

DIRECTORES INDEPENDIENTES. FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD

ERNESTO DANIEL BALONAS

CONTENIDO

La existencia, y ahora requisito legal para las sociedades que cotizan, de directores independientes, se ve reflejada con algunas tendencias a considerar a los directores como una suerte de fiscalizadores de la administración societaria. En ese contexto, considero necesario ratificar la función administrativa del directorio y su consecuente responsabilidad.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya unos cuantos años, nacieron en el mundo, con diversos nombres, las reglas del buen gobierno de las sociedades¹ o del *Corporate Governance*. Estas sugerencias, no compulsivas, dieron origen a una serie de institutos, entre otros, el que aquí nos ocupa: el de los

¹ A partir del Informe *Cadbury* de 1992, el "Code of Best Practice", el Informe Olivencia, "The Principles of the Corporate Governance", el "Código de Mejores Prácticas Mexicano", etc.

directores independientes. También de esos informes, surge una función distinta que la que les asigna nuestra Ley, y, lo peligroso de ello, radica en que esa nueva función, podría interpretarse como un cambio radical en su responsabilidad.

2. LAS REGLAS DEL BUEN GOBIERNO Y LOS DIRECTORES INDEPENDIENTES EN LOS DIFERENTES INFORMES

2.1. EL INFORME OLIVENCIA²

El Consejo de Administración debe funcionar como un órgano de supervisión y control, coordinando los planes de quienes se ocupan de la gestión y los accionistas.

Menciona a los directores independientes, considerando necesario que al menos una parte del consejo esté integrado por miembros con tal característica, a la que define como la ausencia de vinculación con el grupo de control y con el de gestión. Además se le exige experiencia, competencia y prestigio profesional.

Para el informe Olivencia, estos directores son los que representarían el interés del capital flotante o atomizado, equilibrándose con aquellos directores que representan al capital controlante o a los distintos grupos de control.

2.2. EL CÓDIGO DE MEJORES PRÁCTICAS MEXICANO³

Es más claro en cuanto a que las funciones que recomienda son adicionales a las previstas en la Ley, y se refieren al planeamiento estratégico y control de su cumplimiento, así como a mecanismos de control interno y especialmente de los niveles gerenciales.

También se refiere a los directores independientes, considerando tales a los que además de no estar vinculados con los controlantes

² Informe de la comisión creada a tal efecto por el gobierno español para tratar la problemática de los consejos de administración de sociedades que cotizan y presidida por Manuel Olivencia Ruiz. Esta comisión elaboró un Código Ético de aplicación voluntaria, conocido como Informe Olivencia.

³ Informe del Comité de Mejores Prácticas Corporativas, creado por el Consejo Coordinador Empresarial de México.

ni con los funcionarios de gestión, ni sean empleados ni directivos de la sociedad, ni tengan poder de mando sobre estos, ni sean asesores o integrantes de firmas asesoras o consultoras de la compañía⁴.

Estos principios, ya empiezan a colisionar con nuestro ordenamiento societario, ya que requerir que los directores independientes no tengan poder de mando sobre los directivos y gerentes de la sociedad es contrario a nuestra Ley de sociedades⁵.

2.3. LAS DEMÁS FUENTES DE REGLAS DEL BUEN GOBIERNO

El Informe *Cadbury*⁶, no ahonda demasiado en el tema, aunque como precursor, da los primeros lineamientos acerca de la existencia de directores independientes, y sugiere su identificación en la Memoria del Directorio. También sugiere la reunión entre directores independientes y auditores externos sin presencia de directores internos.

Los *Principles of Corporate Governance*⁷ tampoco ahondan mucho más, aunque delinéan con un poco más de precisión la figura del director independiente, y sobre todo, hacen hincapié en su no inclusión dentro de las normas que si afectan a los demás directores y que limitan su contratación con la sociedad y con otros integrantes del grupo.

Las sugerencias de otros organismos han sido en similar sentido.

2.4. LA SITUACIÓN EN NUESTRO PAÍS. EL DTO. 677/01 O

RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA DE LA OFERTA PÚBLICA.

La consecuencia de toda esta doctrina en nuestro país, y especialmente de los escandalosos casos de corrupción administrativa en sociedades norteamericanas⁸, fue el dictado del Dto. 677/01, denomi-

⁴ CARLOS AUGUSTO VANASCO. "Reglas del Buen Gobierno", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000-1, pág. 23, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, junio de 2000.

⁵ Especialmente Arts. 255 y 270.

⁶ Gran Bretaña 1992.

⁷ American Law Institute – American Law Publishers, St. Paul, Minnesota, U.S.A., 1994.

⁸ World Com, Xerox, Enron, etc.

nado “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”.⁹

A diferencia de todos los informes anteriores no son sugerencias, sino normas de aplicación obligatoria¹⁰ para todas las sociedades que actúen en la oferta pública.

Esta norma, que siguió a las reglas americanas del *Corporate Governance* y también, los lineamientos del Informe Olivencia, bastante morigerados y más o menos adaptados a nuestro ordenamiento, también trajo, entre muchos otros nuevos conceptos, el de los directores independientes.

Dicha independencia fue luego definida con mayor claridad por la Resolución 400/2002 de la C.N.V., modificatoria de las normas del organismos (N.T. 2001).¹¹

La concreta aplicación del criterio de independencia de directores la trae el Art. 15 del anexo del Dto. 677/01, que obliga a las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones a constituir, en el seno de su directorio, un comité de auditoría, cuya mayoría debe integrarse con directores independientes. Esta norma fija las funciones del comité de auditoría, que implican básicamente la supervisión del funcionamiento, sobre todo en la faz legal y reglamentaria, del directorio, así como de los sistemas de control interno y el sistema administrativo y contable de la sociedad.

Es cierto que las funciones antedichas son funciones de control o fiscalización, lo que parece alejar a estos directores de las funciones administrativas que les asigna el Art. 255 de la L.S.C.. Sin embargo en cuanto hacemos un análisis apenas más profundo podemos advertir que se trata de funciones de control interno, propias de toda administración, y que distribuir dentro del directorio las tareas ejecutivas y las de control interno, no implica contradicción alguna con el ordenamiento societario, y que en tanto se cumplan los requisitos del Art. 274 segundo párrafo, el comité de auditoría puede funcionar perfec-

⁹ 22-5-2001, BO: 28-5-2001. Este decreto, de dudosa constitucionalidad, fue dictado por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades legislativas delegadas por la Ley 25414. El hecho de que modifique la Ley 19550, como norma codificada, es uno de los principales factores que atenta contra su constitucionalidad.

¹⁰ Prácticamente Alemania y Portugal eran los únicos países en que estas normas eran obligatorias.

¹¹ Art. 11, Capítulo III de las Normas (N.T. 2001) de la CNV modificadas por la Res. 400/02.

Pero esas normas son el punto de partida de ciertas posturas que tienden a convertir a todo el directorio en una suerte de comité de auditoría de la gerencia de la sociedad, trasladando responsabilidades de un modo que si creo contrario a nuestro ordenamiento, y que entiendo justifican la advertencia o alerta que persigue esta ponencia, máxime cuando las responsabilidades de esa gerencia, que incluso puede ser externa a la sociedad¹², normalmente se encuentran reguladas en contratos, cuyas cláusulas no están alcanzadas por el orden público societario, y suelen tener pactos de indemnidad.

3. LOS DIRECTORES INDEPENDIENTES Y LA REALIDAD ACTUAL DE LOS DIRECTORIOS

3.1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DIRECTORES INDEPENDIENTES

En general el director independiente será un profesional, o alguien con reconocida trayectoria en el ámbito en que se desenvuelve la sociedad¹³, y juntamente con ello tendrá probablemente poco poder dentro del directorio que, en la mayor parte de los casos estará dominado por una mayoría dependiente de los accionistas mayoritarios.

Ello implicará para estos directores -que normalmente no contarán con demasiada colaboración del presidente de la sociedad ni de los niveles gerenciales- dificultad para conseguir información sobre el giro ordinario de los negocios de la sociedad, lo que incluso les impedirá tomar conocimiento de actos por los que podrían ser responsables, ya que no podemos olvidar que la administración está a cargo del directorio y no de sus miembros, que no pueden exteriorizarse más que dentro de sus reuniones -a lo sumo convocándolas-, quedando toda otra exteriorización a cargo del presidente.

Como consecuencia de ello, un director, en forma personal, no podrá exigir a la sociedad ni a sus gerentes un informe, sino por in-

¹² Vía un contrato de *Management*.

¹³ Esto también generará colisiones entre las necesidades de remunerarlo y los topes del Art. 261 de la LSC, aunque ello sería motivo de otro trabajo.

termedio del presidente.

Esa es hoy la realidad de directores independientes que llegan al cargo en representación de minorías, y su única forma de eximirse de responsabilidad es la prevista en el Art. 274 *in fine* de la Ley, conjugada con un adecuado ejercicio de su función y con la documentación de todos sus intentos –en general infructuosos- de obtener información.

Sin embargo la responsabilidad del director no se ve restringida por este tema, ya que la administración está a cargo de todo el órgano y, en última instancia, el director responderá por haber asumido el cargo sin tener la capacidad, idoneidad o posibilidad de ejercerlo adecuadamente¹⁴, o por no haber utilizado los medios que la Ley le da.

Al respecto nos remitimos a un muy interesante trabajo¹⁵ sobre el derecho de información de los directores, cuyas conclusiones compartimos, entendiendo que allí está la solución al problema, y no eximiendo de responsabilidad a los directores por falta de información.

3.2. LA REALIDAD DEL DIRECTORIO Y LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MEDIANAS Y GRANDES

Otra tendencia actual de las empresas medianas y grandes, y aún algunas casi pequeñas, es la profesionalización de la administración, aunque ello en la generalidad no implica la profesionalización del directorio, sea por la voluntad de los accionistas de conservar el control societario, como del deseo de los administradores profesionales de no asumir responsabilidades como directores.

Esta tendencia, ya totalmente afianzada en los países centrales, y muy especialmente en los anglosajones, ha dado nacimiento a nuevas figuras, denominadas casi siempre con vocablos extranjeros o siglas –*controller*, CEO, *manager*, etc.-.

Estos administradores profesionales –en algunos casos con sus propios equipos de trabajo-, en la medida que adquieren prestigio, por sus anteriores logros en otras compañías comienzan a imponer requi-

¹⁴ CNCom Sala B 30-10-70 RDCO 1971 p. 797 y reiterada jurisprudencia de todas las salas, citada por Nissen en Ley de Sociedades Comentada, Tomo IV, pág. 377.

¹⁵ FILIPPI, LAURA Y PARDINI, MARTA “Derecho de Información de los Directores”, en VIII Congreso Nacional de Derecho Societario, Tomo 2, pág. 213.

sitos a las empresas que los desean contratar, que no solo se refieren a sus honorarios, sino a otros tipos de requisitos como duración mínima de la contratación, atribuciones, limitaciones en las atribuciones del directorio, etc.

Nuestro país no puede apartarse de estas tendencias mundiales, y sustraer a nuestras sociedades de la administración profesional atentará contra su competitividad en un mercado ya globalizado. Sin embargo la inserción en el mundo global no puede ser a cualquier costo. No puede permitirse que esas tendencias destruyan el ordenamiento societario y sus principios protectorios del tráfico mercantil, los socios -mayoritarios y minoritarios- y los terceros contratantes con la sociedad, incluido su personal, proveedores grandes y pequeños y consumidores. De existir una reforma debe ser integral y mantener o mejorar el actual equilibrio entre derechos, funciones, responsabilidades y remedios.

Es cierto que la delegación de la administración en administradores profesionales —o a veces en cuerpos gerenciales enquistados no tan profesionales— ha convertido a los directorios en órganos que se reúnen esporádicamente y cuya tarea se limita a la planificación y control¹⁶, tendiendo a ser solo la designación del administrador y su control y remoción. De hecho ello no es una novedad, ya que los directores de asiento siempre han existido. Sin embargo la tendencia es el incremento de esos supuestos.

No hay impedimento en nuestra ley para ello. Lo indelegable para el Art. 266 es el cargo de director, y no la función del órgano directorio, para la cual el Art. 270 prevé expresamente la delegación. Pero esta delegación tiene una regla clara, y es que **“su designación [de los gerentes] no excluye la responsabilidad de los directores”**¹⁷.

4. TENDENCIAS ACTUALES EN CUANTO A RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES

La jurisprudencia, tiende a responsabilizar en conjunto y en

¹⁶ Esto en algunos casos ocurre desde hace muchísimos años, aunque en la actualidad el fenómeno tiende a incrementarse, e incluso a trasladarse a sociedades pequeñas.

¹⁷ Art. 270 in fine Ley de Sociedades.

forma solidaria, a los directores¹⁸, por los actos de la administración de la sociedad que fueran contrarios a la Ley o el estatuto, a la forma en que debió obrar un buen hombre de negocios o a la lealtad a la sociedad.

Si bien se percibe en la jurisprudencia una exigencia superior a la que prescribe la misma Ley en cuanto a la atribución de responsabilidad¹⁹ -excepto en el fuero laboral, que afortunadamente ya encontró su freno en la C.S.J.N.²⁰ - una vez atribuida la responsabilidad la tendencia es a condenar a todo el directorio.

Pero en todos los casos la responsabilidad se evaluó considerando al directorio como encargado de la administración, y no como fiscalizador.

Sin embargo, hay corrientes doctrinarias que propugnan lo contrario.

GUILLERMO MATTA Y TREJO²¹ sostiene que el poder en las sociedades se trasladó, primero de la asamblea al directorio, y ahora del directorio a los directores internos, lo que se ve reflejado en el derecho europeo, y ha transformado al directorio en un órgano que no hace otra cosa que supervisar la gestión de los niveles gerenciales y ejecutivos.

En consonancia con ello, entiende que el directorio sería responsable de arbitrar medios para controlar adecuadamente a los gerentes -directores o no-, exigirles un plan de negocios y controlar su ejecución. Pero entiende que los directores, en tanto cumplan acabadamente y profesionalmente con tales controles, no serían responsables por la administración de la sociedad llevada a cabo por los gerentes u otros ejecutivos.

Los informes y recomendaciones sobre reglas del buen gobierno

¹⁸ E incluso al síndico, confundiendo muchas veces los supuestos de responsabilidad de cada uno de ellos.

¹⁹ La tendencia es a que exista una culpa grave, cuando menos, para responsabilizar, mientras que surge del texto legal que la misma negligencia, o el no haber obrado como un buen hombre de negocios lo hubiese hecho ya implica responsabilidad por las consecuencias de su obrar o de su omisión.

²⁰ Caso "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro. Recurso de Hecho" - CSJN - 03/04/2003

²¹ En una conferencia dictada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 20-10-2003.

de las sociedades mencionadas en esta ponencia, parecerían darle la razón al prestigioso jurista.

5. CONCLUSIONES

Esta tendencia a reconocer al directorio como un órgano que tan solo define políticas y luego supervisa su cumplimiento y el respeto a las normas, nos lleva a concebirlo como un muy especial órgano de fiscalización.

La diferencia es que mientras el órgano de gestión responde por actos omisivos o comisivos, el de fiscalización responde solo por las omisiones que posibilitaron el daño.

La institucionalización de esa tendencia, afectaría la responsabilidad del directorio, ya que se aleja de lo dispuesto por el Art. 270 de la L.S.C., para responsabilizarlos tan solo por el adecuado control de gerentes o *controllers*. Es decir, no habría responsabilidad por los actos, en la medida que el control sea adecuado.

Esa tendencia es contraria a nuestro ordenamiento societario, ya que los accionistas que eligieron a determinadas personas para que lleven adelante la gestión social, se encontrarán con que estos no responden por la misma, y que se pretenderá hacer responsables a administradores que seguramente tendrán contratos de indemnidad, plenamente válidos al margen del orden público societario.

Por tal motivo es que se propicia ratificar el principio de nuestra Ley de sociedades que, con los alcances en ella mencionados, responsabiliza en forma solidaria a todos los directores por la administración societaria, más allá de la posibilidad de delegar funciones en comités o en gerentes y con la única excepción del art. 274 *in fine*.