

RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR QUE FUERZA EL INTERES SOCIAL -Con especial referencia al director miembro de un sindicato parasocial- (*)

Ariel A. Germán Macagno

Sumario

1. Introducción. 2. Interés social. 3. Administración en desmedro del interés de la sociedad. 4. La actuación del órgano administrador y el interés social. 5. Accionista director miembro de un sindicato de acciones. 6. Responsabilidad del directorio por administración en desmedro del interés social. Perspectiva civil y penal.

1. Introducción

El derecho societario gira en torno a ciertos principios rectores que hacen al funcionamiento del ente social dentro de parámetros fijados por el orden jurídico.

La legislación societaria suele ser insuficiente para proteger adecuadamente los intereses de las partes. Por su lado, el contrato social no incluye aspectos que pueden considerarse fundamentales en la dinámica de la anónima actual. Por ello “paralelamente” surgen institutos que buscan optimizar algunos aspectos de la estructura

(*) El tema aquí presentado fue analizado con mayor agudeza en la obra: *Sindicación de acciones. Contorno jurídico del acuerdo de accionistas*, Lexis Nexis, Bs. As., 2004 (Cap. XIX “Administración fraudulenta y responsabilidad penal”). Capítulo redactado en coautoría con Carlos A. Molina Sandoval sobre la base de la ponencia premiada como mejor ponencia, titulada “El interés social comprometido por efecto de acuerdo parasocial”, en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en la ciudad de Rosario el 3 al 6 de octubre de 2001.

societaria; figuras que propenden evitar algunos problemas que mediante las estructuras tradicionales no obtienen adecuada solución.

2. Interés social

Las discusiones sentadas por la doctrina, en lo que se refiere a la existencia del debatido "interés social", han sido prolíferas. Sin embargo, no han perdido vigencia las afirmaciones de Halperín⁽¹⁾: se trata de una noción objetiva que debe apreciarse en concreto. Vendría a representar el interés concreto de todos los socios, considerado en forma objetiva en virtud de aquella finalidad común que se tuvo en cuenta al formarse la sociedad, y con prescindencia de los factores subjetivos que pudieron haberse tenido en consideración. O como lo definiera Otaegui⁽²⁾, al considerarlo como el interés objetivo común de los socios, que se satisface con la realización de operaciones que conducen -en principio- a la obtención de beneficios sobre cuyo destino deciden los socios.

En ninguno de los órganos sociales se encuentra subsumido el interés social. No son los titulares de ese interés y menos aún cuando debe enfocarse desde la perspectiva del derecho individual del accionista o de la minoría. Y si bien es exacto que el socio persigue el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, este fin personal se subordina al fin común perseguido por la sociedad a través del objeto social y la administración del patrimonio social confiado a los órganos sociales. Debe ser considerado como algo totalmente diferenciado, ajeno incluso al interés de la mayoría de los accionistas. Se trata de un concepto fundamental para el funcionamiento idóneo del sujeto de derecho sociedad que encuentra su fuente en la causa y la lealtad de actuación de los socios e integrantes de los órganos; a la buena fe en la ejecución del contrato social.

(1) Halperín, Isaac y Otaegui, Julio C., *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1998, p. 212 y ss.

(2) Igualmente Otaegui afirma que tal interés se satisface con la prosperidad y crecimiento de la empresa (Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Abaco, Bs. As., 1979, p. 64).

Este interés trasciende aquello que resulta idóneo para la satisfacción del objeto social. Desde esta perspectiva, se pueden percibir dos enfoques del interés social que anidan en un criterio eminentemente temporal. Como surge del art. 1º L.S. los socios se obligan a realizar aportes para la producción e intercambio de bienes o servicios: interés social preliminar⁽³⁾. El patrimonio de la sociedad formado *ab initio* por los aportes de los socios, debe utilizarse en un todo de acuerdo con el objeto social y la posibilidad de que estos participen en el resultado de la explotación “participando de los beneficios y soportando las pérdidas”: interés social final.

El interés social no es el interés de la mayoría. Toda decisión asamblearia debe inspirarse en aquél. El principio mayoritario no ha sido considerado por la ley como sanción del prevailecimiento del interés de la mayoría, sino como criterio de organización de los socios y como tal como medio de protección del interés común de estos.

3. Administración en desmedro del interés de la sociedad

Si partimos de la premisa de que la noción del interés de la sociedad es el interés de todos los socios, como de que para hacerlo valer los integrantes y órganos de la sociedad deben actuar dentro de un marco de lealtad y buena fe en la ejecución del contrato, toda actuación abusiva por parte de aquellos, queda inmersa en el texto del art. 1071, Cód. Civil.

No es inusual en la práctica societaria, que los directores de una sociedad fueren el interés social para verse favorecidos con determinados negocios o políticas empresarias. Y no sólo en su propio beneficio, sino también en los de un grupo, que generalmente son mayoría y detentan el control. Misión que no se agota solo en realizar actos propios de la administración común, sino que además conduce la gestión operativa de la empresa. Le permite fijar determinados rumbos en el manejo de los intereses sociales, y que repercutirán definitivamente en las políticas empresariales asumidas y aplicables

(3) Galgano, Francesco, *Tratado de derecho comercial y de derecho público de la economía*, Cedam, Padua, 1984, p. 57.

a la marcha de la empresa. Precisamente, es en este punto donde el interés social⁽⁴⁾ reviste importancia en cuanto funciona como “marco de referencia” de la gestión de administrador.

El interés social debe hacer prevalecer el debido equilibrio de poderes en el seno de la sociedad, que implicará que los accionistas deban ceder frente a aquellos para dejar en sus manos -en forma exclusiva y excluyente- la conducción de la empresa. No obstante ello, esto último podría verse desvirtuado por la existencia de negocios parasocietarios que normalmente influyen en las medidas adoptadas por la administración.

4. La actuación del órgano administrador y el interés social

Durante el cumplimiento de las funciones del administrador, es común que aparezca una gama de diferentes intereses, que pueden colisionar con el interés de la sociedad⁽⁵⁾. Frente a un conflicto de intereses de tales características, los administradores deben priorizar el interés social⁽⁶⁾. Y bien decimos “deben”, ya que es el propio texto de la ley que determina con nitidez la obligación que pesa sobre estos de protegerlo, como criterio determinante del acto normal de gestión⁽⁷⁾. El administrador societario, como parte de la estructura orgánica del

(4) El mentado interés social se ha convertido en un instrumento necesario para valorar la conducta de los administradores societarios, en cuanto constituya deberes impuestos a los estos. Esto quiere decir que toda actuación de estos debe estar dirigida a salvaguardar el interés social del ente.

(5) Estos pueden provenir de los propios administradores, de los grupos internos, de los controlantes, y hasta de un tercero.

(6) Ya la jurisprudencia francesa se ha expedido al respecto afirmando que “es un principio de la materia que los dirigentes responsables o la asamblea general de las sociedades no pueden servirse de los poderes que le han sido confiado más que en el interés social, y que hay abuso de derecho o desvío de poder todas las veces que un administrador actúa en vista de satisfacer sus intereses personales en detrimento de los intereses colectivos o de intereses individuales de los otros socios”.

(7) Baigún, David y Bergel, Salvador Dario, *El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales)*, Depalma, Bs. As., 1988, p. 27.

ente administrado, debe dirigir su gestión, no sólo a la adopción de políticas empresariales que optimicen el rendimiento de su administrada, sino que a coordinar los diferentes intereses que se encuentran en pugna dentro del organismo; pero siempre con la necesaria preeminencia del interés social.

Ese poder de gestión dentro de la sociedad se encuentra ligado al logro del objeto social, al que se arriba con una adecuada política empresarial, limitada por el interés social. Todos los actos de dicho órgano deben estar dirigidos a alcanzar el objeto social y a la satisfacción de ese interés que resulta ser el elemento determinante de su normalidad. Se trata de un deber de inexcusable cumplimiento, cuya violación no sólo encuentra una amplia gama sancionatoria en la propia L.S. (arts. 59, 271 a 279 L.S.), sino también en el derecho común (arts. 505 y 1071 Cód. Civil). Y más aun, tal inobservancia se encuentra tipificada en el Código Penal (art. 173, inc. 7, C.P.)⁽⁸⁾. Y desde esta última perspectiva, cuando la norma habla de violación de los deberes, hace referencia al deber de actuar de conformidad con el interés social, haciendo prevalecer el interés social en los conflictos suscitados e imponiendo la necesidad de abstenerse de realizar todo acto que contraríe, desconozca o minimice el interés social, en beneficio propio o de terceros⁽⁹⁾.

Todo acto ajeno al interés social conculcaría una desviación del estándar jurídico previsto por el art. 59 L.S., según el cual "los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios". Asimismo, la responsabilidad penal de los administradores debe estructurarse sobre el fundamento del mentado interés: los actos que lo contraríen deberán ser sancionados. Además, esta especial responsabilidad encuentra su fundamento en el poder de los órganos de gestión para asegurar la actividad social⁽¹⁰⁾.

(8) Si bien el interés social no forma parte de la descripción típica - administración fraudulenta - está insito en el sistema del art. 173 inc. 7º del C.P. y constituye uno de los componentes del bien jurídico protegido.

(9) Baigún y Bergel, *El fraude en la administración societaria...* cit., p. 55.

(10) Baigún y Bergel, *El fraude en la administración societaria...*, cit., p. 57.

5. Accionista director miembro de un sindicato de acciones

Es distinta la naturaleza que tiene el voto de los accionistas en la asamblea del que tienen los miembros del órgano de administración en el seno de sus reuniones, porque el argumento basado en la legitimidad de la cesión del voto por parte de los accionistas, miembros de un acuerdo parasocial, no resulta lo suficientemente idóneo y autosuficiente para dar una respuesta adecuada al problema que se plantea cuando la decisión arribada en un pacto de tales características influyen de alguna manera sobre el voto que uno o varios directores deben emitir en cumplimiento de su función y como integrantes del órgano de administración.

El primero es un derecho individual que le compete al accionista por el sólo hecho de serlo. Derecho que encuentra su origen en la ley y en el acto fundacional del ente donde se delimita su ejercicio, en procura del interés social. Por ello, frente a todo acto asambleario el accionista que revista un interés contrario al de la compañía debe abstenerse de votar en tal sentido por imperativo legal (art. 248 L.S.). En cambio, el voto del director como parte integrante de un todo (órgano de administración), guarda una diferencia fundamental con el de los accionistas, ya que no se trata de un derecho individual, sino una potestad legal que debe llevarse a cabo dentro de la órbita del cartabón jurídico previsto por el art. 59 L.S..

Estos negocios parasociales se constituyen en instrumentos idóneos para acceder al control de la sociedad, y pueden -aunque no deben- incursionar en el ámbito del directorio con la posibilidad de ocasionar daños o perjuicios a los derechos de otros accionistas o incluso a la sociedad misma. Y ello, porque como corolario, sus miembros pueden llegar a representar un interés vulnerando el de todos los socios constituido por el interés social. El pacto de sindicación de acciones -en principio- no debería enervar el libre funcionamiento de los órganos sociales. Entonces, la cuestión que se suscita es la referida al director que, a su vez, forma parte de algún sindicato. Frente a tal supuesto el director no deberá apartarse de la gestión social. Tendrá que guiar su conducta según el criterio de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que se hizo referencia (art. 59 L.S.).

Estamos en presencia de dos títulos diferentes: accionista-director, en cabeza de una misma persona.

No es poco común que el director, acatando lo que el sindicato le hubiera impuesto, intervenga en la deliberación del órgano de

administración denotando un claro interés contrario al de la sociedad y, por ende, al de todos los socios. Ni el voto, ni el sindicato mismo, pueden constituirse contra el interés social. Si en un pacto de sindicación de acciones se emiten instrucciones de voto contrario a este interés, nada impedirá al sindicato abstenerse de emitir su voto o emitirlo incumpliendo el pacto, sin perjuicio que será pasible de las sanciones impuestas en en aquél⁽¹¹⁾. No se puede desconocer que se trata de un contrato y resulta para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma (art. 1197, Cód. Civil).

El compromiso asumido en el seno del sindicato debe ser desplazado, porque cuando el administrador aceptó el cargo lo hizo sujetando su conducta a un parámetro legal: lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Por lo tanto, este especial comportamiento exigido debe sujetarse en todo momento a las pautas fijadas por los arts. 59 y 274 L.S., normas inderogables que toman como directriz la defensa del interés social.

Es importante resaltar que los directores que hayan actuado en violación de las pautas establecidas por la ley, no podrán pretender que se los exima de su responsabilidad, alegando que actuaron en un sentido determinado en cumplimiento de lo resuelto en el pacto de sindicación. A lo sumo, se podrá hacer extensiva la responsabilidad de estos a quienes -dentro del sindicato- instigaron a aquel a actuar de tal o cual manera, esto, deberá siempre determinarse con mucha prudencia y atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso en concreto.

(11) Butty señala que, frente al incumplimiento del miembro sindicado, este no responderá siquiera por las penalidades que garantizan la ejecución del acuerdo parasocial. Que, si bien tal acuerdo representa un interés contrario al interés social, tales pactos no integran el esquema de génesis ni de funcionamiento del ente social, sino que se mantiene paralelamente al sujeto societario. Quien hubiera incumplido el pacto en miras al interés social, -es verdad- que no quedará inmerso en el sistema de sanciones que prevé la normativa societario, pero tal acontecer no podría trasladarse al sindicato, al que le sería inoponible las exenciones logradas dentro de la sociedad (Butty, Enrique M., "Sindicación de acciones: aspectos generales y particulares", en *Negocios parasocietarios*, obra colectiva dirigida por Eduardo M. Favier Dubois (h) y Max M. Sandler, Ad-Hoc, Bs. As., 1994, p. 32)

6. Responsabilidad del directorio por administración en desmedro del interés social. Perspectiva civil y penal

El director que, influenciado por las decisiones tomadas en el seno del pacto sindical, incumpliera su deber de lealtad y diligencia de buen hombre de negocio y no se abstuviera de intervenir en la deliberación (y, por ello, vulnera el interés de la sociedad) será pasible, en el ámbito del derecho societario, de las sanciones previstas por los arts. 59, 271 a 274 L.S.. En virtud de ello, deberán responder ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

En este ámbito, el daño irrogado a la sociedad es *conditio sine qua non* para que produzca pleno efecto lo estipulado por la normativa precitada.

La antijuridicidad que surge de los arts. 59 y 274 L.S., determina un sistema de responsabilidad fundado en la violación a la ley, estatuto o reglamento, estableciendo como pautas generales de actuación los deberes de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Más allá del sistema de responsabilidad previsto en la normativa societaria, subsiste la vigencia del principio general *non alterum laedere* (art. 1109, Cód. Civil), debiendo tenerse presente lo sostenido por Rivera ⁽¹²⁾ en el sentido de que su aplicación residual aparece remota, habida cuenta de la latitud con que se desarrolla la cuestión en la L.S..

Para que se configure el deber de reparar y el consecuente derecho a ser reparado, resulta insoslayable que exista un daño injusto y cierto, propio del accionante, que esté en cierta relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador y que resulte atribuible al sindicado como responsable. La ausencia de alguno de estos presupuestos impide, en principio, la configuración de responsabilidad y obsta a la procedencia de cualquier pretensión resarcitoria ⁽¹³⁾.

(12) Rivera, Julio César, *Responsabilidad civil de los síndicos societarios*, Hammurabi, Bs. As., 1986 p. 60.

(13) Los presupuestos de la responsabilidad resultan ser verdaderos recaudos condicionantes a los que se supedita la existencia misma del crédito indemnizatorio; por lo que sin ellos no hay obligación de reparar. Sólo podrá

La actuación u omisión del administrador en estas condiciones, y atendiendo al peligro grave que ello podría traer aparejado para la sociedad, resultaría procedente -según el caso- la intervención judicial previstas en los arts. 113 y ss. L.S. ⁽¹⁴⁾.

Dentro de la temática de los negocios parasocietarios, el director debe adecuar su conducta al cartabón jurídico del art. 59 L.S., tendiendo a la satisfacción del interés social. No resulta conforme a derecho la actuación de administrador fuera de ese parámetro o límite impuesto por aquel interés. Toda concertación dentro del sindicato debe quedar al margen de la función de director. Si así no fuera, será pasible no solo de las responsabilidades que prevé la normativa societaria, sino que además su conducta será típicamente punible conforme lo venimos analizando.

Tampoco le cabe la posibilidad de excusarse, manifestando que ha ajustado su actuación a las estipulaciones congeniadas en el seno del pacto, ya que éste resulta inoponible a los terceros por el principio del art. 1195 Cód. Civil, y por lo tanto a la sociedad.

Cabría la posibilidad de incluir dentro del ámbito de la figura de administración fraudulenta a toda otra persona que hubiere instigado o participado en el hostigamiento formulado al administrador natural para que al momento de votar lo haga en tal o cual sentido, en un todo de acuerdo a lo concertado dentro del sindicato y en desmedro no sólo de su función sino además del interés del ente societario. Cuando un tercero es quien actúa como agente generador de la conducta infiel o abusiva, lo corriente es que el administrador obre

pronunciarse por el acogimiento de la demanda de daños y perjuicios, si previamente se ha corroborado la existencia acreditada de un daño resarcible (injusto, cierto y personal), la configuración de un factor de atribución contra el sindicato como responsable y la verificación de una adecuada relación de causalidad (y por ende la ausencia de una causa ajena) entre el hecho dañoso y la lesión cuyo resarcimiento se persigue.

(14) Ver el excelente trabajo de Roitman, Horacio, "Intervención judicial", RDPC 2000-1 (Sociedades Anónimas), p. 241. También sobre el tema: Nissen, Ricardo A., *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 337; Martorell, Ernesto Eduardo, "La intervención de sociedades: equívocos. Errores y sinrazones", L.L. 1996-D, p. 1.486; Perrota, Salvador R., *Intervención judicial en las sociedades comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965.

con pleno conocimiento de las instrucciones recibidas. Debemos tener presente que quien resulta instigado tiene deberes especiales que incrementan su grado de lealtad, porque el dominio de hecho del administrador importa el dominio social del contexto, lo cual modifica la óptica de permeabilidad de los casos comunes.

No obstante la calidad de delito especial que reviste la figura examinada, no es obstáculo que se apliquen las normas comunes de la participación criminal a los casos en que la conducta se realice en forma conjunta. Si bien la calidad de *intrañeus* de quien tiene a su cargo el manejo, administración o cuidado de bienes, o intereses pecuniarios ajenos, exige para éste el carácter de autor, nada obsta para que los partícipes tengan la categoría de cómplices o instigadores del delito especial al que venimos haciendo referencia. En este sentido, lo que debe determinarse es si es autor el que realizó un comportamiento exteriormente principal o el que quiso serlo, o tuvo razón para ello, aunque su comportamiento exterior haya sido meramente secundario.

Asimismo, no es posible dejar de reconocer lo prescripto por nuestra Ley Suprema "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 19 C.N.)⁽¹⁵⁾. Pero, inevitablemente, cuando la acción tiende a perjudicar a un tercero, ingresa al marco de la punibilidad, independientemente de que el daño se produzca o no.

Ante todo, hay que distinguir en el marco del denominado principio de la "accesoriedad de la participación", la accesoriedad externa (cuantitativa) y la accesoriedad interna (cualitativa).

Lo primero supone que el ilícito de un partícipe sólo es punible si, al menos, hay comienzo de ejecución. Lo segundo, que las modalidades

(15) La regla sentada por nuestra Constitución Nación guarda una muy estrecha relación con el principio o regla de Ulpiano "*cogitationis poenam nemo patitur*" -los pensamientos están exentos de penas-, en el sentido de que ninguna norma puede estar dirigida a evitar pensamientos o acciones privadas de los hombres en su generalidad. Esta regla debe interpretarse -desde una óptica subjetiva- juntamente con otra que la complementa: "*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*" -en las malas acciones decide la voluntad, no el resultado.

de la ejecución del hecho principal (dolo del autor principal, justificación o incluso su culpabilidad) afectan necesariamente la responsabilidad del partícipe.

Prescindiendo de esta distinción en lo que a la dimensión de la accesoriedad se refiere, frente al caso concreto, en principio nunca debería ser punible la pura instigación o complicidad frustrada sin más⁽¹⁶⁾, ya que la mera propuesta de cometer el hecho difícilmente pueda coincidir -desde un parámetro temporal- con el nacimiento de una injerencia propia del autor principal. Esto nos lleva a concluir -que desde el punto de vista del ilícito personal- la accesoriedad externa carece de razón de ser. Por ello, desde el punto de vista de los pactos de sindicación de acciones, todos aquellos sindicados que hallan inducido a otro sindicado, que a su vez revista la calidad de administrador, a cometer un hecho que por estar acordado en el pacto sea considerado de cumplimiento obligatorio entre estos, debe ser considerado partícipe necesario del delito de administración fraudulenta (art. 173, inc. 7, C.P.), en tanto y en cuanto se produzca el deterioro patrimonial requerido por el tipo aunque no opere beneficio alguno para el agente o el tercero.

Así las cosas, el pacto de sindicación si bien no resulta oponible a la sociedad, en materia penal, resulta perfectamente viable accionar contra el administrador que haciendo caso omiso a su deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, incurrió en el delito de administración fraudulenta, a pesar de fundar su incumplimiento en el debido acatamiento del pacto de sindicación, y contra aquellos otros sindicados que instigaron a aquel a votar de determinada manera en detrimento del interés de la sociedad.

(16) El hecho realizado por el *intraneus* debe ser típico y antijurídico, esto es, que el dolo del autor está ínsito en el tipo, no hay instigación sin principal doloso.