

CONFLICTO DE INTERESES Y RESPONSABILIDADES EN LOS PACTOS DE ACCIONISTAS CON INCIDENCIA EN EL FUNCIONAMIENTO DEL DIRECTORIO

Patricio M. Prono

Sumario

1. Los convenios de accionistas con incidencia en el funcionamiento del directorio, en principio, son válidos.

2. La suscripción de un director no accionista de un pacto parasocial con incidencia en el funcionamiento del directorio, puede configurar una violación al art. 59 LSC.

3. El director accionista parte de un convenio parasocial no unánime con incidencia en la administración de la sociedad, deberá anteponer los deberes impuestos por la LSC al cumplimiento de las obligaciones impuestas por tal convenio.

4. Las obligaciones asumidas a través del pacto social por parte del director que afecten el normal funcionamiento de la administración social, pueden configurar el “interés contrario a la sociedad” y habilitar el mecanismo preventivo previsto en el art. 272 LSC.

5. Los accionistas suscriptores del pacto con incidencia en el funcionamiento del directorio son sujetos pasivos de las acciones previstas en el art. 54 de la LSC, en su carácter de “controlantes”, no siendo aplicable, por el mero hecho de firmar el pacto, la responsabilidad como administradores de hecho.

Introducción

La realidad comercial indica que, al margen del estatuto, reglamento y decisiones asamblearias, los accionistas recurren a otros instrumentos para determinar el rumbo de la gestión de las sociedades anónimas. En este sentido, es frecuente la suscripción

de los denominados convenios de accionistas o pactos de sindicación de acciones.

Prácticamente superada la discusión acerca de la validez de dichos pactos, quedan por resolver cuestiones relativas a su posible conflicto con normas del ordenamiento societario, así como supuestos generadores de responsabilidad; tal el caso de la incidencia de los pactos de accionistas en el órgano de administración de la sociedad anónima.

En este sentido, un importante antecedente jurisprudencial ha señalado: “*los pactos de voto de miembros del directorio no constituyen por el solo hecho de su existencia motivo de agravio para terceros*”⁽¹⁾. Con lo cual nos aproximamos al tema con la premisa de la validez de dichos pactos, sin perjuicio de que, en determinadas ocasiones podrían generar responsabilidades u otras situaciones conflictivas.

1. Diferentes supuestos de pactos de accionistas en relación a los directores

No es objetivo de este trabajo analizar o clasificar los pactos de accionistas. Sí es necesario ubicar las distintas situaciones que pueden encuadrarse con respecto a los directores.

En este sentido, debemos diferenciar en primer lugar al director no accionista del director accionista de la sociedad⁽²⁾.

(1) CNCom, sala C, 22/9/82; Sánchez, Carlos c/ Banco de Avellaneda S.A. y otros; LL 1983-B, p. 248. Sigue diciendo el citado fallo: “Las convenciones de voto o pactos de sindicación que proyectan su incidencia sobre el órgano de administración pueden tener una gran importancia para la armonización interna de la vida societaria”. También la doctrina ha destacado la utilidad de este tipo de convenciones, así como la regla de su licitud; Escuti, Ignacio, “Sindicación de acciones. Panorama actual”, RDCO 2005-A, p. 308: “El hecho de que la sociedad cuente con un mando estable y con una política definida en el desarrollo de sus actividades crea normalmente una situación favorable al interés social... Estos pactos no constituyen por el solo hecho de su existencia motivo de agravio para el orden jurídico”.

(2) Una clasificación más detallada se observa en Baglietto, Sebastián, “La gestión del directorio frente a convenciones parasociales”; L.L. 2005-B, p 947. El autor distingue entre el director ejecutivo profesional, el director con reporte directo a uno o más socios, el director pasivo y el director socio.

1.1. En el primer caso, es decir del director no accionista de la sociedad, debemos asimismo distinguir los casos en que el convenio parasocial fue suscripto por todos los accionistas y aquel convenio suscripto solo por algunos accionistas. El caso del pacto suscripto por unanimidad creemos no representa grandes inconvenientes, ya que el mismo puede ser considerado como “reglamento” de la sociedad, y en consecuencia podría contener directivas y orientaciones destinadas a la gestión del órgano de administración⁽³⁾.

Ahora bien, en el caso de que el pacto de accionistas no tenga la naturaleza de reglamento, es decir cuando no fue suscripto por el 100% de los accionistas, entendemos que dicho pacto en nada puede obligar al directorio, primando en éste caso la regla de indelegabilidad del cargo (art. 266 LSC). En este supuesto, lo convenido por los accionistas podrá tener trascendencia únicamente en la elección del director, más no serán oponibles las directivas allí impartidas.

¿Podría el director no accionista suscribir un pacto de tales características? Imaginemos el caso en que un sindicato de accionistas determina la elección de un director, y éste se compromete, frente al sindicato, a llevar adelante la gestión de la sociedad de determinada manera. Creemos que en este caso podría configurar una violación al deber genérico del art. 59 LSC, es decir, de obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Al predeterminar su voluntad, el director está condicionando la gestión futura del ente

(3) “Los pactos parasociales suscriptos por todos los socios y la sociedad son oponibles a ésta y a los restantes socios: siempre pueden ser invocados por los suscriptores en contra de los restantes suscriptores (incluida la sociedad), aunque no pueden oponerse ni perjudicar a terceros diferentes a los sujetos mencionados precedentemente”, Escuti, Ignacio A., “De la sindicación de acciones a los contratos parasociales”, L.L. 2006-F, p. 944. En igual sentido, Baglietto, Sebastián, op. cit., p. 949: “*Los hacedores de la voluntad social, en definitiva, no son más que los socios, y si bien la deben exteriorizar dentro del marco legal existente al efecto, una interpretación flexible consideraría al convenio de accionistas comunicado a la Sociedad como una expresión clara y unánime respecto a la intención de manejar a la Sociedad bajo determinados y características.*”. En contra de esta opinión, encontramos a quienes hacen prevalecer la regla de inoponibilidad de las modificaciones no inscriptas regularmente (art. 12 LSC), Anaya, Jaime, “El efecto relativo de las convenciones de accionistas”, L.L. t. 171, 225.

social, lo cual configura el mal desempeño del cargo (art. 274), que, al concurrir con los demás presupuestos de la responsabilidad civil, conllevan indudablemente el deber de reparar el daño causado a la sociedad, los socios o los terceros.

1.2. Para el caso del director accionista, también debemos distinguir si suscribió o no el pacto. Para el caso que sea parte del pacto, dicha conducta puede entrar en conflicto con las normas de los artículos 266 y 59 LSC, salvo que el pacto sea unánime y como tal, adopte la función de reglamento. En este caso, mientras el director actúe dentro del “reglamento”, los supuestos de responsabilidad serán más difusos.

Podría entenderse, por otra parte, que dicho pacto cumpla la función reglamentaria del órgano directorial en los términos del art. 260 LSC⁽⁴⁾. En mi opinión, recurriendo a este artículo como fundamento de validez y oponibilidad del pacto en cuanto determinante de la administración societaria, solo se podría limitar al campo de la “*constitución*” y “*funcionamiento*” del órgano, es decir a aspectos relativos al quórum, mayorías, formas de deliberar, formas de convocar, etc.; mas no a cuestiones de fondo, es decir al sentido de las votaciones, a como administrar, a que decisiones tomar, etc.

Si el director accionista es parte de un convenio no unánime, en su actuación como administrador deberá prevalecer el conjunto de deberes impuestos por la ley. Se destaca que no siempre tales deberes serán incompatibles con las estipulaciones parasociales.

Obviamente para el caso que no haya formado parte del sindicato, lo acordado por los demás accionistas le será inoponible, y no puede influir en su gestión, aún cuando su elección haya sido consecuencia del ejercicio del voto del sindicato.

(4) Rossi, Hugo E., “Oponibilidad y cumplimiento en los convenios de sindicación de acciones”, en AA.VV., *Negocios parasocietarios*, Director Favier Dubois, Eduardo (h), Ad-Hoc, Bs. As., 1999, ps. 62 y 63, aduciendo que esto se compadece con la realidad de las sociedades cerradas o de familia, en las que los accionistas forman parte del órgano de administración. De este modo, “se establecería otra forma de oponibilidad de carácter estatutario y, como en el caso de los reglamentos, sería igualmente posible fijar en tal reglamentación algunos medios específicos de cumplimiento de acuerdos que, por lo general, aun parasocialmente, serán reflejos o paralelos”.

2. Responsabilidades

2.1. Responsabilidad del director

Dentro del esquema previsto por la LSC para la responsabilidad de los directores, no caben dudas de que el hecho de haber comprometido su conducta previamente a través de un pacto con los accionistas, puede constituir un grave incumplimiento de los deberes del administrador. De este modo, se torna dificultoso que un director pueda alegar el cumplimiento de la norma genérica de conducta contenida en el artículo 59 de la LSC al tiempo de haber predeterminado su gestión mediante este tipo de convenios⁽⁵⁾.

Va de suyo que habrá que analizar cada caso concreto, y especialmente, el contenido del convenio suscripto, sobre todo si el mismo refiere a pautas genéricas sobre la administración societaria o bien a especificaciones más concretas y determinadas.

Por otra parte, el incumplimiento de la norma sobre la indelegabilidad del cargo (art. 266 LSC) se torna patente y abre el camino para la aplicación del sistema de responsabilidad de directores, en cuanto configura “*la violación de la ley*” prevista por el art. 274 LSC. En este sentido, considero que no es el solo compromiso asumido por el director frente a los accionistas lo que configura el incumplimiento de sus deberes, sino el hecho de cumplir efectivamente con las obligaciones impuestas por este convenio, de modo que el

(5) En sentido contrario parece ubicarse el citado fallo “Sánchez, Carlos c/ Banco Avellaneda...”, nota 1, en el que se dice que la validez del pacto no viola la regla del art. 266 LSC. “La administración de la sociedad no queda, de esta suerte, vinculada por la actuación de personas distintas de las que integran su directorio. Son solamente los integrantes de éste órgano quienes pueden concurrir con sus declaraciones a la adopción de las resoluciones de la administración social... La gravitación que sobre el voto de los directores puede ejercerse a través de factores externos a la exclusiva deliberación del órgano de administración o el influjo a que puede quedar sometido en la emisión del voto, no es un fenómeno singular de los convenios de accionistas”, asimilándolo a lo que sucede en los casos de directores elegidos por categorías, director persona jurídica y, especialmente, a las situaciones planteadas en grupos de sociedades. De todos modos, cabe aclarar que en el citado caso se demandó la nulidad del convenio, mas no la responsabilidad de los directores.

director que haya suscripto este tipo de pactos quedará ante la dura opción de incumplir con los deberes de director con la correlativa responsabilidad, o, por otra parte, incumplir con el pacto, siendo responsable, seguramente, de duras cláusulas penales.

Destacamos asimismo que, no siempre la conducta desplegada por el director en cumplimiento del pacto tendrá como consecuencia el deber de reparar los daños, toda vez que es indispensable la concurrencia de los demás elementos de la responsabilidad civil⁽⁶⁾, principalmente deberá verificarse la existencia de un daño a la sociedad, los accionistas o terceros.

Por ello, no existirá responsabilidad del director en el supuesto en que las instrucciones no hayan sido incompatibles con la conducta exigida al administrador, es decir hayan sido coincidentes con lo que hubiera decidido el administrador, en ese caso concreto y por su propia voluntad, con *“la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios”*.

Tampoco existirá responsabilidad del director cuando el seguimiento de las instrucciones no haya causado un daño jurídicamente relevante, o bien no haya una relación de causalidad adecuada entre el daño producido y la conducta del administrador predeterminada por el pacto. Insisto: será de suma relevancia analizar el *contenido* del pacto.

Obviamente que, producido el daño, y constatados los demás elementos que configuran la responsabilidad, el director no podrá ampararse en el cumplimiento del pacto celebrado con los accionistas⁽⁷⁾, ello, sin perjuicio de la validez del pacto⁽⁸⁾. Pensamos en cambio que,

(6) En este sentido, Araya, Tomás, “Los deberes de los directores de sociedades anónimas, la delegación de funciones y la responsabilidad”; E.D. 207, p. 698: *“El incumplimiento por parte del administrador de los deberes que la ley le impone no genera per se responsabilidad (obligación de reparar). Dicho incumplimiento o violación demuestra la existencia de la antijuridicidad, que es uno de los elementos (o presupuestos) de la responsabilidad civil)”*.

(7) “Sánchez, Carlos c/ Banco Avellaneda”, cit. en nota 1, p. 249: “los pactos de sindicación de accionistas destinados a tener operatividad sobre el ámbito del directorio, no pueden constituirse en elementos de subversión de la estructura orgánica de la sociedad, alterando la distribución de competencias y el régimen de actuación que la ley atribuye a los órganos sociales. Por ello, no parece dudoso que un director no podría ser constreñido a votar contra su convicción, resultando a tal efecto irrelevante lo dispuesto en la convención; como así mismo

habiendo conflicto entre el cumplimiento de las obligaciones contractuales y las obligaciones legales, el director podría ampararse en los deberes y obligaciones impuestos por la ley para dejar de cumplir con conductas contractuales que impliquen violar esos deberes legales⁽⁹⁾. En este caso, el director puede recurrir a la herramienta *preventiva* del art. 272 LSC, es decir abstenerse de intervenir en la deliberación, notificando al directorio y a la sindicatura. El “interés contrario a la sociedad” exigido por la norma se manifiesta en la afectación del funcionamiento normal de un órgano obligatorio y típico de la sociedad.

2.2. Responsabilidad del accionista firmante del pacto parasocial

Ahora bien, ¿la obligación de responder se agota en los directores?, o ¿existe alguna posibilidad de extender la responsabilidad a los mencionados accionistas por el hecho dañoso de los directores? En la recta interpretación de la ley, tales hipótesis tienen cabida.

Una de ellas es recurrir a la figura del *administrador de hecho*. Es generalizada la caracterización del mismo como aquella persona que “*ejerce el cargo de administrador sin tener nombramiento válido*

no podría excusar su responsabilidad derivada de lo regulado por los arts. 59, 272, 274 y cons., ley 19.550 invocando la sujeción a un pacto de sindicación”.

(8) Ciapero, Martín y Giovachini, Juan F, “Los convenios de accionistas y sus efectos sobre el funcionamiento del directorio”, L.L. 2006-C, p. 963: “*El apartamiento de los directores de las pautas de conducta a observar se traducirá, más que en el reproche de invalidez de la cláusula del convenio de accionistas, en la eventual obligación de responder por los daños causados a la sociedad y demás terceros*”.

(9) Arecha, Martín, “La sindicación de acciones y sus efectos en el desempeño de los directores”, en AA.VV., *El directorio en las Sociedades anónimas*, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 342: “*Frente a un conflicto que pueda suscitarse entre una norma de la ley o una disposición de naturaleza parasocietaria deben necesariamente prevalecer las normas específicas del orden societario*”. En este sentido, Butty, Enrique, “Sindicación de acciones. Aspectos generales y particulares”, en AA.VV. *Negocios parasocietarios*, Director Favier Dubois, Eduardo (h), Ad-Hoc, Bs. As., 1999, pg. 30, refiriéndose al director accionista sindicado: “*Su management no podrá apartarse de la gestión del interés social, debiendo prevalecer en las pautas que imponga a su conducta, el título de administrador*”.

alguno, bien porque nunca lo han tenido, bien porque estaba viciado absolutamente" (10). Es decir que, lo fundamental para la verificación de esta figura es el ejercicio de actos que competen al cúmulo de facultades, obligaciones y deberes atribuidos al órgano de administración por una persona que carece de título válido para tal ejercicio.

Como primera aproximación a la figura tenemos que la persona debe actuar efectivamente como si fuera un director. Ahora bien, ¿podemos asimilar este caso, al de una persona que imparte instrucciones al directorio, sea través de un pacto de accionistas o por cualquier otro medio?

Para dilucidar esta cuestión, podemos profundizar en el concepto y en la clasificación que hace la doctrina del administrador de hecho. Así, se ha dicho que, en un sentido estricto, "solo puede ser calificado de administrador de hecho, el sujeto que en forma personal, directa y activa, gestiona -en forma individual o colegiada- a la sociedad, careciendo el mismo de un válido título para tal fin" (11); pero también se puede referir al administrador de hecho en sentido amplio, en los supuestos en que existe control societario, formándose una gestión unificada y "ejerciendo así la posición de dominio e impartiendo instrucciones a los administradores de la sociedad controlada" (12).

Siguiendo los argumentos expuestos, solamente a los administradores de hecho *en sentido estricto* se les aplicaría el régimen de responsabilidad vertebrado a partir de los artículos 59 y 274 de la LSC, mientras que para el administrador de hecho *en sentido amplio* quedaría limitada su responsabilidad al régimen previsto en el artículo

(10) Gagliardo, Mariano, *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 238.

(11) Filippi, Laura, "La figura del administrador de hecho en las sociedades anónimas"; LL 2004-A, p. 1264.

(12) *Ibidem*, p. 1264. En igual sentido, Manóvil; Rafael, *Grupos de Sociedades*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 670, y haciendo referencia a la jurisprudencia inglesa que consideró administrador de hecho o *shadow director*, a "la persona de acuerdo a cuyas directivas e instrucciones están acostumbrados a actuar los directores de una compañía", aclarando que "su aplicación se construye sobre el hecho mismo del dominio con independencia de los vínculos de control, especialmente participativos, y así permite un mucho mayor espectro de aplicación".

54 de la LSC, más allá de la posible aplicación de las normas de derecho común reglamentarias del deber genérico de no dañar⁽¹³⁾.

Por lo tanto, a los accionistas suscriptores del pacto que determina la gestión de los directores, serán sujetos pasivos de las acciones previstas en el artículo 54 LSC como controlantes de la sociedad.

(13)Fargosi, Horacio y Fargosi, Alejandro, "Nota sobre los directores de hecho", L.L. 1987-E, p. 585: *"cabría argumentar en torno del nuevo contenido del art. 54 de la 19.550 atendiendo a que si la instrumentalidad societaria es inoponible en los supuestos descriptos por la norma, no se advierte una razón válida para concluir en una posición ritualista de no existencia de responsabilidad como director de quien ha cumplido la función de ejecutar el contrato social dirigiendo a la empresa"*.