

## **Las instrucciones de la sociedad controlante a la sociedad controlada contrarias al interés social de ésta última. Enfoque desde el nuevo Código**

*Susana Monzó*

### **Síntesis**

La hipótesis en estudio estriba en la situación que se plantea cuando la sociedad controlante intenta canalizar el cumplimiento de su propio interés social a través de la sociedad controlada valiéndose de los mecanismos de control interno de Derecho y tratándose de un interés contrario o diverso al interés social de la dominada, causante de un perjuicio para ésta última.

El planteo se centra en la normativa que establece qué interés deben preferir los directores de la sociedad controlada pese a haber sido designados por la controlante.

### **El planteo del tema: interés de la controlante contrario al de la controlada y pretensión de la primera de canalizarlo a través de la segunda, en perjuicio de ésta**

El punto neurálgico que constituye la base objeto de esta ponencia radica en el paradigmático conflicto entre el interés de quien domina y el interés de la dominada o dirigidas unificadamente. Quien domina puede ejercer un poder tal que le permite imponer su propia voluntad y canalizar su propio interés a través de la sociedad dominada aún en perjuicio de ésta.

El planteo que se impone en esta ponencia es: Qué puede hacer la sociedad dependiente para resistirlo y las novedades hay en el nuevo CCyCN al respecto.

La fuente por excelencia de la dominación dimana de la participación accionaria que permite formar la voluntad social en las asambleas ordinarias. Es decir, el hontanal de donde breva la relación dominio-dependencia se encuentra en el control interno de Derecho, art. 33 primer párrafo.

El control interno de Derecho comienza en la asamblea ordinaria para luego lograr la localización del dominio en el órgano de administración, a los efectos de dirigir los negocios de la dominada, el “día a día” de la actividad empresaria. Como puede observarse, la dinámica del control conduce al órgano de administración y por tanto la atención se centra en los directores, puesto que tendrán quorum constitutivo propio para adoptar las decisiones y además la representación orgánica de la sociedad situada en la presidencia del directorio. Sabemos que la participación accionaria le permite a la controlante formar la voluntad social en la asamblea ordinaria, y por tanto designar, remunerar, responsabilizar y remover a los directores que logrará colocar en su mayoría, incluido el presidente del directorio que tiene la representación orgánica.

### **Consecuencias jurídicas**

Estas instrucciones desnaturalizan a la sociedad, la extraen de los cauces naturales de la tipicidad para arrastrarla a la Sección IV, en donde se establece un régimen jurídico para aquellas entidades que no cumplen con los requisitos esenciales tipificantes. Se desfigura la causa fin, puesto que, el riesgo en común corrido por los socios con vocación a repartir ganancias se verá afectado por el ejercicio de una actividad dirigida desde afuera en parálisis de su armónica actuación orgánica.

### **Situación de los directores de la sociedad controlada, designados por voluntad de la controlante**

Cabe entonces recordar la naturaleza y rol de los directores. Se trata de funcionarios, integrantes o partes constitutivas de un órgano social cuya competencia surge de La Ley y el estatuto. No son ni mandatarios ni representantes de ningún accionista, aunque este fuere el controlante.

En su actuación el límite está marcado por el objeto social. No solo deciden, sino que proceden además a ejecutar o a hacer ejecutar lo decidido por el órgano de gobierno y en esa gestión han de respetar las prescripciones impuestas por La Ley. Además, la presidencia del directorio ejerce la función de manifestación vinculante de la voluntad social (representación orgánica), obligando a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Bajo esta inteligencia y dentro del marco jurídico descripto, cabe efectuar el planteo acerca de la situación de los directores designados por la sociedad controlante pero en el órgano de administración de la sociedad controlada,

que reciben por parte de la asamblea, en donde el controlante logra formar la voluntad social, instrucciones cuya ejecución implicaría una violación al interés social de la sociedad controlada.

### Posibles soluciones

Nuestro régimen jurídico societario ha receptado la teoría del órgano (art. 58 LGS) tanto en la estructura interna y funcional de la sociedad como en sus relaciones externas con el mundo jurídico. Estos órganos son portadores del interés social. El tráfico mercantil requiere de una mínima seguridad en la gestión y desarrollo de las relaciones jurídicas. Es así como en este campo, se imputa a la sociedad la actuación de sus representantes (orgánicos), quienes *“no son los exponentes de un interés ajeno sino del que es propio del ente a que pertenecen”*. Para ello La Ley echa mano de la apariencia que trasuntan los desempeños de las competencias propias de los órganos representativos por cuanto denotan la representación del legítimo interés social.<sup>226</sup>

La apariencia y la seguridad jurídica que en ella se basa, parten de la concepción acerca de que los directores que representan a la sociedad, son portadores del interés social y no de un interés propio distinto aquél, de lo contrario se pierde la coherencia propia de todo sistema.

La aproximación inicial al tema conduce al ineludible art. 233 LGS que impone al directorio el deber de cumplir las resoluciones de la asamblea.

Pareciera que la subordinación al cumplimiento de lo decidido por el órgano de gobierno es de carácter absoluto e indiscutible para los directores. Sin embargo a poco que se analizan las posibilidades, la aparente ineludible vinculación de los directores con la asamblea, va cediendo.

Si bien nuestro sistema ha omitido hacer mención en forma expresa a la exoneración de responsabilidad en el caso de no cumplimiento de las decisiones asamblearias que no sean conforme a Derecho, de la locución del art. 233 surge que solo las resoluciones que sean conformes a La Ley y el estatuto deben ser cumplidas por el directorio.

La doctrina, por su parte, ha morigerado el rigor del art. 233. En este sentido se ha sostenido: que la eficacia de la manifestación de voluntad depende de que haya sido legalmente adoptada la decisión por el órgano correspondiente.<sup>227</sup> El respeto por el interés social es obligación para el socio

---

<sup>226</sup> ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comentada”, ob. cit., t. IV, p. 325.

<sup>227</sup> BROSETA PONT, Manuel, “Manual de Derecho Mercantil”, Tecnos, Madrid, 1985,

controlante. De este modo, una resolución adoptada en la asamblea, en donde el controlante forma la voluntad social, en descuido del interés social, halla afectada su eficacia puesto que vulnera principios jurídicos fundamentales rectores del sistema.

En sentido concordante se ha expresado: que los directores pueden y deben rechazar aquellas resoluciones asamblearias contrarias a La Ley o al estatuto, por las vías correspondientes (art. 251 LGS).<sup>228</sup> La excepción al art. 233 LGS la compone el caso en que las decisiones sean violatorias al estatuto, La Ley o el reglamento, en cuyo caso los directores tienen la obligación de impugnarlas.<sup>229</sup>

Por otra parte, nos parece oportuno, siguiendo el análisis de Roitman,<sup>230</sup> hacer manifiesta la necesidad de una reforma a La Ley General de Sociedades, distinguiendo las sociedades “cerradas” en donde resulta justificado el principio general del art. 233 LGS, respecto de las sociedades “abiertas”, en donde se hace imprescindible la actuación de los directores en una órbita más amplia e independiente y con mayor autonomía respecto del órgano de gobierno.

Manóvil en alusión concreta al problema del conflicto de intereses en la relación dominio-dependencia, expresa: “es relevante dejar sentado el principio de que el deber de abstenerse del voto en caso de conflicto de intereses debe extenderse a aquellas sociedades que están sometidas a la influencia o a la ejecución de instrucciones de la persona que tiene oposición de intereses.”<sup>231</sup>

### Límites legales de las instrucciones

El primer límite que señala la doctrina viene establecido por la propia Ley General de Sociedades, resultando ilícitas aquellas instrucciones que violen el contenido de las normas societarias.<sup>232</sup>

En este sentido la emisión de instrucciones de obligado cumplimiento equivale a atribuir la gestión o dirección de una sociedad a sujetos distintos de sus propios órganos sociales, en concreto, de su órgano de administración.<sup>233</sup>

---

p. 260. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., “El órgano de administración”, *Ábaco*, Bs. As., 1980, p. 375.

<sup>228</sup> HALPERÍN, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Bs. As., Depalma, 1977, t. VII, p. 371.

<sup>229</sup> NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, ob. cit., t. III, p. 328.

<sup>230</sup> ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comentada”, ob. cit., t. IV, p. 322.

<sup>231</sup> MANÓVIL, Rafael M., ob. cit., p. 614.

<sup>232</sup> EMBID IRUJO, José M., “Introducción al Derecho de los grupos de sociedades”, ob. cit., p. 85 y ss.

<sup>233</sup> DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, ob. cit., ps. 254 y 255.

Lo que constituiría, un rasgo de destipificación de la Sociedad Anónima, que si bien no genera la nulidad, el efecto jurídico consiste en colocarla dentro de la Sección IV de la LGS con un régimen particular.

### **Instrucciones perjudiciales en la legislación y doctrina comparada**

El carácter perjudicial de una instrucción surge del siguiente dato: “se trataría de aquellas instrucciones que obligan a tomar una serie de medidas que un administrador de una sociedad independiente, que actuara como un ordenado empresario, no adoptaría.”<sup>234</sup>

En este sentido, la doctrina alemana ha entendido “que el principio general de obediencia que incumbe a la sociedad [controlada] y por extensión a su órgano de administración, genera para este último un deber de control de la licitud de las instrucciones recibidas. En efecto y de acuerdo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, el órgano de administración de la sociedad filial deberá examinar la licitud de las instrucciones recibidas, antes de proceder a su cumplimiento, rechazando aquellas que manifiestamente sobrepasen los límites establecidos al poder de dirección.”<sup>235</sup>

Es por ello, que “las instrucciones impartidas por la controlante infringiendo el límite de sus facultades, no serán de obligado cumplimiento para los administradores de la sociedad controlada. Es más, si estos últimos acataran instrucciones de esta índole incurrirían en responsabilidad frente a su sociedad, independientemente de la responsabilidad que atañería a la controlante en estas circunstancias.”<sup>236</sup>

### **Consideraciones finales: la normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 159**

El art. 159 CCyCN recoge, según los propios codificadores, la doctrina del interés social e instaura la teoría de los actos contrarios a la persona o en conflicto con ella. La *ratio legis* es hallable en motivos de moralidad para evitar abusos de los directores y los excesos de poder.

---

<sup>234</sup> Conforme art. 127 de La Ley de Sociedades Anónimas española. La definición procede de los autores alemanes: *Koppensteiner, Emmerich/Habersack*, entre otros citados por DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, ob. cit., p. 261.

<sup>235</sup> DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, ob. cit., págs. 270 y 271.

<sup>236</sup> EMBID IRUJO, José Miguel, “Introducción al Derecho de los grupos de sociedades”, ob. cit., p. 170.

Este Artículo dota de contenido más profundo el primitivo deber de actuar con la diligencia propia de un “empresario y representante leal”. Así, pues, todos y cada uno de los valores morales consustanciales a los deberes legales de lealtad, diligencia y fidelidad al interés social quedan positivizados en el nuevo Código, al servicio de la consecución de un fin común que es el aseguramiento de la buena gestión de la sociedad; conformando así una categoría normativa de orden sistémico con los preceptos de La Ley General de Sociedades.

El art. 159 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, -en concordancia y funcionalidad con los arts. 59 y 265, 272, 273, 274 y cc de la LGS- auspicia el propósito legal de codificación de una pauta de conducta rectora de los administradores sociales, articulada conforme a un sistema normativo que erige al interés social como escudo protector, contra los abusos manifiestos por parte del órgano de administración y del accionista controlante que deberá, ante todo, respetar el supremo interés social de la sociedad que controla.

El interés social y su defensa frente a los posibles ataques por parte de los propios administradores, ocupa el epicentro tutelado por el art. 159 CCyCN. En el Derecho societario este deber de lealtad y fidelidad para con la sociedad, ha sido siempre reconocido en el ámbito de las relaciones intra-societarias, impuesto primariamente a los socios y seguidamente a los administradores. Para Embid Irujo se trata de una suerte de “criterio de acción” de carácter genérico vinculante para socios y administradores en punto a la realización del interés social,<sup>237</sup> encontrándose por encima de cualquier otro interés, incluso, el de la controlante.

Es decir, se trata de un estándar de comportamiento exigido introyectado en la diligencia: la fidelidad al interés social. Para Font Galán configura un sistema jurídico de deberes de los administradores como valor normativo de conducta que irriga su savia, desde la raíz del viejo tronco de la diligencia del ordenado empresario y representante leal, hasta el ramaje de los nuevos deberes de lealtad y confidencialidad.<sup>238</sup>

Y las voces de la doctrina societarista tanto nacional como extranjera se alzan en el mismo sentido: el concepto de interés social viene siendo empleado por el legislador como mecanismo fundamental para proteger a la sociedad de comportamientos antisociales, puesto que es éste el parámetro que debe marcar la actuación de toda la sociedad.

---

<sup>237</sup> EMBID IRUJO, José Miguel, “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras La Ley de transparencia”, RCDI núm. 685, sept 2.004, p. 2385.

<sup>238</sup> FONT GALÁN, “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, ob. cit., p. 95.