

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL BUEN GOBIERNO SOCIETARIO

Inés Condorí Moreno y Marta Alicia Toledo

Sumario

El presente trabajo aborda la cuestión relativa a determinar el concepto del "buen hombre de negocios" incluyendo la faz ética en todas las sociedades desde las más simples hasta las más complejas. Se destaca los lineamientos del decreto 677/01. Asimismo se considera la normativa del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades en cuanto coadyuva a la determinación de este standard de conducta.

1. Introducción

El hombre, en su dimensión personal, al relacionarse con su entorno, lo hace no solo con un plexo de derechos y obligaciones, sino con un complejo de valores, defectos, creencias, hábitos morales, gustos, etc. que lo definen como un ser único, libre, irrepetible y responsable en su pensar y actuar.

En virtud de su naturaleza social, lo ha llevado en todos los tiempos y lugares, a unirse con otros hombres, estableciendo organizaciones sociales diversas, desde las más rudimentarias hasta las más elevadas y complejas, donde debe convivir solidariamente con sus semejantes.

La producción y distribución de bienes debe ordenarse al bien global de la sociedad y la persona; o sea del bien común. Dentro de este contexto surgen las asociaciones para la consecución de intereses privados y comunes, que en el plano puramente económico serán las sociedades comerciales, su expresión más notable.

En este aspecto reviste una particular importancia, la función de administrar la sociedad, tarea que le compete al director sea unipersonal o plural; en la función que la doctrina ha calificado como

gestión operativa y empresaria. Es justamente en esta esfera de competencia específica del directorio que se recalca el deber de diligencia y de actuar como buen hombre de negocios.

2. El art. 59 de la ley de sociedades

El art 59 de la ley de sociedades N° 19.550 preceptúa “los administradores y los representantes de la sociedad deben *obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión”.

La exposición de motivos dice que, el art. 59 se refiere a la diligencia que debe poner el administrador en el desempeño de su cometido, solución que se extiende a los representantes y a los que integra los órganos de fiscalización, imponiéndoles la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren no solo de su acción, sino también de su omisión. Fija un estándar de conducta, una pauta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar esa responsabilidad ⁽¹⁾.

Así por ejemplo se ha sostenido con relación a la infracción art.59: Las consideraciones expuestas me llevan a concluir que el Banco Hipotecario y los directores sumariados han infringido los arts. 59, 261 y 269 Ley de Sociedades Comerciales en tanto han pagado remuneraciones a los directores en concepto de SAR. y RPG excediendo los límites dispuestos por el art. 261 y sin contar con la aprobación previa y expresa de la asamblea de accionistas ⁽²⁾.

El art. 59 del Anteproyecto de reforma de la ley de sociedades 19.550, dice “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

(1) Exposición de motivos ley 19.550, Cap. I, Sección VIII: sin perjuicio de lo que para tipo societario dispone reúne en esta sección principios de aplicación generales relativos a la representación y administración de la sociedad (arts. 58 a 60).

(2) CNCom., Sala E, autos: “Comisión Nacional de Valores vs. Banco Hipotecario S.A.”, 9/5/2006.

Deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de interés en sus relaciones con la sociedad y en las de estas con otras personas a las que estén vinculadas”.

No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la reunión de socios o asamblea. Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales, aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para el beneficio propio o de terceros, y realizar cualquier otra operación que pueda generar conflicto de intereses con la sociedad.

El administrador o representante que tuviere un interés contrario al interés social deberá hacerlo saber al órgano que integre, si fuese colegiado y al de fiscalización en su caso. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación o de resolver por sí cuando su función fuere unipersonal. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Contratos con la sociedad. Los administradores y los representantes podrán celebrar con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal, en las mismas condiciones que los terceros.

Los contratos no comprendidos en el párrafo, el anticipo de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías o asistencia financiera, sólo podrán ser celebrados con la autorización previa de los socios en cada caso. Los otorgados en violación a esta norma hacen responsables al infractor por los daños y perjuicios y le obligan a traer a la sociedad las ganancias que haya obtenido.

Los administradores en los grupos. En los grupos societarios la afectación del interés social por parte de los administradores de cada sociedad componente a los fines de atribución de responsabilidad, deberá juzgarse tomándose en consideración la política general del grupo con el criterio del tercer párrafo del art. 54, la que deberá asegurar un criterio razonable entre las sociedades que lo integran”.

3. El deber de lealtad y de diligencia en las sociedades más complejas

El *decreto nacional 677/2001* de fecha 22 de mayo de 2001, establece un *régimen de transparencia de la oferta pública*. Publicado

el 28 de mayo de 2001²⁸ de mayo de 2001, instituye a la *Comisión Nacional de Valores* como autoridad de aplicación del presente decreto, previendo conductas que debe ser observadas en el marco de transferencia de capitales.

En los últimos años, la mayor importancia relativa del sector privado en la creación de riqueza, se da por el surgimiento de los llamados «inversores institucionales» como agentes o *entidades e intermediarios financieros*»

Es sabido que la tendencia mundial en las prácticas de buen gobierno corporativo es un valor reconocido que influye en la tasa de riesgo y que los ahorristas se inclinan por los mercados más seguros con sistemas financieros transparentes. A fin de adecuar el marco legal de nuestro país surge este régimen de transparencia como un elemento eficaz para la disuasión y represión de conductas contrarias a la que debe primar en el ámbito de la oferta pública de todo instrumento financiero⁽³⁾.

En este enfoque cabe destacar que los *deberes de lealtad y diligencia* que deben tener los participantes en el mercado, son también de especial tratamiento en este acto, reafirmandose, como principio rector de la actuación de los administradores de los emisores, el «interés social», precisado expresamente como el «interés común de todos los accionistas». Lo cual incluye, en el ámbito de las sociedades que acuden al mercado de capitales, la noción que en otros derechos y, en los mercados de capitales internacionales es aludida en términos de «creación de valor para los accionistas».

Los requisitos de publicidad de la «asignación de funciones» de los directores, permite atender a la actuación individual de cada director como factor principal en la determinación de su responsabilidad, aspecto éste esencial para posibilitar la modernización del funcionamiento de los directorios conforme a las prácticas internacionales. Que ello no significa en modo alguno una atenuación de la responsabilidad del órgano de administración sino que permitirá una más adecuada atribución de responsabilidad ante faltas al deber de diligencia.

(3) Exposición de motivos del decreto 677/2001 sobre régimen de transparencia de la oferta pública.

En el Anexo que contiene la parte normativa, se señala en el art. 8º. *Deber de lealtad y diligencia*. En el ejercicio de sus funciones las personas que a continuación se indican *deberán observar una conducta leal y diligente*. En especial:

a) *Los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras*, estos últimos en las materias de su competencia, deberán:

I. *Hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés*, incluso el interés del o de los controlantes.

II. *Abstenerse de procurar cualquier beneficio personal a cargo de la emisora que no sea la propia retribución de su función*.

III. *Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social*, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses permanentes u ocasionales en su relación personal con la emisora o en la relación de otras personas vinculadas con la emisora respecto de ésta.

Este deber se refiere en particular: a actividades en competencia con la emisora, a la utilización o afectación de activos sociales, a la determinación de remuneraciones o a propuestas para las mismas, a la utilización de información no pública, al aprovechamiento de oportunidades de negocios en beneficio propio o de terceros y, en general, a toda situación que genere, o pueda generar conflicto de intereses que afecten a la emisora.

IV. *Procurar los medios adecuados para ejecutar las actividades de la emisora y tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes que la normativa de la Comisión Nacional de Valores y de las entidades autorreguladas les impone*.

V. *Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la preparación y divulgación de la información suministrada al mercado y velar por la independencia de los auditores externos*.

b) *Los agentes intermediarios deberán observar una conducta profesional, actuando con lealtad frente a sus comitentes y demás participantes en el mercado, evitando toda práctica que pueda inducir a engaño, o que de alguna forma vicie el consentimiento de su contraparte, o que pueda afectar la transparencia, estabilidad, integridad o reputación del mercado*. Asimismo, deberán otorgar

prioridad al interés de sus comitentes y abstenerse de actuar en caso de advertir conflicto de intereses.

En su Art. 77.- *Deber de lealtad. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad con que deben actuar los directores:*

a) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial, con fines privados.

b) La prohibición de aprovechar, o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción o por omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad.

c) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido.

d) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad.

En caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al director».

De este planteo, surge como una consecuencia, que no importa cuan intrincada o compleja sea la estructura empresarial y/o constituida en una sociedad nacional o extranjera, siempre se aprecia los valores humanos que tienen sus componentes:

1. *El obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios* (art.59 de la ley de sociedades, impone a todos los integrantes de los órganos societarios).

2. *Deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés* (El anteproyecto de reforma del art.59 de la ley de sociedades).

3. Se promueve la conciencia, de contar con adecuadas prácticas de gobierno corporativo y con un marco regulatorio que consagre jurídicamente principios tales como los de «información plena» «transparencia», «eficiencia», «protección del público inversor», «trato igualitario entre inversores» y «protección de la estabilidad de las entidades e intermediarios financieros»(decreto 677/01).

4. *En vista de ello, deben obrar con lealtad y diligencia:* en el ejercicio de sus funciones todas las personas intervinientes, estableciendo algunas pautas como:

a) *Hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés.*

b) *Abstenerse de procurar cualquier beneficio personal a cargo de la emisora que no sea la propia retribución de su función.*

c) *Organizar e implementar sistemas y mecanismos preventivos de protección del interés social.*

d) *tener establecidos los controles internos necesarios para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes*

e) *Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la preparación y divulgación de la información*

e) *Los agentes intermediarios deberán observar una conducta profesional, actuando con lealtad frente a sus comitentes y demás participantes en el mercado, evitando toda práctica que pueda inducir a engaño, o que de alguna forma vicie el consentimiento de su contraparte, o que pueda afectar la transparencia, estabilidad, integridad o reputación del mercado.*

Esto nos lleva a pensar, en el hecho de que lo relevante en las organizaciones son los hombres que las componen. En verdad no existe mecanismo de control, o de premios y castigos, inclusive las mismas garantías constitucionales, capaces de soslayar la entidad personal de los hombres que componen una organización.

Y dentro de este ámbito, vemos como el hombre de negocios debe ser con una personalidad bien construida, con una recta razón en el obrar, es decir con un actuar prudente.

La **prudencia** no ha de confundirse con esa falsa capacidad para alcanzar objetivos a través de caminos tortuosos ⁽⁴⁾. Sus funciones son tres: el **consejo** por el que se indagan los medios y circunstancias para obrar, el **juicio** sobre los medios para determinar cuales son los adecuados al fin propuesto y las circunstancias de realización, y por fin, el **imperio**, la orden de llegar a los actos.

Dos virtudes la acompañan: el juicio sensato y el buen consejo.

(4) Estévez Roberto: Comportamiento humano y valores, UNSTA, Tucumán.

Pero debemos saber también que se oponen a la prudencia, la inconstancia, la negligencia, la falta de reflexión adecuada a la complejidad de los problemas, tanto como una excesiva consideración en cuestiones simples o de urgente resolución.

4. *Ética*: La ley de sociedades no conceptualiza el «buen hombre de negocios», sin embargo puede delimitarse su concepto por la conjunción de normas societarias e inclusive civiles como por ej. 512 C.C. y 902 C.C.

Como sostenía el Dr. Enrique Zaldívar ⁽⁵⁾: *“Resulta evidente que deberá analizarse en el caso concreto, debiendo tenerse en cuenta: 1) La dimensión de la sociedad, 2) el objeto social, 3) las funciones genéricas que le incumben y las específicas que le hubieren confiado, 4) las circunstancias en que debió actuar, 5) la aptitud que es común encontrar en personas que administran negocios similares”*.

No cabe duda que el término señalado tiene un claro contenido ético. Esto es así porque sea cual fuere la estructura o complejidad o funcionamiento de los órganos societarios, siempre son personas individuales las que emiten las declaraciones de voluntad. Justamente la bondad o nocividad de la conducta del administrador es el factor determinante y será analizado en el caso concreto para concluir que fue un buen administrador de negocios o no.

Coincidimos con Sebastián Sánchez Cannavó cuando dice: *“la valoración de la bondad de una conducta se realizará sobre la base de si es idónea para la satisfacción de la causa y de la actividad contemplada en el acto constitutivo del ente, y si tiende o no a maximizar la rentabilidad empresarial, es decir, a que la empresa produzca las mayores utilidades posibles. Pero el análisis no puede remitirse sólo a la concreción del «fin societario», pues no todo lo que es provechoso económicamente para la sociedad necesariamente es lícito o está exento de causar perjuicio a terceros”* ⁽⁶⁾.

Será diligente el administrador que lo logre a partir de una reducción de costos de producción, pero no lo será si ello se basa en la

(5) Zaldívar, Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, p. 305.

(6) Sánchez Cannavó Sebastián, J.A. 2006-III-886-SJA, 26/7/06, “El standard de conducta de los administradores sociales: “el buen hombre de negocios” desde la perspectiva ética”.

evasión impositiva o en la falta de depósito de las cargas sociales de sus trabajadores.

Así en el orden local como casos en que los administradores faltaron al deber de diligencia y de actuar como buen hombre de negocios; nuestros tribunales han fallado: “El principio de la realidad es una de sus reglas menores, no importa la denominación que le dan las partes al vínculo sino lo que éste efectivamente es. Mal podría entonces no tener cabida “la vertiente ética” (en palabras de Fargosi) que busca develar la verdadera figura del patrón y de su accionar. Por lo tanto conocer quienes han participado en la toma de decisiones que, en el caso resultan contrarias a la normativa en materia de derecho del trabajo, en especial y del derecho todo, en general, ha sido siempre una preocupación para nuestra legislación y nuestros jueces...Luego de analizar la elasticidad del art. 5 L.C.T., completado con la definición de establecimiento que da el art. 6 L.C.T. y de empleador que da el art. 26 L.C.T. señala el fin de lucro de la Empresa, y advierte: “mal podría la propia LCT admitir, como forma para obtener ese lucro, la falta de registración de los trabajadores, de otra manera, convalidaría desde su propia redacción, un ilícito...” (Cámara del Trabajo Sala I, “Maidana Analía vs. Fernández Alicia Mable y otro s/ Cobro de pesos”, Sentencia N° 225 del 31/10/05, Tucumán. En el orden nacional: “Quien cumplió la función de socio y administrador de una sociedad comercial puede ser responsabilizado por el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral a cargo de ésta última- en el caso se omitió registrar debidamente el salario percibido por un trabajador, configurándose pagos “en negro” por aplicación de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550...”, Cámara Nacional del Trabajo, Sala 10, “Aguirre David c/ Rendi S.A. y otro”, 19/04/04.

Finalmente no es una cuestión novedosa la calificación de la responsabilidad de los directores como de medio o de resultado, ya que depende del acto concreto que se trate pues en algunos casos son el resultado de una función reglada como la obligación de presentar balances confeccionados regularmente, estados de resultado, memoria en oportunidad de la asamblea ordinaria de accionistas, poner a disposición de estos dichos estados contables con una anticipación de no menos quince días a su consideración por el órgano de gobierno, efectuar las inscripciones en el Registro Público de Comercio, disponer la convocatoria a Asamblea, informar a la Asamblea cuando se configure una situación de participación societaria en violación al art. 31 o 31 L.S.C., velar por el mantenimiento de la reserva legal.

No cabe duda que existe una obligación de resultado pues se exige que el administrador realice un hecho (art. 625 C.C.)

Mientras que cuando se trata de actos que suponen la gestión ordinaria de administración como por ej. La celebración de contratos de trabajo con profesionales especializados, de servicios, de compraventa de maquinarias, inversión de títulos valores en el mercado de valores el directorio no se obliga a lograr una gestión exitosa sino a emplear la diligencia de un buen hombre de negocios en la función que se ha calificado como gestión operativa y empresaria poniendo énfasis en la optimización de recursos, incluyendo la obligación de implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con la sociedad,

Conclusión

1) Si bien la ley de sociedades vigente no define el “buen hombre de negocios”, su contenido se va delimitando con la conjunción de normas de la misma ley de sociedades, civiles y hasta reglamentarias como el decreto 677/01.

2) Es innegable el contenido ético que conllevan los términos buen hombre de negocios, lealtad y diligencia.

3) Estos términos deben ser aplicados en la administración de todas las sociedades desde las más pequeñas (PYMES) hasta las más complejas.

4) El actual art. 59 L.S.C. establece una pauta general o standard de conducta; resulta plausible como innovación que en el último anteproyecto se trate de concretar el contenido de este deber llevando algunas normas que se hallaban referidos a responsabilidad de los administradores de las S.A. como los arts. 271, 272 y 273 L.S.C. a norma general para todo administrador.

5) En la determinación de la naturaleza de la obligación de los administradores, sostenemos que cumplen tanto obligaciones de medio como de resultados. Es en la esfera específica de las obligaciones de medio donde debe actuar con la diligencia del buen hombre de negocios.