

LA FUNCIÓN DEL DIRECTORIO: LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS (EL CASO DE LOS EMPLEADOS EJECUTIVOS Y LAS FUNCIONES DECISORIAS Y EJECUTIVAS)

POR ALFREDO L. ROVIRA

Ponencia

La competencia del directorio no es exclusiva ni excluyente de la facultad de la asamblea de inmiscuirse en actos de gestión social. Los usos y prácticas han modificado el régimen de la Ley de Sociedades (LSC) en tanto se admite la delegación de funciones gestorias y decisorias del directorio a personal en relación de dependencia (gerentes).

Fundamentación

En el derecho comparado se ha sostenido que los directores y no los accionistas son los que tienen a su cargo la administración de los negocios sociales¹ y entre nosotros, varios autores han sostenido que la función administradora no se puede desplazar del directorio a los accionistas, fundamentalmente partiendo del principio que la función de los directores, y con ello la de administrar, es personal e indelegable y que éstos asumen una responsabilidad que no es dable transferir a los accionistas, salvo que éstos la acepten expresamente. Este fenómeno se ha dado en paralelo con lo que yo denomino pérdida de poder de los accionistas en tanto primero se dejó en manos del directorio

¹ Fallo del Tribunal Supremo de Delaware de 1981 en el caso "Maldonado v. Flynn" ratificando el fallo del Delaware Chancery Court de 1980.

prácticamente disponer de la gestión de la sociedad en forma efectiva, limitándose éste a rendir cuentas una vez al año, al presentar los Estados Contables anuales, sin perjuicio de informar –cuando se trata de sociedades abiertas– trimestralmente los resultados de su gestión por intermedio de la publicación de los balances trimestrales. Pero una ulterior evolución, evidenció que esa función de los administradores formales pasó a ser ejercida por la gerencia, cuyo rol y autoridad jerarquizada de hecho hizo que se manifesten como los verdaderos administradores a cargo no sólo de la gestión pero también, de hecho, de la toma de decisiones, en el curso ordinario de los negocios.

El Anteproyecto de Modificación de la LSC de 2003 se enrola en esta tendencia, ya que si bien mantiene la caracterización de que el cargo de director es personal e indelegable, de alguna manera relativiza este concepto en tanto autoriza al directorio a la contratación de un gerenciamiento de aspectos técnicos de la actividad empresarial, sin excluir la responsabilidad de los directores contemplada en el artículo 274 (artículo 266).

A pesar de afirmaciones de corte doctrinario en contrario, esto es, reafirmando la función de administración del directorio, nuestro derecho no ha quedado excluido de esta realidad, pues es frecuente ver tanto en sociedades cerradas como abiertas que los directores otorgan poderes amplios de administración a la gerencia general y gerencia a cargo de las funciones de administración y finanzas, fundamentalmente, lo que implica de hecho otorgarles poder de decisión a los empleados, esto es excediendo la potestad del órgano de administración, para decidir sobre la celebración y hasta resolución de contratos, disponer de bienes en el curso ordinario de los negocios, contraer préstamos, conceder créditos, etc., y ello es aceptado y legitimado no sólo por el mundo de los negocios sino también por los jueces.

Como resultado de una observación de la realidad, surgen en torno a esta cuestión dos aspectos a analizar.

El empleado administrador

El primero de tales aspectos es el fenómeno de asunción del rol administrador por los empleados del sujeto societario a partir de exacerbar la posibilidad de delegar en ellos la función

de los administradores como encargados de hecho de las tareas de administración societaria. Si bien esa delegación opera por tratarse de funcionarios designados, directa o indirectamente, por el órgano de administración, ese hecho demuestra que se ha diluido en nuestro derecho la distinción entre la función ejecutiva y la función decisoria que está prevista en la conformación de un Comité Ejecutivo como lo autoriza el artículo 269 LSC y la reafirma el artículo 270 LSC cuando autoriza la designación de gerentes a quienes sólo autoriza delegar funciones ejecutivas aunque responda igual que un director de la Sociedad frente a los terceros.

Es así como, en el moderno derecho societario se ha sido más tolerante en lo que respecta a la delegación de funciones, trasvasando la teoría del órgano en tanto parte, o a veces todas esas funciones son delegadas en empleados. Sin embargo, en tanto esa realidad no implica alterar la estructura típica del sujeto, tal fenómeno no exonera a los directores de responsabilidad tanto "*in eligendo*" como "*in vigilando*" de los funcionarios a cargo de la administración cotidiana.

Ello así acontece en nuestro medio a pesar de que la LSC sólo admite limitadamente que el directorio delegue sus funciones ejecutivas y que las decisorias sólo puedan delegarse en la medida que se trate de cuestiones ordinarias de la administración. Frente a nuestra realidad, en el derecho europeo así como en el derecho anglosajón se percibe una mayor flexibilidad en ese aspecto en tanto está legalmente prevista la delegación del poder para adoptar las decisiones internas del ente. En efecto, en el derecho europeo mediante la jerarquización de los poderes del denominado Director Delegado, una suerte de director con función de Gerente General con poderes de decisión, sin necesidad de recurrir a la decisión orgánica, puede adoptar decisiones propias del directorio. En el derecho anglosajón, al resaltarse la figura del "*Chief Executive Officer*" o "*CEO*" como la máxima autoridad ejecutiva societaria, se convierte al mismo en la práctica para que aparezca como el personaje omnipotente que determina las orientaciones y decisiones de los cuadros gerenciales superiores y, a la postre, sólo rinde cuenta de su gestión periódicamente al Directorio siendo, además, que en la generalidad de los casos, es también un integrante del Directorio. Ambos personajes (el Director Delegado y el CEO) aparecen como "*prius inter pares*" arrogándose poderes propios del directorio, sin necesidad de contar con la decisión concreta del colegio que integra cada uno de ellos.

El traspaso de Competencias Orgánicas

La segunda, que consiste en negar la posibilidad a los accionistas de asumir funciones de administración. De acá se desprende el tema de la esfera de competencia de los órganos sociales y la posibilidad de invadir funciones por parte del órgano de gobierno respecto del órgano de administración.

En nuestro derecho, en mi opinión, el tema no está cerrado, pues a pesar de los enunciados que postula la defensa de los ámbitos de competencia, en realidad la cuestión se presenta confundiendo el tema de las competencias con el de la responsabilidad, con lo que no me queda claro que realmente se concluya que las funciones del directorio no pueden ser invadidas por la Asamblea. Así, Fargosi y Romanello afirman –siguiendo un precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal que citan²– que la fuente de poder del directorio emerge de la ley y, si bien elige a sus componentes, no funciona como fuente atributiva de poder. Agrega que en su opinión los poderes y deberes del directorio son “originarios” y provienen de la necesidad de ejecutar el contrato social por cuanto “los socios no pueden abstenerse de designar los administradores y ejercitar éstos los poderes legislativamente atribuidos al directorio (siguiendo la doctrina de Francesco Galgano que también citan). Así, parecen inclinarse por la tesis de que la asamblea no puede avocarse a la administración de la sociedad, ni impartir –salvo casos específicos– instrucciones a los directores³. Sin embargo, aludiendo al artículo 234, inciso 1 y al artículo 269 LSC, reconocen que la identificación de funciones de administración ordinaria frente a las de administración extraordinaria, contribuye aún más a crear un marco no muy claro de los límites que cabe asignar a las funciones de gestión.⁴

Zamenfeld es tajante en su definición al decir que “*en ninguna sociedad podría delegarse la tarea de gestión del directorio a la asamblea; ni tampoco podría el directorio eximirse de su responsabilidad de ley invocando instrucciones de la asamblea para actuar como lo hizo*”. Al sostener ello, el dis-

² C. N. Civil, Sala D, abril 11 de 1986, “Rodríguez de García, Araceli A. contra García, Héctor R.”, La Ley T. 1986-C, p. 389.

³ Fargos, Horacio P. y Romanello, Eduardo R. “Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores” en La Ley, T 1986-E, p. 1126.

⁴ Fargosi- Romanello, *ob. cit.*, p. 1128.

tinguido autor agrega: “*advírtase en este último sentido que ello deriva de la distinta responsabilidad que comprometen los accionistas (limitada al aporte prometido) y los directores (ilimitada y solidaria). Suponer que uno tiene o puede asumir funciones propias del otro, es tanto como desestructurar la sociedad anónima, convertirla virtualmente en atípica y, por lo tanto nula, conforme las reglas de la ley societaria*”⁵.

Si la lectura lineal de lo antedicho implica que la Asamblea no puede resolver sobre cuestiones propias de la administración societaria entonces discrepamos con los ilustres autores citados. En efecto, desarrollando una idea que ya postulamos con Zaldivar, Manóvil y Ragazzi en *Cuadernos* existe, al lado de la función de administración propia del Directorio, otra no claramente diferenciable, que es propia de la Asamblea y que consiste en fijar las grandes pautas a las que se ajustará la función administradora por cuanto la actividad cotidiana no debe ser resultado de improvisaciones. Siguiendo tal línea de pensamiento, Cabanellas de las Cuevas distingue las funciones administradoras entre las cuales contempla una categoría que suponen la posibilidad de una modificación sustancial de la organización económica que subyace a la sociedad⁶. En el mismo sentido, Otaegui distingue, dentro del cuadro de las funciones de administración la posibilidad del resolver actos de disposición, respecto de los cuales asigna competencia al órgano de Gobierno.⁷

Si bien coincidimos con el Prof. Zamenfeld que la exención de la responsabilidad del directorio sólo puede serle dada por los socios y tendrá valor ante la sociedad, jamás frente a terceros, como se desprende claramente de las reglas que, en materia de “*quitas*”, establece el artículo 275, LSC, debe tenerse en cuenta que sobre la posibilidad de exención de responsabilidad individual, la LSC sólo presume esa conclusión en los casos en los que la asamblea establece que alguna tarea de gestión es puesta en cabeza de uno o más miembros del directorio (artículo 274, segundo párrafo, LSC) y de aquellos otros en los que media protesta del integrante

⁵ Zamenfeld, Victor. “Sobre atribuciones y responsabilidades de los órganos societarios”. *La Información*, T. 68, p. 120, año 1993.

⁶ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho Societario*, parte General: Los Órganos Societarios, Tomo 4, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 52.

⁷ Otaegui, Julio C. *Administración Societaria*, Ed. Ábaco Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 60.

cuestionando la actuación del cuerpo que integra pero que en todo caso, de mediar dolo, la responsabilidad subsiste. Adviértase que *Fargosi y Romanello* sólo establecen que si se trata de actos propios o de gestión del directorio que la asamblea ordenó y que el directorio ejecuta, el hecho de cumplir la decisión asamblearia no eximirá JAMÁS de responsabilidad a los directores frente a terceros, pero prevén que la Asamblea pueda inmiscuirse en decisiones de gestión.

Por ello, si bien la asamblea puede impartir a los directores instrucciones o directivas en orden a la gestión de la empresa, o compeler a los administradores al cumplimiento de actos específicos, no lo releva de responsabilidad frente a terceros si el acto fuere impugnado de nulidad y causare daños, pues dispone de la facultad de negarse a actuar y, en su caso, renunciar, si desea eximirse de responsabilidad.

Así, opinamos por cuanto el régimen estructurado por la LSC no impide a los accionistas, por intermedio del órgano de gobierno (la asamblea de accionistas) actuar en forma funcional expresando su decisión sobre temas propios de la administración societaria abocándose en cuestiones propias del directorio, ya sea porque el directorio las somete a su decisión (artículo 234 inciso 1 LSC) o directamente porque deciden hacerlo, imponiendo restricciones a sus funciones, pues excluyen de su órbita de competencia la toma de decisiones de ciertos actos que estatutariamente son transferidos a la decisión del órgano de gobierno o, simplemente, pues los accionistas así lo resuelven haciendo uso de la ventana que les abre el artículo 234 LSC cuando establece que "Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobre (...) toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los sindicatos."

En el ya citado fallo "Vistalba" se desliza del voto del Dr. Viale —quien finalmente impuso su criterio por mayoría— que el órgano de gobierno tiene potestad para adoptar una decisión final sobre cuestiones llevadas a decisión del directorio⁸.

⁸ C. N. Com., Sala A, 11 de diciembre de 1986, autos "Vistalba, S.A. contra Banco de Galicia y Buenos Aires, S.A. y otro sobre nulidad decisiones asamblearias" y "Ymot, S.A. contra Banco de Galicia y Buenos Aires sobre impugnación de asamblea", La Ley, T. 1987-B, p. 361.

Nuestra doctrina ya se pronunció a favor de autorizar a la asamblea la toma de decisiones que excedan notoriamente el marco del objeto social, concibiéndose que dicha decisión implica una modificación "*ad-hoc*" del objeto y por lo tanto, si el directorio hubiere adoptado una decisión en exceso del objeto, para eximirse de la responsabilidad personal que les impone el artículo 58 LSC someten a la asamblea ya sea la ratificación de su decisión o simplemente la convocan para que sea ella la que decida sobre actos que el directorio no podría resolver sin incurrir en responsabilidad personal haciéndose personalmente imputables del mismo por exceder notoriamente el marco del objeto social.

Por eso soy de la opinión que la asamblea puede asumir funciones propias de la administración y, de tal modo, convalidar como acto imputable al sujeto societario una resolución, aún excediendo el objeto, aunque decida no modificarlo en forma permanente.

En tal caso, surge otra cuestión: la de la clase de asamblea facultada para adoptar válidamente esa decisión, ya que si fuere adoptada por una asamblea ordinaria, en tanto la decisión implica -ya sea en forma directa o indirecta- adoptar una decisión ampliando o restringiendo el objeto social será menester que la misma sea resuelta por los accionistas convocados a celebrar una asamblea extraordinaria, con el quórum y mayorías más rigurosas que la LSC exige, o directamente, por una asamblea celebrada bajo la forma requerida por la LSC para que sea calificada como Asamblea Unánime. Por otra parte, tal situación podrá ocurrir previo a la celebración del acto por los administradores o, con posterioridad al mismo, esto último en defensa de la seguridad jurídica.⁹ En este último supuesto, la injerencia de los accionistas será "*post-facto*", ya que su desaprobación de los actos sólo les abre la posibilidad de aprobar o no su gestión y, eventualmente, determinar la posible existencia de responsabilidad por los eventuales daños que se le ocasionaren al ente societario.

⁹ García Tejera, N. "Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inciso 1 del artículo 299", en *El Directorio en las Sociedades Anónimas*, Estudios en Homenaje al Prof. Consulto Dr. Carlos S. Odriozola, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 38/40 analiza la actuación interna y externa de los integrantes del órgano de administración distinguiendo la doble función administrativa, de la de representar al ente.

GRUPOS DE SOCIEDADES
