

ASESORAMIENTO PROFESIONAL DE TERCEROS COMO PARTE DEL DEBER DE DILIGENCIA DEL DIRECTOR DE SOCIEDAD ANONIMA

Lisandro A. Allende

Ponencia

Forma parte del deber de diligencia y, por ende, no es contrario a derecho, que un director -accionista o no- de una sociedad anónima tenga acceso a la documentación y/o a cualquiera de los libros de la sociedad y los compulse, revise y analice con la asistencia de todos los profesionales que, a su juicio, resulten competentes en la materia que se trate.

1. Antecedentes. Presentación del tema

Es sabido que conforme algunos precedentes judiciales y reconocidos autores doctrinarios ⁽¹⁾, el ingreso de los terceros asesores -permitido por la IGJ en algunas resoluciones particulares- no es materia pacífica. Algún fallo hasta llegó a sostener que ningún derecho puede ser ejercido en forma abusiva y que no debe permitirse la «mezcla» (sic) de actuaciones como director y accionista, por el eventual conflicto entre los intereses social y personal, respectivamente ⁽²⁾.

(1) Otaegui, Julio C., *Administración Societaria*, Abaco, Bs. As., 1979, p. 59; Odriozola, Carlos S., "Reforma al régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación", L.L. 1982-B-706, Matta y Trejo, Guillermo, "Reflexiones en torno al derecho de información en la sociedad anónima moderna", L.L. del 25-11-96, p. 6, Escuti, Ignacio, "El derecho a la información societaria y la actuación judicial", RDPC, 2001-1, Rubinzal Culzóni, p. 92.

(2) Debe recordarse que en teoría no es tan categórica la separación de estos intereses: el interés del accionista es coadyuvante con el de los otros

¿Puede la Inspección General de Justicia (en adelante, la IGJ) intimar a una sociedad anónima y al presidente de su Directorio, a poner a disposición de otro Director de la empresa, los libros y cierta documentación societaria requeridos por dicho director para que éste concurriera a efectuar la compulsas con todos los profesionales que estimara necesarios? La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo en un caso concreto que el hecho de ser «acompañada de todos los profesionales que estime corresponder» no constituye un racional o prudente ejercicio del derecho a la información que le asiste al director de una sociedad anónima. La Cámara sostuvo que el derecho a la información es inalienable con relación al director pero que debe ser ejercido racional y prudentemente ⁽³⁾; que un director puede ser asistido por asesores pero que no es posible establecer pautas generales sobre qué cantidad y cualidad deben tener éstos; y que el ejercicio de tal derecho no debe entorpecer el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Pareciera ser el espíritu de la L.S. que el involucramiento de asesores debe quedar siempre librado al criterio del director para que pueda hacer ejercicio de la prudencia -que sí constituye su obligación-, posteriormente, si hubiese algo que reclamar, se lo hará considerando la *trascendencia*, el volumen o la complejidad del asunto que se pretendía compulsar, o si fue desmesurada la cantidad de asesores, o si las especialidades de dichos asesores no coincidían con el objeto de la compulsas, o si la exhibición de libros era improcedente, etc. Debe ser un análisis *ex post facto* y no *ex ante*. Y ese análisis se hará conforme las reglas aplicables para la valoración de la gestión de administración establecidas en la L.S..

accionistas; se dice que es yuxtapuesto. Y todos dichos intereses individualmente considerados dan nacimiento, origen y esencia al interés social.

(3) CNCom., Sala B, 28/22005, «IGJ c/ Propel S.A. s/ denuncia». Hubiera bastado con decir «prudentemente», pues es un concepto que presupone la racionalidad.

2. El régimen de la ley de sociedades comerciales

El sistema de la ley de sociedades comerciales ⁽⁴⁾ (en adelante, la L.S.) contiene normas específicas que condensan las atribuciones y deberes de los órganos de gobierno ⁽⁵⁾ y de fiscalización ⁽⁶⁾. Sin embargo, no hay en la L.S. una norma que -en sí misma- liste todos los deberes y facultades del órgano de administración. Hay normas que dan las pautas de conducta ⁽⁷⁾ -bastante genéricas, por cierto-, hay otras que dicen lo que no deben hacer ⁽⁸⁾ y lo que ocurrirá si actúan de una u otra manera ⁽⁹⁾.

No hay por qué pensar que la omisión apuntada ha sido casual. Sencillamente es imposible listar, agotar, acotar, las actividades que debe enfrentar diariamente un director. El legislador de la L.S. vio este fenómeno ya años atrás -hoy agigantado por la velocidad del desarrollo comercial- y optó por no inmiscuirse en el universo infinito de las tareas que pueden o deben llevarse a cabo para administrar una sociedad comercial. No obstante lo que antecede, nadie puede sostener que la L.S. no contiene pautas claras que permiten diferenciar a qué se dedican los integrantes de uno u otro órgano societario. Vale decir que puede afirmarse que las funciones de estos tres órganos están razonablemente diferenciadas en la L.S. aunque no tratadas con igual grado de detalle.

Sentado ello, es dable aceptar que es necesario utilizar la deducción lógica, la razonabilidad, para merituar situaciones no contempladas taxativamente en la L.S. Y ese análisis de los hechos no puede ignorar premisas tales como el dinamismo del comercio en general y de la actividad societaria en particular, la multiplicidad de aspectos ínsitos en la función administrativa, la gran cantidad de obligaciones de los directores diseminadas a lo largo de la L.S., la responsabilidad derivada del eventual incumplimiento de dichas obligaciones, etc.

(4) Ley 19.550, t.o. por decr. 841/84.

(5) Arts. 233, 234, 235 y ss., L.S..

(6) Arts. 281 y 291 L.S..

(7) Art. 59 L.S..

(8) Art. 264, 268 y ss., L.S.

(9) Arts. 58, 274 y s., LS.

3. El uso del razonamiento lógico y el derecho a la información

3.1. La carencia de norma prohibitiva del empleo de asesores por parte de los administradores de sociedades comerciales nos lleva al uso de la deducción lógica como método para analizar sobre la procedencia o no de lo sostenido en la ponencia.

¿Qué tiene de antijurídico que un director sea asesorado por profesionales justamente formados para ese objetivo, o sea, asesorar en el área de su conocimiento profundizado? ¿No cumple con el deber diligente *del buen hombre de negocios* quien se hace asesorar debidamente (*esto es*, la ponencia como *elemento* del obrar diligente)? ¿Qué reproche puede razonablemente hacerle un accionista al administrador que así obre? ¿Puede reprochársele al director ese asesoramiento específico cuando, por ejemplo, tiene la obligación de informar en la Memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades realizadas y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos *que se consideren* necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad?⁽¹⁰⁾ Esta propia L.S. que deja librado a la consideración del director, esto es, al criterio y discernimiento del director, los aspectos que debe informar a los accionistas. Pensemos en las sociedades cotizantes y los requisitos estrictos de información que se les exige que consten en la Memoria⁽¹¹⁾.

(10) Conf art. 66, ter párr., L.S.. Véanse también las secciones VIII y IX de la LS, que contienen una serie de normas de suma trascendencia para la vida societaria, que no hacen sino ratificar la intrínseca conexión entre las funciones del órgano administrador y el derecho a informarse.

(11) El art. 64 de la ley 17.881 (régimen de oferta pública) dispone los requisitos que debe tener la Memoria presentada por las sociedades cotizantes. Estos nuevos requisitos fueron impuestos por la reforma establecida mediante el decr. 677/01 que intenta incorporar los principios del *Corporate Governance* del derecho estadounidense al régimen local: «**Ampliación de la Memoria. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 66 de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones y de la reglamentación adicional que establecerá la Comisión Nacional de Valores se incluirá en la Memoria como información adicional por lo menos la siguiente:** a) *Lo política comercial proyectada y otros aspectos relevantes de la planificación empresarial, financiera y de inversiones ...* c) *La política de dividendos propuesta o recomendada por el directorio, con una explicación fundada y detallada de la misma...* ».

Procurarse el debido asesoramiento forma parte de la actividad cotidiana de un director, máxime tomando en cuenta estas gravosas obligaciones de información con las que no puede cumplirse seriamente sin acudir a la consulta especializada.

3.2. El derecho a la información del cual está investido el director tiene análoga raíz que el derecho a la información del cual está investido el socio. El socio debe poder conocer el negocio en el cual ha invertido su dinero o bienes. Y el ejercicio de ese derecho queda subordinado al pedido que debe cursársele al administrador⁽¹²⁾, aun en las sociedades anónimas (si prescinden de la sindicatura).

Se ha dicho que si el director es simultáneamente socio se «mezclan» las esferas de los intereses. No se advierte entonces cuál es el serio agravio que encerrarla que un director que sea a la vez accionista acudiera al asesoramiento especializado que juzgue más conveniente. Más bien parece ser un argumento pasible de ser utilizado para fundar la petición que para denegarla. La doble capacidad refuerza *a priori* su legítimo derecho a interesarse en la marcha de los negocios sociales. Dicho de otro modo, el mismo individuo integra dos órganos societarios, el de gobierno y el de administración, por lo que estamos entonces ante un caso de indudable legitimación para satisfacer el derecho a la información, inalienable.

4. Comentarios finales

No parece haber buenos argumentos con relación al supuesto peligro que conllevaría dar acceso a terceros a dicha información, no sólo son de dudosa suficiencia sino que parecen no condecirse con el caso en análisis. En efecto, el director tiene esa obligación por su solo carácter de tal⁽¹³⁾. El accionista, si hiciera un uso dañoso de la información, será sancionado por el sistema legal ordinario y por el societario⁽¹⁴⁾. En adición, debe presumirse que cualquier profesional

(12) Art. 55 L.S.: «Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recibir del administrador las informes que estimen pertinentes...».

(13) Ver arts. 272 y 273 L.S..

(14) Ver arts. 241 y 248 L.S..

ejerciendo su labor cumple con su primera obligación, cual es la confidencialidad de la información a la que accede. Cualquier profesional está obligado a ello, sea cual fuere su profesión, tanto por la ley como por las normas específicas que la reglamenten, de índole ético y/u ordenatorio. Esa misma presunción es la que permite -por ejemplo- que un estudio de contadores o un estudio de abogados, en tanto sociedad civil, sea el órgano de fiscalización de una sociedad ⁽¹⁵⁾. En otras palabras, si la cuestión se redujera a que -por precaución- sea mínimo el número de gente involucrada en el manejo de una sociedad anónima, no habría normas que permitieran la existencia de órganos sociales plurales, sin límite de membresía en cuanto a cantidad ⁽¹⁶⁾. Por otro lado, una parte importante de la información que maneja el Directorio se hace finalmente pública pues los estados contables son auditados por estudios terceros, ajenos a la sociedad (por esencia y definición de la auditoría) y presentados anualmente para su inscripción ante el Registro Público de Comercio.

Por supuesto que existen fallos que sostienen que por imperio del art. 274 de la L.S., el director será responsable por los actos contrarios a la ley o los estatutos, realizados en el desempeño del cargo. Por lo que se entiende y se justifica que previo a prestar cualquier conformidad con las cuestiones que se sometan a su consideración, debería estar en condiciones de saber con el mayor grado de certeza posible, si de su aprobación o rechazo podrían llegar a derivarse responsabilidades para él, sean éstas compartidas o no con los otros directores, si los hubiere ⁽¹⁷⁾.

La doctrina, en general, ha entendido que los directorios precisan a veces el asesoramiento de expertos si la índole o complejidad de los temas excede el nivel de conocimiento de los integrantes del directorio, sin que por ello se exima de responsabilidad a estos últimos. El concepto de gerenciamiento (por terceros) de aspectos técnicos de la actividad empresaria es aceptado sin reparos y hasta visto como una necesidad.

(15) Conf. art. 285 L.S..

(16) Salvo por el consejo de vigilancia que no excederá de quince, pero cuyo ejemplo no aplica por tratarse de socios, no terceros.

(17) Conf. Sasot Betes-Sasot, *Sociedades anónimas, El órgano de administración*, p. 394.

Este ha sido el punto de vista recogido, por ejemplo, por la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios⁽¹⁸⁾ tras su análisis y recopilación de opiniones calificadas en el tema. Ello no obstante, aún nos encontramos con fallos que parecieran ignorar estas realidades empresarias y pecan de excesiva literalidad en la interpretación normativa.

(18) Ver Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales, art. 136, que propone la sustitución del art. 266 (t.o. por decreto 841/84), por el siguiente: «*Artículo 266. Carácter personal del cargo.* El cargo de director es personal e indelegable. *Gerenciamiento.* La contratación de un gerenciamiento de aspectos técnicos de la actividad empresarial, no excluye la responsabilidad de los directores contemplada en el art. 274”.