

1.- El conflicto de intereses entre los directores y las sociedades a cuyo órgano pertenecen, dio origen a una extendida polémica en torno a los Arts. 338 y 345 del Código de Comercio.

La ley de sociedades comerciales ha pretendido solucionarlo en los Arts. 271, 272 y 273, pero incluyendo esta vez la noción de la nulidad absoluta que en el Código de Comercio no estaba explícita; con lo cual el problema quizás es más grave puesto que el acto de que se trate no puede ser confirmado.

### II.- Las normas del Código de Comercio

El viejo Código de Comercio disponía en su Art. 338 que "los directores no pueden hacer por cuenta de la sociedad operaciones ajenas a su objeto, so pena de ser consideradas como violación de su mandato. Les es prohibido también negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad que administran."

Sin embargo, el Art. 345 disponía que "el director que en una operación determinada tenga en nombre propio o como representante de otra, interés contrario al de la Sociedad, debe avisarle a los demás directores y síndicos y abstenerse de toda deliberación sobre dicha operación".

La comparación de ambas disposiciones engendró una larga polémica porque si bien era indudable la prohibición absoluta dispuesta por el segundo párrafo del Art. 338, tampoco cabía duda que cumpliéndose el Art. 345 se caía siempre en la imposibilidad del negocio a pesar de que el mismo pudiera ser de patente conveniencia para la sociedad. (Ver. "Sociedades Anónimas", M.A. Rivarola, Tº II, Pág. 37).

En el fallo dictado en 1938 in re: "The British Dyewood & Chemical Co. C/Wilson y otros", el camarista Dr. Casares afirmaba que el Art. 338 se hallaba "terminantemente fundado en graves medidas de moral y previsión, que no puede dejarse sin efecto por que reviste el carácter de una disposición de orden público," conclusión que de ninguna manera era pacíficamente compartida por la doctrina. Garo, por ejemplo, niega que la prohibición responda a la defensa del orden público porque no se lo compromete de ningún modo y tampoco hay en juego ningún principio de moral. Se trata simplemente de una disposición prohibitiva puesta en defensa de los intereses de la sociedad y que tienen su fundamento en la **presunción** de que en la situación prevista por la disposición legal, el director podría hacer prevalecer sus intereses personales en desmedro de la sociedad sin que la redacción de la ley permita destruir la presunción "juris tantum" probando que la operación fuese favorable a la sociedad o a ambos contratantes. (F.J. Garo. "Sociedades Anónimas", Tº II, Pág. 441).

Vale la pena recordar que las leyes italiana y francesa, fuente de aquellas disposiciones del Código de Comercio argentino, permitían la realización de los actos a que se está haciendo referencia, con ciertas reservas en defensa de los intereses de la sociedad. (Ver Garo opus cit. Tº II pág. 439 y Rivarola opus cit. Tº II, pág. 34).

Para terminar con la relación de estos antecedentes conviene puntualizar la interpretación que la doctrina efectuaba de esta prohibición del Art. 338 del Código de Comercio, porque como se verá, se enlaza con la que debe asignarse a las disposiciones actualmente en vigor.

Como se ha dicho, la disposición prohibía a los directores "negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad que administran".

"En el caso de contratación o negociación directa, entendiéndose por tal aquella en la que el director es, frente a la sociedad, la contraparte de la acto jurídico, la aplicación de la prohibición del Art. 338 no origina dudas" - dice M. Sassot Betes en su obra "Directores, Síndicos, Gerentes y Fundadores de Sociedades Anónimas", pág. 82. "No ocurre, sin embargo lo mismo, cuando se trata de una contratación indirecta, particularmente si quien actuó en representación del director aparece frente a la sociedad como negociando o contratando por cuenta propia".

Como se ve, el caso contemplado por el Art. 338, es siempre el del director de una sociedad anónima que contrata **a título personal con ella**, por si o por intermedio de otro.

"Ocurre comunmente en la vida de las sociedades anónimas -dice M.A. Rivarola en la obra antes citada- que sus directores sean personas que se dedican al comercio y, por consiguiente, puede presentarse el caso en que su propia hacienda comercial o aquélla de la cual forman parte como socios colectivos o comanditarios, lleguen a encontrarse en vinculación jurídica con la sociedad anónima que administran" (parágrafo 265). Como se advierte de estas transcripciones., a las que se pueden añadir otras, los autores se ubican frente al supuesto de que el cocontratante de la sociedad a cuyo directorio pertenece contrate con ella como individuo, con su propia hacienda comercial, como dice Rivarola. Y es por eso que la Cámara de Apelaciones en lo Comercial no consideró nulo el seguro efectuado a favor de la sociedad por el hecho de que uno de los socios perteneciera al Directorio de la compañía asegurada (G. del F. Marzo/abril 1921, pág. 11); y tampoco la venta de un inmueble hecha a una cooperativa por el sólo hecho de que uno de los miembros de la sociedad enajenante fuera el Presidente de aquélla. (J.A. 1946 - II -788).

En suma, cuando todavía ni se insinuaba la teoría del órgano que ha inspirado al legislador de 1972, ya era visible la distinción que puede resumirse en definitiva en la siguiente forma: existen tres supuestos, a saber:

a.- El del contrato celebrado por el director que aparece contratando personalmente con la sociedad cuyo directorio integra.

b.- El del contrato celebrado por interpósita persona; en realidad se trata de una simulación y por eso la misma Cámara en lo Comercial declaró nula la hipoteca constituida por una sociedad anónima a favor de los directores de la misma y que simuladamente se puso a nombre de otra persona. (G. del F. del 2.8. 1924).

c.- El de aquellas situaciones que, sin implicar una negociación entre el director y la sociedad, pueden traducirse en una transitoria oposición de intereses entre aquél y ésta. De ese género es especie el contrato celebrado por dos personas jurídicas en cuyos directorios figura una misma persona.

En los dos primeros casos la nulidad es el resultado.

En el tercero era de aplicación el Art. 345 en cuanto disponía que el director involucrado hiciera conocer la circunstancia a sus colegas.

De esa manera se compatibilizan los Arts. 338 y 345, procurando una interpretación armónica con lo que se supera su aparente contradicción. (Ver Sassot Betes, opus cit. págs. 79 y 89).

### **III.- Las normas de la Ley de Sociedades Comerciales**

Las nuevas disposiciones que suplantaron al Código de Comercio han tratado, sin duda, de aclarar la situación jurídica en examen, organizando a través de los Arts. 271, 272 y 273, la estructura que se basa sobre:

(a) Contratación con la sociedad y sanción a los actos violatorios de la ley (Art. 271).

(b) Actos con interés contrario (Art. 272) y participación en actividad en competencia con la sociedad; (Art. 273).

En el primer supuesto la sanción es de nulidad absoluta.

En el segundo supuesto el acto no es nulo sin perjuicio de que surge la responsabilidad del infractor, según versa el Art. 59 de la ley conforme al cual los administradores y representantes de la sociedad que no obraren con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios son personalmente responsables en forma ilimitada y solidaria por los daños y perjuicio que resultaren de su acción u omisión.

### **IV.- Contratación con la sociedad**

Veamos ahora el supuesto que nos interesa, siguiendo a Halperin ("Sociedades Anónimas" ed. 1974, pág. 442).

El Art. 271 prevé dos hipótesis de contratación posible:

1.- Los contratos que sean de la actividad normal de la sociedad, los cuales pueden ser celebrados por el director con la sociedad, en las mismas condiciones que la sociedad hubiera contratado con terceros, haciendo saber su participación al directorio y síndico y absteniéndose de intervenir en la deliberación.

2.- Los contratos que excedan de la actividad normal, los cuales sólo pueden celebrarse con autorización previa de la asamblea extraordinaria.

Unos y otros, otorgados sin los requisitos de la ley, acarrearán la nulidad absoluta.

En ambos casos la ley no ha hecho nada más que recoger la interpretación que prevaleció con respecto al Art. 338 y en ambos casos, pues, estamos frente al director que contrata a título individual con la sociedad que forma parte.

En vez, cuando la participación del mismo individuo tiene lugar en su doble calidad de director de las personas jurídicas contratantes, funciona exclusivamente el Art. 272 que impone al director con interés contrario (debería decir contrapuesto) al de la sociedad, la obligación de hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación.

No podía ser de otra manera, por cuanto lo contrario significaría olvidar que la persona jurídica es una persona distinta de sus socios (para el caso que el director sea también accionista) y que el director es un órgano necesario que estatuye las condiciones en que la voluntad del socio o de los socios designados para ocuparse de la administración del patrimonio social, obligará al conjunto de los individuos supeditados a su orden jurídico especial. (Colombres, "La teoría del órgano en la sociedad anónima", pág. 112). Un órgano en el que la voluntad de cada uno de sus integrantes es distinta del producto de todas esas voluntades individuales, la cual se expresará a través del mecanismo de la votación y pasa a ser la voluntad del órgano con prescindencia de la voluntad de sus componentes.

De ahí que el propio Halperin, coautor de la Ley de Sociedades Comerciales, cuando comenta esta disposición del Art. 272, pone como ejemplo de su aplicación el caso de que el director "pueda obtener una ventaja directa o indirecta (una comisión; que sea gerente o socio o director de la sociedad contraparte)... pág. 445

## **V. Conclusión**

En síntesis:

a.- En el examen de la colisión de intereses debe discriminarse cuidadosamente la aplicación de las disposiciones de la ley ante la gravedad de la sanción de la nulidad absoluta.

b.- La responsabilidad a que alude el Art. 272 debe medirse teniendo en cuenta si existió daño a quien pueda tener interés legítimo en alegarlo. En su defecto, dicha responsabilidad es puramente teórica.