

## **EL DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE EVITAR INCURRIR EN CONFLICTOS DE INTERÉS Y DE EVITAR CAUSAR DAÑO A LA SOCIEDAD. EL OBRAR EN CONFLICTO DE INTERESES NO SÓLO ES ANTIJURÍDICO, SINO QUE ES DOLOSO POR DEFINICIÓN**

*Lino A. Palacio y Patricia A. Fernández de Andreani*

### **SÍNTESIS:**

El deber de lealtad de los administradores sociales es una obligación de resultado. Las situaciones conflictuales como el aprovechamiento de negocio, el uso de activos e información de la sociedad, la recepción de dádivas, el auto-contrato y los actos en competencia de la sociedad, deben evitarse por parte de los administradores sociales, en cualquier tipo social, como así también deben adoptarse *ex ante* sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con la sociedad y eviten causar un daño no justificado a la misma.



### **Desarrollo:**

#### **1. El deber de lealtad al que deberán sujetarse los administradores**

El deber de lealtad es el más estricto de los deberes a los que debe atenerse el administrador en la gestión de la sociedad.

La definición del artículo 59 de la L.G.S. expresa un estándar genérico, sin especificar en que constituye la lealtad.

La lealtad supone, en cabeza de quien gestiona intereses ajenos, anteponer el interés confiado al suyo propio o al de otros terceros.

En ese sentido, y yendo al plano de las conductas específicas, el deber de lealtad comprende esencialmente abstenciones y una acción positiva que es la de

comunicar anticipada y temporáneamente la existencia de un eventual conflicto de interés.

Las abstenciones, derivadas del principio general de lealtad, comprenden diversos supuestos, algunos tipificados en la Ley General de Sociedades, otros resultantes de las normas análogas referidas al mandato y otros directamente no tipificados.

En una breve síntesis podríamos catalogar las abstenciones debidas y derivadas del deber de lealtad, como sigue:

a) No contratar con la sociedad<sup>1</sup>, abstención que en nuestro derecho se refiere a determinados supuestos (contratos que no sean propios de la actividad normal de la sociedad y que no se concreten en las condiciones de mercado) y es dispensable con previa conformidad del directorio o de la sindicatura si no existiera quorum y comunicación ulterior a la Asamblea, siendo igualmente dispensable con aprobación ulterior de la Asamblea.

b) Abstenerse de deliberar y votar en caso de interés contrario<sup>2</sup>.

c) No competir con la sociedad<sup>3</sup>, abstención que es dispensable con autorización de la Asamblea.

d) No usar los activos e información de la sociedad en beneficio propio. Si bien tal conducta no está tipificada en la Ley General de Sociedades resulta claramente comprendida en el concepto de lealtad.

e) No aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio o indirecto, concepto que de algún modo responde a los mismos comentarios de la abstención anterior.

f) No divulgar o transferir información confidencial de la sociedad, conducta no contemplada expresamente por la Ley de Sociedades pero que aparece entre las propias del mandato (artículo 1324, d del C.C. y C.)<sup>4</sup>.

g) No recibir beneficios de terceros asociados con el carácter de administrador (por ejemplo, regalos desproporcionados o invitaciones ajenas a lo específico de los negocios), principio que, curiosamente, no aparece en nuestra legislación, pero es consustancial con el principio de la buena fe<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Conf. art. 271 Ley General de Sociedades.

<sup>2</sup> Conf. art. 272 Ley General de Sociedades.

<sup>3</sup> Conf. art. 273 Ley General de Sociedades.

<sup>4</sup> Artículo 1324, inciso d) CCYC: “El mandatario está obligado a: (...) d) mantener en reserva toda información que adquiera con motivo del mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no está destinada a ser divulgada”.

<sup>5</sup> Conf. art. 961 del CCyC .

Dichas conductas, comprensivas de la actuación leal del administrador, las podemos encontrar en el artículo 78 de Ley de Mercado de Capitales 26.831 que establece:

“Lealtad de los directores: en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad que deben actuar los directores:

(i) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial con fines privados

(ii) La prohibición de aprovechar o permitir que otro aproveche ya sea por acción u omisión las oportunidades de negocio de la sociedad

(iii) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido

(iv) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad”.

Así se advierte que la Ley de Mercado de Capitales, que es una ley mucho más moderna que la Ley 19.550, adopta criterios para la tipificación de las conductas desleales. Sin embargo, con ajustado criterio, la jurisprudencia<sup>6</sup> ha considerado que las descripciones contenidas en la mencionada ley para las sociedades cotizadas –que por lo demás no son taxativas– resultan plenamente aplicables a las “sociedades cerradas”.

En tal sentido, la Ley de Mercado de Capitales no crea nuevos contenidos en punto a la definición del contenido del deber de lealtad del artículo 59 de la L.G.S., sino que simplemente las expresa en un texto legal con un sentido didáctico para los intérpretes y quienes deben velar por el cumplimiento de la norma.

---

<sup>6</sup> Conf. CNCom., Sala D, 20/12/2016, “Vireyes Agropecuaria S.A c/ Stein, Alberto C. y otros s/ Ordinario”, LL 2017-D, 160, cita *on line*: AR/JUR/94828/2016, donde se señala en relación con la prohibición de aprovechamiento de negocios por los administradores en beneficio propio o de personas vinculadas las oportunidades de negocio: “la prohibición de aprovechar o permitir que otro aproveche (...) las oportunidades de negocio de una sociedad, si bien ha sido prevista en la legislación nacional, con relación a los administradores de las sociedades que hacen oferta pública (...), no hay motivo para no entender que rija sobre los administradores de cualquier sociedad ya que no hay razones para distinguir” (voto del Dr. Heredia).

## **2. Responsabilidad de los administradores por no evitar incurrir en conflicto de interés, ni implementar medios preventivos para las situaciones conflictuales**

El artículo 59 de la Ley General de Sociedades impone a los administradores obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, sancionando a los que faltaren a sus obligaciones con la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Así, los administradores deben en consecuencia obrar con lealtad, postergando sus intereses personales en pos del resguardo del interés de la sociedad.

Ahora bien, de la interpretación del art. 59 L.G.S. surge que de la transgresión de éste se derivarán las responsabilidades correspondientes por simple aplicación de principios de derecho común, en la medida que, el especial régimen de responsabilidad, no es ajeno a la teoría general de la responsabilidad civil<sup>7</sup>.

Al respecto el Código Civil y Comercial de la Nación admite factores de atribución subjetivos (culpa y dolo) u objetivos y, ante la ausencia de norma, el factor de atribución es la culpa (artículo 1721 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>8</sup>) que consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, y comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (artículo 1724 del mismo ordenamiento).

Por su parte, el artículo 274 de la Ley General de Sociedades prevé como factor de atribución el dolo, el abuso de facultades y la culpa grave, debiendo apreciarse ésta última en cada caso concreto<sup>9</sup>, teniendo en cuenta factores como la dimensión de la sociedad, su objeto, las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, las circunstancias en que debió actuar y cómo cumplió su deber de diligencia, etc.<sup>10</sup>.

No hay que olvidar que el artículo 1725 del C.C. y C. de la Nación dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de

---

<sup>7</sup> NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales*, Tomo I, p. 705.

<sup>8</sup> El art. 1721 del CCyC dispone: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”

<sup>9</sup> MOLINA SANDOVAL, “Responsabilidad civil de los directores en la sociedad anónima”, ponencia publicada en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Rosario, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2001, Tomo II, Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, 2001, p. 512.

<sup>10</sup> HALPERÍN-OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, p. 549.

las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

La diligencia reforzada prevista en el artículo 59 L.G.S. impone al administrador de una sociedad una conducta mucho más aplicada en la adopción de decisiones empresarias y, aunque la prudencia no es una condición esperable en los administradores sociales, que deben propender al riesgo razonable, el administrador conforme el artículo 1725 del C.C. y C. de la Nación debe actuar con pleno conocimiento de las circunstancias asociadas a la decisión y relativas a la oportunidad temporal, a las personas vinculadas y al lugar donde la actuación habrá de producir efectos, factores dirimientes para que la conducta del administrador sea satisfactoriamente diligente bajo la óptica del estándar del buen hombre de negocios.

También se debe destacar que el Código Civil y Comercial de la Nación al disponer el principio general de responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 160 establece que “los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”.

De su redacción se advierte que el legislador omitió indicar como factor de atribución de responsabilidad el dolo, como sí lo hace el art. 274 L.G.S. Sin embargo, ello no implica que, si los administradores son responsables por una conducta menos disvaliosa, es decir por negligencia, imprudencia e impericia, no sean responsables frente al proceder intencional.

La doctrina<sup>11</sup> ha echado luz sobre el tema, sumando al argumento anteriormente indicado, el sostenimiento de que si bien el art. 160 del C.C. y C. de la Nación<sup>12</sup> es una norma imperativa, prevalece, en relación con las sociedades, el régimen del art. 274 L.G.S., que incluye el dolo, en virtud de la disposición del art. 150 C.C. y C. de la Nación, que dispone la supremacía de dicha norma.

Vale traer a colación, y en especial teniendo en cuenta el tema objeto de esta ponencia, que el deber de los administradores de evitar actuar cuando tuvieran un interés contrario al social comporta un deber de resultado<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, T. III, p. 660.

<sup>12</sup> El art. 160 del CCyC de la Nación establece que: “Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”.

<sup>13</sup> Grispo explica que las obligaciones regladas del administrador son obligaciones de resultado, por ejemplo, las obligaciones de llevar al día los libros sociales, de convocar a

Lo anterior, de acuerdo, a lo que informa el derecho de daños daría lugar al factor de atribución objetivo.

Vale decir sería aplicable la solución del art. 1723 del C.C. y C. de la Nación<sup>14</sup>, que impone que la responsabilidad se genera por la mera infracción al orden jurídico, con independencia del factor subjetivo (dolo o culpa).

Sin embargo, frente a la disposición del art. 150 del C.C. y C. debe interpretarse la prelación de la norma imperativa de la Ley General de Sociedades sobre el régimen general<sup>15</sup>. De tal modo que aun en caso de tratarse de obligaciones de resultado, a los efectos de atribuir responsabilidad a los administradores societarios, se deberá acreditar ya sea la culpa grave o el dolo<sup>16</sup>.

Sin entrar en dicha disquisición, importa señalar que el obrar en conflicto de intereses no sólo es antijurídico, sino que, además es doloso por definición. La deslealtad o la infidelidad no admiten una calificación culposa.

Siempre en consideración de las normas de derecho de daños que informa las legislaciones de fondo consideramos que estas resultan aplicables a la responsabilidad de los administradores en virtud de lo dispuesto en el art. 1709 del mismo cuerpo legal que regula la prelación normativa específica a tener en cuenta: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía

---

asamblea ordinaria, etc.; mientras que las obligaciones de gestión, en termino generales, son de medios. (GRISPO, “La responsabilidad de los administradores societarios y el nuevo Código”, *LL*, 25/11/2015, 2015-E, 1068, cita *on line*: AR/DOC/2620/2015).

<sup>14</sup> El art. 1723 del C.C. y C. de la Nación dice que: “Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

<sup>15</sup> ARAYA, “Prelación de las normas del microsistema societario”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, T, 1, p. 37.

<sup>16</sup> En sentido contrario postula Marcos que “después de la unificación de nuestro derecho privado producida por la Ley 26.994, cuando de las circunstancias de la obligación, de lo convenido por las partes, del estatuto o de lo mandado por la asamblea de accionistas como órgano de gobierno de la sociedad, surge que el administrador debe obtener o alcanzar un resultado determinado (obligación de resultado), el factor de atribución es objetivo (...) y si bien es cierto que la obligación de gestión de los negocios de la corporación se traduce, en mayor medida en obligaciones de medios (art. 774 inc. a del Código Civil y Comercial), donde es el factor o criterio subjetivo (culpa o dolo) al que corresponde acudir, no se puede dejar de mencionar aquel trascendente cambio en materia de responsabilidad civil que impacta decididamente también en el ámbito del derecho societario, en el cual resultan aplicables todas las normas que informan el derecho de daños, con excepción de aquellas que la ley especial disponga”. MARCOS, “El deber de lealtad de los directores y las actividades en competencia con la sociedad”, *LL* 04/07/2017, 2017-D, 101.

de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; y d) las normas supletorias de este Código.

En especial, resulta menester referirse al art. 1708 del C.C. y C.<sup>17</sup> que dispone sobre las funciones de responsabilidad civil y contiene un claro principio de prevención del daño, y también, comprende su reparación.

En concordancia con la norma mencionada, el art. 1710 CCYC establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella depende, de: a) evitar un daño injustificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa, y c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Esta norma inspira a la doctrina<sup>18</sup> –en postura que compartimos– a sostener que, luego de la reforma legislativa, también pesa sobre los administradores el deber de evitar causar un daño no justificado, el deber de buena fe de adoptar medidas para evitar dicho daño y, por último, el deber de mitigar el daño causado.

En lo que nos interesa a la temática de este trabajo, el principio citado se relaciona con la última parte del art. 159 C.C. y C. de la Nación que impone a los administradores “implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con las personas jurídicas”.

## Bibliografía

- ARAYA, “Prelación de las normas del microsistema societario”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, T. I, p. 37.
- BOQUÍN, “Influencia de la reforma del Código Civil y Comercial en las relaciones de responsabilidad concursal”, trabajo presentado en el 60 Encuentro de

---

<sup>17</sup> El artículo referido establece que: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

<sup>18</sup> GRISPO, “La responsabilidad de los administradores societarios y el nuevo Código”, *LL*, 25/11/2015, 7, 2015-F, 1068, cita *on line*: AR/DOC/2620/2015. En igual sentido, NISSEN, *Tratado de Sociedades Comerciales Comentada*, T. III, p. 661; BOQUÍN, “Influencia de la reforma del Código Civil y Comercial en las relaciones de responsabilidad concursal”, trabajo presentado en el 60 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, p. 439.

Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, p. 439.

GRISPO, “La responsabilidad de los administradores societarios y el nuevo Código”, *LL*, 25/11/2015, 2015-E, 1068, cita *on line*: AR/DOC/2620/2015).

HALPERÍN-OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 549.

MARCOS, “El deber de lealtad de los directores y las actividades en competencia con la sociedad”, *LL* 04/07/2017, 2017-D, 101.

MOLINA SANDOVAL, “Responsabilidad civil de los directores en la sociedad anónima”, ponencia publicada en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Rosario, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2001, Tomo II, Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe, 2001, p. 512.

NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2017 Tomo I, p. 705.