

## **LAS ABSTENCIONES EN REUNIONES DE DIRECTORIO CORRESPONDE QUE SEAN COMPUTADAS COMO VOTOS POSITIVOS DEL DIRECTOR QUE SE ABSTUVO**

*Emilio F. Moro y Santiago J. Monti*

### **ABSTRACT:**

La virtualidad de la obligación que surge del cartabón de la “lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios” del art. 59 LGS, como ya vimos, se desmembra en varios deberes. Uno de ellos, es el “deber de gestión”. La implicancia de dicho deber, supone, la necesidad de informarse previamente y expedirse respecto a cada tema que requiera el giro social. A partir de allí, y concluyendo en que es éste un caso donde el silencio en la expresión de voluntad reconoce la preexistencia de una obligación en este sentido, cabe interpretar –lo que así propugnamos (y amén algún caso excepcional en que quepa apartarse de este temperamento)– que se computen como votos positivos las abstenciones en reuniones de directorio.



### **1. Introducción**

Ocurre en ciertas ocasiones, en la práctica que –por diversos motivos que dependen de cada caso concreto– determinados directores se abstengan de emitir su voto, en sentido negativo o positivo; esto es, que se abstengan.

La característica que supone la función directorial en torno al giro empresarial y la necesidad para la compañía de adoptar decisiones con la frecuencia e inmediatez inherente al órgano de administración –sumado al resto de los argumentos que aquí se explayarán– tornan aconsejable y pertinente establecer que, en caso de abstención de un director, tal accionar debe equivaler a un voto positivo.

## 2. La lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios: Diferenciando conceptos

Si bien la vara que suele emplearse para medir la culpabilidad de los administradores es, genéricamente hablando, la ya mencionada fórmula del art. 59 de la L.S.C., conviene, por razones de rigurosidad, diferenciar el deber de lealtad (*duty of loyalty*) del deber de diligencia (*duty of care*).

El primero tiene como norte evitar que los administradores –por muy diligentes que puedan ser– obtengan beneficios a expensas de la sociedad a través de la concreción de actos en los que está presente un conflicto entre el interés de éstos y el de la sociedad. El segundo prescribe que los administradores desarrollen las prestaciones a su cargo con la idoneidad, capacidad y eficiencia que exige el cargo en pos del más óptimo desenvolvimiento de los negocios sociales y cumplimiento del objeto social<sup>1</sup>.

Por lo demás, mientras el deber de diligencia supone, eminentemente, *prestaciones de hacer* el deber de lealtad trasunta, esencialmente, *prestaciones de no hacer* (v. gr., no llevar a cabo actos en competencia, abstenerse de votar cuando existe conflicto de intereses, etc.). Ello importa que, por lo general, el “disparador” de una acción de responsabilidad por violación al *deber de diligencia* consista en una *omisión* reprochable (v. gr., no haber llevado los libros societarios en legal forma, no haberse informado debidamente al adoptar una decisión, no haber capitalizado adecuadamente a la sociedad previo a un contexto de insolvencia, etc.) mientras que en el caso de transgresión al deber de lealtad nos enfrentemos –la mayor parte de las veces– a un accionar positivo.

Por otra parte, mientras el deber de diligencia es *eminente colectivo* –al menos en los tipos societarios cuyo órgano de administración funciona de modo orgánico (v. gr., sociedades anónimas, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades en comandita por acciones, etc.) o en los

---

<sup>1</sup> En jurisprudencia, “la diligencia de un buen hombre de negocios intenta reflejar los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar funciones; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta identidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad, que se evaluarían atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar y su omisión los hará responsables por los daños y perjuicios. El deber de lealtad de los administradores societarios consiste en la prohibición para el administrador de dar preferencia a sus intereses en oposición con los de la sociedad, cuya raíz finca en el deber de fidelidad al mandatario (art. 1908, Cód. Civil) y en el de la buena fe contractual (art. 1198, Cód. Civil)” (CNCom, Sala B, 22.09.06, “Siempre S.A. c/ Rao, Francisco”, *R.SyC*, nro. 41, p. 222).

que, no siéndolo, funcionen de ese modo por voluntad estatutaria (v. gr., SRL con gerencia colegiada)– el deber de lealtad es de carácter *individual*<sup>2</sup>.

En cualquier caso, no por nada la L.S.C. incluye bajo la égida de una misma norma (art. 59) estos deberes. No cabe, entonces, exagerar las diferencias. Ambos deberes generales se orientan hacia la evitación de la producción de conflictos de intereses siendo que, ante cualquier colisión entre el interés del administrador y el de la sociedad, debe prevalecer siempre el de esta última, resultando prístino que el contenido común de estos dos deberes consiste en la obligación de perseguir, ante cualquier hipótesis, exclusivamente, el interés social. Por ello es que, bien que se mire, en toda falta al deber de lealtad subyace una falta de diligencia y viceversa.

### 3. Aproximación

El deber de diligencia requiere la actuación sobre bases perfectamente informadas, con buena fe y extremo cuidado. Siendo un *standard* objetivo de conducta, este costado del “buen hombre de negocios” entraña una efectiva actuación del administrador en la conducción de los negocios sociales. Ello se consigue, entre otras cosas, a través del cumplimiento de algunos de los deberes que antes hemos mencionado; esto es, participar activamente en la adopción de resoluciones sociales, informarse adecuadamente previo a la toma de decisiones, asistir a las reuniones de directorio (en caso de administradores de sociedades anónimas), brindar la información que sea relevante a los fines sociales, capacitarse permanentemente en el área del mercado atinente a su actuación, desempeñarse con el mayor esmero posible, etc.

---

<sup>2</sup> Cfr. BALBIN, Sebastián, *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 23/25. El distingo se apoya en el carácter orgánico que asume la responsabilidad de los administradores societarios en aquellos tipos societarios que, como la sociedad anónima, presuponen actuación colegiada ante cada decisión y donde para eximirse de responsabilidad la L.S.C. prevé canales específicos al administrador disconforme (v. gr., art. 275, L.S.C.). Por ello esta diferenciación no tiene anclaje en aquellos tipos societarios (por antonomasia, las personalistas) donde la función de administración no se despliega de este modo.

## 4. Los distintos deberes que hacen a un obrar diligente en la gestión de una sociedad comercial

### 4.1. Naturaleza jurídica

Los administradores están unidos a la sociedad (sin perjuicio de la eventualidad adicional de un contrato de trabajo) en razón de un contrato de derecho privado, que, como tal, es causa-fuente (art. 499, CCiv [art. 726, PCCA]) de relaciones obligaciones; en algunas jugando el rol de acreedor (v. gr., retribución de honorarios del art. 261 L.S.C.), en otras el de deudor (v. gr., deber de lealtad).

Ello así, del mismo modo que el polo activo de cualquier relación obligacional no se agota en el derecho de crédito del acreedor integrándose, además, con *cargas* en cabeza de éste para hacer efectiva su pretensión, *tampoco el polo pasivo se agota en el deber de cumplir la prestación a cargo del deudor*. Al lado de este deber principal de cumplir la prestación comprometida existen los llamados *deberes secundarios de conducta*.

Se trata de conductas diversas a la prestación debida –de dar, hacer o no hacer– que compone el contenido de la obligación, *pero cuya realización coadyuva a un cabal y fiel cumplimiento de la prestación en cabeza del deudor* (el ejemplo clásico es el de mantener en buen estado de conservación el bien cuya entrega se ha comprometido de parte del vendedor al comprador). En general, estos deberes son derivaciones de la buena fe.

En el orbe societario, *también es posible señalar la existencia de estos deberes secundarios de conducta en las obligaciones a cargo de los administradores*. En lo que aquí interesa, son tales los que giran alrededor de la “global” obligación de diligencia que dimana del art. 59 L.S.C. y cuya enumeración hemos realizado con anterioridad (v. gr., de informarse adecuadamente con antelación a la adopción de decisiones, de vigilancia, etc.).

A continuación, veremos en forma particular cada uno de ellos.

### 4.2. Deber de conocimiento

El deber de adquirir los conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones encomendadas con diligencia y probidad encuentra su fundamento en la circunstancia de que, al no requerírseles a los administradores ninguna exigencia previa a su elección<sup>3</sup>, la aceptación del cargo implica para ellos la ne-

---

<sup>3</sup> En función de ello, cierto sector doctrinario propugna que en una futura reforma legal para sociedades anónimas que al menos un miembro del directorio con funciones opera-

cesidad de conocer el negocio para desplegar las labores que dicho cargo exige. Ello supone que el administrador del ente societario no puede alegar falta de conocimiento en materias que versen sobre el funcionamiento de la sociedad y su actividad propia<sup>4</sup>.

Entrañando la noción de “buen hombre de negocios” un *standard* calificado de conducta, quien ejerza la administración de sociedades comerciales debe tener o adquirir un elevado conocimiento del negocio que va a conducir. Debe estar al tanto de las prácticas habituales del oficio y –sin que ello implique la obligatoriedad de haber aprobado carrera de grado o post-grado alguna en la materia– conocer aspectos básicos sobre administración de empresas. Asimismo, la función de administrador societario exige *audacia* y *visión de negocios*. *Audacia*, para arriesgar el dinero invertido por los socios<sup>5</sup> y *visión de negocios* para eludir con éxito los riesgos y obstáculos que se ciernen sobre la inversión o emprendimiento que se haya encarado.

Cuando se articulan acciones de responsabilidad contra directores que son meros prestanombres de quienes, “en las sombras”, conducen la sociedad –planteándose el no infrecuente caso de los “directores de hecho”<sup>6</sup>–, aduciendo

---

tivas deba ser profesional graduado en la administración de la empresa o empresas que conformen su objeto social (cfr. BOTTERI, José D. - COSTE, Diego, “El capitalismo familiar y las sociedades anónimas”, en GAROBBIO, Carlos [Coord.], *Perspectivas del Derecho Mercantil. XVIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial*, Legis, Buenos Aires, 2011, p. 77).

<sup>4</sup> Cfr. CNCom, Sala B, 28.02.05, “Inspección General de Justicia c/ Propel S.A. s/ Denuncia”, *RSyC*, nro. 33, p. 302. “El director debe ser una persona idónea para ocupar el cargo y como tal debe estar en condiciones de entender la documentación empresarial, cumpliendo así con el estándar del buen hombre de negocios”.

<sup>5</sup> Esta exigencia puesta en cabeza de todo aquel que está a cargo de la gestión operativa de una compañía responde, en última instancia, a la que es la causa-fin del acto constitutivo de la sociedad comercial y que es la obtención de ganancias para luego ser distribuidas bajo la forma de dividendos a cada uno de los socios (cfr. BALBÍN, Sebastián, *Curso...*, p. 109).

<sup>6</sup> La pléthora de situaciones que se encuadran bajo la órbita del “administrador de hecho” es sumamente variada: directores designados como tales en base a deliberaciones irregulares; o que, habiendo sido formalmente designados ha expirado el término de su función y no se ha hecho saber tal situación; o cuya investidura, afectada por causas de inhabilitación, desemboca en la remoción y ésta es absolutamente desatendida; o cuando, aún sin contar con una investidura formal, poseen una marcada injerencia en la administración de la entidad, ejerciendo de *facto*, los poderes propios de los administradores regularmente designados (cfr. ALLENDE, Lisandro A., “Administradores de hecho”, en *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al profesor consulto Dr. Carlos Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 277). Para un estudio de las consecuencias

y acreditando toda clase de negligencias, descuidos e imprudencias, lo que se está incumpliendo, puntualmente –y más allá de la inobservancia del deber global de diligencia del art. 59 L.S.C.–, *es del deber de conocimiento* puesto que, en la gran mayoría de los casos, los “prestanombres” de turno carecen de la “capacidad”<sup>7</sup> mínima para ocupar el cargo ostentado.

### 4.3. Deber de gestión

Otro deber secundario de conducta enuncado en la diligencia de un “buen hombre de negocios” es el de *gestión*. Los administradores societarios, en efecto, deben desplegar sus funciones poniendo en ello sus mejores esfuerzos y des empeñándose con la mayor perseverancia, sacrificio y esmero.

Ello implica, entre otras cosas, destinar una considerable cantidad de tiempo a la labor encomendada. Y si bien es cierto que ello no trasunta exclusividad –por cuanto los usos y costumbres del mercado revelan que más de un director desempeña labores ajenas a su función de administrador societario– no lo es menos que resulta materialmente imposible conducir eficientemente una compañía sino se dedica un tiempo significativo a ese efecto. Por lo tanto, este aspecto (mixturado con otros) es uno de los que permite discernir si ha habido o no *gestión efectiva*.

El incumplimiento de este deber, aunque no suele mencionarse en los fallos condenatorios de administradores societarios, está presente a modo de “subsuelo” de la sentencia. En otras palabras, la comprobación en un juicio de que un administrador societario desempeñaba su labor con holgazanería y molicie y sin exhibir la más mínima dedicación o constricción al trabajo, juega un rol fundamental –y es razonable y justo que lo haga– a la hora (crucial) de dirimir si ha

---

que, en materia de responsabilidad civil, depara ésta equiparación y, en general, la inclusión de un sujeto cualquiera en la categoría de “director de hecho”, puede leerse, con provecho, FILIPPI, Laura L., *El administrador de hecho en la sociedad anónima*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2006.

El concepto aquí referido es, en lo sustancial, idéntico al que se utiliza en el Derecho continental. Así, por ejemplo, en el sistema francés, la doctrina trae la siguiente definición de director de hecho (*dirigeant de fait*): “*personne qui exerce, directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d’administration générale d’une personne morale, sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux*” (LE CORRE, Pierre-Michel - LE GALL, Jean Pierre, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Paris, 2003, p. 169).

<sup>7</sup> Va de suyo que la utilización de este término lo es en su acepción coloquial (como sinónimo de conocimiento o *expertise*) y no en la técnico-jurídica del CCiv.

mediado o no negligencia en la adopción de tal o cual decisión. Y la juega en desmedro, como es claro, del administrador sindicado responsable de un hecho ilícito.

#### 4.4. Deber de información

Sea cual fuere la envergadura de la sociedad, la información es, en la actualidad, a consecuencia de los vigorosos cambios tecnológicos-informáticos de la última década, uno de los factores de mayor importancia –sino el más– al momento de adoptar decisiones.

La información precede necesariamente a la acción, constituyéndose, por ende, en un elemento indispensable para la toma de decisión en los negocios. Dificilmente pueda un administrador societario adoptar una resolución en forma fundada *sin haber requerido de manera previa un mínimo de información necesario para poder justificar su posición frente a los demás*.

El deber de informarse adecuadamente con antelación a la toma de decisiones sociales y, asimismo, de investigar las informaciones que se le suministren, es uno de los *aspectos centrales en que hace hincapié la jurisprudencia* (tanto extranjera como local) para trazar la línea divisoria entre un accionar negligente y diligente.

Por supuesto, tampoco es lógico exigir al administrador que agote toda la documentación e información existente en derredor de la materia a resolver. Si para cada decisión fuera imprescindible semejante indagación informativa, prácticamente sería imposible conducir la sociedad con la agilidad y celeridad que exige el mundo de los negocios. Estaríamos ante un administrador ineficiente por exceso de “celo informativo”, por llamarlo de algún modo. ¿Cuántas oportunidades de negocios (las cuales, por definición, no pueden aguardar respuestas tardías) se verían perdidas si debiera agotarse toda la información existente al respecto? *En este punto se visualiza, quizás como en ningún otro, porqué es tan difícil juzgar la responsabilidad de los administradores societarios*.

No cabe olvidar, por lo demás, que el administrador societario “no es un superhombre que todo lo sabe y todo lo controla, al que pueda exigírsele un total conocimiento de las cuestiones inherentes al desarrollo de la sociedad que administra”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. CNCom, Sala B, 28.02.05, “Inspección General de Justicia c/ Propel S.A. s/ Denuncia”, *RSyC*, nro. 33, p. 302; *ED*, t. 213, p. 30.

Lo que importa, así las cosas, es haber actuado con soporte informativo que de sustento razonable al curso de acción adoptado y que esa información –teniendo en vista la clase de cuestión a resolver– sea consistente en cuanto a su extensión y rigor y que, en su caso, emane de organismos, profesionales o entidades dignas de confianza.

Digamos, por último, que este deber, a su vez, comporta un derecho para los administradores<sup>9</sup> (que la L.S.C. no lo mencione expresamente no hace mella de esa conclusión). La trascendental relevancia que tiene la información para determinar si un administrador merece o no ser considerado culpable ante algún daño sufrido por un socio o por el ente societario, hace que resulte lisa y llanamente inconcebible que se violente su derecho de información, lo cual ha sido remarcado –en más de una ocasión– por la jurisprudencia<sup>10</sup>.

#### 4.5. *Deber de vigilancia*

El administrador se encuentra obligado, asimismo, a controlar la gestión global de la sociedad, por más que no se encuentre directamente inmiscuido en ella. No es posible que, so pretexto de la descentralización orgánica de toda compañía, los administradores se desentiendan de lo que ocurre en los estratos inferiores de la misma. La falta de participación o intervención en las actividades sociales denota una clara negligencia en el desempeño de la actividad directiva, al implicar un desconocimiento de lo que sucede en los peldaños inferiores de la estructura societaria.

Faltas de control de ese tipo favorecen la intromisión de otras personas, lo que culmina en una distorsión de la supervisión que debe ejercer todo administrador en desmedro de los intereses de la compañía; “intereses por los que

---

<sup>9</sup> Hemos tratado el tema en otro lugar, adonde remitimos en honor a la brevedad, cfr. MONTI, Santiago J. - MORO, Emilio F., “Derecho de información de los directores de sociedades anónimas”, *LL*, t. 2007-C, p. 1275 y ss.

<sup>10</sup> “Resulta incuestionable el amplio derecho a la información que tienen los presentantes en sus calidades de directores de la sociedad, pues es connatural al ejercicio debido de la función para la cual han sido elegidos y es correlativo a la responsabilidad que les cabe por sus actos u omisiones. De allí que, en principio, resulte improcedente imponer condicionamientos a su ejercicio que tengan como resultado dificultar o impedir el acceso a la información” (Juzg. Nac. Com. Nro. 3, Secr. 5, Ciudad de Buenos Aires, 18.10.06, firme, “Carbajo, Eduardo y otros c/ Hidroeléctrica El Chocón s/ medida precautoria” [expte. 106.840]), firme, *–inédito*.



aquéllos no pueden dejar de velar por ser deber de los directores el controlar la totalidad de la gestión empresaria”<sup>11</sup>.

Dentro de lo que es “humanamente posible” y dependiendo la vara juzgadora del nivel organizativo interno de cada sociedad y de su envergadura, todo administrador societario deberá ejercer un control sobre el personal jerárquico inferior, procurando informarse adecuadamente de lo que acontece en cada área<sup>12</sup>.

De todos los deberes secundarios de conducta incardinados dentro del deber global de diligencia, éste es el que más relevancia tiene en sede penal. En efecto, la responsabilidad penal de los directores de sociedades anónimas (fundamentalmente) por delitos de toda índole se juzga, básicamente, a la luz de este deber y de lo que, en Derecho penal, se denomina como “posición de garante”.

## 5. Las abstenciones en reuniones de Directorio

En general, y dependiendo del carácter de los directores (si Directores externos o internos), en algunas ocasiones –por razones estratégicas dependientes de cada caso concreto– se registran abstenciones en el órgano directorial.

Por ejemplo, cuando se está decidiendo si promover o no alguna acción judicial contra algún tercero que pueda tener algún conflicto con la sociedad, y algún director exhiba algún interés en que esta acción no se promueva (amén la eventual aplicación en un caso así del art. 274, LGS).

O bien cuando se está tratando la posibilidad de iniciar alguna acción social de responsabilidad contra algún accionista, cuyo director que hace las veces “representante” en el órgano de administración, “lo protege” propugnando que se no inicie dicha acción de responsabilidad.

Y así, tantas otras hipótesis, muchas no vinculadas a eventuales acciones judiciales, sino de aspectos netamente negociales y de operatoria mercantil de la sociedad anónima del caso.

<sup>11</sup> CNCom, Sala C, 28.02.94, “Tucson S.A. s/ Quiebra”, *LL*, 1994-E, p. 401; con nota a fallo de Ricardo A. Nissen.

<sup>12</sup> Cfr. CNCom, Sala A, 08.10.97, “Eledar SA c/ Serer, Jorge A. s/ Ordinario”, *ED*, t. 178, p. 473. “La culpa puede ser también *in non faciendo*, y el no estar informado de lo acontecido ya implica negligencia en el ejercicio del cargo porque a los directores se les paga para que sepan lo que acontece en la sociedad”.

## 6. Propuesta

La característica que supone la función directorial en torno al giro empresarial y la necesidad para la compañía de adoptar decisiones con la frecuencia e inmediatez inherente al órgano de administración –sumado al resto de los argumentos que aquí se explayarán– tornan aconsejable y pertinente establecer que, en caso de abstención de un director, tal accionar debe equivaler a un voto positivo.

“Maximizando” la hipótesis “de modo kantiano” puede suponerse –aunque en la realidad fáctica sea impensable que se generalice una hipótesis de esta índole– qué sucedería si en el directorio prolifera una actitud “obstructiva” por la vía de abstenciones permanentes y sin justificación (v. gr., en sociedades anónimas de sólo dos directores donde no se establecen mecanismos de desempate esto puede ser un problema).

Por lo demás, la virtualidad de la obligación que surge del cartabón de la “lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios” del art. 59 LGS, como ya vimos, se desmembra en varios deberes. Uno de ellos, es el “deber de gestión”. La implicancia de dicho deber, supone, la necesidad de informarse previamente y expedirse respecto a cada tema que requiera el giro social. A partir de allí, y concluyendo en que es éste un caso donde el silencio en la expresión de voluntad reconoce la preexistencia de una obligación en este sentido, cabe interpretar –lo que así propugnamos (y amén algún caso excepcional en que quepa apartarse de este temperamento)– que se computen como votos positivos las abstenciones en reuniones de directorio.