

REMOCIÓN Y CESE DE LOS ADMINISTRADORES

POR OSVALDO JUAN DI TULLIO
CON LA COLABORACIÓN DE AGUSTÍN AGUILAR

Sumario

Mediante una reforma legislativa, se propone adoptar un régimen de mayor libertad y rapidez, en lo que se refiere al caso de renuncia de los Directores, y en la extinción de la responsabilidad de los mismos, ello, como consecuencia de fortalecer el sistema de remoción de los administradores mediante el otorgamiento de mayor discrecionalidad a la sociedad, pero sin menoscabo tanto de los derechos del director cesado como la preservación de los legítimos intereses de la sociedad, sus accionistas o los terceros.

Consideramos, tal cual se reseña en los párrafos que siguen, que el sistema de imputación de responsabilidad, como factor de atribución para el cese de los administradores se encuentra adecuadamente fundado y regulado en la Ley de Sociedades Comerciales, pero es necesario que tanto la sociedad como el director cuenten con una regulación específica y ágil, sea para el caso de renuncia como para el cese sin causa dispuesto por la sociedad, en cuanto a la eximición de responsabilidad.

En este sentido se propone modificar, de *lege ferenda*, los artículos 259 y 275 de la Ley de Sociedades Comerciales, los que quedarían así redactados:

“Artículo 259: Renuncia de Directores. El directorio deberá aceptar la renuncia del director dentro de los diez días de presentada la misma, o en la primera reunión que se celebre después de presentada, lo que suceda primero, siempre que no afectare su funcionamiento regular y no fuere dolosa o intempestiva, lo que deberá constar en el acta pertinente. De lo contrario, el funcionario deberá continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie”.

“Artículo 275: *Extinción de la Responsabilidad.* La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad se extingue: por aprobación de su gestión, por renuncia expresa o transacción, o por revocación sin causa de su designación; resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del veinte por ciento del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal”.

Introducción

La administración y representación de las sociedades anónimas está reservada a un órgano de gestión y de representación, con funciones específicas que lo distingue. El Directorio “es, sin duda, el órgano más importante de la anónima, el de mayor poder real, y el más influyente en cuanto al éxito de la empresa y el futuro de la sociedad”¹. Por su parte Brunetti lo define como “el órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros socios o no, son periódicamente nombrados por la asamblea ordinaria de la sociedad y cuya función es realizar todos los actos de administración, ordinaria y extraordinaria, representando a la sociedad ante terceros y asumiendo la responsabilidad solidaria e ilimitada por las infracciones a los deberes que les impone la ley y el acto constitutivo”².

El Directorio es un órgano bifronte, le concierne tanto la administración societaria, como la dirección y gestión empresarial³. Es por eso que debemos distinguir dentro del Directorio, la función de administrar de la función de representar a la sociedad. La primera se relaciona directamente con el objeto social, ya que son las tareas y decisiones que tiendan al cumplimiento del mismo. La representación sin embargo se relaciona con la ejecución de actos necesarios para el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

¹ Villegas, Carlos Gilberto. *Derecho de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 439.

² Brunetti, A. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Buenos Aires, Uteha, 1960, ps. 454 y 455.

³ Cita: Anaya, J. L. “Empresa y Sociedad en el Derecho Comercial”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1990, N° 27, p. 42.

Responsabilidad de los Directores

Al aceptar los cargos, los directores se someten a las normas de responsabilidad civil establecidas por los artículos 59 y 274 –complementados con los artículos 72, 99, 183, 195, 224 y 275 a 279, todos ellos de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC). Su función natural es la de administrar y representar a la sociedad, por ello deberá rendir cuenta de su gestión al órgano de gobierno.

En los artículos marco del instituto de la responsabilidad, artículos 59 y 274, en primer lugar se impone el deber de obrar con lealtad (llamada “*fiduciary duty*” por la doctrina y jurisprudencia angloamericana), debido a la confianza que requiere la designación y la administración de bienes ajenos. En este sentido, la ley le fija al juez un estándar jurídico para apreciar la debida diligencia en el desempeño de las funciones del director. “La noción de buen hombre de negocios” establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla, en el caso concreto se tendrá en cuenta: *a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencias; acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.), y como cumplió su deber de diligencia*⁴. Debemos recalcar que el desempeño en el cargo por parte del director de la sociedad, es permanente, personal e indelegable y requiere la atención necesaria, eliminando la posibilidad de excusarse por cuestiones de salud u otras ocupaciones. Finalmente el artículo 274 LSC, prevé la responsabilidad en forma ilimitada y solidaria, “*por mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave*”.

La Inspección General de Justicia, a los efectos de dar ejecutividad a los artículos citados, reglamentó la garantía que deben prestar los administradores, en caso de mal desempeño. Para ello se dictó la Resolución General 20/04, de fecha 3 de septiembre de 2004, que establece la obligatoriedad a los directores titulares de constituir una garantía desde el momento

⁴ Halperin, Isaac; Otaegui, Julio. *Sociedades Anónimas*, 2da Edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 549.

que asumen el cargo hasta el cese del mismo. Dicha garantía, que debe ser soportada por los directores; puede constituir en bonos, títulos públicos o sumas de moneda nacional o extranjera depositados en entidades financieras o cajas de valores, a la orden de la sociedad; o en finanzas, avales bancarios, seguros de caución o de responsabilidad civil a favor de la sociedad. Con esta resolución, la Inspección General de Justicia (IGJ) intenta evitar que el administrador que incurre en mal desempeño y no cuenta con un patrimonio propio suficiente para hacerse cargo, torne a la responsabilidad en inoficiosa.

Acciones de Responsabilidad

En nuestra legislación, la acción social de responsabilidad contra sus administradores, le corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas (artículo 276, párrafo 1º). Incluso cuando la acción la promueva el Directorio, le corresponde a la asamblea el tratamiento de la responsabilidad de sus directores, y en el caso de que estén dados los supuestos correspondientes, iniciar la acción.

Esta decisión puede adoptarse en la asamblea, aun cuando el tema no esté incluida en su orden del día, siempre y cuando sea consecuencia directa de la resolución de un punto incluido en éste. La resolución sobre la responsabilidad, trae consigo la remoción del director o directores afectados y obliga a reemplazarlos.

La acción de responsabilidad contra los directores, debe ser iniciada dentro del plazo de 3 meses, contados desde la fecha del acuerdo que le dio origen, y si así no lo hicieren, el accionista individualmente podrá ejercerla. Además, se le da la posibilidad de iniciarla a los accionistas que hubieren efectuado la oposición a la aprobación de la gestión, renuncia o transacción, prevista en el artículo 275 LSC.

Por su parte, el accionista goza de una acción individual, cuando sea perjudicado por los administradores, personalmente o como integrante de una clase de acciones, en violación de sus derechos individuales como accionista, que le corresponden por la ley, el estatuto o reglamento. La jurisprudencia sostuvo en reiteradas ocasiones que para la procedencia de la acción individual, el accionista debe demostrar un daño a su interés individual, es decir, "un perjuicio directo a su patrimonio". *"No bastará con demostrar que los administradores desplegaron una*

*conducta irregular en el desempeño de sus cargos, o que han actuado en violación de la ley o del estatuto, sino que es menester acreditar un perjuicio concreto, directo y personal en el patrimonio del demandante*⁵. Como vemos la acción social y la acción individual se diferencian por el carácter general o especial del perjuicio sufrido. En este sentido, se plantea un problema cuando la acción social sea ejercida de forma individual, y en el que en caso de proceder habrá que preguntarse qué papel juega la sociedad. Si se conserva el elenco de accionistas, la respuesta es clara, ya que la asamblea en caso de cambiar de opinión estaría actuando contra sus propios actos. En el caso de un cambio en el elenco de accionistas la respuesta es más compleja. “No puede afectar la acción ejercida por el accionista, que ha promovido acción social, a lo que en su momento la sociedad se negó o ha sido negligente en ejercer”. La revisión de su posición no puede imponerse al accionista, pues expresó su voluntad y esa decisión la obliga, sin que el cambio apuntado influya, porque el ente es único (existe continuidad jurídica, a pesar de los cambios en el directorio o en el elenco de accionistas)⁶. Los terceros, por su parte, conservan su acción individual, incluso en caso de concurso de la sociedad, por los derechos propios que fueron lesionados por el director. Sin embargo, a diferencia de estos; la sociedad y los socios, tienen en la Ley de Sociedades una medida cautelar, en caso de que los administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad. Para su procedencia sólo se requiere una información sumaria donde se acrediten los requisitos de la viabilidad, demostrando su condición de socio, existencia de peligro y gravedad, que agotaron los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción (artículo 114-LS). Por último, deberá prestar una contra cautela por los perjuicios que la medida pueda causar a la sociedad caso de improcedencia.

En cuanto a la prescripción de la acción de responsabilidad, si el ejercicio de la acción es de la sociedad o en el caso de acción social *ut singuli* por el accionista, se aplica el artículo 846 del Código de Comercio, y la misma será de diez años. Se debe a que la vinculación del director con la sociedad no es

⁵ C. N. Com., Sala C, 18 de abril de 1996, “Gómez, Humberto contra Confitería Los Leones SA”, La Ley, T. 1997-B, p. 132, con nota de Jorge José Soros, “Acción Individual de Responsabilidad en la Ley 19.550: daño directo en el patrimonio de un accionista o tercero”.

⁶ Halperin, Isaac; Otaegui, Julio. *Ob. Cit.*, p. 560.

una relación social, sino un contrato independiente, por lo que queda afuera de lo establecido en el artículo 848 del Código de Comercio. En este caso la iniciación del curso de prescripción comienza desde que la asamblea lo resuelve, conforme artículos 276 y 277 LSC.

Por otro lado, distinto es el caso en el que el accionista sufrió un daño en forma individual, ya que se encuentra comprendido en el inciso 1° del artículo 848 del Código de Comercio, por cuanto la prescripción será de tres años por tratarse de una causa derivada del contrato de sociedad.

Si el daño es sufrido por un tercero o el accionista como tercero, la prescripción dependerá de la causa u origen del daño y cursará desde que se produjo el daño.

Remoción

Como lo establece la Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 234, es la asamblea ordinaria la encargada de resolver tanto la designación como la remoción de los directores, síndicos y consejo de vigilancia, como así también la de fijar su retribución. Además, no es necesaria la expresión de causa alguna, de acuerdo con lo previsto por el artículo 256 LSC. En este caso, el administrador removido no tendrá elementos para concurrir a la justicia, a menos que puedan demostrar que se omitieron los requisitos de forma para su remoción, en este sentido, y con la modificación legislativa propuesta, el director removido sin causa, cumpliendo los supuestos previstos en la norma, queda eximido de responsabilidad, eliminándose de esta forma conflictos futuros, dando por terminada en forma definitiva la relación que lo vinculó con la sociedad y los accionistas.

Del mismo modo también se debe facilitar la renuncia del Director, evitando que la sociedad dilate su tratamiento, obligando al mismo a permanecer en su cargo, no dándose ningún supuesto de responsabilidad que le pueda ser imputada.

Distinto será el caso del que es removido con invocación de justa causa⁷. Dentro de los deberes como administradores de la sociedad, hay reglas específicas en materia de los procedimientos de acceso a la información, de asistencia a las reuniones y

⁷ Nissen, Ricardo A. *Impugnación Judicial de actos y decisiones asamblearias*, 2° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 191

justificación de inasistencias, del secreto y confidencialidad, de mantenimiento de la garantía (artículo 256, 2da parte, LSC), de no afectación de las actividades normales de la sociedad, de manejo de los conflictos de intereses (artículo 272 LSC), de la contratación del director con la sociedad (artículo 271 LSC), de los contratos con las denominadas “partes relacionadas”, de actividades en competencia (artículo 273 LSC), e incorporarse normas típicas propias del buen gobierno corporativo⁸. El incumplimiento, entre otras sanciones, puede derivar en la remoción con causa de los mismos. Sin embargo, frente a esta remoción causada, el administrador removido sí tendrá la posibilidad de recurrir a los tribunales con mayores herramientas para intentar mediante una sentencia, la nulidad de la decisión asamblearia y reponerlo en su cargo.

Bastará con la asamblea para remover al administrador, siempre y cuando la mayoría de los accionistas apoyen la moción de destituirlo. Sin embargo, la otra posibilidad que nos queda por analizar es el caso de que la minoría de los accionistas sea la que requiera su destitución. Por supuesto que ésta siempre deberá ser “con causa”, y además, frente a la oposición de la mayoría, deberá ser requerida en sede judicial. Lograr una sentencia de remoción, comportará la constatación judicial de que existieron inconductas que justifican su apartamiento y dejará expedita la pertinente acción de responsabilidad⁹.

Con este breve panorama, queremos poner de manifiesto que si la sociedad, los accionistas y aun los terceros, cuentan con elementos, hechos, pruebas, etc., que demuestren que es atribuible al Director responsabilidad por mal desempeño de su cargo, cuenta con suficientes acciones para hacer valer la misma y obtener el correspondiente resarcimiento. Pero si, por el contrario, se lo cesa al Director sin causa, será obligatoria la pertinente eximición de responsabilidad que extinguirá e impedirá en forma definitiva el inicio y progreso de cualquier tipo de acción en su contra.

⁸ Favier Dubois (p), Eduardo M.; Favier Dubois (h), Eduardo M. “El Reglamento del Directorio de la Sociedad Anónima”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar N° 272, julio de 2010.

⁹ Truffat, Daniel E. “El Director desplazado cautelarmente no puede tornar abstracto el juicio de remoción por vía de su renuncia; la que podrá ser rechazada por el tribunal si resultara abusiva”, *X Congreso Argentino de Derecho Societario*, Tomo III, p. 301.