

XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

TÍTULO DE LA PONENCIA

BREVE ANÁLISIS DEL ESTÁNDAR JURÍDICO DEL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y SU PERSPECTIVA DESDE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA.

AUTOR

LUCAS P. BERRADE

DNI

30.409.072

TEMA IV

CUESTIONES INTERDISCIPLINARIAS.

SUBTEMA 3

SOCIEDAD, ÉTICA Y SUSTENTABILIDAD.

SUMARIO

Para juzgar la conducta del administrador de una sociedad en el cumplimiento de sus funciones, la normativa vigente en la República Argentina fija el estándar jurídico del “buen hombre de negocios”. En virtud del cambio de paradigma en la concepción de la empresa, resulta necesario adecuar el mencionado cartabón en particular y los deberes y obligaciones de los administradores en general, a efectos de que su actividad cumpla con las expectativas que fija la Responsabilidad Social Empresaria. De este modo, el “buen hombre de negocios” será un “buen hombre de negocios socialmente responsable”.

ÍNDICE

I. Algunos antecedentes; II. El “buen hombre de negocios” en la legislación vigente; III. El “buen hombre de negocios” en el Proyecto de Código Unificado. Recepción de supuestos típicos del Gobierno Corporativo; IV. El “buen hombre de negocios” desde la perspectiva de la Responsabilidad Social Empresaria; V. Conclusión.

I. ALGUNOS ANTECEDENTES.

El artículo 36 del Anteproyecto de 1959 disponía que quienes representaban y administraban una sociedad debían proceder, en el cumplimiento de su cometido, con la diligencia de un “buen hombre de negocios”. Dicho cartabón o estándar jurídico (tal como lo ha reconocido la jurisprudencia¹) se inspira, según la propia manifestación de sus redactores, en el artículo 43 de la Ley Alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada del 20 de abril de 1892, que impone al gerente “*los cuidados de un buen hombre de negocios*”. Nótese que la utilización de estándares es típico del sistema romano empleado para establecer la culpa, el cual clasifica la culpa en grados y fija tipos abstractos de comparación. Sin embargo, en este caso se siguió el sistema francés, que rechaza la clasificación en grados y establece solamente tipos abstractos de comparación. La lealtad como obligación de conducta es agregada en el artículo 59 del Anteproyecto de 1967.

Naturalmente, el argentino no es el único caso de las legislaciones de la época en que se sigue el criterio de apreciar la responsabilidad de los administradores de sociedades mediante tipos o modelos abstractos de comparación²: por citar algunos ejemplos, en la ley alemana de 1937, en su artículo 84, se expresaba que “*en la gestión de negocios los administradores deben hacer prueba de la diligencia de un director de empresa bueno y escrupuloso*”. En la ley de 1963, en su artículo 93, se cambió por el estándar de un “*gerente ordenado y previsor*”. La ley brasileña de 1940, en el artículo 116, rezaba que los directores tenían que “*desempeñar sus funciones con la diligencia que un hombre probo y activo suele emplear en la administración de sus propios negocios*”. En el mismo sentido encontramos la ley española de 1951 que habla de la diligencia de “*un ordenado comerciante*”, una nueva derivación de la figura milenaria del *bonus pater familiae*, receptada en todas las normas antes señaladas.

II. EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Debemos partir del criterio práctico de que la actividad empresaria requiere de actos de toma de decisión y de la exteriorización de la misma. Los administradores de la sociedad son los que planifican la estrategia empresaria y llevan adelante la conducción societaria dirigida a la consecución del objeto social. Entendemos por “administración”, entonces, a la gestión interna de todos los actos que posibilitan el funcionamiento del ente societario en los ámbitos de decisión y ejecución³.

De la lectura del artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (en adelante, LSC), surge la pauta que tomará en consideración el juzgador para evaluar la conducta de los administradores de una sociedad en el cumplimiento de sus funciones. El citado artículo refiere a la “lealtad y diligencia” que cabe esperar de un “buen hombre de negocios”.

Con relación al concepto de “lealtad”, el Diccionario de la Lengua Española (22° edición) de la Real Academia Española lo define como el “*cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y honría de bien*”.

El concepto de “diligencia” se encuentra definido en el mismo glosario como el “*cuidado y actividad en ejecutar algo*”. En nuestro derecho, este vocablo alude, por citar un solo ejemplo en el campo civil, genéricamente al comportamiento exigible al deudor (artículo 512, Código Civil).

Llevando dichos conceptos al ámbito del derecho societario, podemos decir que la lealtad es una aplicación derivada del principio general del artículo 1198 del Código Civil y que obrar con lealtad es

¹ CNCom, Sala A, 07/07/78, ED, 81-479.

² MACIEL, Juan, “Fórmula del ‘Buen hombre de negocios’ en el derecho tradicional argentino y en el anteproyecto de ley general de sociedades”, JA, Doctrina, 1971-912.

³ MASCHERONI, Fernando y MUGUILLO, Roberto, “Régimen jurídico del socio”, Astrea, 1996, p.80.

“proceder de buena fe”⁴ y “significa que (el administrador) debe actuar postergando los intereses personales que vayan en desmedro de los intereses sociales, ya que su actividad debe redundar en beneficio de la sociedad”⁵. Así pues, el deber de lealtad es una “particularización por la vía de los llamados deberes accesorios o deberes de conducta del genérico deber de fidelidad”⁶.

Del mismo modo, debe entenderse a la “diligencia” como la “aptitud profesional para el exitoso desempeño en la actividad que constituye el objeto social”⁷, es decir que el administrador deberá ser idóneo y eficiente en su labor, con solvencia conceptual y deberá reunir las competencias necesarias para llevar adelante su mandato.

Así pues, cabe mencionar que la buena fe objetiva requiere del contratante actuar con lealtad e integridad. De este modo, los conceptos de buena fe y lealtad son dos nociones íntimamente relacionadas, por cuanto quien obra de buena fe actúa de manera leal y quien es leal procede de buena fe.

III. EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” EN EL PROYECTO DE CÓDIGO UNIFICADO. RECEPCIÓN DE SUPUESTOS TÍPICOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO.

Resulta interesante señalar que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación unificado⁸, el cual efectúa una serie de modificaciones trascendentes en el derecho societario, se suprime el concepto de “buen hombre de negocios”.

La supresión de este estándar jurídico es una decisión acertada: la inclusión de este parangón en la LSC generó preocupación en el mundo empresario y reparos desde lo jurídico⁹, toda vez que si bien es viable como regla moral, el cartabón resulta impreciso y poco eficaz como norma de derecho y extraño a la noción de culpa de nuestra legislación positiva.

¿Qué significa ser un buen hombre de negocios? ¿Cómo puede probarse que una conducta se ajusta o no a ese estándar jurídico? El ordenamiento societario no proporciona una definición concreta acerca de qué se entiende por “buen hombre de negocios”, o de cuál sería la actuación “correcta”; ni, como contrapartida, cuál sería la actuación “incorrecta” que haría violar la directiva¹⁰. La actual LSC nos da un parámetro vacío, que remite necesariamente al juicio ético del juzgador: para evaluar una conducta en particular, el juez tiene entonces que decidir motivado no por los términos del texto legal, sino por otros factores, sin dejar de considerar desde el tamaño de la empresa hasta el giro de los negocios. Como

⁴ GAGLIARDO, Mariano, “El directorio en la sociedad anónima”, Abeledo Perrot, 2° edición, 2007, p. 251.

⁵ RICHARD, Efraín y MUIÑO, Orlando, “Derecho Societario”, Astrea, 6° reimpression, 2005, p.229.

⁶ GAGLIARDO, Mariano, obra citada, p. 254.

⁷ RICHARD, Efraín y MUIÑO, Orlando, obra citada, p.230.

⁸ El Proyecto de Unificación fue redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por decreto 191/2011, y objeto de una serie de cambios introducidos por el Poder Ejecutivo de la Nación.

La Comisión de Reformas estuvo presidida por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti e integrada por las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Conforme los reconocimientos expresados por la propia Comisión, su Secretario fue el Dr. Miguel Federico De Lorenzo, y la Comisión contó con la colaboración de 96 profesores y doctrinarios argentinos, 3 profesores extranjeros, y la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

⁹ PERROTA, Salvador, “Breves estudios sobre la sociedad comercial”, VIII – De la administración y representación, LL, 1976-C-649.

¹⁰ SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián, “El estándar de conducta de los administradores societarios: “el buen hombre de negocios” desde la perspectiva ética”, 2006, SJA 26/7/2006 ; JA 2006-III-886.

menciona Sánchez Cannavó¹¹, “*si bien los juicios morales no son verdaderos o falsos, ni se corresponden con una realidad objetiva, ni empíricamente verificable, como no podemos eludir la formulación de juicios éticos, aparece conveniente la utilización del criterio utilitarista como método de determinación de valores consistentes y generales respecto de las conductas (...)llevado ello al ámbito societario, la actuación de los administradores debe corresponderse con la causa fin de la sociedad y con el interés social, es decir, con la aplicación de los aportes realizados por los socios, para la producción o el intercambio de bienes o servicios, con participación en las ganancias y sostenimiento de las pérdidas (...)*”.

Siguiendo con el análisis del proyecto, en los fundamentos del mismo¹², se considera que “*la responsabilidad de los administradores es una regla que trasciende el campo de las sociedades comerciales*”, en virtud de lo cual, se extiende la valoración de la responsabilidad de los administradores de asociaciones civiles, fundaciones y todo tipo de personas de existencia ideal privadas.

Asimismo, conforme surge de los artículos 159 y 160 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación unificado, se propone la unificación de principios generales en la parte general de la LSC, unificando las facultades, deberes y obligaciones contenidas en el artículo 59 de la actual LSC para los administradores en general, con lo fijado en el artículo 274 para los directores y en el artículo 157, cuarto párrafo, en relación a los gerentes.

En el artículo 159 antes mencionado también se adicionan los conceptos de conflicto de intereses y de interés contrario al interés social, a diferencia de lo estipulado en la actual redacción del artículo 59 de la LSC. **Esta reforma resulta válida**, por cuanto los supuestos de actividades en competencia, apropiación de las oportunidades de negocios y utilización de información privilegiada vulneran el deber de lealtad¹³. De esta manera, se extienden las obligaciones y deberes del administrador, en especial, en su rol de contralor de la actividad de la sociedad.

Los fundamentales supuestos referidos anteriormente no se encuentran en la actual redacción del artículo 59 LSC, pero si podemos encontrar referencia a ellos, casi textual en comparación con el Proyecto de Código Unificado, en el Decreto 677/2001, relativo a la transparencia de las sociedades que hacen oferta pública, especialmente en su artículo 8 y en sus artículos 33 al 37, los que receptan las conductas contrarias a la transparencia. Es menester señalar que, si bien para el tema objeto de este trabajo resulta la norma mas relevante, el decreto 677/2001 no es la única fuente legal vernácula de lo que comúnmente se llama **gobierno corporativo**, también podemos mencionar la Resolución de la Sindicatura General de la Nación 37/2006, Resolución de la Comisión Nacional de Valores 516/2007 y la Comunicación del Banco Central de la República Argentina 5201/2011.

Para entender el motivo por el cual se considera positivo que el nuevo texto recepte las situaciones vinculadas al gobierno corporativo contempladas en las normas mencionadas en el párrafo anterior, sería oportuno (más no suficiente, pero considerando la extensión de presente, así lo haremos) revisar el concepto mismo de gobierno corporativo, el cual, debe aclararse, no está definido taxativamente en nuestro marco legal.

La doctrina colombiana¹⁴ define que “*(...)cuando se habla de buen gobierno corporativo se está haciendo referencia, en general, a la existencia de un conjunto de normas, prácticas, códigos de ética y elementos de la cultura empresarial que permitan la existencia de relaciones armónicas, ecuanímes y transparentes*”

¹¹ SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián, obra citada.

¹² Disponible, junto con el Proyecto de Unificación, en www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/.

¹³ LUCHINSKY, Rodrigo, “El sistema de gobierno societario”, LexisNexis, 2006, p.89.

¹⁴ MEJÍA, Carlos, “El Buen Gobierno Corporativo”, Planning, Julio de 2001, P.I. citado en “Reglas del Buen Gobierno Corporativo” de ARELLANO, Ramón, XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, 28 y 29 de Junio, Rosario.

entre los diferentes públicos que están interesados en la vida de una sociedad, ellos son: los accionistas grandes y pequeños, los directivos y administradores, los empleados, los clientes, los proveedores, las autoridades y la comunidad”. Se sostiene respecto de su propósito que es el de “(...) crear un ambiente de mayor credibilidad y estabilidad en las relaciones con las empresas, con el fin de garantizar su crecimiento y desarrollo y propiciar la inversión nacional o extranjera de ellas”, concluyendo que “estamos hablando de algo más que códigos y leyes, estamos hablando de ética empresarial”. Por lo manifestado, considero que la redacción de los artículos antes señalados en el Proyecto son positivos.

IV. EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA.

El concepto de “ética empresarial” con el que concluye el párrafo anterior es la columna vertebral de la Responsabilidad Social Empresaria (en adelante, RSE). Debemos entender a la RSE, no como una materia “de moda”, sino como una novedosa y necesaria visión tendiente a que la sociedad comercial lleve adelante sus negocios, pero prestando especial atención en hacerlo de manera sustentable, en el marco de la ética empresarial y la transparencia, generando valor agregado no solo para sus socios, sino para otros protagonistas externos, por ejemplo sus clientes, empleados, proveedores y sindicatos (en conjunto, los *stakeholders* en palabras de Freeman¹⁵), o todos los que pueden ser afectados por las actividades de la empresa, de manera directa o indirecta.

Luego de revisar brevemente el criterio genérico vigente del artículo 59 LSC con el que se juzga la actividad y conducta de los administradores de sociedades comerciales, cuáles fueron sus antecedentes normativos (incluso con algunas referencias en derecho comparado) y cuál es el texto que el flamante Proyecto de Código Unificado propone (el cual adelantamos que consideramos positivo –mas no suficiente- por cuanto recepta supuestos de gobierno corporativo plasmados en otras normas de nuestro derecho positivo), entendemos que resulta oportuno evaluar la conveniencia de incluir en el criterio genérico de juzgamiento de conducta de los administradores obligaciones y deberes vinculados con la RSE. La mejor forma de llevar a cabo la inclusión de estos supuestos relacionados a RSE en nuestro derecho positivo excede los límites del presente trabajo. Empero, en los próximos párrafos se señalarán brevemente algunas nociones por las cuales considero que sería positivo levantar este punto y tenerlo en consideración para la redacción de un futuro texto superador.

Nótese que nos encontramos frente a un cambio de paradigma: la sociedad comercial o empresa moderna ya no se asemeja a la del Siglo XX, en la que sus administradores tenían por única responsabilidad social la de incrementar las ganancias y cumplir con la ley. Para esta concepción, toda otra acción de responsabilidad empresarial no es más que “socialismo” y “colectivismo” que promueve que los ejecutivos utilicen el dinero ajeno para procurar intereses sociales generales, e involucrando indebidamente a la política dentro de las corporaciones.

Esta concepción, sostenida por Friedman¹⁶, no es éticamente sostenible. Ello así por cuanto implica disociar indebidamente la realidad y personalidad del ser humano, negando la ética en una porción importante de su vida. Es que todos los hombres deben ser éticos, y deben actuar con ética tanto en nuestro plano individual como en el plano colectivo, aún cuando se trate del accionar en empresas. Adicionalmente, la postura de Friedman tampoco es sostenible puesto que, al sólo reclamar que las empresas se limiten a cumplir con la ley, desconoce que a veces la ley es oscura, permite tergiversaciones, o simplemente devino obsoleta, por lo que, para alcanzar una vida individual y colectiva

¹⁵ FREEMAN, R. Edward, “Strategic Management: A Stakeholder Approach”, Pitman, 1984.

¹⁶ FRIEDMAN, M., “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, The New York Times Magazine, 13/09/1970.

más plena, siempre se hace necesario ajustar la conducta a la ética, más allá de la estricta legalidad¹⁷. Como concluye Farré Calvo: “*se hace necesario el cambio en la concepción de la actual estructura empresarial cuya única finalidad no es la máxima rentabilidad del capital invertido, sino que entre sus objetivos se halla también el respeto por la dignidad de las personas involucradas. Es decir, que ésta se presenta como grupo social organizado con miras a un fin: actuar con libertad y en forma voluntaria para encontrar modos de alcanzar un fin rentable unido a objetivos sociales*”¹⁸.

La empresa constituye una comunidad de personas. La empresa involucra una diversidad de fines “*que deben ser armonizados teniendo en cuenta que el servicio a las personas y la búsqueda del bien común deben ser el criterio último de sus decisiones*”¹⁹. En el mismo sentido, “*la sociedad hoy mira hacia la empresa privada para mejorar la calidad de la educación, aliviar el hambre y la pobreza y reducir los índices de desocupación generando nuevas fuentes de trabajo.*”²⁰

Los escándalos de empresas como Enron dan que pensar que la búsqueda de ganancias a cualquier costo no es una política éticamente sostenible. Ahora bien, antes de Enron era posible encontrar posturas que asociaban al "buen hombre de negocios" con la figura del "piloto de tormentas", hábil para sortear los obstáculos que se plantan en el camino de una compañía, aunque haciendo poco hincapié en los aspectos éticos²¹. Nuevamente, es menester ajustar la lente y adaptarnos al cambio paradigmático de la noción de empresa.

Más recientemente, aparecen autores que resaltan que a partir de la “tendencia” de la Responsabilidad Social Empresarial, respecto de los líderes de una empresa ya no solamente se espera “*obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”, sino que éstos deben reemplazar el paradigma de la maximización de los beneficios por el de su optimización, no sólo creando valor para el accionista, sino también para la empresa y para los grupos de sujetos o entidades nucleados en torno a ella²². En el mismo sentido, la doctrina considera²³ que “*la acción del directivo influye en él mismo y en las demás personas afectadas por sus decisiones: empleados, clientes, proveedores, accionistas*”, es decir, en otros *stakeholders*.

A diferencia de, por ejemplo, proveedores y clientes (responsabilidad secundaria) o del propio Estado (responsabilidad terciaria), los administradores de una sociedad comercial (conjuntamente con los accionistas, empleados), son personas directamente implicadas en la empresa y detentan responsabilidad primaria, razón por la cual deben llevar a cabo conductas éticas y con miras al bien común, no de manera activa, sino proactiva: los directivos deben percibir la demanda social como una necesidad y tomar la iniciativa para fomentar el cambio de paradigma.

Finalmente, corresponde citar que la calidad ética y reputación de una compañía dependerá del “*talante humano de quienes la integran y muy especialmente de sus directivos*”²⁴ quienes tienen, a diferencia de

¹⁷ ELEGIDO, Juan, “Fundamentos de ética de empresa”, Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa (IPADE), Universidad Panamericana, México, 1998, p. 120/1, 129 y 161.

¹⁸ FARRÉ CALVO, Verónica, “La empresa del Siglo XXI. Derecho empresario y bien común”, 2008, Buenos Aires, Editorial Dunken, p. 205.

¹⁹ DEBELJUH, Patricia, “La conquista de las virtudes en la empresa”, Editorial Temas, Buenos Aires, 2004, p.19.

²⁰ JASMINOY, Héctor, “Responsabilidad social de las empresas frente a la pobreza”, 2003, LNL 2003-17-1108.

²¹ MILBERG, Eduardo, “Realidades del mundo de la empresa y del buen hombre de negocios”, JA 1996-IV-714.

²² SÁNCHEZ CANNAVO, Sebastián, obra citada.

²³ FONTRODONA FELIP, Joan, GUILLÉN PARRA, Manuel y RODRÍGUEZ SEDANO, Alfredo, “La Ética que Necesita la Empresa”, Unión Editorial, España, 1998, 157 p.

²⁴ DEBELJUH, Patricia, obra citada, p. 108.

otros empleados, responsabilidades profesionales personales, por ocupar una posición fiduciaria²⁵.

V. CONCLUSIÓN.

Si existiese un estándar jurídico del “buen hombre de negocios” debería suplantarse por el del “buen hombre de negocios socialmente responsable”. Si bien, como mencione a lo largo de esta ponencia, no considero apropiado la utilización de estos parangones en la letra de la ley, deberá buscarse la mejor forma para que dentro de los criterios con los que se juzgue la conducta de los administradores de sociedades comerciales se considere que aquellos deben promover los resortes de control hacia dentro de la organización, fomentando en paralelo un desarrollo sostenible y efectivo de los distintos proyectos asumidos por la sociedad comercial, llevando a cabo su tarea de manera ética y persiguiendo un fin social, acorde con lo que se espera de la empresa a partir del cambio paradigmático frente al que nos encontramos.

Sería deseable que, desde la misma letra de la Ley, se establezca que ser un buen hombre de negocios es también ser también un administrador socialmente responsable.

²⁵ ELEGIDO, Juan, obra citada, p. 391.