/o posición que ocupen al interior del corporativo.

En esta línea de razonamiento, los más importantes son los de lealtad y de cuidado.

Estos deberes se encuentran en constante revisión y evolución, y la doctrina y jurisprudencia extranjera (sobre todo del *common law*, pero ya incardinados en el derecho continental, por ejemplo), de donde provienen, ya han elaborado un largo listado de aquellos, pero los dos mencionados son los más importantes y de los que derivan todos los demás.

Estos no sólo se han convertido en principio esencial para juzgar las actuaciones de los representantes de las personas jurídicas (que actúan bajo una relación de confianza), sino que hoy forman parte de la legislación nacional e internacional en menor o mayor medida. Aún más, la Ley General de Sociedades expresamente ha dispuesto los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado, reserva e información. El proyecto de LGS de 2018 también lo ha hecho aun con mayor brío, y la doctrina nacional los reconoce con claridad, lo mismo existen precedentes al respecto.

Es extraño y difícil de entender un fraseo como el citado y acogido en esta sentencia donde aparentemente se pretende encontrar en el MOF de la organización exigencias taxativas y explícitas para imputar responsabilidad sobre los ejecutivos, además de pruebas sobre la obligación de informar.

Y es que, en efecto, la responsabilidad civil corporativa no se identifica con el respeto a un listado fijo y limitativo de funciones, sino que se verifica sobre el cuidado de las actividades propias de la función de cada ejecutivo. El régimen entonces no es taxativo, sino general. Recuérdese que aquí no discutimos si se trata de una causal tasada de despido, sino si determinada conducta de un ejecutivo cumple con el criterio para la imputación de responsabilidad civil conforme a su actuación esperada en la esfera societaria de la que forma parte y a la cual se debe.

Los deberes fiduciarios en esta instancia se superponen a los reglamentos internos e incluso a las instrucciones recibidas, que pueden ser contraproducentes, o de plano erróneas, debiendo primar (para los ejecutivos) el cumplimiento del objeto y el interés de la sociedad sobre aquellas.

En este caso, las funciones propias son las exigibles en el contexto del puesto que ostentaban estos gerentes y lo encomendado e inherente al cargo, y aquí esto se identifica con la entrega de información necesaria, suficiente, veraz y oportuna para la toma de decisiones, o lo que es lo mismo, data completa y relevante.

No es menor señalar además que en sede societaria, el juicio de responsabilidad corre sobre una base rigurosa de negligencia (grave), y su

fuente radica en una sumatoria de la administración delegada (sea cual fuera la cuota de control), la propia responsabilidad (culposa) y la cuota discrecional (de riesgo).

#### IV. DE LA SENTENCIA DE VISTA Y LA CASACIÓN

*“c) **Sentencia de Vista:** La Séptima Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior, mediante Sentencia de Vista del veinte de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas trescientos setenta y tres a trescientos setenta y nueve, confirmó la sentencia apelada agregando que los demandados tenían la obligación de informar sobre la edad del funcionario, a efectos de que la junta directiva desista de su decisión.”*

Es verdad. Esto era parte importante de los datos que se debían entregar (al directorio) para adoptar una decisión adecuada (informada), aunque ya veremos más adelante, que, además, debió haber sido solicitada. Es decir, el Directorio y al Gerencia o pueden abstraerse de sus obligaciones propias, que en este caso se traduce en solicitar toda la información y/o reportes razonables para merituar la situación de la manera más completa posible, con el menor riesgo posible al patrimonio.

*“... e) **Derecho a una resolución debidamente motivada.** f) **Derecho a la impugnación.** g) **Derecho a la instancia plural.** h) **Derecho a no revivir procesos fenecidos.** **Setimo:** En relación al derecho a una resolución debidamente motivada, el cual se encuentra reconocido en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, corresponde precisar que la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, y de hacerlo de manera razonable y ajustada a las pretensiones formuladas en el proceso, forma parte de los requisitos que permiten la observancia en un proceso concreto del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha trece de octubre de dos mil ocho, al resolver el expediente número 00728-2008-HC, respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sexto fundamento, ha expresado lo siguiente: “(...) Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha tenido la oportunidad de precisar que ‘el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso’”. Asimismo, en el Séptimo fundamento de la referida Sentencia ha*

señalado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, por los supuestos siguientes: **a)** inexistencia de motivación o motivación aparente; **b)** falta de motivación interna del razonamiento; **c)** deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas; **d)** motivación insuficiente; **e)** motivación sustancialmente incongruente; y, **f)** motivaciones cualificadas. En ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa.”

De acuerdo, la impronta aquí es el deber de motivar conforme al derecho vigente, y en particular en el campo de la responsabilidad civil, no del derecho laboral. Que el caso se ventile en una corte laboral es consecuencia de la ley que así lo ha previsto como obligatorio por razón de especialidad, pero no por ello debe dejar de seguirse que la sustanciación es civil por responsabilidad, y más específica, societaria, de lo que poco o nada se ha hecho valer en la sentencia.

Un gerente puede entonces tener un doble vínculo, uno de carácter laboral, pero además debe indagarse sobre aquel de orden societario –para este caso concreto- y la funcionalidad del mismo.

**“Octavo: Solución al caso concreto** De la revisión de la Sentencia de Vista, cuyos fundamentos se encuentran transcritos en el considerando primero, se verifica que la decisión adoptada se ha circunscrito a fundamentos claros y congruentes, cuyo análisis se ha delimitado a la situación de hecho planteada por las partes; en consecuencia, no puede ser cuestionada por vulneración del debido proceso, por ausencia o defecto en la motivación (motivación aparente), en tanto se ha cumplido con precisar los hechos y normas pertinentes que le permiten asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su “razón suficiente”; más aún, si el ostentar un criterio distinto al que ha ostentado el Órgano Jurisdiccional, no puede ser causal para cuestionar la motivación; además, que se verifica un trámite regular del proceso. En ese sentido, no resulta viable cuestionar la Sentencia de Vista por vulneración del debido proceso, que resguarda la motivación de las resoluciones judiciales; por lo cual, no se infraccionó inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, deviniendo en **infundada** la causal denunciada por la entidad demandada en el ítem i). **Noveno:** Respecto a la causal material, se encuentra referida al **artículo 191° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades**, que establece:

**“Artículo 191.- Responsabilidad solidaria con los directores** *El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general”.* *Décimo: Delimitación del objeto de pronunciamiento Para efectos de analizar la causal denunciada por la recurrente, se debe tener presente que el tema en controversia, conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, está relacionado a que si los demandados actuaron o no negligentemente ocasionando perjuicio a la demandante.”*

Aquí también encontramos nuevamente la necesidad de aclarar conceptos y por lo menos poner de relevancia el marco regulatorio especial asignado a la actuación, representación y responsabilidad de los gestores de una sociedad (que en general es el que debiera ser atribuido a los empresarios, aun cuando esto no sea uniforme en la legislación peruana, v.g. la ley de la EIRL).

La negligencia societaria no es símil a la negligencia civil. En este sentido, y, en primer lugar, se juzgan las actuaciones personales y responsabilidad interna sobre la base de criterios subjetivos, no objetivos. Lo que se requiere probar es la culpa.

En segundo lugar, el estándar del buen padre de familia, característica de las obligaciones comunes (civiles), aquí se modifica dada la especialidad del tema, por el del ordenado comerciante, característico del profesionalismo que debe impregnar aquel.

En tercer lugar, la intensidad o grado de culpa se modifica, y donde en el campo civil se refieren a la culpa y sus distintas categorías (leve, grave, dolo, tal como se encuentra dispuesto en el artículo 1321° del Código Civil), en el campo societario se responde al dolo, abuso de facultades y negligencia grave (artículo 177° y 191° de la Ley General de Sociedades), que se acerca más al criterio profesional mencionado en el artículo 1762° del Código Civil.

Para aplicar estas coordenadas legislativas no es necesario que los ejecutivos se constituyan necesariamente en órgano o en parte de uno, aquí lo que vale es la relación jurídica de confianza *per se* (en otros casos de responsabilidad, ello se imputa incluso más allá, llevando el juicio por fundamentos fácticos) por lo que deben contrastarse en toda la cadena organizativa que se sujeta a la estructura corporativa.

Esto es también acorde con la regulación laboral, conforme el artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En el presente caso, el deber de información debe observarse bajo la esfera del deber objetivo de cuidado que constituye uno de los dos balaústres fundamentales de la responsabilidad gerencial, junto al deber de lealtad, y sobre los que se construye toda la gama de deberes inherentes a estos cargos.

El contrato de gestión o administración, entonces, desde la óptica societaria es uno de carácter incompleto.

En este caso los gestores contaban con facultades, el poder y deber para velar por ello, las que debían usarse discrecionalmente acorde con los fines de la empresa, para lograr la eficiencia del gasto y maximizar sus beneficios, evaluando el costo - beneficio de sus acciones u omisiones, haciendo un análisis mínimo de los efectos, lo cual crea a su vez un efecto difusión hacia toda la comunidad creando riqueza.

Asimismo, la solidaridad que se alega, por supuesto, y como en todos los casos, sólo puede ser dispuesta por la ley o por el título de la obligación, y en este caso la misma está enmarcada en la constitución de los órganos societarios ya apuntados y su funcionamiento, lo que no constituye correlato aplicativo a la de los gerentes demandados por razones más que obvias.

*“... quien se desempeñaba como Gerente de Comercialización, debido a un supuesto incumplimiento de metas, indemnizándolo por despido arbitrario por la suma de ciento diez mil setecientos cuarenta y siete con 10/100 soles (S/ 110,747.10) por el tiempo que prestó servicios en la empresa demandante (UN COSTO EVIDENTE QUE SE PUDO FRENAR AHORRAR). Corre a fojas ciento veintiocho el Memorándum 032-G0000-EP-2009 del tres de febrero de dos mil nueve, en el que el Gerente General de la empresa informa al Gerente de Administración y Finanzas – uno de los codemandados - que el Directorio, con fecha veintinueve de enero de dos mil nueve, acordó por unanimidad, dar por concluida la designación del señor ... en el cargo de Gerente de Comercialización a partir del cuatro de febrero de dos mil nueve”.*

Resulta más que evidente que si los deberes impuestos y que ya hemos mencionado resultan exigibles a la estructura orgánica, en mayor medida se imponen al Directorio y a la Gerencia General, que debieron adoptar y adaptar sus decisiones sobre bases informadas, bajo el estándar también ya precisado. Entonces, podemos discutir si además, aquellos debieron exigir mayor información.

Resultaría provechoso leer y analizar los documentos que dieron lugar a la demanda para verificar si estos estamentos societarios cumplieron o no con

sus deberes para poder decidir en consecuencia, de lo que nada se dice en la sentencia.

*“Se aprecia en fojas treinta y seis a treinta y ocho y de fojas cuarenta y cinco a cuarenta y ocho, las funciones generales y específicas del Gerente de Administración y Finanzas y el Jefe de Departamento de Recursos Humanos, según el Manual de Organización en Funciones. **Décimo Segundo:** De lo expuesto se colige que fue la junta directiva quien tomó la decisión de cesar al Gerente de Comercialización por baja productividad; además, se advierte del MOF que dentro de las funciones de los codemandados no se encontraba la de informar qué personal estaba próximo a cumplir setenta años, edad necesaria para el cese por jubilación; ni mucho menos debatir las decisiones de la junta directiva (SI INFORMAR). En efecto, se puede señalar que los codemandados actuaron con diligencia al cumplir sus funciones de comunicar a la junta directiva respecto a la actividad económica de la empresa”*

Como hemos anotado, la denominada “junta directiva” debió informarse, lo mismo que la gerencia general, bajo los deberes fiduciarios, en especial el de cuidado -*duty of care*- que se imponen conforme al estándar profesional que les es propio (y el riesgo que administran), y de acuerdo al cargo que ostentaban, más aún en una empresa del Estado (bien público).

Los codemandados no han de debatir, estamos de acuerdo, pero si informar aquello que resultara relevante para el caso concreto.

*“**Décimo Tercero:** Si bien la norma denunciada se encuentra referida a que tanto el gerente y los miembros del directorio, son responsables de los actos que den lugar a responsabilidad; sin embargo, las decisiones adoptadas fueron asumidas por la junta directiva, lo que se corrobora con el Memorandum 032-G0000-EP-2009 del tres de febrero de dos mil nueve, en el que el Gerente General de la empresa informa al Gerente de Administración y Finanzas – uno de los codemandados - que el Directorio, con fecha veintinueve de enero de dos mil nueve, decidió cesar al gerente de comercialización, (...) En esa línea de ideas, si bien los demandados tienen la condición de personal de dirección, ello no significa que por algún acto dañoso a la empresa ...”*

Pero es que no se trata de cualquier acto, estaba dentro de sus dominios de función.

*“...recaiga la responsabilidad en ellos”*

Y es que la ley implica que deberían haber sido más cuidadosos

*“señalándose que no solo debían ejecutar las decisiones de la junta directiva, sino también advertir y poner en conocimiento que la decisión adoptada por el directorio era perjudicial para la empresa, cuando de acuerdo a las funciones generales y específicas establecidas en el MOF, no se encontraba ella En consecuencia, los codemandados no resultan responsables solidarios, por la decisión asumida por el directorio de cesar al señor Ayestas, toda vez que la empresa demandante no ha demostrado contundentemente que el supuesto daño generados a la empresa, sea por alguna negligencia de los demandados. **Décimo Cuarto:** De lo antes anotado, se concluye que el Colegiado Superior no ha incurrido infracción normativa del artículo 191° de la Ley N° 26887”.*

Reiteramos que no era necesario ser taxativo, aquí se confunden el derecho administrativo sancionador y el laboral con el derecho civil y el societario.

Obviamente, para que la responsabilidad por un daño recaiga en una persona ha de estarse al juicio de responsabilidad y sus requisitos. Aquí lo que importa es verificar el comportamiento conforme a la culpa grave relacionado a sus dominios funcionales.

Reiteramos que, en dicha posición, si les era exigible que advirtieran y pusieran en conocimiento de los órganos decisorios, conforme al deber de cuidado y deber de informar, sobre la situación del gerente comprometido con el despido, sin perjuicio de lo que dijera o dejara de decir el MOF de la sociedad.

Un fallo como el comentado, cuando la responsabilidad del ejecutivo se minimiza a la vista del cumplimiento de unas funciones específicas y taxativas, de manera literal, verificando simplemente un *checklist*, cuando en realidad se trata de una responsabilidad de carácter general, envía un mensaje equivocado al mercado, a nuestro juicio, y es que el juez no puede auto imponerse mayor labor que la de verificar si se ha cumplido o no con lo que se indica en una lista, sino que debe realizar una labor de razonamiento y evaluación de la responsabilidad frente a los deberes generales.

Los abogados, si bien tendemos a estructurar contratos completos, nos preocuparemos por hacerlos aún más complejos, o más completos aun, a la vista de la omisión producida.

Del mismo modo, ello genera costos y una falta de protección al pequeño y mediano empresario, que no podrá salvar el problema de manera exitosa, como si puede hacerlo un agente económico consumidor de servicios legales más sofisticados.