

LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE IDONEIDAD PARA DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

José David Botteri (h.) y Diego Coste

SUMARIO

La Ley de Sociedades 19.550 y su último proyecto de reformas, no contienen ningún requisito vinculado con la formación de los Directores de sociedades anónimas. Consideramos que, en el estado actual socioeconómico del entorno empresarial, y de los fallos y estudios acerca de la responsabilidad de accionistas y de Directores, resulta necesario exigir que se acrediten las condiciones de idoneidad de los directores para el ejercicio de sus funciones al momento de cada designación debiendo contener dicho requisito la norma del art. 255 de la ley, o la que la reemplace en el futuro.



FUNDAMENTACIÓN

Ninguna norma de la ley 19.550 (LS) dice concretamente en qué consiste la función de administrar sociedades. La doctrina nacional considera que la función comprende:

- 1) las operaciones configurativas del objeto social, o actos de organización, dirección, conservación y desarrollo de la empresaria anexa a la sociedad,
- 2) los actos de cogestión societaria, que abarcan el cumplimiento de los deberes que impone el Estatuto del Comerciante y todos los actos que involucra la organización interna societaria, como convo-

car a asambleas, informar a los socios, preservar el objeto social y el capital,

- 3) la representación ante terceros, que comprende la realización de los actos jurídicos necesarios para cumplir con las decisiones adoptadas¹.

Se ha dicho también que el concepto de gestión social se extiende a toda actividad jurídica o de hecho, que dentro del marco contractual o estatutario promueve la realización del fin social común, interesando la actividad gestora, es decir la que puede ser imputada al ente². Por último en el caso de los directores de sociedades anónimas, se ha dicho también que su competencia comprende la resolución de todos aquellos asuntos que no estén reservados o atribuidos, a la asamblea de accionistas³.

Vinculando las reglas del *management* moderno y de las reglas de la LS puede decirse que los administradores de sociedades comerciales son *los sujetos encargados de controlar la producción de resultados sobre el patrimonio social, procurando satisfacer leal y diligentemente el interés social conforme la ley, sin poner en peligro el bienestar de los demás*⁴. Debe decirse “controlar la producción de resultados” con el fin de comprender tanto al Director de asiento, como al ejecutivo y no elevar a los gerentes a una categoría de decisión que no poseen. Los gerentes pueden producir resultados para la sociedad, pero no podrían controlar su producción, si sobre ellos existe un Directorio pues éste último retendría siempre las funciones de supervisión y control. La noción de “resultados”, no se identifica con la de “dividendos”, pues como se sabe éstos sólo pueden ser dispuestos por asamblea una vez que se generan por el patrimonio social ganancias líquidas y realizadas. Resultados, son pérdidas o ganancias, que podrán

¹ OTAEGUI, Julio C., “*Administración Societaria*”, edit. Abaco, Bs. As., 1979, págs. 59 y sigtes.

² GAGLIARDO, Mariano con cita de José Girón Tena, en “*Responsabilidad de Directores de sociedades Anónimas*”, edit. Lexis Nexis, Bs. As, 2004, pág. 205; Abeledo Perrot, pág. 217.

³ NISSEN, Ricardo A., “*Ley de Sociedades Comerciales*”, tomo 3, edit. Astrea, Bs. As., 2010, pág. 79.

⁴ La definición es una combinación de los criterios de DRUCKER, Peter, “*Management Challenges for the 21 Century*”, Harper Business, 1999, del argentino KOFMAN, Fredy, “*Metamanagemet - La nueva conciencia de los negocios*”, tomo I, principios, págs. 63 y sigtes.

luego ser dividendos o enjugar pérdidas anteriores, ser capitalizadas o constituirse en reservas.

En esa función, los administradores societarios tienen el deber genérico de obrar con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, conforme lo establece el art. 59 de la ley 19.550, cualquiera sea el tipo social en el que sean elegidos para desempeñar sus funciones. Esto significa que tanto los socios con responsabilidad limitada, como quienes tienen responsabilidad ilimitada de acuerdo al tipo de contrato que integran, pueden elegir al mismo administrador para llevar adelante los negocios sociales realizados sobre el patrimonio social, en cuanto a sus condiciones profesionales se refiere, para el desempeño de esa función que le es asignada por los socios.

Sin embargo las consecuencias que tenga la hipotética mala gestión de los administradores será indudablemente diferente: mientras que en los tipos de responsabilidad ilimitada los socios serán subsidiariamente responsables con su patrimonio personal por la elección de un mal administrador que derivó en el fracaso de su gestión patrimonial; en los tipos que tienen limitación de responsabilidad, el resultado de la mala gestión se trasladará a los acreedores, trabajadores, usuarios, el Estado y a todos quienes tienen un interés directo o indirecto en los negocios sociales. La pérdida de los socios se limitará a lo que hubieron aportado, en la medida en que no hayan cometido algunos de los actos de los que derive su responsabilidad, como sucede en todas las hipótesis de aplicación del art. 54 de la ley 19.550 (LS).

Se sigue de lo expuesto que existen mayores incentivos para la elección de personas capaces en las sociedades personificadas⁵ con socios de responsabilidad ilimitada, que en el caso de las sociedades con limitación de responsabilidad, que en nuestro ámbito a los efectos prácticos se reduce a dos tipos sociales: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada⁶.

⁵ Hay sociedades no personificadas, como el caso de las sociedades accidentales o en participación. El hecho que no exista en ese tipo un patrimonio social, sino que los aportes ingresen al patrimonio del socio gestor, provoca que excluyamos a ese tipo de este análisis.

⁶ La última estadística sobre constitución de sociedades comerciales en Argentina y tomando como base los datos de la IGJ entre los años 2002 a 2009, en NISSEN, Ricardo A., *“Ley de Sociedades Comerciales”*, ed. Astrea, Bs. As, 2010, pág. 55, con un

Las sociedades de responsabilidad limitada, son sociedades que carecen de capitales mínimos y sus gerentes pueden durar indefinidamente en sus cargos (art. 157 LS). Están previstas para llevar adelante pequeñas y medianas empresas, como lo demuestran las exposiciones de motivos de las leyes 11.645, 19.550 y 22.903, en las que quienes redactaron este tipo social enfatizaron ese tipo de propósito.

En cambio la sociedad anónima es un tipo social previsto para emprendimientos mayores, al que se le dota un capital mínimo (\$ 100.000, art. 186 LS) estableciéndose un límite temporal para la elección de Directores que no debe exceder de tres ejercicios (art. 257 LS) con posibilidad de reelección indefinida. Las empresas más importantes de nuestro país están integradas por sociedades anónimas, así lo informa su propia Cámara⁷. Las 500 empresas más importantes desarrollan en nuestro país las siguientes actividades, en el quinquenio 2004/2009, que es la última información disponible a su respecto:

GRANDES EMPRESAS. CANTIDAD DE EMPRESAS POR ACTIVIDAD PRINCIPAL
DE LA EMPRESA. AÑOS 2004-2009*

Actividad principal de la empresa	Cantidad de empresas					
	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Total	500	500	500	500	500	500
Minas y canteras	37	39	38	40	40	40
Industria manufacturera	305	308	307	307	302	283
Alimentos, bebidas y tabaco	115	112	110	110	107	107
Combustibles, químicos y plásticos	79	79	78	77	82	76
Maquinarias, equipos y vehículos	38	44	46	48	45	43
Resto industria	73	73	73	72	68	57
Electricidad, gas y agua	40	39	39	36	36	41
Comunicaciones	22	22	21	19	18	17
Resto actividades (1)	96	92	95	98	104	119

(1) Incluye construcción, comercio, transporte y otros servicios.

Fuente: INDEC. Encuesta Nacional a Grandes Empresas (ENGE).

promedio superior a las 6.300 SA al año y 6000 SRL, sólo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo irrelevante el resto de los tipos sociales.

⁷ Ver Editorial de la página de la Cámara de Sociedades Anónimas, <http://www.camaradesociedades.com/>.

Y presentaron en esos cinco años la siguiente producción:

GRANDES EMPRESAS. VALOR DE LA PRODUCCIÓN POR ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA EMPRESA. AÑOS 2004-2009*

Actividad principal de la empresa	Valor de producción					
	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
	Millones de \$					
Total	252.293,7	301.657,8	366.568,1	458.800,0	559.576,0	580.019,0
Minas y canteras	36.105,1	44.374,2	54.437,6	61.236,9	68.181,0	72.547,0
Industria manufacturera	161.750,6	190.431,1	229.483,9	291.343,6	359.011,7	345.053,1
Alimentos, bebidas y tabaco	59.030,7	66.333,2	77.068,0	106.922,6	135.393,4	136.999,7
Combustibles, químicos y plásticos	60.289,6	71.020,0	82.695,6	97.239,6	120.187,8	117.254,5
Maquinarias, equipos y vehículos	15.349,0	21.340,1	30.491,2	40.951,6	48.468,7	45.971,8
Resto industria	27.081,3	31.737,8	39.229,1	46.229,8	54.961,7	44.827,1
Electricidad, gas y agua	12.621,2	14.999,6	17.352,8	21.482,6	24.582,6	29.689,1
Comunicaciones	17.659,2	23.230,7	29.567,8	36.561,0	43.720,7	52.512,3
Resto actividades (1)	24.157,6	28.622,1	35.726,1	48.176,0	64.080,1	80.217,4

(1) Incluye construcción, comercio, transporte y otros servicios.

Nota: debido al redondeo de las cifras a millones de pesos, los totales de columnas y los subtotales, pueden no coincidir con la suma de los parciales.

Fuente: INDEC. Encuesta Nacional a Grandes Empresas (ENGE).

La incidencia de dichas empresas en la economía nacional es la siguiente, para el trienio 2007/2009:

	2007	2008	2009
Valor agregado ENGE / total del país	23,9	22,7	22,0
Valor agregado ENGE/ iguales sectores para el total país(1)	33,2	31,8	30,5

(1) Se excluyen del total del país las actividades agropecuarias, de pesca, de intermediación financiera, de servicios personales, de servicios de vivienda ENGE: Encuesta Nacional de Grandes Empresas. Fuente: INDEC.

La comparación demuestra que una gran parte de la producción nacional se encuentra en manos de sociedades anónimas, que están admi-

nistradas por Directores, a quienes —salvo en casos de regulación específica como en el ámbito financiero, el de seguros o similares— no se les exige acreditación de idoneidad alguna, como tampoco se les exige a los políticos, a los sindicalistas o a otros dirigentes sociales.

Sin embargo los estudios socioeconómicos de grandes tendencias culturales evidentes y comprobadas en el entorno empresarial directo, arrojan los siguientes efectos lógicos posibles sobre la actividad empresarial, que exigen claramente una mayor preparación de los Directores. Tomemos como resumen el cuadro elaborado por el sociólogo español Francisco Parra Luna⁸, de la Universidad Complutense de Madrid:

Tendencia Cultural	Efecto en las empresas
Incremento de la esperanza de vida. Envejecimiento/descenso de población:	Necesidad de producir una cantidad y variedad de servicios para la tercera edad mayor, desde servicios sociales a domicilio hasta producción industrial de aparatos e instrumentos para minusválidos, pasando por la producción y consumo de productos dietéticos. Crisis del tabaquismo. Consumo de fármacos. Mejora de la enseñanza por cambio en la relación profesor/número de alumnos.
Preocupación por la ecología y medio ambiente	Control de desechos. Investigación sobre sus efectos. Producción de tecnología medioambiental. Repoblación forestal. Arborestación y ajardinamientos. Producción de energía solar y eólica. Desviación de industrias contaminantes hacia países menos industrializados.
Tendencia hacia el pacifismo Antimilitarismo.	Transformaciones de la industria armamentista en utilitaria. Proyectos internacionales de colaboración técnica y educativa.
Capitalismo socioeconómico	Potenciación del sindicalismo. Tendencia a la negociación individual de salarios. Paro no subsidiado. Eventualismo. Precariedad en el empleo, social. Crisis del Estado y mayor peso de la sociedad civil. Crisis de la seguridad social, laboral y ciudadana. Aparición de actividades privadas para estos fines.

⁸ PARRA LUNA, Francisco, "La formación del directivo Empresarial como variable estratégica de cambio", Revista Española de Investigaciones Sociológicas nro. 77, págs. 217-245.

Tendencia Cultural	Efecto en las empresas
Desarrollo de la tecnología, la ciencia y la educación	Necesidad de participar en programas de investigación y estudios de carácter internacional. Nuevas necesidades de formación. Colaboración universidad-empresa. Nuevas tecnologías de formación a distancia. Reducción de la jornada laboral. Jubilaciones y bajas anticipadas. Crisis del sentimiento religioso. Aprendizaje de idiomas.
Incremento del tiempo libre. Desempleo	Necesidad de producir bienes y servicios para el ocio en cantidad y variedad crecientes (turismo, viajes, deportes, libros, películas, etc.). Desarrollo de sistemas de pensiones empresariales.
Mayor sensibilidad hacia la equidad. Eficacia informática de los controles fiscales.	Necesidad de transparencia contable y honestidad fiscal. Implantación de incentivos de participación. Flexibilidad de salarios en función de la productividad. Disminución del fraude fiscal.
Menor necesidad de igualdad	Mayor amplitud del abanico de remuneraciones. Sistemas de retribuciones individuales. Deshomogeneización de salarios. Crisis de la negociación colectiva.
Potenciación de la imagen externa y la presentación	Necesidad de producir bienes y servicios para la presentación de la oferta. Cumplimiento de la legalidad en general. Necesidad del cuidado de marca y del prestigio de empresa. Consumo de publicidad, moda y marcas. Preocupación por la gestión ética.
Potenciación de las relaciones públicas.	Influencia de la comunicación externa. Valoración de las relaciones sociales. Producción y venta de bancos de datos.
Revalorización del hedonismo y materialismo	Producción de bienes y servicios de creciente nivel de comodidad y satisfacción material. Desarrollo de la tecnología automatizada y cibernética. Instalación de edificios y hogares inteligentes. Reducción del trabajo penoso. Robótica. Cultivo del cuerpo físico. Paralelamente, consumo de drogas.
Integración económica supranacional	Necesidad de incrementar la competitividad por la futura libre circulación de capitales, mercancías, servicios y personas. Crisis del nacionalismo económico. Incremento del comercio exterior. Internacionalización de los mercados y de los recursos financieros. Fusión de empresas. Desarrollo de las redes o grupos de empresas internacionales.

Tendencia Cultural	Efecto en las empresas
Tendencia hacia la empresa integrada	Cambios en la organización empresarial hacia la integración y participación del personal. Concepción de la empresa como sistema «suma no cero». Superación paulatina del antagonismo empresario/trabajador. Cambios en la cultura empresarial. Explicitación y replanteamiento del sistema de valores perseguidos.
Tercerización de la Economía	Peso creciente de la nueva sociedad posindustrial o de información. Mecanismos de subcontratación. Precarización laboral. Diseño y producción de sistemas de información y comunicación como nueva energía de la sociedad posindustrial.
Creciente incorporación de la mujer al Trabajo	Incremento de la gama de electrodomésticos. Construcción de hogares inteligentes. Nuevos servicios de atención a la infancia.
Desarrollo de la competitividad y las leyes del mercado	Orientación hacia el cliente y preocupación por la calidad total.
Incremento de la población periférica	Movimientos migratorios. Inseguridad ciudadana y laboral. Racismo y xenofobia laboral. Eventualismo.

El Prof. PARRA LUNA, dice respecto de la idoneidad de los Directores: “En general, la necesidad de formación viene siendo insistentemente denunciada, tanto desde los ámbitos teóricos... como de los políticos y empresariales —UNESCO, OIT, Plan europeo FORCEN, CEOE, etc.—. Autores como Tofler, Drucker y Bell vienen sosteniendo que los problemas de nuestra civilización son principalmente problemas de insuficiente preparación teórica y práctica para hacer frente a los desafíos de un mundo crecientemente superpoblado, tecnificado y complejo En los más recientes foros que se vienen celebrando sobre la educación en el siglo XXI se pone así de manifiesto: «La Utopía educativa ha ido creciendo en factibilidad y podemos esperar grandes transformaciones y cambios. El de mayor magnitud será **el enfoque de la educación permanente para toda la vida** que afectará al sistema laboral y a las pautas de vida individual»⁹.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico y en la órbita de la responsabilidad, en el ámbito del X Congreso Argentino de Derecho Socie-

⁹ MALITZA, M. (1996), «Educación para el siglo XXI», Aprender para el futuro, tema III, Fundación Santillana, Madrid.

tario y con claridad meridiana, el Dr. Hugo Enrique Rossi en su ponencia acerca de la responsabilidad de los accionistas de sociedades anónimas cerradas o de familia por las consecuencias de la elección de Directores, explica acabadamente que por aplicación de los arts. 54 LS, 1113 1er. párrafo y 92 del Código Civil (CC), los socios son responsables por no tomar oportunamente las medidas de remoción necesarias cuando ellos supieran o debieran saber que los Directores carecen de la idoneidad necesaria para llevar adelante sus funciones.

No puede evitarse mencionar que en el caso de Directores que realicen gestiones técnico administrativas que sean remuneradas en función del art. 261 LS, debe establecerse que esa contratación sea realizada con alguien al menos idóneo para esa función que demanda el ejercicio por ejemplo, de una comisión especial.

Se advierte además, una tendencia en la jurisprudencia comercial y laboral hacia la responsabilización de los Directores, con mayores o menores fundamentos, cuando existe una crisis, insuficiencia de pagos, o condenas abultadas de pago dificultoso con el patrimonio social. Incluso sucede lo propio en el ámbito penal, con casos de mucha notoriedad y difusión pública. Por razones de espacio, no podemos ampliar esto con mayores datos, que resultan de una evidencia patente, pero en todos los casos se complementa el buen hombre de negocios del art. 59 LS, con las prescripciones concretas de los arts. 512, 902 y 909 CC.

A este último respecto y en cuanto a pautas de actuación se trata debemos recordar que Dalmacio Velez Sársfield en la nota del art. 512 CC en la solución de la norma superó las dificultades de la tradición romanista en el sistema de graduación de culpas y en el abandono de cartabones abstractos propios de la legislación francesa, optando por concebir la culpa con criterio realista y concreto como la omisión de los deberes que correspondan a la naturaleza de la obligación de conformidad con las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar; que en el caso de la responsabilidad profesional debe ampliarse con las previsiones de los arts. 902 y 909 CC.

El reclamo por la aplicación de criterios de actuación concretos y la aplicación de los arts. 512, 902, 909 CC al caso de la responsabilidad de administradores, surge también de la vocación realista de acercar el Derecho a la disciplina de administración de empresas, interesando y mucho en nuestro caso cuál es el contenido concreto del art. 255 LS cuando dice

que la administración está a cargo de un directorio. En efecto quien pregone la aplicación del art. 512 CC debe conocer y probar cuales han sido las diligencias omitidas que correspondían a la naturaleza de la obligación, por lo cual necesariamente debe introducirse en qué es la administración de esa sociedad en particular pues de otro modo la regla del art. 512 CC se transforma en otro *slogan*, como el del buen hombre de negocios sin contenido concreto. Respecto de las normas de los arts. 902 y 909, resulta sencillo advertir que se nutren de contenido en el caso que exista la previa acreditación de idoneidad para el ejercicio del cargo, como deber legal de la persona que se trate.

Se sigue de lo expuesto que existen razones socioeconómicas y jurídicas suficientes para sostener que resulta necesario tanto sea como variable estratégica de transformación y de cambio, de preservación de la limitación de la responsabilidad de los accionistas, o como contrapartida a la tendencia hacia una mayor responsabilidad de los Directores que nuestra ley de sociedades exija para los Directores de sociedades anónimas al momento de su designación que se acredite idoneidad para el ejercicio de su cargo en la función que le sea asignada.

No se trata de limitar el acceso a la función a graduados universitarios, sino que la acreditación de experiencia por haber cumplido funciones previas similares, de una trayectoria comercial y moral aceptable que suponga conocimiento del mercado y de la actividad sean antecedentes que obren dentro del sistema social que se le encomienda administrar. De allí que se exija simplemente la acreditación previa de idoneidad, sin ningún otro requisito escolar o académico.