

EL DIRECTOR CON “CONFLICTO DE INTERESES” EN EL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

FLORENCIA PAGANI

El anteproyecto de modificación de la Ley de Sociedades comerciales propone reformar el artículo 272 de la LSC mediante la incorporación en el seno del directorio de la deliberación sobre la existencia de conflicto de intereses entre un director y la sociedad. Dicha reforma resulta positiva al hacer más transparente la actuación de los miembros del directorio.

No obstante ello, el director que delibera en una reunión en relación a un contrato u operación en el que posee conflicto de intereses con la sociedad, es responsable ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Consecuentemente, y más allá de lo que determine el directorio, la norma debería permitir al propio director involucrado resolver si se debe abstener de votar o no, asumiendo, en su caso, la responsabilidad correspondiente.

PONENCIA

La reforma al artículo 272 de la LSC introducida por el Anteproyecto hace más transparente el procedimiento de determinación de los casos de conflicto de intereses entre un director y la sociedad.

Sin embargo, en tanto es el director con interés contrario al social quien asume la responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios que resultaren de su intervención en la deliberación de un contrato u operación en el que tuviese conflicto de intereses con la sociedad, la resolución sobre si existe o no conflicto de intereses debería quedar dentro del ámbito de sus facultades y no ser trasladada al directorio en su conjunto.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como propósito analizar uno de los aspectos de la propuesta de reforma al artículo 272 de la Ley de Sociedades Comerciales (“LSC”) del anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedades Comerciales (el “Anteproyecto”)¹, referido a la determinación de los casos en que un director posee un conflicto de intereses con la sociedad.

Conforme surge de la exposición de motivos del Anteproyecto, éste se inspiró, principalmente en el movimiento reformista societario operado en el derecho de sociedades de los países de la Unión Europea. En dicha exposición de motivos se hace referencia, a su vez, a la gran reforma introducida por el Decreto 677 de 2001 sobre las normas relativas a la transparencia en el ámbito de la oferta pública y, en lo que al directorio de las sociedades se refiere, las normas de buen gobierno corporativo, el denominado *corporate governance*.

De esta manera, y con el objeto de “dar una formulación más

¹ El anteproyecto de modificación de la Ley de Sociedades Comerciales fue elaborado por la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios, creada por Resolución MJ y DH N° 112/02 e integrada por los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl Anibal Etcheverry. Fue publicado en el Suplemento de Legislación Argentina. El Derecho – Suplemento de legislación argentina. Boletín N° 19 del 14 de noviembre de 2003.

adecuada al caso de la deliberación en la que el director pueda tener algún interés, sin ponerlo en la situación de tener que juzgar por sí mismo si ese interés se encuentra en colisión con el interés social² se modifica el artículo 272 de la LSC estableciéndose que en el supuesto que un director por sí o por intermedio de un tercero tenga un “interés” en un contrato u operación social deberá comunicarlo a los demás directores y a los síndicos, en su caso, y sólo deberá abstenerse de intervenir en la deliberación si los demás directores consideran que existe conflicto entre dicho interés y el interés social.

En tal sentido se propone que el artículo 272 de la LSC quede redactado de la siguiente manera: *Cada director debe hacer saber a los demás y a los síndicos de todo interés que, por cuenta propia o de tercero, tenga en determinado contrato u operación social, precisando su naturaleza, los términos, el origen y el alcance. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación si los demás directores resuelven que ese interés está en conflicto con el social. En los directorios unipersonales, esta resolución incumbe a la sindicatura o a la asamblea en las sociedades que precinden de ella.*

La inobservancia de lo dispuesto en el párrafo anterior importa incurrir en la responsabilidad del artículo 274.

De esta manera, se traslada la facultad que tenían los directores de determinar si en una situación dada tenían un interés contrario al de la sociedad o si existía algún tipo de conflicto entre su interés personal y el interés de la sociedad, a la esfera del directorio. Es el órgano de administración, o la sindicatura o asamblea en el caso de los directorios unipersonales, quien debe resolver si ese “interés” que el director posee se encuentra o no en conflicto con el interés de la sociedad, debiendo el director involucrado abstenerse de intervenir en la deliberación en caso de que la resolución del directorio sea afirmativa, o participar de dicha deliberación en el supuesto que el directorio resuelva que no existe conflicto de intereses.

A diferencia del artículo propuesto, el actual artículo 272 de la LSC establece que *cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y*

² Exposición de motivos del Anteproyecto.

abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del artículo 59.

DESARROLLO

Considero que existen dos aspectos fundamentales que se deben tener en cuenta al analizar las consecuencias que esta reforma acarrea:

1. Por un lado, como expresara precedentemente, ya no es el director que posee un interés particular en un determinado contrato u operación social quien determina si dicho interés está en conflicto o no con el interés de la sociedad, debiendo sólo en este caso hacerlo saber al directorio y a los síndicos, sino que en todos los casos el director debe revelar dicho interés, indicando *su naturaleza, los términos, el origen y el alcance*. En estas condiciones, el directorio como órgano social (en el caso de los directorios unipersonales la sindicatura o, en ausencia de ésta, la asamblea) resuelve si existe o no conflicto de intereses.

2. Por otro lado, en el supuesto que el órgano correspondiente resuelva que no existe conflicto de intereses, el director deberá participar de la deliberación.

Con relación al primer aspecto considero que la reforma introducida hace más transparente el procedimiento de determinación de los casos de conflicto de intereses entre un director y la sociedad y entiendo que éste fue el objetivo que guió a los redactores del Anteproyecto.

Sin embargo; analizando el segundo aspecto entiendo que no se trata de liberar al director de “la situación de tener que juzgar por sí mismo si ese interés se encuentra en colisión con el interés social” conforme se expresa en la exposición de motivos, sino que se le quita esa facultad, generándose el riesgo de verse inmerso en alguna de las siguientes situaciones:

- (i) no deba, en el supuesto de considerar que existe conflicto de intereses, abstenerse de participar en la deliberación, si el directorio resuelve en sentido contrario; o
- (ii) acepte la resolución del directorio y participe en la deliberación, determinándose con posterioridad a la reunión de di-

rectorio correspondiente, que efectivamente existía conflicto de intereses.

Aún cuando el Anteproyecto haya eliminado la remisión al artículo 59 de la LSC para el supuesto que un director participe o delibere en una reunión en conflicto de intereses con el interés social, dicho artículo sigue siendo aplicable a este supuesto. “Uno de los principales deberes de los directores de una sociedad anónima es el de obrar con lealtad. Esta pauta está consagrada por el artículo 59 LSC por el cual todo administrador debe abstenerse de intervenir en conflicto con la sociedad. ...”³.

Haciendo referencia al actual artículo 272, Zaldívar⁴ expresaba que “la sanción por la violación de esta norma no es la nulidad del contrato, sino la responsabilidad del director infractor por los daños y perjuicios ocasionados, conforme al artículo 59 de la Ley. Es que esencialmente, se trata de una violación al deber de lealtad que la norma impone.”

Concordantemente con lo expresado en el párrafo anterior, el artículo 59 propuesto por el Anteproyecto establece expresamente que los administradores ... *deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la sociedad y en las de ésta con otras personas a las que estén vinculadas. ... Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales, aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para beneficio propio o de terceros, ni realizar cualquier otra operación que pueda generar conflicto de intereses con la sociedad. El administrador o representante que tuviere un interés contrario al interés social deberá hacerlo saber al órgano que integre, si fuese colegiado, y al de fiscalización en su caso. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación o de resolver por sí cuando su función fuere unipersonal. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que re-*

³ Mariano Gagliardo, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Editorial Abeledo-Perrot, 1981, página 153.

⁴ Enrique Zaldívar, Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Alfredo L. Rovira “Cuadernos de derecho societario”, Tomo II, 2da parte, Editorial Abeledo-Perrot, 1975, página 519..

sultaren de su acción u omisión.

Considero muy acertada la reforma al artículo 59 introducida por el Anteproyecto en tanto traslada a la parte general de la LSC principios relativos a la actuación de los administradores de las sociedades que la LSC vigente sólo prevé para las sociedades anónimas, como es el caso del administrador o representante con interés contrario al interés social.

Mucho se ha escrito con relación al concepto de “interés contrario” o “conflicto de intereses” y sobre el concepto de “interés social”. Dicha diversidad de criterios hace aún más objetable el hecho de no permitir que sea el propio director quien resuelva, previo a la celebración de la reunión de directorio que tratará sobre la concreción de un contrato u operación en la que éste pudiera tener conflicto de intereses con la sociedad, si posee o no dicho conflicto y, en su caso, abstenerse de participar en la deliberación, en tanto será él quien corra el riesgo de incurrir en responsabilidad en los términos del artículo 59 de la LSC.

Considero que el hecho de que sea el directorio como órgano quien resuelva que no existe conflicto de intereses, ello no configura el supuesto de exención de responsabilidad previsto en el último párrafo del artículo 274 de la LSC ni excluye la posibilidad de los accionistas ut singuli contra el director la acción de responsabilidad.

Piénsese en el supuesto de un director que, habiendo seguido el procedimiento establecido por el artículo 272 LSC participó y deliberó en una reunión de directorio en por la que se resolvió la celebración de un contrato en el que, según el directorio, no existía conflicto de intereses.

Si luego un accionista minoritario considera que efectivamente existía conflicto de intereses y que la sociedad ha sufrido un perjuicio por la celebración de dicho contrato, éste podría iniciar la acción de responsabilidad contra el director que tenía conflicto de intereses, sin que el haber dado cumplimiento al procedimiento antes mencionado lo exima de responsabilidad en los términos de los artículos 274 y siguientes de la LSC.

Nuestra jurisprudencia ha definido al interés social como el “... interés a un beneficio común que se realiza mediante una actividad

común que se transmite a todos los socios ...”⁵.

Con relación al concepto de interés contrario, según algunos autores éste es “... todo aquel interés particular que contraría la consecución del objeto o de la actividad social ...”⁶ y a decir de Anaya⁷ existen intereses conflictivos cuando “... la satisfacción de uno impide u obstaculiza la de los otros, porque el objeto solamente puede ser alcanzado por uno de los sujetos interesados” y que se configurará “... cada vez que se plantee una concurrencia entre las utilidades que puedan obtener los interesados, esto es, cuando la ventaja de una parte en una operación debe resolverse necesariamente en una disminución de la ventaja para la otra ...”, expresándose, a su vez, que “... la existencia de un conflicto de intereses se determina por la concurrencia en el socio o administrador de un interés antagónico o contrario al interés social”⁸ o, “... cuando el socio directa o indirectamente aparece, contractual o extracontractualmente, con intereses contrapuestos a los de la sociedad”⁹.

Dicho interés no debe ser necesariamente propio del director sin que puede tratarse de casos en que “represente a terceros” e incluso situaciones “en que pueda obtener ventajas indirectas”.¹⁰

El Decreto 677/2001¹¹ referido al régimen de transparencia de la oferta pública (el “Decreto”), citado en la exposición de motivos del Anteproyecto, incorporó, en varias de sus disposiciones, adiciones a la LSC que se aplican a las sociedades sometidas al de contralor de la Comisión Nacional de Valores (“CNV”).

El Decreto establece como uno de los actos contrarios al deber de transparencia en la oferta pública, la celebración de contratos entre los administradores de la sociedad y esta última en los casos en que existe “conflicto de intereses”. Dicha situación se da principalmente,

⁵ CNCom, sala B, diciembre 6-1982 – “Carabassa, Isidoro de c. Canale S.A. y otra.” – El Derecho, Tomo 103, p.164.

⁶ Efrain Hugo Richard. *Sociedad por acciones: efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social*. El Derecho, Tomo 153.

⁷ Jaime Luis Anaya. *Anomalías Societarias – En homenaje a Héctor Cámara*. Córdoba 1992, p. 214.

⁸ Mariano Gagliardo. *Responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas*. Editorial Abeledo-Perrot, 1994.

⁹ Mariano Gagliardo citando a Vincent Chuliá. Op. cit. nota 8.

¹⁰ Alberto Verón, “*Sociedades Comerciales*”, Tomo IV, Editorial Astrea, 1994, página 287.

¹¹ Publicado en el Boletín Oficial el 28 de mayo de 2001, páginas 3 a 12.

cuando el director contrata por sí o por intermedio de otra persona ya sea física o jurídica, con quien se halle íntimamente relacionado, y en representación de la sociedad en la que desempeña el cargo de administrador teniendo identidad de intereses económicos, produciéndose así la posibilidad de ocasionar un daño a la sociedad que representa.

CONCLUSIÓN

En virtud del análisis efectuado en las páginas precedentes, considero que la reforma es positiva en el sentido de establecer la obligatoriedad de que los directores que posean cualquier tipo de interés en un contrato u operación a celebrarse con la sociedad, informen esta circunstancia al directorio y expongan los detalles del contrato u operación ya que esto hace a la transparencia con la que deben actuar quienes integran el órgano de administración de una sociedad.

Sin embargo, ante la responsabilidad a la que se ve expuesto el director que actúa en conflicto de intereses con el interés social (ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión) la determinación de si el interés que él mismo posee en un contrato u operación es o no contrario al interés social debería mantenerse dentro de su propia órbita y no ser sometido a resolución de terceros (el directorio, la sindicatura o la asamblea de accionistas en su caso). En tanto es él quien asume la responsabilidad, su actuación no puede ser condicionada a la resolución de alguno de los órganos sociales.