



ERREPAR, DSE, NRO. 279, TOMO XXII, FEBRERO 2011

CONDICIONES ESTATUTARIAS PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO DE DIRECTOR DE SOCIEDAD ANONIMA.

**POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER)
Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).**

1.-INTRODUCCIÓN.

El directorio de la sociedad anónima es el órgano necesario y permanente que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo los negocios de la sociedad.

Al respecto, cabe destacar que en la estructura legal de la sociedad comercial el concepto de gestión social es amplio y comprende toda la actividad jurídica o de hecho, que dentro del marco estatutario o contractual acordado, promueve la realización del fin social común, interesando la actividad gestora, o sea la que puede ser imputada al ente ⁽¹⁾

Analizando las normas de la ley de sociedades, y siguiendo al profesor Otaegui, pueden distinguirse las siguientes funciones del directorio: a) de gestión en los negocios sociales; b) de representación; c) de contabilidad y d) de participación en los actos de funcionamiento, disolución y liquidación ⁽²⁾.

En cuanto a los directores como tales, analizando la normativa que los regula se destacan, en primer lugar, las reglas generales de la ley 19.550 en materia de administradores, que

¹ GIRON TENA, Jose, Derecho de Sociedades, t.1, Madrid, 1976, pag.300, cit. Por Gagliardo, Mariano "Responsabilidad de los directores de S.A.", Ed.Abeledo Perrot, Bs.As. 2001, pag.178, nro.156.

² OTAEGUI, Julio Cesar "Responsabilidad civil de los directores", R.D.C.O., nro. 65 pag.1292.



disponen sobre la representación social (art. 58), sobre los deberes de lealtad y buena fe (art. 59) y sobre la publicidad del nombramiento y cese (art. 60).

En particular, el capítulo de sociedades anónimas contiene diversas prescripciones referidas o vinculadas al estatuto de los directores, a saber: composición y elección (art. 255), condiciones y domicilio (art. 256), duración (art. 257), reemplazo (art. 258), renuncia (art. 259), funcionamiento (art. 260), remuneración (art. 261), elección por categoría (art. 262) y por acumulación de votos (art. 263), prohibiciones e incompatibilidades (art. 264), remoción del inhabilitado (art. 265), carácter personal del cargo (art. 266), reuniones y convocatoria (art. 267), representación de la sociedad (art. 268), comité ejecutivo (art. 269), gerentes (art. 270), prohibición de contratar con la sociedad (art. 271), interés contrario (art. 272), actividades en competencia (art. 273), mal desempeño y responsabilidades (arts. 274, 275, 276, 278 y 279).

Dentro de tan rica normativa, y luego de haber encarado en otras colaboraciones las problemáticas relativas a la representación³, al reglamento del directorio⁴ y a los deberes contables de los directores⁵, en el presente trabajo nos centraremos en el tema de las posibilidades de fijar, en forma adicional a las condiciones exigidas por la propia ley, condiciones estatutarias especiales para acceder al desempeño del cargo de director, y en la determinación de sus contenidos admisibles.

2.-LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY.

En primer lugar cabe señalar que del texto del art. 59 de la ley 19.550 resulta que el director debe obrar con la "lealtad" y con la "diligencia de un buen hombre de negocios".

Si bien no se trata de condiciones previas sino de exigencias respecto de la conducta a seguir con posterioridad al nombramiento, no cabe dudar que cuando existan circunstancias objetivas que "ab initio" impidan tal conducta, podrán operar como condiciones obstativas de la designación.

³ "Representación societaria: aplicación y contenido de la excepción fundada en el conocimiento efectivo de la restricción estatutaria en la doctrina de la Corte", Errepar, DSE, nro. 261, agosto 2009, T.XXI, pag. 883 y stes.

⁴ "El reglamento del directorio en la Sociedad Anónima", Errepar, DSE, nro. 271, tomo XXII, julio 2010, pag.704 y stes.

⁵ "Las obligaciones contables de los directores. Un caso de Derecho Contable", Errepar, DSE, nro. 278, tomo XXIII, enero 2010, pag....,



Por su lado, de acuerdo con el art. 256 de la ley 19.550 no es condición "legal" para ser director la de ser accionista de la sociedad anónima (primer párrafo in fine), pero si es condición que la mayoría de los directores tengan domicilio real en la República. (cuarto párrafo).

Ello además del cumplimiento de requisitos formales como son el de prestar una garantía (segundo párrafo) y el de constituir domicilio especial (quinto párrafo).

Por otra parte, del art. 264, que establece prohibiciones e incompatibilidades, resulta una condición "positiva": la de tener capacidad para ejercer el comercio (inc.1º)⁶ y otras "negativas": las de no estar inhabilitado por concurso (inc.2º), no estar condenado por ciertos delitos (inc.3º) ni tratarse de ciertos funcionarios de la administración pública durante un período de dos años desde el cese (inc.4º),

Otra condición negativa, por incompatibilidad, resulta del hecho de integrar el consejo de vigilancia de la sociedad (art. 281 inc.a) o la sindicatura de la misma o la de otra sociedad controlada o controlante (art.286 inc.2º), dado que en tales casos, de admitirse la designación, el director sería fiscalizado por sí mismo.

Finalmente, agreguemos que la ley 19.550 nada establece expresamente, a diferencia de otras legislaciones, sobre la posibilidad de desempeñarse simultáneamente como director en varias sociedades⁷, sobre la exigencia de edades mínimas o máximas para el desempeño, sobre la incompatibilidad de los cónyuges para ser simultáneamente directores de la misma sociedad⁸, o de que una persona de existencia ideal (vgr.sociedad comercial) desempeñe el cargo de director, todo lo que ha llevado a diversas interpretaciones doctrinarias⁹ y administrativas¹⁰.

⁶ Ver de los autores "La capacidad para ejercer el comercio y para actos comerciales después de la ley 26.579 de mayoría de edad a los 18 años", Errepar, DSE, nro 270, tomo XXII, junio 2010, pag.565 y stes.

⁷ Ver Burlando de Acuña, Felicia "El interlocking en el directorio (sobre directores comunes a dos o más sociedades", en "El directorio en las sociedades anónimas", Estudios en Homenaje al Prof.Carlos Odriozola, Ed.Ad Hoc, Bs.As., 1999, pag.110.

⁸ Halperín, Isaac "Sociedades Anónimas", Ed. Actualizada por Julio C.Otaegui, Bs.As. 1974, Ed.Depalma, pag. 462, donde expresa opinión negativa a la actuación de dos cónyuges.

⁹ Ver los desarrollos en Otaegui, Julio Cesar "Administración societaria", Ed. Abaco, Bs.As. 1979, pag.186 y stes., donde expresa opinión positiva.

¹⁰ La Inspección General de Justicia de la Nación ha sentado tradicional criterio negativo, actualmente en el texto del art. 108 de la RG 7/05 que dispone que los directores "deben ser personas físicas" (primer párrafo).



3.-LA FACULTAD DE LOS ACCIONISTAS PARA INTRODUCIR CONDICIONES ESTATUTARIAS.

Más allá de las condiciones exigidas por la ley como presupuestos para ser elegido director ¿existe la posibilidad legal de que los fundadores de la sociedad anónima y/o de que sus accionistas, introduzcan en el estatuto otras condiciones para acceder al cargo?

Damos respuesta afirmativa al interrogante sobre la base de que la ley fija un mínimo a cumplir, por razones de interés general, fuera del cuál los socios gozan de amplia libertad para ejecutar la manda societaria de consignar en el instrumento de constitución "...la organización de la administración..." de la sociedad (art. 11 inc. 6º ley 19.550) lo que, a nuestro juicio, incluye la facultad de fijar condiciones para el acceso al cargo de director.

Téngase en cuenta que ni dentro de la estructura del tipo social de sociedad anónima ni dentro de los requisitos esenciales no tipificantes (art. 21 L.S.), se encuentran, en modo alguno, las condiciones personales exigidas para ser director.

Al respecto destaca el profesor Richard que en el derecho societario hay solo dos límites a la generación de preceptos por la autonomía de la voluntad: uno general, vinculado a no afectar derechos de terceros, dentro del marco de los arts. 1195, 1197 y 1198 del código civil, y otro consistente en no afectar la tipicidad societaria, conforme con las previsiones del art. 17 L.S.¹¹

El mismo autor distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas, b) dispositivas y c) interpretativas, destacando que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios e, inclusive, sostiene que las normas imperativas "implícitas" deben interpretarse restrictivamente¹².

La moderna doctrina nacional es pacífica en cuanto a la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias basadas en la autonomía de la voluntad y con los límites señalados¹³.

¹¹ Richard, Efraín Hugo "Libertad asociativa y autonomía estatutaria" en "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I, pag. 327.

¹² Richard, Efraín Hugo, op.cít. pag. 330.

¹³ Fridman, Susana Alejandra "La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social", pag.253; Tom, Walter Ruben "El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad", pag. 341, ambos en la obra colectiva "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I,



En nuestra materia, un ejemplo de autonomía lo constituye la condición de detentar la calidad de accionista para ser director.

Si bien, como se señaló, la ley no lo prevé como algo obligatorio, la doctrina es conteste en afirmar que tal obligatoriedad puede introducirse como condición estatutaria¹⁴, salvo que se tratase de una sociedad cotizada¹⁵.

Igualmente, consideramos posible una cláusula inversa que, con motivos de profesionalidad e independencia, prohíba a los accionistas ser directores¹⁶.

En consecuencia, cabe concluir que los socios poseen la facultad de introducir tales condiciones, sea en el momento fundacional, o con posterioridad por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.

4.-LIMITES A LAS CONDICIONES ESTATUTARIAS.

Sin perjuicio de lo concluido precedentemente, consideramos que las facultades de los socios de reglamentar estatutariamente las condiciones para ingresar como director de una sociedad anónima no pueden ser arbitrarias sino que deben responder a determinadas pautas o límites de modo de que posean justificación o razonabilidad, los que se señalan a continuación.

5.-LA CAUSA DEL CONTRATO SOCIAL.

La causa natural del contrato de sociedad comercial ha sido conceptualizada como “el ejercicio en común de una o más actividades económicas para, en base a las aportaciones, obtener un lucro que sea repartible entre los socios”¹⁷

O sea que toda condición que tienda a posibilitar el mejor cumplimiento del fin de lucro debe ser aceptada.

¹⁴ Halperín, Isaac “Sociedades Anónimas”, Ed. Actualizada por Julio C.Otaegui, Bs.As. 1974, Ed.Depalma, pag. 458; Otaegui, Julio Cesar “Administración societaria”, Ed. Abaco, Bs.As. 1979, pag.184.

¹⁵ Verón, Alberto V. “Sociedades Comerciales”, Bs.As., 1987, Ed. Astrea, tomo 4, pag.38.

¹⁶ Se trataría de un caso de directores independientes. Ver infra, cap.10 letra E.

¹⁷ 17 Broseta Pont, Manuel “Manual de Derecho Mercantil”, Ed. Tecnos, Madrid, 1977,pag. 164. Ver también Germán, C. Daniel “Objeto y causa de las sociedades comerciales”, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pag.117. Ver NISSEN, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, tomo 1, pag. 727.



Sin embargo, es posible que el contrato de sociedad anónima tenga una causa distinta, que pueda proyectarse sobre la razonabilidad de las condiciones para ser director, como en los siguientes casos:

5.1.-LA ASOCIACION BAJO FORMA DE SOCIEDAD.

Conforme con el art. 3° de la ley 19.550 “Las asociaciones, cualquier fuera su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”.

Más allá de las polémicas sobre los alcances de dicha norma, lo cierto es que si la causa contractual no es el fin de lucro sino un objeto “asociacional”, de bien común directo o indirecto, ello podrá proyectarse, positiva o negativamente, respecto de la razonabilidad de los requisitos estatutarios para ser director.

Así, como ejemplo de proyección negativa, podrían juzgarse aplicables las prohibiciones de las asociaciones civiles de consignar en sus estatutos cláusulas que impliquen discriminar entre los socios “...por razones de sexo, nacionalidad, creencias religiosas y políticas, edad, raza, condición social y cualquier otra situación análoga” a que se refiere el art. 353 inc.4° de la RG 7/05 de la I.G.J..-

Vale decir que, por ejemplo, si se admiten asociados de distinto sexo no podrían condicionarse los cargos de director a un determinado sexo.

Un caso diverso pero vinculado a nuestro estudio es el de la sociedad anónima que instrumentaba un country club denominado “Alto de los Polvorines”, en el cual la justicia consideró ilegal una decisión del directorio que prohibía al nuevo cónyuge de un socio y propietario de ingresar como socio, y participar de la vida social y deportiva, mientras el ex cónyuge revistiera esa calidad¹⁸.

El fallo evidencia la relevancia de la causa del contrato social para juzgar los condicionamientos reglamentarios ya que una situación similar no hubiera tenido esa

¹⁸ C.N.Com., Sala D, 30-6-99 “Castro, Francisco Vicente c/Alto de Los Polvorines S.A. . , Rev.de las Soc. y los Concursos, Ed. Ad Hoc, Bs.As., Nov-Dic.99, tomo I, pag.108 y stes.



trascendencia en el elenco de socios de una sociedad anónima con fin de lucro, tal como señala el propio fallo referido.

5.2.-LA EMPRESA FAMILIAR.

En el caso de la empresa familiar¹⁹, ni la causa de constitución ni la causa de integración posterior se basan en una mera inversión de capital efectuada con “fin de lucro”, sino que ambas causas se fundan en la pertenencia a la familia y consisten en el deseo de colaborar con la continuidad y el crecimiento de la empresa porque ello implica fortalecer al resguardo patrimonial de la familia.²⁰, O sea que en la empresa familiar la “causa” del contrato es distinta y, por ende, tal situación motiva, entre otras consecuencias, la impertinencia de dar trato de “inversor” al “socio familiar”²¹

En nuestra materia, la diversidad de causa implicará la razonabilidad de cláusulas estatutarias que limiten los cargos del directorio a los integrantes de la familia empresaria, dado su interés en mantener el control de la propiedad y de la gestión de la sociedad dentro de la familia.

6.-EL INTERES SOCIAL

En lo que se refiere al “interés social”, el mismo podrá validar exigencias que impliquen reglamentaciones de la “idoneidad” y de la “lealtad del buen hombre de negocios”.

Adviértase que la eventual designación como directores de sujetos carentes de idoneidad puede generar responsabilidades a los socios electores²².

¹⁹ Ver sobre el tema la obra colectiva del Instituto Argentino de la Empresa Familiar (www.iaef.com.ar) titulada “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación”, director E.M.Favier Dubois (h), de Editorial Ad Hoc, Bs.As., 2010, en la que participaron como co-autores de sucesivos capítulos: Tomás M. Araya, María Gabriela Brandám, Angél F. Cerávolo, Oscar D. Cesaretti, Marcelo de Hoz, Eduardo M. Favier Dubois (h), Viviana Fourcade, María Blanca Galimberti, Martín Giral Font, Graciela Junqueira, Roberto M. Martín, Victoria S. Masri, Ricardo A. Nissen, Rodrigo N. Rosales Matienzo, Hugo E. Rossi, Candelaria Sandro, Susana Sosa de Irigoyen, Claudio D. Szarlat Dabul, Daniel R. Vitolo y Augusto Weigel Muñoz. También la obra titulada “Empresas de Familia. Aspectos Societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia”, dirigida por Gabriela Calcaterra y Adriana Krasnow, con la co-autoría de María Gabriela Anonni, Gabriela Calcaterra, Santiago Doderó, Adriana Krasnow, Jesús Quijano Gonzales, Victoria Schiro y Gloria Torresi, que corresponde a investigaciones realizadas en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editada por La Ley, Buenos Aires, 2010.

²⁰ Otero Lastres, J.M. “Junta general de accionistas de la sociedad anónima familiar”, en la obra colectiva “La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar”, Garrido de Palma, Victor Manuel (Director), Madrid, 1995, p.258).

²¹ Ver de los autores: “La empresa familiar: hacia su debida interpretación doctrinaria y estructuración jurídica”, Errepar, DSE, nro. 277, tomo XXII, diciembre 2010, pag.1301 y stes.

²² Rossi, Hugo Enrique “Responsabilidad de los accionistas de sociedades anónimas cerradas o de familia por las consecuencias de la elección de directores de insuficiente idoneidad”, en “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I, pag. 635 y stes.



Al respecto, en materia de conducta de los administradores, las reglas del Dec.677/01, art.8º, y las introducidas por ese Decreto en la ley 17.811, en el nuevo art.77, sobre la lealtad y diligencia de los administradores de sociedades cotizadas resultan sumamente ilustrativas y aplicables a todas las sociedades por lo que pueden dar fundamento a determinadas condiciones²³.

A tales fines se pueden prever condiciones "positivas" para desempeñar el cargo de director exigiendo por ejemplo estudios previos, edad mínima y/o experiencia, y condiciones "negativas" que impidan el ejercicio o permanencia, como la edad máxima, la exclusividad o no revestir el candidato la calidad de "parte relacionada" con integrantes de la propia sociedad o con integrantes de la competencia²⁴.

7.-EL OBJETO SOCIAL Y LAS LIMITACIONES PERSONALES PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES.

En cuanto al objeto social, según su especificidad, el mismo podrá validar exigencias de título profesional, conocimientos técnicos, experiencia, domicilio real dentro de cierto radio, carencia de antecedentes penales, nacionalidad etc..

Por su lado, si el estatuto puede prever válidamente restricciones a la transferencia de acciones que dependan de condiciones personales del adquirente (vgr.profesión, capacidad patrimonial)²⁵, con similar razón podrán extenderse dichas condiciones al desempeño del cargo de director de la sociedad en cuestión.

8.-LA LEY DE ANTIDISCRIMINACION.

²³ Se trata de: a) la prohibición de usar bienes sociales e información confidencial, b) de aprovechar las oportunidades de negocios de la sociedad; c) obligación de ejercer sus facultades solo para los fines sociales; d) de velar para evitar el conflicto de intereses; e) de la carga de la prueba en cabeza del director en la duda sobre la lealtad. Ver Favier Dubois (h), E. M. "Gobierno corporativo. Derecho Norteamericano y Derecho Argentino. La contratación social con un director" en "X Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo IV, pag. 273, en co-autoría con Ernesto Schafran.

²⁴ Ver infra, cap.10 letra D.

²⁵ Favier Dubois (h), E.M. "Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones", en Errepar, DSE, T II, pág. 248, agosto de 1989, y en la obra colectiva "Transferencias y negocios sobre acciones", de Favier Dubois (director), Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.153.



En un sentido general, la discriminación consiste en la acción de “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”²⁶, por lo que no se trata de una actitud negativa sino, por el contrario, de un procedimiento mental que permite una mayor claridad y precisión en el razonamiento lógico.

En otro sentido, la discriminación implica “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad...”²⁷, lo que resulta moralmente censurable.

A nivel legal la discriminación se toma en este segundo sentido.

Al respecto, cabe señalar que el concepto jurídico de “discriminación” se emplea por primera vez en la Argentina con la sanción de la ley 23.592, promulgada el 23 de agosto de 1988, con el fin de dar cumplimiento a diversos compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

El art. 1º dice: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

No obstante, la ley quedó relegada de la vida social y jurídica hasta que se sancionó y se promulgó el 3 de agosto de 2005, la ley 24.515 de creación del INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI). Este organismo se convirtió en gran medida en el órgano ejecutor de la ley 23.592.

Poco a poco se fue elaborando, en base a opiniones, dictámenes y fallos, toda una doctrina nacional sobre la discriminación²⁸, formulándose las siguientes pautas para la configuración o no de la misma en un caso concreto²⁹:

²⁶ Diccionario de la Lengua Española, 19ª edición, Ed. Real Academia Española, Madrid, 1970, pag.484.

²⁷ Misma cita que nota anterior.

²⁸ Ver Bullit Goñi, Luis G. « Los derechos que vos matáis gozan de buena salud. El concepto político-jurídico de discriminación...” en El Derecho del 14-12-2010, nor.12.647, pag.1 y stes.



- 1) La arbitrariedad del acto o la irracionalidad, esto es, la falta de razones objetivas.
- 2) La vulneración de la igualdad;
- 3) Las condiciones personales como no producto de una elección;
- 4) La presunción de inconstitucionalidad del acto discriminatorio;
- 5) La pertenencia del afectado a los grupos denominados "vulnerables" (niños, indigentes, migrantes, discapacitados, ancianos, pueblos orginarios, etc.);
- 6) La falta de proporción entre las conductas.
- 7) La existencia de dolo o de culpa del causante como factor agravante;
- 8) La afectación de la dignidad de la persona;
- 9) La incidencia de la conducta sobre la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, en principio, cabría dudar de la aplicación de tales reglas en materia de condicionamientos para ejercer el cargo de director en una sociedad anónima al tratarse de entes privados y de una función que no parece vincularse al ejercicio de derechos y garantías constitucionales.

No obstante, como la ley atiende a las motivaciones del acto para juzgarlo discriminatorio, cabría concluir que si no es clara la justificación objetiva del condicionamiento para el ingreso como director y la causal se vincula con alguna de las motivaciones referidas por la ley 23.592 (raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos), o a un grupo vulnerable ((niños, indigentes, migrantes, discapacitados, ancianos, pueblos orginarios, etc.), la cláusula debería juzgarse inadmisble.

9.-LAS CONDICIONES PROHIBIDAS POR EL CODIGO CIVIL.

Al regular las obligaciones condicionales el código civil establece en su art. 531 ciertas condiciones prohibidas como son las siguientes:

- 1.-Habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.

²⁹ Seguimos en esto el trabajo de la Dra. Silvia Ruiz Larriu presentado en el "Taller Profesional sobre Protocolo de la Empresa Familiar", organizado por el Instituto Argentino de la Empresa Familiar y que tuvo lugar el 24-9-10 en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (inédito).



2.-Mudar o no mudar de religión.

3.-Casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar, o en cierto tiempo, o no casarse.

4.-Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente.

¿Rigen estas prohibiciones para las condiciones de ingreso como director a una sociedad?

En principio no.

Ello, toda vez que las condiciones a que nos referimos en este trabajo se trata de situaciones del sujeto preexistentes al ingreso a la sociedad como director, mientras que las condiciones a que se refiere el código civil en sus prohibiciones son hechos "futuros e inciertos" (art. 528 del código civil) que no existen al momento del contrato.

Por otra parte la propia doctrina civil relativiza la interpretación de las condiciones prohibidas y, entre otros casos, ha validado la exigencia de mantener un domicilio durante el tiempo que dura una función determinada o por la vigencia de un contrato y, también, ha admitido la imposición de la condición de casarse en general, dado su interés social³⁰.

Sin embargo, consideramos que, en forma similar a las reglas antidiscriminatorias, las condiciones prohibidas por el derecho de obligaciones pueden jugar como impedimento cuando no existan razones objetivas que justifiquen la condición.

10.-ANALISIS DE LAS DIVERSAS CONDICIONES DE POSIBLE INCORPORACIÓN A LOS ESTATUTOS:

Analizaremos a continuación las diversas condiciones a revestir por los directores que pueden ser incorporadas a los estatutos para juzar, en cada caso, su pertinencia o no a la luz de las reglas y criterios precedentemente referidos.

A.-CALIDAD DE ACCIONISTA.

³⁰ Ver Trigo Represas, Felix A. y Compagnucci de Caso, Rubén H. "Código Civil Comentado", "Obligaciones", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, tomo I, pag.262 y stes.



Como ya se señaló, la doctrina es conteste en admitir que se exija en el estatuto, para ser director, la condición de accionista, lo que se justifica en el mayor celo que se pone en las cosas propias respecto de las ajenas.

También consideramos posible exigir una titularidad accionaria mínima, que implique un razonable interés del accionista-director, siempre que no se desvirtúe la posibilidad del ejercicio del voto acumulativo para la elección de los directores (art.263 ley 19.550).-

B.-ACREDITACION DE IDONEIDAD

El tema se vincula a la exigencia del art. 59 L.S. y puede instrumentarse válidamente exigiendo título secundario y/o universitario, experiencia previa por equis cantidad de años, estudios en el país o en el exterior, etc.

C.-PARENTESCO.

Cabe señalar, en primer lugar, que no se advierte obstáculo alguno para que ambos cónyuges sean integrantes del directorio, máxime considerando que pueden ser socios de la sociedad anónima (art. 27 L.S.).

Según la "causa" del contrato social, puede exigirse que todos o parte de los directores sean integrantes de la misma familia o, por el contrario, prohibirse que los parientes de los accionistas sean directores, exigiéndose profesionalización.

En el primer caso, entendemos que podrían válidamente reservarse los cargos del directorio a los parientes sanguíneos y/o solo admitir a los parientes políticos mientras dure tal situación, esto es, que deberían cesar en el cargo en caso de divorcio.

D.-PARTES RELACIONADAS.

El concepto de "partes relacionadas" está tomado del Dec.1020/2003, que modificó el art. 73 de la ley 17.811, y comprende a las siguientes personas en relación con la sociedad deudora: a) directores, síndicos o gerentes de la sociedad; b) personas físicas o jurídicas controlantes o con participación significativa en el capital social; c) otra sociedad



controlada por el mismo controlante; d) ascendientes, descendientes, conyuges o hermanos de cualquiera de las personas físicas de a y b; e) las sociedades en que cualquiera de las personas de los apartados precedentes posean directa o indirectamente participaciones significativas en el capital social.

Sobre el punto cabe señalar que el estatuto puede prohibir el ingreso de directores que sean partes relacionadas, o exigirlo expresamente, o establecer un régimen mixto entre partes relacionadas y directores independientes (ver infra letra E), según el grado de vinculación o de ajenidad que se pretenda..

E.-DIRECTORES INDEPENDIENTES.

Son aquellos que no tienen vinculación especial con la sociedad.

En el cap.III, art.11 de las NORMAS de la Comisión Nacional de Valores se fijan los criterios de independencia de los directores y de los administradores de una sociedad en el régimen de oferta pública, los que permiten acercarse al concepto de "director independiente".¹

Así, se entenderá que un miembro del órgano de administración no reúne la condición de independiente, cuando se den una o más de las siguientes circunstancias:

- (i).- Sea también miembro del órgano de administración o dependiente de los accionistas que son titulares de "participaciones significativas" en la emisora, o de otras sociedades en las que estos accionistas cuentan en forma directa o indirecta con "participaciones significativas" o en la que estos accionistas cuenten con influencia significativa;
- (ii).- Esté vinculado a la emisora por una relación de dependencia, o si estuvo vinculado a ella por una relación de dependencia durante los últimos TRES (3) años;
- (iii).- Tenga relaciones profesionales o pertenezca a una sociedad o asociación profesional que mantenga relaciones profesionales con, o perciba remuneraciones u honorarios (distintos de los correspondientes a las funciones que cumple en el órgano de administración) de, la emisora o los accionistas de esta que tengan en ella en forma directa o indirecta "participaciones significativas" o influencia significativa o con sociedades en las



que estos también tengan en forma directa o indirecta “participaciones significativas” o cuenten con influencia significativa.

(iv).- En forma directa o indirecta, sea titular de una “participación significativa” en la emisora o en una sociedad que tenga en ella una “participación significativa” o cuente en ella con influencia significativa.

(v).- En forma directa o indirecta, venda o provea bienes o servicios a la emisora o a los accionistas de esta que tengan en ella en forma directa o indirecta “participaciones significativas” o influencia significativa por importes sustancialmente superiores a los percibidos como compensación por sus funciones como integrante del órgano de administración.

(vi).- Sea cónyuge, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad de individuos que, de integrar el órgano de administración, no reunirían la condición de independientes establecidas en estas Normas;

Entendemos que el estatuto puede exigir la presencia de uno, varios y/o que todos los directores reúnan la calidad de “independientes”, según se busque mayor o menor profesionalización e independencia de criterio respecto de los socios..

F.-DOMICILIO REAL.

Si bien la ley exige que la mayoría del directorio tenga domicilio real en la República, entendemos que resulta posible exigir estatutariamente que la totalidad de los directores lo posean e, inclusive, que se les exija residir dentro de un radio de equis kilómetros de la sede social o del establecimiento, lo que se justificaría en caso de directores ejecutivos.

G.-EDAD.

Más allá de la capacidad general y comercial actual a los 18 años, es posible fijar edades mínimas, por encima de esa edad, para el desempeño como director, de modo de requerir cierta maduración personal y experiencia vital.



En cuanto a las edades máximas, pueden ser útiles para programar la sucesión en la empresa familiar. En otras empresas, debería permitirse la continuación de directores de avanzada edad en caso de que mantuvieran la plenitud de su capacidad de gestión.

H.-GARANTIAS PATRIMONIALES.

El tema se vincula tanto al interés social como al de los terceros.

En ambos planos la exigencia de que los directores constituyan una garantía patrimonial importante resulta relevante para el caso de mal desempeño del director y responsabilidad por daños frente a la sociedad y frente a los terceros.

Es que si se ha admitido la procedencia de limitar la transmisión de acciones de una entidad financiera a personas que reúnan cierta capacidad patrimonial, y si una regla de exigencia de garantías a los administradores se admitió en el caso del estatuto de un club de fútbol (Boca Junior), con mas razón debería admitirse en una sociedad comercial cuyos directores manejen negocios y/o fondos de gran entidad.

Ello sin perjuicio de la garantía mínima exigida por la I.G.J. (art. 75 de la RG 7/05) y siempre y cuando no se trate de una medida solo tendiente a limitar la capacidad de ser directores de los minoritarios.

I.-EXCLUSIVIDAD O LIMITACION

La cuestión se refiere a la posibilidad de que el candidato a ser director se desempeñe también y simultáneamente como director en otras sociedades anónimas, situación denominada como "interlocking".

El estatuto puede prever expresamente la exclusividad de los directores, autorizarlos a desempeñarse en varias sociedades (fijando o no un límite cuantitativo), o exigir que para ser director pertenezcan al directorio de otra sociedad del mismo grupo.

También puede establecer incompatibilidad expresa con detentar la calidad de accionista o director de una empresa competidora.



J.-LIMITES A LA REELECCIÓN Y AL DESPIDO.

Si bien la ley establece que el director es reelegible, entendemos que el estatuto puede limitar el desempeño a uno o más períodos como modo de garantizar una gestión más objetiva.

En cuanto a los límites al despido, consistentes en cláusulas estatutarias que obligan a pagar millonarias indemnizaciones a los directores en caso de que fueran removidos sin causa en sus cargos, denominadas en la práctica anglosajona como "golden parachute", entendemos que las mismas no serían aplicables en derecho argentino en tanto podrían importar una restricción a la revocación en el cargo, lo que está prohibido por el art. 256, tercer párrafo, L.S.

K.-SEXO.

En materia de sexo entendemos inaceptable cualquier cláusula que impida el ingreso al directorio por el sexo del candidato.

En cambio, y en sentido inverso, cabría establecer "cupos" siguiendo las actuales tendencias del derecho comparado, como es el caso de la ley española 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

L.-NACIONALIDAD.

Si bien como regla no cabe condicionar el acceso al directorio por nacionalidad, cabrían algunas excepciones fundadas, como el caso de las sociedades anónimas que operan en zona de frontera donde se controla la nacionalidad a los efectos de la titularidad inmobiliaria.

LL.-RELIGIÓN.



En principio, tampoco corresponderían condicionamientos de este tipo, salvo los casos especiales de institutos de enseñanza de carácter confesional que pudieran exigir, a sus directores, profesar la fe de la institución.

M.-ESTADO CIVIL Y RAZA.

Consideramos que en estos casos no puede haber justificación alguna para incorporar estos condicionamientos.

11.-CONCLUSIONES.

En base a las consideraciones precedentes, y como meras propuestas sujetas a la dialéctica del pensamiento³¹, formulamos las siguientes conclusiones.

A.- Los socios de la sociedad anónima poseen la facultad de introducir en los estatutos condiciones para el desempeño del cargo de director adicionales a las previstas por la ley, sea en el momento fundacional, o con posterioridad por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.

B.-Las referidas facultades de los socios de reglamentar estatutariamente las condiciones para ingresar como director de una sociedad anónima no pueden ser arbitrarias sino que deben responder a determinadas pautas o límites de modo de que posean justificación o razonabilidad,

C.-Son razonables las condiciones que se vinculen a la causa del contrato social, al interés social, al objeto social y a las limitaciones a la transferencia de las acciones.

D.-Las reglas sobre antidiscriminación y las prohibiciones del código civil en materia de obligaciones condicionales, no son directamente aplicables en materia de condiciones

³¹ Agradeceremos comentarios al correo: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com



societarias pero entran en juego cuando no exista una justificación objetiva del condicionamiento.

E.-Bajo las reglas precedentes, resultan admisibles limitaciones, positivas o negativas, en materia de calidad de accionista, idoneidad, parentesco, partes relacionadas, directores independientes, domicilio real, edad, garantía patrimonial, exclusividad y limitaciones a la reelección. En cambio, solo en casos excepcionales podrían admitirse condicionamientos por nacionalidad y religión y, en ningún caso, los derivados del sexo, estado civil o raza.

FINIS CORONAT OPUS

ⁱ En rigor, el criterio de director independiente supone como condición positiva una alta cualificación profesional y como condición negativa: no estar vinculado con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste. Es que los directores independientes están llamados a representar los intereses del capital flotante (conf.Esteban Velasco, Gaudencio “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre gobierno corporativo” en “El gobierno de las sociedades cotizadas”, cít., pag.197).