

INTERÉS CONTRARIO: RETICENCIA AL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN

HORACIO TOMÁS AZAR
ANDREA T. ANDINO

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará el conflicto que se plantea en el seno de la sociedad cuando el o varios accionistas —minoría o mayoría— con interés contrario al social se rehusan a someterse a su obligación de abstenerse de votar. Teniendo en cuenta, la actual redacción del artículo 248 de la Ley de Sociedades Comerciales, que sanciona al accionista con interés contrario al social que no se hubiera abstenido de votar una vez consumado el daño a la sociedad, se fundamentarán en el presente los argumentos que se sostienen para proponer la incorporación al art. 248 de supuestos que contemplen la forma en la que la sociedad podrá prevenir los daños y perjuicios, obligando al accionista con interés contrario a abstenerse de votar o, si pretendiese votar, declarar dicho voto inhábil.

Antes de abordar el tema en cuestión resultará necesario precisar los términos de interés del socio e interés social.

Diversas teorías han intentado explicar el interés social respecto del cual se puede decir que es el interés distinto, especial o diferente al interés de cada uno de los socios, por lo que se puede concluir que el interés social es el interés conjunto o colectivo, la suma de los intereses individuales de cada uno de los socios, es decir, el interés común de éstos.

Así, a través de su aporte en la sociedad comercial, el socio u accionista pretende un beneficio individual, que puede ser reflejado en el mayor lucro posible y lícito —vgr. sociedad anónima—, o también en aspiraciones u objetivos más dignos como colaboración, etc. —vgr. sociedades cerradas o de familia—.

Por otra parte, la sociedad debe tener una finalidad de *bien común*, siendo éste su fin último. Este precepto es el que ha receptado nuestra legislación desde la sanción del Código Civil, por lo que la ley le atribuye a las personas jurídicas la condición de “haz” de imputación diferenciado de normas.

Asimismo, nuestra ley regula distintos casos concretos de aplicación del “interés social” como un interés distinto al del socio o accionista individual y al de los socios en conjunto. Entre ellos se encuentra el que resulta objeto de la presente ponencia que es “la obligación del accionista de abstenerse de votar cuando tenga un interés contrario al de la sociedad, consagrado en el artículo 248 de la Ley de Sociedades que reza: *“El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla.”*

La Ley en el segundo párrafo del art. 248 prevé como sanción para el accionista que se niegue a cumplir con su deber de abstención que *“Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.”*

Ahora bien, deberemos considerar qué sucede cuando el accionista que tiene la obligación de abstenerse de votar (i) oculta a los demás accionistas que tiene un interés contrario, o (ii) si aún conocido

dicho interés contrario y expuesto el mismo por algún otro socio u accionista en la Asamblea, aquel accionista negare la existencia del interés contrario y pretendiera votar —no obstante el deber de abstención que pesa sobre él—. Y en este último supuesto, habría qué considerar qué sucedería: a) si la mayoría sostuviere que existe tal interés contrario; b) si la mayoría negare la existencia de dicho interés contrario.

En el primer caso, es decir si el socio u accionista no hiciera ejercicio de dicha abstención, estaríamos en presencia de que el mismo estaría ocultando a los restantes socios u accionistas dicho interés contrario, el cual persistirá hasta tanto el mismo sea advertido o descubierto por el órgano de administración, fiscalización, o por alguno de los socios u accionistas, debiendo en tal caso convocarse inmediatamente a asamblea o reunión de socios para tratar dicha operación en cuestión, aplicando, en caso de corresponder, la sanción establecida por el segundo párrafo del artículo 248.

En el segundo supuesto, es decir, si la mayoría coincide con que existe interés contrario no habría inconveniente alguno, ya que, aún si el accionista que posee interés contrario pretendiese que su voto fuera válido, perdería en la votación. Pero las cosas se complican cuando la mayoría en connivencia con el socio u accionista que posee el interés contrario y que no obstante la oposición de la minoría, adoptan una decisión —nula— en contra del interés social. A la vez, esto puede configurar que con la decisión de algunos socios o accionistas, aunque detenten la mayoría del capital o paquete accionario, prevalezca con dicha decisión el interés individual por sobre el interés social.

Entendemos que la sanción que establece el segundo párrafo del artículo 248 de la Ley de Sociedades resulta insuficiente puesto que sanciona al accionista una vez que se ocasionó el daño a la sociedad y no otorga la posibilidad a la sociedad, ni a sus representantes o a sus otros socios o accionistas, de protegerse frente a la inminencia de la adopción de una decisión social que pueda causar un daño a la sociedad.

Como puede apreciarse, el precepto legal establecido en el art. 248 de la L.S.C., se enmarca dentro de aquellas legislaciones que

contemplan únicamente soluciones *ex post* o soluciones que sancionan al socio o accionista por los actos que éste hubiera realizado en contra del interés social y por los daños y perjuicios que hubiera causado a la sociedad, cuando al no haberse abstenido de votar, con su voto se hubiera obtenido la mayoría necesaria para adoptar una decisión perjudicial para el interés social.

Sin embargo, existen otras legislaciones, entre las cuales podemos mencionar a la legislación portuguesa¹ y a la española², que no sólo establecen la posibilidad de impugnar aquellas decisiones sociales, contrarias al interés social, que hubieran sido adoptadas y conformadas con el voto de un accionista o socio que hubiera debido abstenerse de votar, sino que además prevén medios legales que sirven para prevenir —*ex ante*—, la adopción de decisiones contrarias al interés social impidiéndole al accionista emitir su voto cuando existan circunstancias que hagan evidente o pongan de manifiesto su interés

¹ Código Das Sociedades Comerciais, Decreto-Lei nº 262/86 de 2 de Setembro Artigo 251º (Impedimento de voto) 1. O sócio não pode votar nem por si, nem por representante, nem em representação de outrem, quando, relativamente à matéria da deliberação, se encontre em situação de conflito de interesses com a sociedade. Entende-se que a referida situação de conflito de interesses se verifica designadamente quando se tratar de deliberação que recaia sobre:

- a) Liberação de uma obrigação ou responsabilidade própria do sócio, quer nessa qualidade quer como gerente ou membro do órgão de fiscalização;
- b) Litígio sobre pretensão da sociedade contra o sócio ou deste contra aquela, em qualquer das qualidades referidas na alínea anterior, tanto antes como depois do recurso a tribunal;
- c) Perda pelo sócio de parte da sua quota, na hipótese prevista no artigo 204.º, n.º 2;
- d) Exclusão do sócio;
- e) Consentimento previsto no artigo 254.º, n.º 1;
- f) Destituição, por justa causa, da gerência que estiver exercendo ou de membro do órgão de fiscalização;
- g) Qualquer relação, estabelecida ou a estabelecer, entre a sociedade e o sócio estranha ao contrato de sociedade. <http://www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/csc.html>

² 2. O disposto nas alíneas do número anterior não pode ser preterido no contrato de sociedade. LSRL B.O.E. 24/03/1995, Art. 52 Conflicto de intereses. 1. El socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios.

2. Las participaciones sociales del socio en algunas de las situaciones de conflicto de intereses contempladas en el apartado anterior, se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria. <http://www.eiuris.com/Derecho/Mercantil/leysociedadlimitada.htm>

contrario al social³, evitándose de este modo serios perjuicios a la sociedad.

Creemos que nuestra Ley de sociedades debería establecer soluciones preventivas, que eviten que a la sociedad se le pueda ocasionar un daño, para que ésta tenga derecho a adoptar medidas urgentes que impidan al accionista ejercitar su derecho a voto.

Si consideramos en primer lugar, el breve lapso que posee el accionista, desde que tomó conocimiento de la Asamblea a través de la publicación de los edictos de ley hasta la celebración de la misma, sumado a la demora y/o reticencia de los tribunales judiciales nacionales para el otorgamiento de alguna medida cautelar judicial, que inhibiese a los accionistas con interés social contrario para que se abstengan de votar; todo ello, generará el amparo injustificado de maniobras o conductas concertadas con intereses contrarios a los de la sociedad. Desde otro ángulo, tolerar la consumación de dichas conductas arbitrarias, denotará la falta de seguridad jurídica para el accionista en su calidad de mero inversor.

Asimismo, si bien la sanción que prevé el art. 248 de la Ley de Sociedades fija una indemnización para los daños ocasionados, cabría preguntarse ¿qué función cumple la indemnización del daño para la sociedad, cuando como consecuencia del daño causado la sociedad se extinguió?

Por otra parte, es por todos conocido, que cuando un conflicto societario arriba a una instancia judicial para obtener la declaración de nulidad de una resolución asamblearia —cuya procedencia es apoyada por la doctrina mayoritaria pese a la disidencia jurisprudencial al respecto de la procedencia de la declaración de nulidad⁴— o para deman-

³ COSTAS COMESAÑA, JULIO, "El deber de abstención del socio en las votaciones", Editorial Tirant Lo Blanch – Valencia, 1999, Pág. 45 y 277 y ss. Efectúa un análisis del artículo 251 del Código de Sociedades Comerciales Portugués así como el artículo 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada españolas y menciona que ambos artículos establecen soluciones ex ante que sirven para prevenir la adopción de decisiones contrarias al interés social. Dicho autor señala que el sistema de tutela de los intereses sociales enmarcado en el Art. 52.1 LSRL implica una valoración ex ante y objetiva de los intereses en conflicto.

⁴ En el fallo "De Carabassa, Isidro c/Canale S.A.", CNCom., Sala B, 6/12/82, LL, T.1983-B, p.362., la Cámara no acogió el pedido de nulidad, pues a su criterio, el legislador al redactar el art. 248 dejó de lado, deliberadamente, la parte respectiva del art. 2373 del Código Civil italiano que le sirvió de fuente, el cual contemplaba la sanción de nulidad para el caso de que la decisión adoptada por la Asamblea no hubiera sido adoptada si el accionista con interés

dar por el resarcimiento de un daño, el juicio puede prolongarse durante años hasta que se obtenga la administración de justicia buscada. Destaquemos que estamos en presencia de hechos o actos graves, a veces ya consumados, que pueden generar daños y perjuicios irreparables a la sociedad, iniciándose, entre otros, la cesación de pagos, la pérdida del valor de sus activos, el vaciamiento o el desguace. Mientras tanto, el perjuicio ocasionado a la sociedad y aún persistiendo el mismo, probablemente haya enfrentado a ésta ante una causal de disolución que le haya provocado su liquidación y extinción, con grave daño a los intereses de los accionistas que votaron en contra de la decisión que originó el perjuicio. Posiblemente también con daños a terceros, frente a los cuales los accionistas que votaron contra dicha decisión seguramente deberán enfrentar acciones legales en su contra, que seguramente se prolongarán por más de cuatro años, con los gastos y honorarios que ello también implica, aún cuando finalmente dichas acciones resultaren desestimadas contra dichos accionistas que resultaren finalmente “inocentes” porque a la postre probaren finalmente que habían votado en contra de la decisión que ocasionó el perjuicio.

No obstante que el art. 252 de Ley de Sociedades no impone al Juez la aplicación del criterio restrictivo para la procedencia de la suspensión provisoria de la ejecución de decisiones asamblearias la jurisprudencia ha impuesto la restricción en su admisibilidad, por aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos y por la magnitud que importa la declaración de nulidad del acto jurídico⁵. Haciendo gala de un criterio riguroso para ordenar la medida cautelar prevista por el art. 252 de la Ley 19.550, la jurisprudencia, en términos generales y desde el caso “Grosman, Hugo c/ Los Arrayanes

contrario hubiera cumplido con su deber de abstenerse de votar. Por el contrario, la misma Sala, en el fallo “Milrud, Mario c/The American Rubbers Co. S.R.L., (CNCom., Sala B, 15/05/87), accedió al pedido que se decretase la nulidad bajo la condición de que se acreditase la existencia del daño, ante la falta de cumplimiento del deber de abstención establecido en el art. 248 L.S.C. cita de LÓPEZ TILLI, Alejandro, “Las Asambleas de Accionistas”, Universidad Austral, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

⁵ CNCom., Sala A, 26/2/80, en autos “Tellería Luis c/ Martínez Valderrama y Cía. S.A.; CNCom., Sala C, 12/5/86 en autos “Canale S.A. s/ recurso de apelación” en LL, 1986-D-109, cita de “Panorama Actual de Derecho Societario”, Ricardo Augusto Nissen, Editorial Ad-Hoc, primera edición, febrero 2000, pág. 247.

S.A.”, ha dispuesto que: “... *los motivos graves que deben acreditarse para la admisibilidad de la medida deben evaluarse teniendo en cuenta no sólo el eventual perjuicio que puede ocasionar la medida a terceros, sino primordialmente para el interés social que predomina sobre el particular del accionista impugnante*”.⁶

Por ello, en concordancia con lo expuesto, entendemos que ante la denuncia del órgano de administración, de fiscalización o de algún accionista acerca de un hecho u acto en vías de ejecución o ya realizado en contra del interés social, el o los votos en conflicto —siendo éstos minoritarios y/o mayoritarios— deberán abstenerse de votar y si no se abstuvieron de votar dichos votos deberán ser considerados en dicha instancia inhábiles, pudiendo la sociedad, en dicho acto asambleario, a través de los votos que no se encontraren en conflicto, tomar las medidas preventivas adecuadas —judiciales o extrajudiciales—, las cuales deberán ser consideradas plenamente válidas siempre y cuando hubieran tenido por fin salvaguardar los intereses de la sociedad y no mediar perjuicio a terceros.

Asimismo, quienes efectúen la denuncia respecto de los actos o hechos en vías de ejecución o ya realizados, deberán acreditar los mismos en la Asamblea, a través de un medio de prueba fehaciente, que indique o certifique que se han tomado las medidas necesarias al respecto, ya sea a través de la promoción de una mediación prejudicial (Ley de Mediación), acción judicial, actuaciones notariales, denuncias por ante órganos gubernamentales (judiciales o administrativos), u cualquier otra medida en protección del interés social.

Por otra parte, no se cersionaría el derecho de los accionistas cuyos votos fueran declarados inhabilitados en la asamblea por poseer interés contrario al social, pues éstos podrían acudir a la acción social de impugnación de decisión asamblearia por violación de la ley, el estatuto o el reglamento, en los términos prescriptos por el 251 de la Ley de Sociedades.

Consecuentemente, sugerimos la modificación legislativa del segundo párrafo del art. 248 o la ampliación del mismo, a fin de que se establezcan soluciones preventivas que eviten que los accionistas

⁶ Íd. “Panorama Actual de Derecho Societario”, Ricardo Augusto Nissen.

que posean interés contrario al de la sociedad ocasionen daños y perjuicios a la sociedad o a terceros.

BIBLIOGRAFÍA

COSTAS COMESAÑA, JULIO, *“El deber de abstención del socio en las votaciones”*, Editorial Tirant Lo Blanch – Valencia, 1999.

LÓPEZ TILLI, Alejandro, *“Las Asambleas de Accionistas”*, Universidad Austral, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

NISSSEN, Ricardo A., *“Panorama Actual de Derecho Societario”*, Editorial Ad-Hoc, primera Edición, febrero 2000.

NISSSEN, Ricardo A., *“Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”*, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, Segunda Edición actualizada y aumentada, Tomo 4.