

## BUENA MARCHA Y GESTIÓN EMPRESARIAL

# Los deberes fiduciarios de los directores



ROXANA  
JIMÉNEZ  
VARGAS-  
MACHUCA

Árbitro. Profesora  
universitaria.

Toda organización empresarial debe conducirse con racionalidad para ser competitiva y lograr sus fines económicos, como la generación de rentabilidad y utilidades mediante actividades que han de desarrollarse dentro de los parámetros fijados en cada ordenamiento jurídico. En ese marco, la buena marcha y la gestión empresarial revisten gran relevancia.

El directorio, como órgano de administración y gestión de la sociedad, dirige su rumbo y la representa, fija las políticas generales que serán ejecutadas, aprueba los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la empresa, etcétera. Al ser los directores elegidos por los accionistas debido a sus cualidades profesionales y personales, sus deberes fiduciarios son la esencia de sus obligaciones y responsabilidades, y su estándar es más elevado.

Los directores no pueden anteponer sus intereses personales ni los de terceros, y ni siquiera los del propio grupo empresarial al que pertenezca la sociedad. Incurren en responsabilidad si realizan acciones que generen u oculten situaciones de conflicto de interés lesivas a la sociedad.

El propósito de estas líneas no solo es describir la relevancia de estos deberes, sino también identificar conductas concretas que pueden calificarse de contrarias a aquellos, y que pueden por tanto ameritar las diversas sanciones legales (dentro de la normativa societaria, civil, laboral y penal).

## Los agentes

Fides (fe o confianza) es la raíz latina de fiducia. Como agentes fiduciarios de la empresa, los directores tienen dos deberes básicos: de cuidado (duty of care) y de lealtad (duty of loyalty):

## Deber de cuidado

El estándar de la LGS es la diligencia de un ordenado comerciante: es el cuidado de un comerciante (alguien especializado y dedicado a la actividad comercial/empresarial, y no el buen padre de familia civil) ordenado (si es esperable que un comerciante sea ordenado, el énfasis apunta a que sea particularmente ordenado). Y la norma señala que debe actuar con la diligencia de un ordenado comerciante: con sentido de responsabilidad.

Esto se manifiesta mediante las siguientes conductas: mantenerse informado sobre las actividades de la sociedad; revisar los estados financieros de modo regular; asesorarse en materias ajenas a su conocimiento; informarse y preparar las reuniones (sesiones del directorio y JGA); informar a los accionistas acerca de la situación de la sociedad; facilitar la información solicitada por los accionistas; preservar la confidencialidad de la información; asistir a las sesiones del directorio y participar activamente en las deliberaciones del mismo, de modo que su criterio contribuya en la toma de decisiones; cuidar de modo celoso el patrimonio de la sociedad; informar de cualquier irregularidad en la gestión de la empresa; estar atento y vigilar situaciones de riesgo que puedan presentarse, promoviendo la convocatoria correspondiente en la que se incluyan los temas convenientes; realizar todo cometido que

## La doctrina y jurisprudencia

Es importante que se dote de contenido concreto a las normas generales sobre estos deberes de conducta, a fin de que las empresas que se consideren afectadas por la gestión irregular o desleal de sus directores

puedan emplear las herramientas legales que el ordenamiento pone a su alcance. Para ello no considero necesario que la LGS incorpore numerales con casuística específica, pues esto es labor de la doctrina y la jurisprudencia.

le haya sido encomendado por la Junta, dentro de su compromiso de dedicación, entre otros.

## Deber de lealtad

Este deber se sostiene en la buena fe objetiva, de estándar particularmente elevado. Abarca obligaciones de no hacer, como guardar reserva

acerca de todo aspecto de la sociedad (financiero, operativo, etcétera), y conservar el deber de confidencialidad inclusive después de haber dejado la empresa (artículo 171 LGS). También debe informar a los accionistas de los hechos y circunstancias que necesiten conocer para adoptar las decisiones que les correspondan (artículos 130 y 175 LGS).

Incluye el deber de revelación (duty of disclosure), debiendo informar a los accionistas de cualquier circunstancia que pudiese generar desconfianza sobre sus propios intereses frente a la sociedad, como situaciones: (I) personales; (II) de familiares cercanos; (III) de sociedades en las que tenga un rol relevante; (IV) los pactos o convenios de sindicación de los que forme parte.

Si el director está involucrado en circunstancias u operaciones contrarias o conflictivas frente a los intereses de la sociedad, debe: (a) manifestarlo y no realizarlas, o (b) manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y decisión sobre ello, o (c) renunciar al cargo, o (d) informar a los accionistas y solicitarles autorización, a fin de que ellos evalúen la situación y decidan si mantienen o pierden la confianza en el director y, según el caso, si se realiza la operación. Lo señalado está regulado en la LGS, y guarda concordancia con normas civiles, como el principio de lealtad de los representantes y, específicamente, cuando exista conflicto de interés –los casos de doble representación o el acto consigo mismo– (artículo 166 CC).

Para analizar una transacción en la que interviene un director con conflicto de interés, debe verificarse alguna de las tres categorías de protección o “puerto seguro” para la misma y para la responsabilidad del director: 1) La decisión de directorio fue aprobada o ratificada por una mayoría desinteresada y autónoma de directores informados; 2) El acuerdo fue aprobado o ratificado por una mayoría desinteresada de accionistas informados; y, 3) La transacción ha sido justa y razonable.

Los siguientes actos o conductas del director revelan deslealtad: (I) tomar sin autorización de los accionistas como préstamo dinero o bienes de la sociedad; (II) utilizar bienes y/o servicios de la sociedad en provecho propio, de parientes o de sociedades en las que tenga participación; (III) aprovechar para sí o para terceros relacionados las oportunidades comerciales de las que tuviere conocimiento por su cargo, que pudieren representar perjuicio o pérdida de oportunidad para la sociedad; (iv) proponer modificaciones del estatuto o tomar decisiones en su beneficio o de terceros relacionados; (v) inducir a error o presionar a gerentes y dependientes a rendir cuentas equivocadas, irregulares, o a ocultar información; (VI) presentar a los accionistas información falsa u omitir datos esenciales; (VII) fraguar balances para distribuir utilidades inexistentes; (VIII) inducir a error o influir en los auditores a presentar información falsa; (IX) entorpecer o impedir las investigaciones que realicen respecto a la existencia de su responsabilidad o de los administradores a su mando; y, (x) participar en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización de los accionistas. ■