

CONTRATACIÓN PROHIBIDA DEL DIRECTOR. ACTOS *ULTRA VIRES*

PATRICIA VEAUICHE, SUSANA AMALIA CATUZZO
y MARÍA VERÓNICA LOMBARDO

PONENCIA

Consideramos que en los casos en que la contratación del representante de la sociedad sea consigo mismo, se debería prever la prohibición de autocontratar libremente, cuando no se den las condiciones del primer párrafo del art. 271 de la L.S. —actividad en que la sociedad opera y en las condiciones de mercado—, y evitar así un posible conflicto de intereses entre representante y representado.

La admisión con carácter general del autocontrato en el derecho comercial debe reconocer un límite en la existencia de la incompatibilidad de situaciones entre el representante (director) y el representado (director), por ello, debe tutelarse a la sociedad; razón por la cual, sustentamos, que la forma más efectiva para ello es la intervención de los accionistas, reservándose la atribución de aprobar en forma expresa la contratación directa o indirecta con el director de la sociedad que conforman, a través de su órgano deliberativo y supremo (asamblea) y a fin de proteger y resguardar los intereses sociales, teniendo en consideración que los órganos de gobierno (directorio) o de fiscalización (sindicatura) pueden estar integrados por quienes no revisten el carácter de accionistas. De allí la necesidad de aprobación por medio de la asamblea para la realización de actos no incluidos en el objeto social y/o de disposición.

FUNDAMENTOS

1. Antecedentes doctrinales y legales

Es sabido que el director de una sociedad anónima no administra un negocio propio, sino de la sociedad, quien depende de estas personas de existencia visible para ser representada.

La doctrina tradicional postula que el director puede realizar actos o contratos en su interés particular perjudicando así a la sociedad, quien tendría una acción resarcitoria en contra del administrador, entendiéndose que la ley prohibía la negociación del director con la sociedad para evitar que haga privar su interés personal sobre el de la sociedad que representa. La doctrina moderna, en cambio permite la contratación del director con la sociedad, siempre que pueda acreditarse que ésta no ha sufrido o experimentado ningún daño o perjuicio como resultado de tal contratación, pasando así de una prohibición absoluta a una prohibición relativa basada en una presunción *iuris tantum*.

El Código de Comercio prohibía la contratación o negociación por cuenta propia directa o indirectamente del director con la sociedad que administra (art. 338) y en el caso de que el director tuviera un interés contrario al de la sociedad en alguna operación debía avisarlo a los demás directores y síndicos y abstenerse de deliberar sobre dichas operaciones (art. 345). Esta prohibición regulada por el Código de Comercio era de orden público. Con la sanción de la ley 19.550 la situación varió sustancialmente al permitir la contratación del director con la sociedad siempre que dichos contratos sean de la actividad normal de ella y en las condiciones en que se hubiera contratado con un tercero, haciendo saber de igual modo, su participación al directorio y síndico, absteniéndose de intervenir en la deliberación. Y los contratos que no reunieran los requisitos mencionados precedentemente debían ser celebrados con la previa autorización de la asamblea extraordinaria. Los contratos celebrados en violación de estas normas eran nulos de nulidad absoluta. La reforma de la ley 22.903 al art. 271 flexibilizó aún más la prohibición de contratar del director, toda vez que éste podrá negociar con la sociedad sin autorización previa ni comunicación al directorio o síndico en su caso si los contratos son de la actividad en que la sociedad opera y se conciertan en las condiciones de mercado. De no darse estos requisitos solo podrán realizarse con previa aprobación del directorio o sindicatura si no existiese quórum, quienes deberán dar cuenta de estas operaciones a la asamblea. Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos realizados sin la autorización del directorio o sindicatura en su caso, y que no fueran ratificados por la asamblea son nulos sin perjuicio de la responsabilidad precedentemente mencionada.

2. Terminología empleada por el nuevo art. 271

Se debe entender por *actividad en que esta opere* las enumeradas en el objeto social y aquellas que sin estar determinadas en forma precisa en el mismo, sean conexas con él. De considerarse como actividad de la sociedad la

que ésta realiza en forma habitual sin que se encuentre enumerada en su objeto, se estaría ante un exceso de poder del administrador, implicando una modificación del acto constitutivo que es competencia exclusiva de la asamblea. Por *condiciones de mercado* debe entenderse lisa y llanamente los precios o cotizaciones que se conocen de manera diaria o corriente.

3. *Contratación directa e indirecta*

Con relación a la temática expuesta en torno a la prohibición del art. 271, la Ley de Sociedades no ha conservado la norma del Código de Comercio que prohibía a los directores contratar con la sociedad directa o indirectamente o sea a través de interpósita persona. Sin embargo la doctrina mayoritaria, a la cual adherimos, sostiene que esta prohibición continúa vigente aunque el precepto normativo actual no regule dicha situación en forma expresa. De no ser así se estaría desvirtuando el espíritu de la ley, toda vez que bastaría que un tercero, en connivencia con el director, contratara con la sociedad para que éste luego se beneficiara con dicha contratación, traspasando a su favor la misma. Estas situaciones no son fácilmente detectables, de allí que la doctrina francesa ha considerado que la contratación es directa cuando el director lo hace en forma abierta y declarada e indirecta cuando el director no reviste el carácter de contratante, valiéndose de terceros para realizar el acto para luego desplazarlo a su favor.

4. *Vinculación del art. 271 de la L.S. con lo normado por el art. 58 del mismo texto legal*

La interpretación que se haga de este artículo o norma debe perseguir dos fines: 1º) proteger los derechos de los terceros que contratan con la sociedad, y 2º) no alterar, mediante el acto unilateral de un individuo, todo el sistema de deliberación y decisión, pilares de las sociedades comerciales. El artículo en análisis recepta la doctrina del *ultra vires*, que determina que la actividad u objeto es el límite natural, tanto del poder de los administradores, como el de la propia capacidad de la sociedad. Así la teoría del órgano supera a la teoría del mandato para explicar el accionar del representante de la sociedad, considerando el accionar del órgano como *un negocio de la persona jurídica y no para la persona jurídica* es decir que el órgano actúa como un verdadero funcionario de la sociedad. Es la sociedad quien actúa y no un tercero en nombre de ella, y es aquí donde encontramos sustento a nuestra ponencia: *si el director de una Sociedad Anónima está declarando la voluntad de la sociedad, deberá contar con la decisión de la asamblea de accionistas.*

La referencia en la norma a la expresión *actos notoriamente extra-*

ños al objeto social, llevó a una parte de la doctrina a clasificar a los actos en: 1) *Vinculados al objeto social*: Son los que clara y naturalmente están comprendidos en el mismo de un modo preciso y determinado y para cuyo otorgamiento no se requeriría un acta especial, pues el estatuto social lo legitima plenamente; 2) *Actos vinculables al objeto social*: Son todos aquellos que sin estar enunciados expresamente en el objeto social se relacionan con el mismo y 3) *Los actos no vinculados*: Serían aquellos extraños al objeto social. Si bien estas y otras teorías revisten gran importancia para la determinación de la capacidad del representante social, las consideramos insuficientes. Si bien en el mundo moderno la multiplicidad de actos efectuados por una sociedad y la necesidad de tomar decisiones rápidas no resiste exclusiones caprichosas y así los actos expresamente enunciados en el objeto social deben ser precisos, siendo lo dicho de una importancia decisiva; actos accesorios, conexos, complementarios o subordinados de otros expresamente enunciados en el objeto social y actos meramente administrativos. En estos supuestos no será necesario un acta especial que apruebe la operación. Sin embargo, un sinnúmero de actos, que sin ser notoriamente extraños al objeto social son de una importancia tal que su ejecución puede llevar, incluso, a la desaparición de la sociedad como tal, lo cual exige la correspondiente deliberación del órgano máximo (Asamblea).

Los terceros contratantes con la sociedad deben ser protegidos; así cuando se trata de negocios de caracteres extraordinarios (ej. constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles) y de disposición, no se da el principio de urgencia.

El accionar unilateral del representante social se contrapone con el principio de deliberación y decisión propio de la sociedad.

5. *Limitación a los poderes directoriales*

La mayoría de la doctrina reconoce cuatro sistemas restrictivos del poder directorial, que regulan la limitación del actuar de los administradores; éstos son: 1) El sistema alemán, en el que las limitaciones no producen efectos contra terceros, aunque se hallan inscripto y publicado, y en donde resultan válidos los actos, aunque éstos sean ajenos al objeto social. 2) El sistema inglés, en el que las limitaciones producen efectos contra terceros y los actos no son válidos si no los ratifica la asamblea general, exceptuando de esta regla a los actos *ultra vires*. 3) El sistema norteamericano, en el que las limitaciones producen efectos contra terceros, pudiendo la asamblea convalidar todos los actos jurídicos incluso los *ultra vires*, y 4) El sistema intermedio, en el que las limitaciones no producen efectos contra terceros a condición de que los actos de los administradores entre el objeto social o en el tráfico de la empresa como

en el caso de España. Consideramos que aplicando el sistema norteamericano, estaríamos dando mayor seguridad jurídica a las contrataciones e imprimiendo a la asamblea la responsabilidad y la potestad que como parte de interés directa en todo acto posee.

En el sistema de la Ley de Sociedades se expresa que cuando el contrato constitutivo guarda silencio, el límite del poder de los directores dependerá del objeto social, teniendo en cuenta que se debe juzgar como actos de administración los de la actividad mercantil prevista como objeto de la sociedad; o aquellos necesarios para la realización de dicha actividad. El exceso de poder se determinaría cuando el administrador realizare actos que hagan imposible que la sociedad continúe con su actuar, separándose con ello de la realización del objeto social, lo que llevaría a una modificación del acto constitutivo, modificación ésta que es competencia exclusiva de la asamblea. Dentro de esta limitación queda claro que los directores tienen todas las atribuciones y poderes no reservados a la asamblea de accionistas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACQUARONE, "Contratación del Director con la Sociedad", *LL*, 6/7/84.
AGUINIS, *El abuso de poder de las mayorías en temas de Derecho Comercial*, Ábaco.
ALEGRIA, *El directorio de la Sociedad Anónima*.
CÁMARA: *Los contratos entre la Sociedad y sus Directores*, Depalma.
HALPERÍN, *Sociedades Anónimas*, Depalma.
MARTORELL, *Los directores de Sociedades Anónimas*, Depalma.
OTAEGUI, *Administración Societaria*, Depalma.
SASOT BÉTES, *El órgano de administración*, Ábaco.
SPOTA, *Contratos*, Abeledo-Perrot.
VERÓN: *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*, Astrea.
ZALDÍVAR, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot.