

## **RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANONIMAS “CERRADAS” O DE FAMILIA POR LAS CONSECUENCIAS DE LA ELECCION DE DIRECTORES DE INSUFICIENTE IDONEIDAD**

*Hugo Enrique Rossi*

### **Sumario**

Por aplicación de los arts. 54, primer párrafo, de la ley 19.550 y 1113, primer párrafo y 902, del Código Civil, cabe interpretar incluidas en las previsiones de responsabilidad frente a la sociedad y terceros las conductas de los accionistas de sociedades anónimas cerradas o de familia consistentes en la elección y posterior mantenimiento en su cargo por no adoptar en tiempo útil las medidas de remoción necesarias, de directores respecto de los cuales sabían o debían saber, en el empleo de una normal diligencia y según la regla del “*id quod plerumque accidit*” -que revela con frecuencia el fracaso de administradores de insuficiente profesionalidad- y atendiendo a las circunstancias económico-financieras que al tiempo de la designación afectaban a la sociedad, o bien que ya era entonces suficientemente previsible que habrían de hacerlo, que dichos directores carecían de la idoneidad necesaria para desempeñarse adecuadamente.

### **Desarrollo**

La designación de administradores no constituye solamente una de las manifestaciones principales del ejercicio del derecho de voto por los accionistas desprovista de otro contenido que el hecho mismo de la designación, sino que conlleva deberes activos de conducta que la cualifican.

Los accionistas no sólo tienen derecho a votar para la elección de los administradores bajo cualquiera de las formas o mecanismos de

dicha elección previstos por la ley 19.550, sino que deben hacerlo ordenados al interés social en el mejor cumplimiento del objeto de la sociedad, apreciado de acuerdo con las circunstancias concretas por las que ésta atraviesa.

Esto supone que deben ejercitar ese derecho en el mejor interés de la sociedad cuya realización a la vez se proyecta sobre el interés y el beneficio de los terceros vinculados negocialmente con la sociedad, los cuales son conceptualmente ajenos a la visión contractualista del interés social pero en definitiva están realmente alcanzados por las consecuencias o vicisitudes de éste.

Por lo tanto puede decirse que la idoneidad de los administradores, presunta a partir de bases objetivas, constituye un límite o condición para tener por regularmente ejercido el derecho de voto en esta materia. En relación con los parámetros de desempeño del art. 59 LS (“lealtad” y “diligencia del buen hombre de negocios”), los accionistas no pueden garantizar ni responder de que el desempeño de los directores sea leal, pero sí les cabe poder justificar la elección de los mismos en la razonable creencia de que cuentan *a priori* con las cualidades necesarias para desempeñarse diligentemente y con eficacia, apreciado esto en relación con la situación de la empresa en concreto y con las perspectivas que se pretenda desarrollar en los negocios sociales.

Ya sea que se considere a la elección de los directores como un derecho-deber inherente al compromiso de los accionistas de preservar la continuidad de la empresa en condiciones aceptables de viabilidad como contrapartida del beneficio que, en esas condiciones, tienen de limitar su responsabilidad, o bien que se acoja la simple concepción del ejercicio de un derecho en forma regular, en cualquiera de estas concepciones no sólo está en juego su deber de lealtad entre ellos mismos, sino que se pone en juego un perfil institucional de la sociedad que debe atender además de al interés de ésta como algo superior al de ella misma, también al interés de los terceros.

En segundo lugar, del mismo modo el control de la administración puede también ser concebido como un derecho-deber que no se agota en la recepción y consideración de la rendición anual de cuentas representada por los estados contables de ejercicio, sino que comportan igualmente deberes activos de conducta de vigilancia a fin de corregir en tiempo las desviaciones que sea posible observar en la administración de la sociedad, cuando el ejercicio diligente del derecho

de información posibilite advertir la ocurrencia actual o inminente de daños al patrimonio social que quepa relacionar con la falta de idoneidad de los administradores para evitarlos o reducirlos.

La simple atribución de responsabilidad a los directores por su gestión no constituye remedio suficiente, sino que se pone también en juego la responsabilidad de los accionistas en evitar en tiempo propio que directores carentes de la aptitud necesaria agraven los daños al patrimonio social y a los derechos de terceros.

Estas exigencias no pueden ser desatendidas en sociedades que más allá de la limitación de la responsabilidad emergente del tipo, presentan en los hechos rasgos personalistas por la composición de su elenco de socios y también a veces por las condiciones de su funcionamiento, en las cuales usualmente se prescinde de sindicatura y la mayoría que obtiene la designación también de la mayoría del directorio tiene claro acceso a la documentación social y conoce en concreto los actos del directorio, o puede conocerlos prácticamente a diario.

El art. 902 del Cód. Civ. establece que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Por su parte el art. 1198 del mismo código establece el principio de buena fe en la ejecución de los contratos -aplicable en materia societaria (arts. 207 Cód. de com. y 384 ley 19.550)-, lo cual supone un ejercicio permanentemente funcional de derechos y prerrogativas en un contrato de organización y duración destinado a vincular permanentemente a terceros como condición y forma de realización de la empresa, a través del funcionamiento orgánico centrado para ello en las funciones de representación.

El art. 54 primer párrafo de la ley 19.550 sienta la responsabilidad solidaria de los socios y controlantes por los daños ocurridos a la sociedad por dolo o culpa de los mismos, norma en la cual no se agota dicha responsabilidad, no sólo en el ámbito específicamente societario <sup>(1)</sup> sino en el del derecho común, que la contempla también para los casos en los cuales actuando prerrogativas de tal el socio cause o contribuya a causar perjuicios a terceros con los cuales no se halle vinculado

---

(1) P. ej. arts. 29 párr. 2º, 37, 46, 47, 54, últ. párr., 99 párr. 2º, 116, 133 párr. 2º, 193, 248 párr. 2º, 254 párr. 1º, etc.

contractualmente, pudiendo ser aplicadas diversas disposiciones civiles (arts. 1068, 1069, 1071, 1073, 1078, 1109, 1113 párr. 1º, Cód. Civ.).

El art. 1113 párr. 1º del Cód. Civ. establece la responsabilidad refleja del principal por los hechos de su dependiente. Diversos fundamentos han sido esgrimidos al respecto por la doctrina civilista<sup>(2)</sup>. También se ha señalado en referencia al concepto de "dependencia" que el Cód. Civ. utiliza no en el sentido técnico de la legislación laboral, p. ej., sino como un concepto jurídico indeterminado, que en tanto se admita que el fundamento de la responsabilidad del principal radica en su culpa, sea en la elección o en la vigilancia, solamente es posible incurrir en dicha culpa si aquel pudo ejercer control o vigilancia; de ahí que se haya entendido que no se respondía sino de los daños causados por quienes habían sido libremente elegidos y vigilados, hallándose vinculados al comitente por un contrato de locación de servicios; la subordinación, se ha agregado, resultará, aunque sea ocasionalmente, de una elección para actuar y un virtual poder de control sobre el hecho de otro, sin que importe que tal actividad sea gratuita o remunerada, ilustrándose con el ejemplo de que si bien el empresario o contratista de una obra actúa con independencia del locatario, puede sin embargo revestir la calidad de dependiente si el dueño se reserva algún contralor en la ejecución de la obra<sup>(3)</sup>.

Desde este punto de vista amplio, puede decirse que los directores han sido elegidos por los accionistas –a través de la asamblea, o del consejo de vigilancia en su caso– y se hallan luego sujetos a la vigilancia de los mismos. Esta vigilancia no puede entenderse circunscripta, como se ha anticipado, a la práctica de la consideración de la gestión de los directores en la misma oportunidad en que se lo hace con los estados contables, sino que, de acuerdo con las circunstancias, en las sociedades cerradas o de familia puede y debe traducirse en una vigilancia de mayor inmediatez, tanto más cuando, como también ocurre en la práctica, algunos de los directores son también accionistas, o bien

---

(2) Presunción de culpa *in eligendo*, *in vigilando* o ambas, en alcances *juris tantum* y *juris et de jure* respecto de dicha presunción; garantía; riesgo creado; cfr. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, p. 329 y ss..

(3) Bustamante Alsina, ob. cit., p. 334, N<sup>ros</sup> 945, 946 y 947, con cita de jurisprudencia de la CNCiv., Sala D, 16-10-73, L.L. 113-41.

existen acuerdos entre éstos que en buena medida garantizan una estabilidad en el elenco de directores. Más allá de la independencia y el carácter personal e indelegable del ejercicio del cargo de director que marca la ley, lo cierto es que cuando median tales situaciones los directores ajustan su gestión a las expectativas de quienes los han designado y estos suelen ejercer el recurso de la revocación *ad nutum* cuando así no acontece. Esto es de rigor en la indeseada práctica de los directores “prestanombres” o “de asiento”.

Este cuadro de la realidad traza entonces en los hechos una situación de dependencia *lato sensu* de determinados directores con respecto a la mayoría que los designó, el cual no puede estar exento de consecuencias jurídicas en orden a evaluar la conducta de esa mayoría, primero al producir la designación y posteriormente al contar con la potestad de mantener o no a los directores en el ejercicio de sus funciones según como sean éstas desempeñadas. Como se ha dicho en doctrina, respecto del director y en relación a los socios que lo votaron, presupone (el cartabón de “lealtad” y “diligencia”) la asunción de responsabilidad por parte del que lo hizo, por ejemplo en los casos de negligencia manifiesta en la designación, agravado esto cuando la designación fue con el propósito de contar con la conformidad de su dependiente designado en la formulación, aprobación y ejecución de determinadas relaciones jurídicas <sup>(4)</sup>. No es infrecuente que en sociedades en crisis o en zona de insolvencia, se designen o mantengan en funciones directores que evidentemente se sabe o debería saber

---

(4) García Tejera, Norberto, *Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1° del art. 299*, en *El directorio en la sociedad anónima (Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola)*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 34. También se ha afirmado, con motivo de críticas al régimen de garantías de los directores regulado en diversas resoluciones generales de la Inspección General de Justicia, que es obvio que es la sociedad la que debe adoptar los necesarios recaudos para verificar la responsabilidad patrimonial y ética de sus directores y que los socios y terceros, en general, saben quiénes son aquellos a quienes designan o con quienes contratan (Zamenfeld, Víctor, *Sobre la reglamentación de la garantía de los administradores societarios (A propósito de las Resoluciones Generales IGTJ 20, 21 y 23)*, en *Sociedades comerciales*, dir. Rivera, Julio César, Suplemento Especial La Ley, diciembre de 2004, p. 152).

por los accionistas que los mismos carecían de la idoneidad necesaria o bien que sobrevinientemente aparecen desadaptados respecto de las mayores exigencias que la situación puede acarrear<sup>(5)</sup>.

El riesgo de empresa no puede reconducirse sólo al concurso preventivo o la quiebra ni a la intervención judicial de la administración, que lo agravan irremediablemente, si el obrar diligente de los accionistas puede permitir en tiempo oportuno reducir o acotar aquel. La limitación de la responsabilidad de los accionistas presupone que el perjuicio de los terceros sea consecuencia del “alea” normal de los negocios y que éste no haya sido agravado por culpa en la conformación y mantenimiento de la administración social, por lo que se estaría en presencia de un abuso del riesgo empresario.

Consiguientemente, cabe concluir que la aplicación de los arts. 902, 1071, 1113, 1198 y concordantes del Cód. Civ. y el art. 54, párr. 1º, LS, fundan suficientemente la extensión de la responsabilidad por las consecuencias del obrar de directores cuya inidoneidad se conocía o debía razonablemente suponerse o se la conoció o debió conocer *a posteriori* con motivo de sus acciones u omisiones en el cargo, a aquellos accionistas que deliberadamente o por negligencia contribuyeron con su voto primero a designarlos y con su inacción posterior, a posibilitar el mantenimiento de los mismos en sus cargos y el agravamiento de los perjuicios al patrimonio social garantía de los terceros y cuya consistencia hace además a la preservación de la propiedad accionaria de aquellos accionistas inocentes de la situación.

---

(5) Tampoco es infrecuente que en esas situaciones sean designados lisa y llanamente designados en forma deliberada “prestanombres” insolventes, que conforman una suerte de “mercado” de “directores” -como ha venido existiendo el de representantes de sociedades *off shore*- que sería saludable desalentar con la previsión de responsabilidades por esos hechos.