

# El Directorio : ¿honor, temor o reto? Entre el negocio y la ética (\*)

*Amalia Casas de las Peñas del Corral*

*Jorge Ignacio Sinfón Phum*

Alumnos del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

*"Alguien que sostiene una verdadera ciencia sin inteligencia, es como un hombre ciego que sospecha haber tomado el camino correcto" (Platón).*

**E**n la sociedad moderna, la economía mundial se desarrolla entre un conjunto de grandes empresas y una práctica comercial institucionalizada. El crecimiento vertiginoso de las empresas y la despersonalización de los agentes económicos, ha provocado que en los últimos tiempos se desaten abundantes discusiones respecto a la ética en los negocios, buscando no perder la conciencia que detrás de toda esta gran maquinaria se encuentra el hombre.

La mayoría de estas discusiones están relacionadas a la carencia de moral en la realización y perfeccionamiento de los negocios, llegándose a afirmar que debería dejar de discutirse la creencia probable que estamos frente a una parte integrante de la condición humana ya que *"es más fácil para la inteligencia del hombre entender lo que es malo, que comprender y abrazar lo correcto"*.<sup>(1)</sup>

Conocemos entonces qué es lo malo; pero, ¿qué es lo correcto?

Edward Mc Nall<sup>(2)</sup> sostiene que en cierta medida, la crisis de nuestra época es moral: al haber endiosado durante mucho tiempo la riqueza y el poder hemos olvidado los verdaderos fines de nues-

tra vida. Violando los derechos de nuestros semejantes, hemos negado nuestra propia naturaleza de criaturas de dignidad y razón<sup>(3)</sup>.

Según señaló Hobbes, la naturaleza del hombre lo lleva a buscar cada vez mayor poder, y logra su realización al sentirse deseado por otras personas. El problema resulta entonces: ¿cómo determinar el limbo entre la realización de las legítimas aspiraciones y ambiciones personales, y el perjuicio que pudieran ocasionar éstas en los derechos de los demás?

Este artículo busca resaltar el rol que cumplen las sociedades anónimas en nuestros días y el papel que desempeñan quienes las dirigen. En este contexto, cobra especial importancia la figura del directorio, cuyas decisiones en beneficio de la sociedad están relacionadas con la ética en la consecución de tales fines.

## I. SOCIEDADES ANONIMAS MODERNAS.

Las sociedades anónimas modernas, deben ser entidades que dispongan de grandes capitales a fin de poder satisfacer las necesidades de bienes y servi-

(\*) Un agradecimiento especial a los Dres. Fernando de Trazegnies Granda, César Luna-Victoria León, Alfredo Ferrero Diez-Canseco y al Hno. Eduardo Arens S.M. por sus valiosos comentarios en la elaboración del presente artículo.

(1) The Colorado Business Magazine, Wiesner Publication. July 1991, pág. 14.

(2) Mc NALL, Edward. Civilizaciones de Occidente. Ediciones Peuser, Buenos Aires, pág. 900.

(3) Similar postura adopta la Conferencia Episcopal Peruana. Carta Perú escoge la vida. Ediciones Paulinas, 1989, pág. 5.

cios de grandes masas de consumidores <sup>(4)</sup>. La propiedad de las sociedades anónimas debe entonces diluirse en una gran cantidad de inversionistas. Es el caso, por ejemplo, de IBM o AT&T que en 1983 tenían más de 3 millones de accionistas pero el 94% de estas personas tenía menos de 500 acciones por lo cual ninguna poseía más del 1% del total y por lo tanto no tenían la posibilidad de ejercer un control sobre la gestión social, denotando la existencia -como lo señaló Samuelson<sup>(5)</sup>- de un divorcio entre la propiedad y la gestión de la sociedad.

En la economía actual las sociedades anónimas se caracterizan por ser sociedades de capitales de carácter apersonal, es decir, la calidad de socio se adquiere mediante una aportación patrimonial y no por sus cualidades personales. Como dice Garrigues, al socio se le valora **por lo que tiene** en la sociedad y **no por lo que es personalmente considerado** <sup>(6)</sup>.

De lo antes mencionado se desprende que, a la sociedad anónima como tal, le es indiferente que quien ingrese a ella sea un gran experto en negocios o un completo neófito en el asunto. A tal punto llega el carácter apersonal de los socios que la doctrina señala que, siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, los socios de las sociedades anónimas se convierten también en elementos fungibles, es decir, sustituibles por otros sin que ello afecte a la sociedad.

Los criterios que toma la sociedad para elegir entre dos o más posibles socios, están relacionados con la cantidad de dinero que estén dispuestos a aportar al capital social <sup>(7)</sup>. El socio capitalista podrá entonces ser accionista de una sociedad de la cual no conozca el funcionamiento interno, e invertir su capital en una sociedad en cuyas decisiones cotidianas no tendrá participación directa, limitándose ésta a las esporádicas decisiones que se adopten a través de la Junta General de Accionistas <sup>(8)</sup>. Estos pequeños inversionistas que no buscan en la mayoría de los casos ejercer un control sobre la sociedad, ni mucho menos participar en su gestión, buscan sencillamente maximizar su inversión en términos económicos.

Sabemos entonces que la sociedad elige a sus socios de acuerdo a la porción de capital social que

estén dispuestos a aportar, pero ¿qué es lo que hace que un inversionista elija una sociedad?, ¿qué es lo que hace que una persona se decida a invertir una parte significativa de su patrimonio personal en tal o cual sociedad, sabiendo que no va a intervenir directamente en su manejo?

---

*“La actuación del directorio resulta entonces crucial para (...) el éxito o fracaso de la sociedad”*

---

Indudablemente, aquí intervendrán criterios tales como la imagen que tenga la sociedad en el medio, el nombre comercial, el prestigio, entre otros factores, pero el inversionista depositará su capital basándose en dos informaciones preliminares sin las cuales sería imprudente una toma de decisión: la primera de ellas es conocer el giro del negocio, es decir, saber a qué se dedica la sociedad en la que piensa invertir; así, puede optar entre una sociedad que se va a dedicar a la comercialización de alimentos de primera necesidad u otra que se dedique a los juegos de azar, según estime que su inversión va a generar más utilidades en una que en otra. Saber cuál es el objeto social también le va a permitir conocer, por lo menos someramente, el riesgo comercial del negocio en el cual está invirtiendo, que puede ser mínimo en un tipo de negocio y muy alto en otros. La segunda información básica, con la que debería contar una persona antes de decidirse a aportar capital a una sociedad, es conocer quiénes tienen la dirección de la empresa, y si son personas aptas para ese tipo de negocio. Así, invertirá con mucho mayor confianza si sabe que los directores de la empresa en la cual desea participar son personas con gran experiencia en ese rubro y alto profesionalismo, pues de su diligencia y eficiencia dependerá el éxito o fracaso de la sociedad, que a su vez acarreará los incremen-

---

(4) MONTOYA MANFREDI, Ulises. La responsabilidad de los directores en las sociedades anónimas. Talleres Gráficos. Lima, 1977, pág. 7.

(5) SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Duodécima edición. Editorial Mac Graw-Hill, 1983, pág. 534.

(6) GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. Séptima edición. Editorial Temis, Bogotá, 1987, pág. 115.

(7) Adicionalmente, el artículo 115º de la Ley General de Sociedades permite que existan limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, sin que esto signifique en caso alguno una prohibición.

(8) Según el artículo 121º de la Ley General de Sociedades, la Junta General de Accionistas debe reunirse, cuando menos, una vez al año.

tos o pérdidas en el patrimonio de los accionistas como acreedores sociales. La intención de los pequeños inversionistas al colocar sus ahorros en una sociedad, es el incentivo de un beneficio dentro de ciertos márgenes de seguridad, que incluyen el comportamiento idóneo de quienes la dirigen.

Es por ello que grandes sociedades, sobre todo aquellas que se constituyen por suscripción pública o cuyas acciones se cotizan en bolsa, buscan resaltar la figura de los directores a fin de alentar a las personas a que inviertan en ellas basándose en la confianza que éstos inspiran; famosos son los casos del General Douglas Mc Arthur nombrado presidente de la transnacional Remington Rand, o más recientemente el caso del General Schwarzkopf estratega de la operación Desert Storm propuesto como vicepresidente de una conocida transnacional.

## II. ACTUACION DEL DIRECTORIO.

La actuación del directorio resulta entonces crucial para la buena marcha de la sociedad, pues recae sobre él el **dominus** de la gestión social <sup>(9)</sup>. De su actuación dependerá el cumplimiento de los fines sociales y, en gran medida, el éxito o fracaso de la sociedad.

Hemos hecho referencia a la importancia de la gestión del directorio, como órgano necesario y permanente que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo en el ámbito interno y externo los negocios de la sociedad <sup>(10)</sup>. Pero, ¿conocen los directores los parámetros dentro de los cuales pueden actuar? Los límites impuestos a la actuación del directorio pueden tener dos efectos contradictorios: por un lado, se establece una responsabilidad para los directores que desatienden la gestión social, infringiendo los deberes que le exigen la ley y los estatutos. Así, tendrán que responder civil y penalmente por los actos realizados excediendo sus facultades o haciendo mal uso de ellas. Por otro lado, estas mismas responsabilidades que protegen a los accionistas y terceros de la mala actuación de los directores, puede provocar que éstos se abstengan de poner en marcha iniciativas innovadoras en el manejo de la sociedad, ante el temor de asumir los riesgos que acarrearía una mala gestión, convirtiéndose así en un directorio sumiso.

¿Cuál es el límite que deben poner los

accionistas a la actuación del directorio a fin de salvaguardar sus intereses?

Sobre este punto no es posible una respuesta unívoca ya que no caben criterios definidos de delimitación de facultades ante la imposibilidad de evaluar a priori la actuación de los directores; ésta dependerá del caso específico, del desarrollo y dimensión de la sociedad. Así pues, no podrá exigírsele igual diligencia al director de un pequeño comercio que al director de un banco, dependerá del tipo y dirección del negocio en particular así como del giro social.

Sin embargo, la ley señala como límites de la actuación del directorio tres patrones fundamentales:

1. El objeto social de la sociedad.



2. Diligencia acorde con un ordenado comerciante.
3. El deber de lealtad y el conflicto de intereses.

Estos tres patrones, considerados en nuestro derecho positivo y en doctrina como límites a la actuación del directorio, no tienen un contenido determinado, que en todo caso será definido

(9) GARRIGUES y Joaquín, URÍA, Rodrigo. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Imprenta Samarán, Madrid, 1953, pág. 16.

(10) GAGLIARDO, Mariano. El Directorio en la Sociedad Anónima. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pág. 12.

jurisprudencialmente. Sin embargo, en las siguientes líneas trataremos de esbozar de qué manera cada uno de ellos puede delimitar las funciones del directorio y así detectar cuándo incurren en responsabilidad por la comisión de actos que sobrepasan sus facultades.

En este punto es importante recordar que la obligación del directorio para con la sociedad es una obligación de medios y no una obligación de resultados. El directorio, depositario de la confianza de los accionistas de una sociedad anónima, no se obliga a obtener utilidades al final del ejercicio a cualquier precio, sino se obliga a adoptar todas las medidas necesarias para la consecución de los fines previstos por la sociedad según su objeto social. Por lo tanto, el directorio no es responsable cuando el fracaso de la gestión social sea producto de factores exógenos a su actuación, como es el caso de los riesgos propios del negocio.

## 1. El Objeto Social.

El artículo 162° de nuestra Ley General de Sociedades establece que el directorio tiene las facultades de representación legal y de gestión necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto. El artículo 17° de la misma norma, ya establecía que los directores pueden realizar todas las operaciones inherentes al fin social.

Los directores tienen la obligación de no exceder el objeto social de la empresa; su exceso-actos ultra vires- daría lugar a responsabilidad personal de los miembros del directorio. La sociedad sólo será responsable por los actos del directorio siempre que se hayan realizado dentro del marco permitido por el estatuto, es decir, dentro de su objeto social.

Este límite alcanza aun a la Junta General Accionistas, órgano máximo de la sociedad, cuyas decisiones tampoco pueden contravenir el objeto social y, en consecuencia, no pueden avalar, confirmar o autorizar actos ultra vires de los directores.

Aquí encontramos entonces el primer límite que impone la Ley a la actuación de los directores, consagrando en su artículo 210° el derecho excepcional de los accionistas (fundamentalmente los minoritarios), que no estén conformes con un cambio de objeto social, de poder separarse de la sociedad cuando se acuerde esta modificación, debiéndoseles

reembolsar inmediatamente el valor que corresponda a sus acciones. Esto le da la seguridad a un accionista que invierte en una empresa industrial metal-mecánica que su dinero no será utilizado para otros fines (comercio, construcción, etc.) por más que coyunturalmente sea más rentable. No se puede desviar, modificar o alterar la intención de quienes constituyeron la sociedad; se debe respetar el animus societatis.

Por este motivo, es de suma importancia que el objeto social esté claramente determinado. En el estatuto se debe explicitar los negocios y operaciones que puede realizar la sociedad para la consecución del fin social, debiéndose evitar el uso de frases genéricas o ambiguas; de esta manera, a futuro podrá fiscalizarse mejor la institución del directorio y proteger a los accionistas frente a eventuales arbitrariedades que pudieran presentarse en la administración societaria. Carece por ello de sentido la práctica común de establecer la posibilidad de realizar toda actividad que acuerde el directorio, puesto que sólo la Junta General de Accionistas puede determinar mediante el estatuto el objeto social.

## 2. Diligente y ordenado comerciante.

Hemos establecido un primer parámetro a la actuación del directorio; sin embargo, aún se mantiene un margen demasiado amplio dado que el concepto de objeto social debe a su vez estar limitado por la diligencia.

Tal como lo señala Ulises Montoya, el interés social permitiría al directorio diligente apreciar cuál es el objetivo a alcanzar dentro del propósito que persigue la sociedad cuando la realización de determinados actos no está correctamente delitada por la ley<sup>(11)</sup>.

El artículo 172° de la Ley General de Sociedades reconoce este límite al establecer que los directores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante. Pero, ¿qué debemos entender por la diligencia de un ordenado comerciante?

En primer lugar, debemos notar que la Ley no exige al director, la diligencia de un hombre razonable (patrón del "buen padre de familia"), sino la de un ordenado comerciante, lo cual es desde ya una exigencia mayor. Garrigues define al comerciante como el empresario mercantil, calificándolo

(11) MONTOYA MANFREDI, Ulises. Op. cit. pág. 59.

como aquél que personalmente adquiere los derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil y no lo limita al simple tráfico de mercancías <sup>(12)</sup>.

Es a este “profesional” que la Ley impone cierto patrón de conducta, utilizando como estándar “la diligencia de un ordenado comerciante”. Actuar diligentemente significa tomar conocimiento previo de las consecuencias que puede ocasionar su acción, es decir, hacer una previa evaluación de resultados. Para lograr dicho fin será necesario que el director no sólo ponga su empeño y ánimo para el cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad, sino y por sobre todo, que lo haga inteligentemente. Se le debe exigir una conducta profesional a tal punto que el jurista español Serrano otorga la calificación de inmoral al incompetente en la toma de decisiones <sup>(13)</sup>.

---

*“Ni la ley ni la doctrina quieren  
directores sumisos, ni la  
economía moderna los necesita”*

---

Lógicamente, como lo hemos ya anotado, el director no responde por los riesgos propios del negocio ni por las acciones tomadas con buena fe y con la debida diligencia.

Como manifiesta Fernando de Trazegnies <sup>(14)</sup>, la diligencia supone actuar de manera razonablemente eficiente; es decir, colocar esfuerzo, inteligencia, conocimiento y ponderación al servicio de un determinado fin, en este caso, el objeto o giro de la sociedad. La negligencia, por el contrario, se daría si no tomaran decisiones o se tomaran decisiones que por falta de información o cualquier deficiencia en la evaluación u otro motivo defectuoso conduzcan a la pérdida social, lo que incluye las decisiones descuidadas, erróneas e imprudentes; además de las cometidas con dolo.

Señalamos a continuación algunos ejemplos de “falta de gestión” -como los denomina Ventura y Brito Correia <sup>(15)</sup>- que denotan la falta de diligencia co-mercial : celebración de un contrato manifiestamente desventajoso para la sociedad, la realización de gastos inútiles o pago de remuneraciones excesivas, la omisión de actos conservatorios o que interrumpen la prescripción, la falta de protesto de letras, la falta de vigilancia relativa a los servicios de la sociedad, las operaciones especulativas, la impericia, la negligencia, entre otros.

### 3. Deber de lealtad y conflicto de intereses.

Además de actuar dentro del marco del objeto social y con el patrón de conducta de un ordenado comerciante la Ley exige como requisito adicional que el cargo sea desempeñado como “representante leal” <sup>(16)</sup>.

Este requisito constituye el pilar del funcionamiento de las sociedades anónimas modernas en la medida que los directores están administrando un patrimonio ajeno y deben velar por su seguridad dada la confianza en ellos depositada.

Esta confianza que depositan los accionistas en los directores, a través de la Junta General de Accionistas, está basada en el principio de la buena fe y es necesaria para que las sociedades actúen en forma dinámica.

El deber de lealtad se traduce sencillamente en no realizar actos por cuenta propia y/o ajena en competencia con la sociedad.

Bien señala Garrigues que la diligencia de un representante leal alude a un deber de fidelidad que se impone al administrador en defensa de los intereses de la sociedad que él representa, anteponiendo esos intereses a los suyos personales <sup>(17)</sup>.

Debemos dejar en claro que se incumple el deber de lealtad no sólo cuando se “traiciona” a la sociedad, entendiéndose como tal el comportamiento con conocimiento del perjuicio que esto ocasionaría a la sociedad, sino también cuando no se guarda fidelidad revelando operaciones, inversiones, estrategias o secretos profesionales.

---

(12) GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I.Sétima edición. Editorial Temis, Bogotá, 1987, pág. 260.

(13) SERRANO SUÑER, Ramón. “La Justicia y la Abogacía”. En *Thémis* (Segunda época) N° 24, 1992, pág. 9.

(14) DE TRAZEGNIES, Fernando. Informe presentado respecto al “caso Raffo”.

(15) Citados por Ulises Montoya Manfredi.

(16) Artículo 172° de la Ley General de Sociedades.

(17) GARRIGUES, Joaquín. Op. Cit., pág. 184.

Es por eso que se señala la existencia de un conflicto de intereses entre la sociedad y el director administrador, situación que puede verse agravada cuando el director de la sociedad es a la vez accionista o es paralelamente director de otras sociedades, que si bien no tienen intereses opuestos entre sí pueden verse afectadas por una decisión social. Es así como el artículo 170º de la Ley General de Sociedades establece que el director que en cualquier asunto tenga interés contrario al de la sociedad debe abstenerse de participar en la deliberación y resolución de dicho asunto; ya que *"el conflicto de intereses entre el representante y el representado vacía a la representación de su contenido objetivo y, en consecuencia, destruye sus funciones"* <sup>(18)</sup>.

El conflicto de intereses constituye una limitación lógica y ética de las facultades representativas.

Hemos hasta aquí desarrollado brevemente los límites a la actuación de los directores. No es objeto del presente artículo desarrollar las distintas posibilidades que tienen la sociedad, los accionistas o los terceros de interponer acciones de responsabilidad ante una actuación del directorio que contravenga alguno de los límites antes mencionados. En el primero de los casos, la sociedad puede interponer una acción *ut universi* o *ut singuli*, según la ejerza un órgano social o un accionista a nombre de la sociedad; y en el caso de los accionistas y los terceros, éstos pueden interponer acción de responsabilidad extracontractual por perjuicio personal. Este artículo se limita a presentar al director de una sociedad anónima no como una figura decorativa, ni como un ser omnipotente cuya actuación goza de inmunidad, sino como un profesional diligente, ordenado y leal cuyo cargo le impone obligaciones y por ende, responsabilidades.

En el Perú una de las figuras societarias más utilizadas es la sociedad anónima, aun cuando en la práctica, las empresas constituidas como tales bien pudieran ser calificadas como sociedades de responsabilidad limitada por la dimensión de sus actividades y división de su capital que, por lo general, se encuentra concentrado en pocos socios y no diluido en un número alto de accionistas. Se trata en la mayoría de los casos de grupos u organizaciones fami-

liares. En contraste, la nueva Ley de Sociedades española (1991) establece, por ejemplo, como requisito esencial para la constitución de una sociedad anónima, que cuente con un capital mínimo de 10'000,000.00 de pesetas (aproximadamente US\$ 100,000.00).

En la sociedad anónima, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, se requiere la figura del directorio u órgano de administración social. Dado el gran número de sociedades anónimas existentes en el Perú, hay, por consiguiente, una gran cantidad de directores. Es muy común encontrar directores que a la vez sean accionistas de la sociedad (muchas veces únicos accionistas) y, por otro lado, encontrar que una sola persona ostente dicho cargo en dos o más compañías. La institución del directorio se ha convertido -en el primero de los casos- en un cargo decorativo; para este tipo de director el aceptar el cargo no significa mucho más que percibir dietas periódicamente, aumentar sus relaciones o mejorar su curriculum. Para este tipo de directores, el formar parte del directorio es un honor que no conciben como complementario a una serie de obligaciones impuestas por la ley y los estatutos, que se ven aparejadas por una gran responsabilidad no sólo por sus actos sino también por omisiones.

En el caso de los directores de más de una sociedad -situación legalmente permitida- muchas veces toman esta responsabilidad no como una obligación principal sino simplemente anexa a su habitual desempeño profesional o laboral. Estos conciben la actividad del director como asistir a reuniones de cuya agenda se enteran poco antes y deliberar sin el serio estudio de los límites de sus decisiones y de las consecuencias que podrían acarrear.

Ni la ley ni la doctrina quieren directores sumisos, ni la economía moderna los necesita. El conocer las responsabilidades que puede tener un director por su actuación no debe llevarlo a abstenerse del ejercicio de su labor, sino simplemente a tomar la labor de director con la importancia que se merece, velar por el cumplimiento de los objetivos de la sociedad, actuando con diligencia, eficiencia e inteligencia, que le permitan asumir los nuevos retos que la economía moderna impone a las sociedades anónimas. ■

(18) MONTROYA MANFREDI, Ulises. Op. cit. pág. 99.