

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES: CASO PARTICULAR DE LOS DIRECTORES DESIGNADOS POR LA ANSES Y LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LA NORMA PARTICULAR QUE LOS RIGE LOS EXIMA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD GENERAL QUE SE LES APLICA

Susana Ripoll

I. Introducción

El umbral de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas se ha ampliado y su régimen se ha agravado en los últimos años. En especial referencia a los casos de directores designados por parte del Estado Nacional en aquellas sociedades en las que éste participa en calidad de accionista, cabe considerar que los deberes y responsabilidades que los alcanzan, así como al resto de los directores, de ninguna manera pueden verse comprometidos por aplicación de la norma que particularmente los contempla.

II. Lineamientos generales

La Ley de Sociedades Comerciales (“LSC”) establece en su artículo 59 el principio general en materia de responsabilidad de los directores al sintetizar que los directores deben obrar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Apunta lo primero a la tutela de los intereses de la sociedad en la que éstos ocupan el cargo, y lo segundo a sus aptitudes profesionales en la administración de los negocios societarios. En caso de no cumplir con estas directrices, el director es pasible de ser responsabilizado solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resultaren de su actuación u omisión¹.

¹ Conforme establece el artículo 274, Ley de Sociedades Comerciales 19.550.

En efecto, al mencionar la “diligencia” que todo director debe observar, la norma se refiere a su idoneidad para ocupar su cargo y en caso de que tal idoneidad no sea suficiente, ello no será óbice para que el director en cuestión sea responsable por su acción u omisión.

En cuanto al deber de “lealtad” debido tanto a la sociedad administrada como a todos sus accionistas en conjunto, éste es amplio y abarca una serie de obligaciones aplicables a todo director que serán tratadas más adelante.

Los directores responden siempre que desempeñen mal su cargo, que violen la ley, los estatutos o los reglamentos; así como por cualquier otro daño que se hubiere producido a la sociedad o a terceros, ya sea por dolo, abuso de facultades, o culpa grave en su acción u omisión conforme los términos del artículo 274 de la LSC, y su responsabilidad es ilimitada y solidaria con los demás directores que resulten responsables y eventualmente con los gerentes, los síndicos y miembros del consejo de vigilancia.

Confluyen básicamente dos tipos de responsabilidades (más allá del abanico de sub tipos de responsabilidades que en estos dos rubros se encuentran hoy comprendidas, tales como la de índole laboral, cambiaria y tributaria): la contractual y la delictual o cuasidelictual. En caso de que la responsabilidad sea contractual, la culpa se presume una vez acreditado el daño y corresponde al director en cuestión probar lo contrario. Cuando la responsabilidad es delictual o cuasidelictual debe probarse la culpa antes de que el director deba responder por el hecho o la omisión que la causó. Cabe mencionar al respecto que tanto se ha ampliado el régimen de responsabilidad de los directores últimamente, que cuando hasta hace un tiempo era aceptado en forma casi unánime que la índole de las obligaciones de los directores era “de medios”, una nueva postura postula imponerles a los directores, al menos en algunos casos, una obligación de resultados². El auge de esta última postura convierte al cargo de director

² Escribe al respecto MORO, Emilio F., en su artículo “¿Quién dijo que son siempre “de medios” las obligaciones de los administradores societarios?”, ED, 06/12/2007, n° 11.899, que bajo el criterio tradicional “Las obligaciones a cargo de los administradores societarios son todas ellas y en todos los casos obligaciones de medios y, por ende, no es posible prescindir de la prueba de la concurrencia de algún factor de imputación subjetivo (culpa o dolo) a los efectos de endilgar responsabilidad civil a los mismos”, y se pregunta a continuación: “¿Es posible mantener de nos jours una afirmación tan tajante? ¿Es razonable sostener que el amplio abanico de deberes a cargo,

en un desempeño por demás riesgoso, muchas veces sin guardar razonabilidad con lo que debiera esperarse de un director en el marco de su actuación como un buen hombre de negocios.

En otro orden de ideas y más allá del hecho que la responsabilidad del Director pueda resultar exenta³ o extinguida⁴, cabe señalar que la asamblea, aunque a modo excepcional, puede descargar de responsabilidad sólo a algunos de los directores, atento lo que establece en tal sentido el artículo 274, segundo párrafo, LSC: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior (responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores), la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”. En este sentido, la mayoría de la doctrina coincide en que si bien la asamblea juzga la gestión del directorio en conjunto y como órgano y no

por ejemplo, de los directores de sociedades anónimas abiertas, siga permaneciendo —indiscriminadamente— bajo el “escudo protector” de las obligaciones de medios?” Agregando al respecto: “En todo caso, ¿supera el test de razonabilidad que imponen los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional considerar que ello es así siempre y en todas las hipótesis concebibles?”, y concluye al respecto: “A refutar, así entonces, o, por lo menos, a morigerar, el alcance de aquel criterio tradicional es que se dirigen estas humildes líneas”.

³ Bajo los términos del art. 274, tercer párrafo, LSC, el Director “que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico, antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la Asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial resultará exento de la eventual responsabilidad derivada de ese acto”.

⁴ Establece el art. 275 que “la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la Sociedad se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción resuelta por la Asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la Ley, del Estatuto o Reglamento y si no media oposición del cinco por ciento del capital por lo menos”. La asamblea en cuestión es la Asamblea Ordinaria (art. 234, LSC) y es aplicable, en la votación, la prohibición establecida en el artículo 241, LSC, que impide al director accionista votar las resoluciones referentes a su responsabilidad. No obstante, es importante destacar que para que la aprobación de la gestión sea eficaz como extintiva de la responsabilidad, debe haberse producido en base a información completa, y debe realizarse en forma expresa y no implícita. Estableció la jurisprudencia en tal sentido: “La aprobación de la gestión de los directores por parte de la asamblea opera a modo de inmunización de los integrantes del órgano contra reclamos ulteriores, produciendo un descargo de éstos en caso de existir las irregularidades, con la consecuencia de neutralizar la acción social de responsabilidad” (CNCom., sala B, diciembre 15 de 1989, “Barbará, Alfredo y otra c/Mariland, S.A. y otros”, www.societario.com, ref. n° 3297).

separadamente para cada director, en caso de que se confíe a un comité o a un director delegado la gestión de ciertos negocios sociales o funciones ejecutivas de la administración, podría justificarse una aprobación “parcial” de gestión basada en el artículo citado de la LSC.

En relación a este aspecto de la responsabilidad a los directores, la imputación parcial debiera aplicarse asimismo si quienes incumplen con su deber de lealtad para con la sociedad son algunos de quienes integran el órgano de administración, no por el hecho de que se les hayan asignado funciones especiales sino por el hecho derivado del supuesto en el que respondan a los intereses del accionista que los designó cuando dichos intereses son contrarios a los de la sociedad.

Es decir, si dentro del órgano de administración alguno o algunos de los directores responden a los intereses del accionista que los designó cuando dichos intereses son contrapuestos a los intereses de la sociedad, y el resto de quienes integran el órgano guardan su lealtad, debería aprobarse sólo la gestión de éstos últimos y no la de quienes respondieron a los intereses del accionista en desmedro del interés social.

A propósito de esta problemática, se tratará a continuación el supuesto de conflicto de interés entre director y sociedad para luego analizar el caso específico en que el director cumpla con directrices del accionista que lo designó aun cuando las mismas no sean coincidentes con el interés de la sociedad administrada.

III. Conflicto de interés entre el director y sociedad

Establece la LSC en su artículo 272 al contemplar el supuesto en el que el director tenga un interés contrario al social: “Cuando el director tuviere un interés contrario al de la Sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59”.

Coincide la doctrina en que la responsabilidad a que alude el artículo debe medirse teniendo en cuenta por un lado la existencia del daño y por el otro el interés legítimo de la sociedad perjudicada en alegar el daño en cuestión. El espíritu de la norma se basa en el principio general del deber de lealtad mencionado precedentemente, deber que todo director tiene que guardar en relación con la sociedad en la que desempeña su cargo.

Al contemplar la LSC el supuesto de conflicto de interés entre el director y la sociedad, persigue como objetivo la transparencia de los negocios sociales, la defensa del interés social, la protección de todos los accionistas en su conjunto, y, en definitiva, que los directores cumplan con el deber de fidelidad que tienen para con la sociedad en la que actúan como tales.

El régimen de intereses opuestos entre directores y sociedad rige no sólo cuando el director tenga directamente o en nombre propio un interés contrario al social, sino también en los casos en que aquél presente a terceros y es suficiente que el director pueda obtener una ventaja indirecta. Tal situación, según señala la doctrina, ha de ser real y actual y no virtual e hipotética, y debe subsistir en el momento en que se efectúe la deliberación del órgano, aún cuando el perjuicio sea eventual o futuro⁵.

Algunos autores agregan que cuando el interés individual del director es opuesto a la actividad de la sociedad (que está orientada al beneficio común de todos los socios y no de algunos de ellos), nos encontramos en el supuesto del interés contrario⁶.

A modo de ejemplo y entre los supuestos más frecuentes citados por la doctrina que permiten identificar las hipótesis de interés contrario encontramos los siguientes: (i) beneficio para el director o un tercero y perjuicio para la sociedad; (ii) desvío de fondos a una inversión que reditúa en beneficio del director o de un tercero; (iii) afianzamiento de deudas personales del director por la sociedad; (iv) conducta anti funcional para con la sociedad administrada⁷.

La doctrina considera que es razonable condicionar la ventaja que pueda obtener el director infractor o un tercero, a las resultas de un daño que sufra la sociedad, más allá de si el director obtuvo o no algún benefi-

⁵ Cabe citar en esta línea a VERÓN, Alberto, "Sociedades Comerciales", ley 19.550, comentada, anotada u concordada, 3, Buenos Aires, Astrea, 2007.

⁶ Se cita en tal sentido a FARINATI, Eduardo, "Prohibición a los directores de contratar con la sociedad. El principio de no aprovecharse de la función de director en El Directorio en las Sociedades Anónimas", Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

⁷ Se citan varios de ellos en la obra de ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales", comentada y anotada, tomo IV, Buenos Aires, La Ley, 2006.

cio⁸. En el mismo sentido se ha expedido la jurisprudencia al establecer, a contrario sensu, en que condiciones no habría conflicto de interés entre director y sociedad: *“la existencia de un interés contrario en los términos del art. 272 de la LSC no se configura cuando las contrataciones en cuestión se realizaron dentro del normal desenvolvimiento del giro social, sin presencia de incompatibilidad de intereses, y dentro de las condiciones normales del mercado”*⁹.

IV. Supuesto especial de conflicto de intereses entre director y sociedad: cuando el director obedece a los intereses del accionista que lo designó en contra de los intereses de la sociedad en la cual ocupa su cargo

En los puntos precedentes nos referimos a los lineamientos generales del régimen de responsabilidad aplicable a los directores, destacamos entre sus principales obligaciones su deber de lealtad para con la sociedad en la que se desempeñan, y nos referimos al supuesto especial de conflicto de intereses entre el director y la sociedad administrada. En este punto, estudiaremos qué conducta debieran guardar aquellos directores designados por parte de un accionista externo al grupo societario al que pertenece la sociedad administrada, como es el caso de los directores designados por el Estado Nacional a través de la Administración Nacional de Seguridad Social (“ANSES”) desde que ésta participa en las asambleas de varias sociedades que se encuentran bajo el régimen de oferta pública¹⁰.

Al respecto y más allá de la cuestionada constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 441/2011¹¹, tema que excede el presente

⁸ VERÓN, Alberto, “Sociedades Comerciales”, ley 19.550, comentada, anotada y concordada, 3, Buenos Aires, Astrea, 2007.

⁹ CNCom., sala A, 13/10/95, “Comisión Nacional de Valores c/ Acindar S.A. s/ estados contables”, www.societario.com, ref. n° 2950.

¹⁰ Cabe mencionar al respecto que si bien en varios casos la designación de éstos directores ha sido consensuada con la sociedad participada, está fuera de cuestión que estos directores ocupan hoy sus cargos atento la participación que tiene la ANSES en las sociedades en cuestión.

¹¹ Este decreto deroga el inciso f) del artículo 76 de la ley 24.241 que limitaba el ejercicio de derecho de voto en las sociedades receptoras de las inversiones transferidas al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del régimen Previsional Público de reparto que hoy forma parte del Sistema Integrado Previsional Argentino administrado por la ANSES. Sus considerandos argumentan la necesidad de que los directores que

trabajo¹², se analizará a continuación qué conducta debieran guardar los directores designados por la ANSES en el ejercicio de su cargo, abarcando ésta tanto su actuación formal dentro del órgano de administración como su actuación informal que trasciende su desempeño dentro del órgano societario.

Establece en tal sentido el Reglamento de Representantes y Directores designados por las acciones o participaciones accionarias del Estado Nacional aprobado por el Decreto 1278/2012, entre los deberes de estos directores, el de... *“Velar porque las acciones se lleven a cabo en cumplimiento del objeto social y beneficio de la sociedad, **de modo tal** que la realización del interés societario se lleve a cabo resguardando el interés público comprometido en las participaciones societarias que detente el estado nacional”...*, confiriendo asimismo expresamente a los Directores el carácter de funcionarios públicos, regulando también los honorarios que habrán de percibir por su función¹³.

Ahora bien, si analizamos el párrafo precedentemente transcrito, veremos que la letra del citado reglamento confunde el deber de velar por el cumplimiento del objeto de la sociedad participada, con el deber de velar por el interés del Estado Nacional como accionista, identificando a este último con el “interés público”, bajo el cual estaría sometido el interés de la sociedad participada en la que el director designado por el estado Nacional desempeña su cargo.

De esta forma, la propia norma subordina el deber de lealtad del director hacia la sociedad en la que se desempeña, al interés del accionista participante en la propia sociedad, violando de este modo uno de los principios básicos en materia de derecho societario en lo que hace al deber de todo director, que es siempre hacia la sociedad en la que se desempeña y no hacia el accionista que lo designó.

representan al Estado puedan actuar *“resguardando los intereses y la preservación de los activos del fondo de afectación específica”*.

¹² Sugerimos al respecto la lectura del trabajo titulado “El decreto de necesidad y urgencia sobre participación del Estado en sociedades” de BADENI, Gregorio y LAPLACETTE, Carlos José, publicado en La Ley, Abril de 2011.

¹³ Reglamento de representantes y directores designados por las acciones o participaciones del estado nacional aprobado por el Decreto 1278/2012, que asimismo otorga a estos directores el carácter de funcionario público.

En materia de jurisprudencia en el tema cabe citar, por resumir los lineamientos del “deber ser” de la actuación de estos directores, un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del año 1982, que reconoció en tal sentido y como pauta básica que si bien los directores elegidos por cierta categoría de accionistas no deben permanecer insensibles a sus instrucciones, el límite que siempre deberán guardar éstos respecto de tales instrucciones es el del interés social¹⁴.

Enumeraremos seguidamente algunos ejemplos de aquellos deberes que los directores deben cumplir bajo los estándares fijados por el artículo 59 de la LSC. Destacamos al respecto que, si bien dichos deberes son aplicables a todos los directores en general, debieran ser tenidos especialmente en cuenta por los directores externos ante situaciones en las que las directivas recibidas por el accionista que los designó puedan eventualmente colisionar con el interés de la sociedad:

a) Deber de guardar confidencialidad respecto de aquellos temas que por su naturaleza deban preservarse en el seno del órgano de la administración societaria;

b) Deber de administrar los asuntos sociales de modo eficiente y de acuerdo con los intereses de la sociedad administrada;

c) Deber de impedir la injerencia de terceros en los asuntos que pertenecen a las atribuciones del órgano;

d) Deber de preservar la solvencia y continuidad de la sociedad administrada, velando por el patrimonio social;

e) Deber de reparar los daños ocasionados a la sociedad por obrar culposo.

f) Deber de obrar conforme la ley (no sólo la societaria sino toda ley que integra nuestro ordenamiento), el estatuto social y en su caso conforme el reglamento.

Este deber está comprendido en el deber genérico de lealtad, que implica en definitiva la obligación de los directores de salvaguardar el interés

¹⁴ CNCom., sala C, 22/9/82, “Sánchez, Carlos J. c. Banco de Avellaneda, S. A. y otros”: “En el supuesto de directores elegidos por categoría de acciones, éstos no permanecerán insensibles a los requerimientos de sus electores, dentro de los límites demarcados por el interés social, puesto que en manos de éstos se encuentra la posibilidad de su revocación “ad nutum” (art. 262, ley 19.550)”; www.societario.com, ref. n° 1399.

social por sobre los de cualquier otro interés y se aplica tanto respecto a la sociedad en la que se ejerce el cargo de director como hacia todos sus accionistas y no hacia el accionista que lo designó como tal en forma individual.

En este sentido, así como los administradores designados por el accionista mayoritario perteneciente al grupo de la sociedad participada deben actuar siempre priorizando el interés de la sociedad que administran, lo mismo se espera de quienes formen parte del directorio por haber sido designados por el accionista minoritario externo al grupo¹⁵.

En cuanto a escenarios hipotéticos en los que los directores designados por al ANSES pueden encontrarse ante potenciales conflictos de intereses, corresponde citar el trabajo de Fernando C. Aranovich¹⁶, en el que dicho autor se pregunta qué ocurrirá: *“...cuando dichos directores deban votar, por ejemplo, en la promoción de acciones administrativas o judiciales para que la empresa reclame, cuestione, se ampare o litigue contra normas emitidas por el Estado Nacional que a criterio de los directores privados puedan afectar negativamente la marcha de los negocios sociales y, por ende, el precio de los activos (p. ej. acciones) que integran el SIPA”*.

Otro supuesto de potencial conflicto de intereses sería el caso en el cual la sociedad participada necesite de la constitución de reservas en razón de determinadas circunstancias económicas o financieras o para afrontar un plan de negocios que tuviera para la sociedad un beneficio evidente para un determinado plan de negocio frente a la instrucción de los directores en cuestión de proponer la distribución de dividendos en su lugar.

Ante estos y otros supuestos que puedan darse en la práctica en las sociedades participadas por accionistas externos¹⁷ es que podrían quedar

¹⁵ Sobre la problemática del conflicto de intereses y deberes de los administradores en el contexto grupal de sociedades se cita la obra de MANÓVIL, Rafael, “Grupos de Sociedades”, pág. 795 y siguientes.

¹⁶ “La participación accionaria y la reforma a la ley de quiebras. Dos retrocesos jurídicos y económicos”, LL 19/05/2011, 1.

¹⁷ La ANSES es “accionista externo” al grupo societario al que pertenece Siderar (esta última como integrante del grupo de sociedades de Techint). Esto conforme a la definición del concepto de “accionista externo” aceptado en la doctrina nacional (entre ellos Manóvil en su obra citada en la nota n° 15) y extranjera (“third party shareholder” o “outward shareholder”).

enfrentados el interés social de la sociedad administrada y el interés del accionista, representado en este caso en particular, por el Estado Nacional a través de la ANSES, y, en consecuencia, los directores designados por ésta incurrirían en responsabilidad si se apartaran de cumplir ante tales escenarios con su obligación genérica de lealtad hacia la sociedad en la que se desempeñan como tales.

V. Conclusión

Los Directores nombrados por la ANSES para integrar los órganos de administración de las sociedades en las que ésta hoy participa no tienen entre sus atribuciones y responsabilidades la de preservar, defender, o de alguna manera garantizar el patrimonio administrado por dicho organismo ni preservar los intereses del accionista que los designó, si ellos colisionan con los intereses de la sociedad en la que se desempeñan. Dichos directores, como el resto de los integrantes del órgano, tienen como deber administrar como “buenos hombres de negocios” a la sociedad en la que se desempeñan como tales y deben responder por tal gestión ante ella y ante todos sus accionistas.

Quien resulta responsable por la buena administración del patrimonio administrado por la ANSES en beneficio de los jubilados y pensionados, tema que efectivamente hace al interés público, es precisamente la propia ANSES en su carácter de administradora del fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto, parte del Sistema Integrado Previsional Argentino, y en consecuencia quienes la administran y dirigen.

Argumentar, con base en la citada normativa aplicable a los directores designados por la ANSES como accionista, que dichos directores deben procurar por los intereses de la ANSES misma en los senos de la administración de las sociedades participadas, aún en contraposición con los intereses sociales de éstas, implicaría incurrir en un error conceptual que contradice principios societarios básicos, entre ellos el deber genérico de lealtad aquí mencionado. Dicha norma debería ser modificada a fin de no vulnerar en base a ella dichos principios societarios.

En la misma línea, resulta también llamativo, a la luz de algunas tendencias doctrinarias actuales, el hecho de que en forma reiterada se plantee al accionista minoritario como al accionista naturalmente perjudica-

do, por su mera condición de minoritario, respecto de las políticas adoptadas por la sociedad en la que participa como si el abuso de la mayoría fuera una regla que deba presumirse, cuando en realidad constituye una excepción y no representa a la generalidad de los casos.

Esto así, porque salvo por dichas patologías excepcionales (en cuyo caso la justicia eventualmente se deberá pronunciar) el interés del accionista mayoritario tiende naturalmente a ser afín con el interés social. Todo accionista controlante es el más interesado en que la sociedad en la que participa desarrolle su objeto de la manera más eficiente posible, y por lo tanto también procurará que los administradores designados para integrar el órgano de la administración de ésta sean aquellas personas con capacidades técnicas, solvencia profesional, idoneidad e integridad para que la sociedad administrada se vea beneficiada con su actuación.

El accionista mayoritario buscará en la generalidad de los casos el éxito de la sociedad en la que participa, éxito que en definitiva lo beneficia tanto como a los accionistas minoritarios. El prejuicio que contra el accionista mayoritario por su mera calidad de tal se vislumbra en algunas posturas doctrinarias recientes perjudica a la sociedad anónima como instrumento de negocio y se contrapone con los principios del buen gobierno corporativo que pretende defender.

Es el respeto a la ley y a las instituciones lo que en definitiva evitará todo exceso o abuso y preservará los intereses genuinos de las sociedades anónimas, sus accionistas en conjunto y a la sociedad misma.