

La Norma XVI y la responsabilidad del directorio

Aspectos societarios

Daniel Abramovich Ackerman
Marzo 20, 2019

¿Qué es el directorio? ¿Es lo mismo que los directores?

¿Cuál es la finalidad del directorio?

- **Art. 172 LGS:** *“facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto”.*
- **Art. 130. Anteproyecto LGS:** *“dirección y supervisión de la sociedad” ... “define y establece la dirección estratégica de la sociedad” ... “supervisa y controla a la gerencia en la administración ordinaria” ...*

¿Cuán “poderoso” es un director?

- Un director “no es nadie” por separado. Ni siquiera puede pedir directamente información a la administración (art. 173 LGS y 150 Anteproyecto).
- El directorio es un órgano colegiado (art. 153 LGS y 131 Anteproyecto).

¿El director es un representante?

- Por el solo hecho de ser director no se es representante.

¿Cómo afecta el funcionamiento del directorio y su composición el nivel de responsabilidad que se le impone a los directores?

Cándido Paz-Ares

“el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia”.

Disposiciones generales sobre responsabilidad de directores

¿Basta el dolo, negligencia o abuso de facultades para que se genere responsabilidad?

NO

- La sola actuación “incorrecta” no genera responsabilidad.
- Solo responden por “*los daños y perjuicios que causen*” (art. 177 LGS y 160 Anteproyecto).

¿La responsabilidad es del directorio en su conjunto?

- **Art. 177 LGS:** “*los directores*” y no “*el directorio*” responden, pero solidariamente (similar a art. 160.1 Anteproyecto).
- **Art. 178 LGS:** No es responsable el director que no participó o que participando deja constancia de su oposición, o que luego de conocer el hecho deje constancia de su disconformidad por escrito (161.1 Anteproyecto).

¿Pueden responder por lo que hicieron otros directores?

SÍ [y esta no es una novedad de la DCT Única del D. Leg. 1422]

Art. 177 LGS: “*solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general.* (en igual sentido art. 160.3 Anteproyecto).

¿Se presume el dolo, la negligencia o el abuso de facultades?

Código Civil

- En inejecución de obligaciones se presume la culpa leve (art. 1329 CC)
- La prueba del dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado (art. 1330 CC)

LGS y Anteproyecto

- **LGS** no contiene norma especial: no se presume el dolo o la negligencia.
- **Anteproyecto LGS**: similar pero: **(i)** es expresa al indicar que salvo norma especial se requiere probar dolo o negligencia (art. 161.3); **(ii)** se presume negligencia grave en actos contrarios al estatuto o a la ley (art. 160.1); **(iii)** se protege la discrecionalidad empresarial (art. 151).

Obligaciones concretas impuestas por D. Leg 1422

Evaluación de actos de planificación fiscal

- ¿Está el directorio capacitado para evaluar actos de planificación fiscal?
- Va más allá de tener que responder por irregularidades del pasado que conocieren (arts. 177 LGS y 160.3 Anteproyecto) .
- ¿Qué sería un actuar diligente?

Ratificación o modificación de actos

- Incorrecto uso de término “ratificación”.
- ¿Qué pasa con los actos aprobados por la junta? ¿Qué órgano los ratifica o modifica? ¿Cuál es la función del directorio?
- ¿Existe una “tercera vía” que no sea la ratificación o modificación?

¿Resultan razonables desde el punto de vista societario las obligaciones impuestas por el D. Leg 1422?

Aplicación de normas en el tiempo

- Se impone a los directores obligaciones que no existían al momento de aceptar el cargo y por hechos en los que pueden no haber participado . . . y la responsabilidad es individual y solidaria.
- No existe definición legal de lo que se entiende por “planificación fiscal” ni “estrategia tributaria”.

Presunción de dolo, negligencia o abuso

- La norma no es clara (no define conceptos) pero se presume el dolo, abuso de facultades o negligencia grave.
- La DCT Única obliga a conocer actos anteriores. ¿Y si no fui informado por la administración? ¿Se puede ser responsable habiendo actuado diligentemente?

¿Están los directores capacitados para esa tarea?

- Para el “común de los mortales” no es sencillo el derecho tributario y los directorios no siempre (casi nunca) tienen un director tributarista.
- Ni siquiera los tributaristas siempre están de acuerdo entre ellos.

¿Qué puedo hacer como director / directorio?

Emisión “normal” del voto.

- Normalmente caben tres formas de votar: (i) a favor; (ii) en contra; o “todo lo contrario” (abstención).
- ¿Cómo se computa la abstención?
- Votos con “signo positivo” y “signo negativo”.

¿Esta es una votación “normal”?

- No. Solo cabe “ratificar” o “modificar”, no votar a favor o en contra [excepción acuerdo de junta general de accionistas].
- Quien se abstiene no cumple con el mandato del D. Leg 1422.

¿A qué equivale la inacción del directorio?

- Se estaría incumpliendo una norma legal expresa (art. 177 LGS y 160.1 Anteproyecto).
- La inacción equivale en este caso a una acción por omisión: las cosas se quedan como estaban: “ratificación” tácita.

¿Qué puedo hacer como director / directorio si quiero evitar responsabilidad?

Abstención

- No funciona.
- La abstención contraviene disposición legal expresa: el directorio debe ratificar o modificar.

Modifico para ser “pro SUNAT” y no tener problemas

- Es una alternativa, pero “el tiro puede salir por la culata” (arts. 177 y 181 LGS, y 160 y 160 Anteproyecto).
- Diferencia entre pretensión social e individual.
- ¿La SUNAT puede utilizar el 182 de LGS? – Indemnización.

La “solución” extrema

- Renuncien todos.