



Algo más sobre la competencia del Directorio

María Blanca Galimberti

La administración a cargo del directorio no es "toda la administración".

Si bien la decisión y ejecución de los contratos forma parte de la administración, es imposible que el directorio resuelva y apruebe todos los contratos que realiza la sociedad.

Existen operaciones que encuadran dentro de aquellas que no requieren aprobación previa ni ratificación posterior del directorio, ya que se entienden delegadas en quienes se encargan cotidianamente de las tareas que posibilitan la gestión de los negocios sociales.

Así mismo, por ejemplo, la compra de equipos para su aplicación a las tareas de administración, comercialización y eventuales financieras implementan y coadyuban a la gestión de los negocios sociales :

Delegada en quienes se encargan cotidianamente a dichas tareas o tienen ese sector a su cargo.

No requieren aprobación previa o ratificación posterior del Directorio salvo que su monto sea de una importancia tal que así lo aconseje por apartarse de las políticas de gastos o de inversión del órgano de administración. O bien que por su importe sean estatutaria o reglamentariamente previstas como a cargo de este sin posibilidad alguna de delegación.

1- La sociedad y sus órganos. Competencia e integración.

En las sociedades deben cumplimentarse funciones de cuatro órdenes: gobierno, administración y fiscalización, todas ellas de carácter interno y, de representación de eminente carácter externo.

Tal diversidad de funciones necesariamente conduce a la creación de diversos órganos a los que la ley asigna el cumplimiento de esas funciones y los estructura fijando su competencia de un modo más o menos preciso.

Atribuye el artículo 255 de la LS la "administración" de la sociedad al "Directorio", función y órgano necesario para el desarrollo de los actos o categorías de actos que "por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad, para lograr su fin".

Integran dicho órgano los directores, personas físicas o jurídicas, socias o no, designadas en razón de acto válido de órgano electivo competente (Asamblea o Consejo de Vigilancia según las previsiones estatutarias, o Sindicatura en caso de vacancia, con cumplimiento de los extremos que en torno a su respectivo funcionamiento –quórum y mayorías- se hayan normado).

La regulación de la constitución y el funcionamiento del Directorio esta delegada por la ley en los socios quienes deberán preverla en el estatuto -art. 260 LS-, dentro del cauce de lo permitido – que indican el tiempo verbal "podrá", "puede" de los artículos 261 y 262 entre otros análogos- y con expreso acatamiento de los principios que emanan del tipo elegido –imposibilidad de "suprimir ni restringir" la revocabilidad del cargo que en el extremo opuesto al art.129, regula el art.256- o del orden jurídico en general – imposibilidad de dificultar el voto acumulativo que reglamenta el art. 263 en protección de las minorías en los votos.

La función de administración esta integrada con la de representación, también vinculada al objeto. Pero tal integración en las SA presenta, en razón del tipo, una gran diferenciación orgánica. El director, en las antípodas del administrador de la colectiva –art.128- no tiene por su calidad de tal el poder de representar a la sociedad, muy por el contrario, debe, necesariamente, para el ejercicio de tal función adicionar a la de director la calidad de Presidente o bien de director autorizado estatutariamente a tal efecto –art.268.

La función de representación esta delineada en el art. 58 el que con claro resguardo de la buena fe de los que contratan con la sociedad, establece que, el "administrador o el representante que de acuerdo

con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social". Este régimen que en protección de los terceros, en determinados supuestos, se aplica "aún en infracción de la organización plural" intra societariamente no afecta la validez interna de las restricciones contractuales y por ende, tampoco, altera la responsabilidad por su infracción. La función de representación legal se atribuye a un órgano diferenciado del de administración, aunque sí con una dependencia constitutiva, pues al igual que el órgano comité ejecutivo, sólo pueden ser miembros de éstos los que integran el de administración. Tal dependencia en orden a su integración determina para algunos autores su calificación de subórgano.

Compete a la asamblea la función de gobierno, en tanto le corresponde toda decisión que signifique una modificación del estatuto social o que sin llegar a serlo represente una variación de las condiciones de contratación (es el caso del reintegro del capital que prevé el inc 2 del art. 235) y todo lo que se refiera a la integración de los otros órganos con designación de sus miembros y consideración de su gestión (art. 234). Son sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto obligatorias para todos los accionistas y deben ser cumplidas por el Directorio.

La función de fiscalización esta a cargo de la sindicatura, unipersonal o colegiada, diferenciándose del derecho de contralor que poseen los socios en caso de prescindencia de ésta por las atribuciones y deberes que más allá de dicho derecho de contralor les atribuye a los síndicos la ley. Así compete a éstos la asistencia a reuniones de los otros órganos a las que deben ser citados o dictaminar sobre la documentación del ejercicio o investigar las denuncias que pudieren formular un número determinado de socios (art. 294). Funciones todas estas extrañas al derecho de contralor que para el socio regula el art. 55.

La atribución que de las funciones de administración, gobierno, fiscalización y representación hace principalmente la ley respectivamente al directorio, a la asamblea, a la sindicatura (con eventual reemplazo por consejo de vigilancia – art. 280-) y al representante legal, no resulta exclusiva de cada órgano. Así, el directorio tiene funciones integrativas de las de gobierno, cuando resuelve sobre la oportunidad de un llamado a suscripción o puesta a disposición de un dividendo (art. 188). O bien la sindicatura en relación a las de administración cuando suscribe los títulos en que se representan las acciones (art. 212).

Aunque no es exclusiva atribución cobra importancia en las hipótesis dudosas para la radicación del poder residual de la competencia de uno y otro órgano. Así debe entenderse originaria de la asamblea la competencia decisoria fundamental respecto de actos vinculados a la vida político-jurídico-institucional de la sociedad; y del directorio la relativa a actos atinentes a su propia organización, o a la organización interna de la actividad empresarial, o a decisiones concernientes al desarrollo de la gestión económica externa.

2- El concepto de administración orgánica. Su diferenciación con la organización de la administración.

La competencia del directorio no queda ceñida dentro del concepto de "administración", ya que resulta a todas luces manifiesto que el directorio ejerce o puede y debe ejercer, múltiples facultades decisorias que exceden nítidamente el concepto de "administración".

Se destacan así:

2.1 Los actos del directorio vinculados con su funcionamiento interno (régimen de distribución de los cargos en directorio o de consideración de las renunciaciones de sus miembros o de integración del comité ejecutivo o de designación de gerentes generales o especiales, directores o no, entre otros). Todos los cuales exceden, o por lo menos, se diferencian de los referidos a la administración social.

2.2- Los actos del directorio que hacen al funcionamiento o convocación de otros órganos o la ejecución de sus decisiones para el funcionamiento de la estructura social (régimen de convocatoria a asambleas, supuestos de delegación de sus facultades o de ejecución de las decisiones de ésta). Todos estos actos pueden ser compartidos o atribuidos también a otros órganos (tal es el caso de la posibilidad de convocatoria a asamblea que tiene atribuida la sindicatura para superar supuestos de vacancia o inactividad del directorio)

2.3.- Los actos del directorio relativos a la actividad político-jurídico-funcional de la sociedad (reformas estatutarias, reglamentos societarios, aumentos y reducciones del capital social, oportunidad y condiciones de pago de los dividendos; emisión de acciones, canje y reemplazo de títulos; reemplazo

de certificados por títulos definitivos.

2.4.- Los actos del directorio referidos a la organización interna de la actividad y la gestión externa de los negocios sociales. Compete al directorio la realización de todos los actos tendientes al logro del fin para el cual se constituyó la sociedad – participar en las ganancias- a través del desarrollo del objeto elegido por los socios para el logro de ese fin.

Así la noción de administración atribuida al directorio incluye la de disposición de los bienes que a los efectos de la realización de la actividad integran el patrimonio social. Y por tanto como competencia orgánica el vocablo "administrar" debe referirse a la acepción que la señala como "ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes".

Por su parte el desarrollo de la competencia propia del directorio, se efectúa en el marco de una organización como empresa. Con cumplimiento de los recaudos que en relación a la documentación y contabilidad preceptúa la ley de sociedades. Tal normativa tiene por finalidad permitir al socio no administrador o al tercero que contrata con la sociedad ejercer su derecho de información en relación a la evolución de los negocios sociales. Habilitando la no aprobación de la documentación de la cual surge la información (Estados Contables, notas y anexos) la remoción de los directores (art. 274) y, eventualmente, la promoción de acciones de responsabilidad contra éstos (art. 276).

Cabe, por tanto, al director la organización interna de la sociedad así como la gestión negocial externa. A la organización interna se enderezan los actos tendientes a dotar a la sociedad de sistemas y métodos contables eficaces para el conocimiento e información sobre el estado de activos y pasivos de ésta así como para el seguimiento del resultado de sus operaciones sociales. Quedan incluidos dentro de tal organización la contratación y manejo del personal abocado a la gestión de los negocios sociales. En cuanto a la gestión negocial externa, la competencia es del representante legal como resulta de la ley así como de la falta de aptitud material de la asamblea para decidir y llevar adelante tales actos.

2.5.- Todos los referidos actos del directorio suponen un estado de regularidad social, pues difiere la competencia de ese órgano según los diferentes estadios o circunstancias de la vida de la sociedad (iter constitutivo, concurso preventivo, quiebra, disolución y liquidación de la sociedad)

3- La posibilidad de la delegación de las funciones del directorio.

3.1. Desde la perspectiva de su delegabilidad, podemos distinguir en la gestión que genéricamente la ley pone a cargo del directorio cabe distinguir tres categorías de actos:

3.1.1.- Los actos que el directorio no puede derivar o delegar debiendo ejercerlos por sí. Fundamentan tal indelegabilidad una o varias de las siguientes razones:

Porque su realización le esta impuesta por la ley. Dentro de esta categoría cabe incluir la indelegabilidad del cargo de director o si como la administración en su totalidad.

Porque su incumplimiento determina responsabilidad para los componentes del directorio.

Porque implicaría abolir la deliberación o decisión en colegio.

Porque se exceden a la competencia del comité ejecutivo y por ende no son derivables en éste.

Porque se exceden a la competencia de los factores, gerentes y dependientes y por ende no son delegables en éstos.

Se incluyen básicamente en esta categoría los actos de "alta administración", la fijación de los objetivos de la sociedad, la implementación de las pautas o lineamientos para lograrlos y las decisiones fundamentales para tal fin.

3.1.2- Los actos que el directorio puede derivar o delegar, sea que los ejercite por sí o que efectivamente los derive o delegue.

En primer lugar pueden derivarse o delegarse las facultades necesarias para el ejercicio o cumplimiento de alguna parte de la función que originariamente compete al directorio, pero nunca la función misma como se anticipara en el apartado a) precedente. Tal delegación no debe significar un cercenamiento para el directorio, quien por el contrario conserva el poder de realizar por sí el total contenido de la derivación o delegación (avocación – revisión). Y ello por cuanto esta derivación o delegación de facultades no incluye la de la responsabilidad que –cuando menos "in vigilando"- se

mantendrá en el directorio.

3.1.3. Los actos que el directorio debe derivar o delegar necesariamente, sin posibilidad de que sean materialmente tratados, resueltos o ejecutados por el directorio. Comprende esta categoría tanto:

- a) Los actos derivados estatutariamente al subórgano colegiado comité ejecutivo como
- b) los delegados en personas individuales (factores, gerentes, dependientes) excluyéndose de éstos el requerimiento de deliberación en colegio.

Los actos son decididos y ejecutados –o ejecutados los ya decididos- individualmente por el funcionario delegado.

3.2 Los actos referenciados en 3.1.2 y 3.1.3. revelan toda una gama de actos que el directorio no atiende –no puede atender- por sí, a pesar de hallarse comprendidos en el concepto de administración a que se refiere el art. 255.

3.3. Es que, si bien la decisión y ejecución de los contratos forma parte de la administración, es imposible que el directorio decida y apruebe todos los contratos que realiza la sociedad.

Cabe por tanto afirmar como consecuencia necesaria que la administración a cargo del directorio no es "toda la administración". O a que "toda la administración" no puede desarrollarse a través del sistema deliberativo que la ley fija para la actuación del directorio.

Tales conclusiones nos permiten sugerir la necesidad de un replanteo de la delegación con una consecuente adecuación del régimen de responsabilidades.

4- La toma de decisiones y el recaudo del acta de la reunión.

El directorio como órgano colegiado a los efectos de resolver en relación a los actos de su competencia debe dar cumplimiento al iter: deliberación-decisión-ejecución con cumplimiento de las normas que en relación a quorum y mayorías establece la ley y el estatuto.

La confección del acta de la reunión, más allá del cumplimiento de una obligación legal, refleja lo sucedido en orden al referido iter. De la misma resulta lo deliberado y votado. Firmada por los presentes constituye una prueba de lo sucedido así como de la veracidad de su contenido.

Destacado su valor probatorio, queda negado niego cualquier efecto constitutivo que se pretenda darle, siempre podrá ser reemplazada por otro medio de prueba. Ello sin perjuicio de las responsabilidades que por incumplimiento de un deber a cargo del órgano pueda resultar atento las circunstancias del caso.

6-La representación legal orgánica e indelegable salvo estatutariamente

Establece el art. 268 que la representación de la sociedad –legal y orgánica- corresponde al presidente del directorio, permitiendo a los socios autorizar estatutariamente la actuación de uno o más directores, dejando a salvo los derechos de los terceros en caso de representación plural.

Así, reiteramos, el presidente del directorio, y en su caso los representantes estatutarios, integran un órgano diferenciado del de administración.

La competencia del órgano de administración hace a la vida interna de la sociedad. El directorio resuelve en torno a los actos de su competencia pero no puede ejecutar la decisión por sí o sea como órgano.

Requiere a esos efectos de la representación legal con funciones orgánicas propias de actuación en la faz externa de la sociedad.

En principio el presidente, como órgano, ejecuta lo ya resuelto –estrictamente- y sin facultad de decidir por sí. Cuando lo hace, debe informar al directorio para requerir su ratificación.

Sin perjuicio de la validez frente a terceros del acto realizado, el directorio puede negar tal ratificación, provocando la consiguiente responsabilidad del representante. Y así la actuación del representante legal tiene dos vertientes en cuanto a sus efectos: a) la externa frente a los terceros –de buena fe-, respecto de los cuales obliga a la sociedad aunque lo ejecutado no corresponda a una previa decisión; b) la interna frente a la sociedad, en la que sin perjuicio de lo anterior responde por la legitimidad de lo actuado y compromete su responsabilidad.

La representación legal y orgánica es indelegable, salvo estatutariamente conforme art. 268.

7- La representación no orgánica. Innecesariedad del previo iter deliberativo.

7.1. En otro orden de ideas, cabe destacar que el directorio, órgano interno de administración impotente como tal de manifestarse al exterior, puede delegar no solo facultades de actuación administrativa interna, sino también representativas externas. En su caso, ambas conjuntamente.

Este otorgamiento de representación emerge de facultades internas de gestión que le son propias y bien distintas de la legal del art. 268. En razón de ellas actúa el factor o los dependientes de la sociedad, sin necesidad, reiteramos, de cumplimentar con ningún iter deliberativo, ello por cuanto no son órganos sino personas facultadas para actuar en representación del directorio.

7.2. Cabe tal encuadre, innecesariedad de previo tratamiento por directorio, o posterior ratificación a los efectos de su validez, cuando el presidente adquiere algún bien de poca relevancia en cuanto a su monto referido al total de la operadora social, a la vez que necesario para el desarrollo de la organización empresarial.