

¿LOS INSTRUMENTOS CONSAGRADOS POR LA LEY DE SOCIEDADES URUGUAYA SON REALMENTE IDONEOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE INTERESES PRESERVANDO “EL INTERES DE LA SOCIEDAD”?

Adriana Bacchi Argibay

Se plantea la supervivencia del conflicto entre el interés del administrador y el de la sociedad cuando existe identidad sustancial entre quien debe autorizar el acto y el autorizado, por tener éste el control de la sociedad y/o por problemas de información; la eventual configuración de un contrato consigo mismo o autoacto, y los posibles mecanismos a incorporar para mejorar las actuales soluciones de la ley uruguaya.

1. Planteo del problema

La ley de sociedades uruguaya (N° 16.060, LSC), al igual que la argentina, ha establecido el régimen de: a) la contratación de los administradores y directores con la sociedad (arts. 84 y 388); b) las situaciones de conflicto entre el interés del administrador o director y el de la sociedad (art. 387); y c) la realización de actividades en competencia con la sociedad (arts. 85 y 389). Para los casos de conflicto (b) se impone al administrador o director comunicar dicho enfrentamiento a los socios, al directorio y/o al órgano interno de control, según el caso, y abstenerse de intervenir cuando se traten y resuelvan esos asuntos⁽¹⁾. Respecto al administrador de S.A., se prevé que deberá

(1) En caso de violación el administrador o Director responderá por los perjuicios que se ocasionen a la sociedad por la ejecución de la operación (arts.83 y 387).

abstenerse de realizar tales negocios, salvo autorización de la asamblea de accionistas (art. 387). También se impone la autorización de los socios o accionistas si: i) el o los contratos no se relacionan con la "actividad normal" de la sociedad, bajo pena de nulidad absoluta del acto (art. 84 y 388); y ii) se pretende participar en actividades que están "en competencia" con las de la sociedad (arts. 85 y 389).

Estas normas son una consagración concreta del deber de lealtad de los administradores y directores, que impone la obligación de anteponer los intereses de la sociedad a los intereses propios o de terceros. Su fundamento es evitar el aprovechamiento indebido del administrador de su posición como tal en perjuicio de la sociedad, de los accionistas y de terceros (principalmente, de los acreedores sociales). Las normas referidas dan por supuesto que la situación conflictiva se resuelve con la abstención del director involucrado ⁽²⁾, con la comunicación al directorio y/o con el requerimiento de autorización a los socios o a la asamblea de accionistas.

2. Las debilidades de las soluciones consagradas

¿Son las referidas soluciones eficaces para resolver en todos los casos las situaciones de conflicto, preservando el interés de la sociedad? El problema se torna arduo pues se trata de situaciones en las que **la misma(s) persona(s)** que tiene, en un determinado asunto, acto o negocio un interés personal y contrapuesto o concurrente con el de la sociedad, es la que representa a la misma o participa -a menudo en forma decisiva- en la conformación de la voluntad de la sociedad. Rodríguez Olivera, ya antes de la LSC, advertía que el conflicto se crea "puesto que *es la misma persona* quien debe defender simultáneamente sus intereses personales y los intereses opuestos de la sociedad" (subrayado nuestro) ⁽³⁾. El tema no es menor, pues mantener la independencia en el ejercicio de un juicio objetivo en

(2) El director, para evitar cualquier forma de presión moral sobre los demás miembros del Directorio ni siquiera debe participar de la sesión en que se aborde el tema.

(3) Rodríguez Olivera Nuri, *La responsabilidad civil de los administradores de S.A.*, p. 157.

protección del interés social es y seguirá siendo uno de los principios básicos del buen gobierno corporativo⁽⁴⁾, al punto que la tendencia actual es ampliar el elenco de sujetos que pueden estar involucrados en un conflicto de interés incorporando, entre otros, a los altos ejecutivos⁽⁵⁾. Además, la cuestión debe enfocarse también desde otro ángulo, pues, tal como recuerdan Garrigues y Uría “*el conflicto de intereses entre representantes y representado vacía a la representación de su contenido objetivo y en consecuencia destruye sus funciones*”⁽⁶⁾.

El problema se agudiza en las sociedades de capital. Si pensamos en el contenido de las diversas voluntades que habrán de manifestarse y en el o los sujetos que las expresarán, así como en quien determina la existencia misma de la pugna de intereses y de quien depende que se confiera la autorización, advertiremos que, en algunas situaciones, aun suponiendo que el director se hubiere abstenido, y/o que se hubiere solicitado y obtenido la autorización de los socios o de la Asamblea, puede subsistir la colisión de intereses de forma tal que el fin querido por la ley sea burlado a través de un negocio consigo mismo (autoacto o autocontrato) revestido de aparente legalidad merced a una mera regularidad formal basada en que medió autorización, comunicación o abstención.

3. La configuración del “contrato consigo mismo” o “autoacto”

En la doctrina española el tema ha sido profundamente analizado, entre otros, por Catalina Ruiz- Rico Ruiz, quien sostiene que la autorización de la Asamblea “en modo alguno significa la primacía del interés del titular del patrimonio dispuesto. Pero tampoco la ausencia de conflicto de intereses implica que el interés

(4) Cf. Vítolo, Daniel R. “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria” en “Sociedades Comerciales – Los administradores y los socios – Gobierno corporativo” obra dirigida por José M. Embid Irujo y Daniel R. Vítolo, p. 26.-

(5) Ver las “Recomendaciones de buen gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores” por Jesús Quijano Gonzalez en “Sociedades Comerciales – Los administradores y los socios ...” ya cit. p. 154.

(6) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, p. 126.

correspondiente a aquél permanezca ileso". Ello obedece a que "la posible intromisión del autocontratante en la voluntad relativa a la concesión de licencia o a la determinación de la conflictividad cercena la credibilidad aislada de cada uno de estos elementos de eficacia autonegocial; cuanto más la funcionalidad conjunta"⁽⁷⁾.

El acierto de estas apreciaciones se comprueba preguntándose quién resuelve o determina si: a) el administrador o director efectivamente tiene "un interés contrario al de la sociedad"; b) procede la comunicación formal al directorio y/o al órgano de control, y la consecuente abstención; c) corresponde consultar a los socios o a la Asamblea; d) el negocio propuesto está comprendido en la "la actividad normal"⁽⁸⁾ y/o si se trata de una actividad en competencia con la sociedad y, por consiguiente, es necesaria la autorización de los socios o de la asamblea (arts. 84, 388 y 389).

La real trascendencia del tema se advierte cuando ingresamos al análisis de la problemática generada por quién es que controla la asamblea que considerará la autorización, y la eventual coincidencia subjetiva (o identidad sustancial de intereses) del controlante con el administrador o director en conflicto. La situación se complica más, pudiendo provocar problemas adicionales en las sociedades controladas, cualquiera sea la forma de control que se ejerza por la sociedad controlante. El caso de los directorios unipersonales, requiere soluciones específicas⁽⁹⁾.

Una dificultad considerable agrega la determinación de cual es el auténtico interés de la sociedad, ya que está demostrado que las interferencias personalistas de quienes con su voluntad conforman a su vez la del ente social, afectan frecuentemente la pureza del interés social (noción de por sí polémica). Apenas formuladas las mencionadas preguntas advertimos que el resultado perjudicial para la sociedad no siempre se evitará mediante los mecanismos descriptos, los que, en numerosos casos se convertirán en una formalidad que deja a la intemperie el interés social. Podría pensarse que la norma que impone

(7) Ruiz Rico Ruiz Catalina, "Autocontrato societario", p. 76

(8) Para la ley argentina: si el contrato lo es de la actividad en que la sociedad "opere" y si se ha concertado "en las condiciones del mercado" (art. 271 Ley 19.950).

(9) Cf. Halperin Isaac y Otaegui, Julio C., *Sociedades anónimas*, p. 536.

al accionista abstenerse de votar los acuerdos relacionados con una operación en la que tenga un interés contrario al de la sociedad (art. 325) complementa y cierra el sistema eficazmente, eliminando los enfrentamientos entre el interés social y el personal del accionista que a su vez está identificado con el administrador en cuestión. Pero ello no es así por diversas razones: si las acciones son al portador es a menudo harto difícil y hasta imposible identificar al verdadero accionista controlante; pero, además, es muy frecuente que los directores no coincidan -formalmente- con los accionistas que detentan el poder⁽¹⁰⁾ así como que la identificación del accionista con el director involucrado diste de ser manifiesta. Todo ello amén de la problemática de los directores de hecho u ocultos.

La mencionada intromisión del autocontratante en la voluntad relativa a la concesión de la autorización y en la propia determinación de si existe o no conflicto de intereses, redundará en una identidad sustancial entre autorizante y autorizados que conspirará contra la adopción de una decisión que logre el fin de dirimir al conflicto sin afectar a la sociedad. El rasgo distintivo del autoacto⁽¹¹⁾ o autonegocio que es "la concurrencia de una sola voluntad dispositiva de diversos patrimonios" estará presente en las situaciones planteadas⁽¹²⁾.

El derecho civil prohíbe el contrato consigo en la representación legal para evitar que el representante haga primar su interés, perjudicando al representado. Es la pugna de intereses lo que fundamenta la prohibición⁽¹³⁾ y ante la misma, la solución es una sola

(10) Basta pensar en los supuestos en que los accionistas son personas jurídicas.

(11) La autora refiere al autoacto pues sostiene que hasta un simple acto dispositivo patrimonial de naturaleza contable puede producir el resultado del autocontrato. Op. cit. p. 21, y cita 7.

(12) También Trimarchi ha observado que cuando media conflicto de intereses y el director o socio igual interviene estamos ante una forma del contrato consigo mismo. Cf. Trimarchi, "Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni", cit. por Isaac Halperin en "La noción de interés societario en la ley argentina de sociedades comerciales", en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. R. Mezzera Alvarez*, cita N° 25, p. 245

(13) Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VIII, 3ª ed., p. 25 y t. III, Vol. I, p. 197.

: para que el *“negocio sea posible es necesario salir fuera del radio del llamado “contrato consigo mismo”, donde un solo sujeto manifiesta dos voluntades distintas (la propia y la del sujeto a quien representa)”*⁽¹⁴⁾. Cuando el tema se plantea en el seno de la organización societaria, resulta más complejo determinar si el director o socio ha quedado realmente apartado o si continúa interviniendo eficaz y decisivamente en la conformación de la voluntad que habrá de determinar la concreción del acto o negocio en cuestión. En otras palabras: la salida del radio del contrato consigo mismo presenta otros obstáculos, difíciles de salvar. Observa Ruiz Rico-Ruiz que *“la asunción de un doble papel jurídico por los mismos sujetos (autorizantes y autorizados) se aproxima a los perfiles del autocontrato. Por esta causa, la licencia puede quedar reducida a un mero consentimiento prestado por el propio autocontratante, calificable entonces de auténtica pantomima jurídica”*⁽¹⁵⁾. Puede decirse entonces que la identidad subjetiva de autorizante y autorizado despoja de efectividad a la autorización, cuando el autocontratante integra la estructura orgánica que interviene y determina que aquella se conceda. Es incuestionable que si el autocontratante controla el propio conflicto de intereses -lo que es inevitable cuando aquel domina el o los órganos encargados de resolver sobre la existencia del conflicto (o sobre los caracteres de la actividad) y/o acerca del otorgamiento de la autorización-, el o los mismos sujetos podrán a la vez determinar la voluntad del ente social respecto al acto o negocio en cuestión, y además conformar el interés del titular patrimonial afectado. Todo lo expresado es aplicable al caso de la comunicación y/o abstención del director con interés contrario, cuando éste controla (directa o indirectamente) al Directorio. Por ello, la autora citada advierte que: *“puede pervivir la autocontratación, a pesar de la abstención del socio interesado, si la voluntad de la entidad obedece a la decisión de éste en virtud del control social que detenta”*⁽¹⁶⁾.

Otra situación en que la autorización puede no ser suficiente para mantener ileso el interés de la sociedad se genera cuando ella se

(14) Gamarra Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. XV, ps. 189 y 190.

(15) Op. cit., p. 104.

(16) Op. cit., p. 88.

confiere sin la adecuada “*transparencia cognoscitiva*”⁽¹⁷⁾ o sin que se haya aportado previamente toda la información relevante. Esta hipótesis es de gran interés práctico, pues en las sociedades de capital, cuando éste se encuentra muy atomizado o existe considerable separación entre la administración y los accionistas, la información es, a menudo incompleta, vaga, oscura, confusa o tardía. Las limitaciones que la propia ley impone al derecho de información del accionista facilitan el indebido aprovechamiento de oportunidades y su impunidad, relegando el interés social. Es esencial que previo a la adopción de cualquiera de las decisiones que nos ocupan, los órganos que habrán de adoptarlas y sus soportes hayan podido adoptar una posición adecuadamente informada, objetiva y neutral acerca de las ventajas y desventajas para la sociedad. Este aspecto adquiere especial relevancia en las sociedades que cotizan en bolsa.

4. La ineludible revisión de las actuales soluciones

La tendencia legislativa en la materia ha sido la de flexibilizar los rígidos esquemas iniciales, consagrando soluciones más benevolentes, inspiradas en evitar que las prohibiciones obsten a la concertación entre la sociedad y sus administradores de negocios beneficiosos para la sociedad⁽¹⁸⁾. Creemos que debe encontrarse el punto de equilibrio entre el riesgo de que, ante el antagonismo, triunfe el interés particular con sacrificio del social, y el de no concertar negocios propuestos por los directores que son convenientes para la sociedad, así como el de desalentar a los administradores, condenados de antemano como naturales y forzosos incumplidores de los deberes éticos y jurídicos en cuestión. Debe superarse la impresión fatalista de que todos estos negocios son inexorablemente nefastos, importando siempre la inmólación del interés de la sociedad; pero también deben modificarse los actuales mecanismos, incuestionablemente vulnerables y abstractos.

Se impone incorporar otros instrumentos jurídicos que otorguen auténticas garantías para dirimir los conflictos de interés, sin que la

(17) Expresión utilizada por Ruiz Rico Ruiz, op. cit., p.106.

(18) Cf. Garrigues y Uría, op. cit., p.127.

duda sobre la legitimidad de la decisión adoptada sea una ineludible sombra sobre el director y el negocio. Evidentemente el recurso a la acción de responsabilidad del director (de resultado siempre incierto) no satisface el interés de los socios en preservar su capital, ni basta para contener semejante irregularidad. Los anteproyectos de reforma de la ley de sociedades argentina han advertido las carencias y debilidades del sistema. Es así que se concreta la conducta a asumir por el director interesado en una operación social; se extiende el ámbito subjetivo de aplicación de la norma a otras personas que pueden estar tan o más involucradas en estos conflictos que cualquier director (quienes controlan la sociedad por cualquier medio, quienes posean una participación accionaria en ella o en su controlante del 10% o más, gerentes generales o especiales, etc.); se establece un tratamiento diferencial para ciertos contratos en los que la posibilidad de confrontación es mayor o más peligrosa; se contempla el caso de los directorios unipersonales, el del socio único, la afectación del interés por los administradores de cada sociedad componente en los grupos societarios, etc. ⁽¹⁹⁾. También se impone a los administradores implementar sistemas preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos ⁽²⁰⁾. La obligación de incluir las situaciones de conflictos de intereses en el informe anual de gobierno corporativo ⁽²¹⁾ puede asimismo contribuir a otorgar transparencia a estos actos ⁽²²⁾. Parece claro que no será un solo instrumento el que permita resolver tan compleja cuestión, sino que habrá que recurrir a distintas herramientas e institutos que, combinados adecuadamente y basados

(19) Debería preverse también cómo proceder si la mayoría del directorio está en conflicto de interés.

(20) En la práctica se aprecian casos de sociedades que optan por adoptar políticas preestablecidas en materia de conflictos de interés, las que se difunden inclusive a través de una página web, a fin de que se conozcan en detalle, con claridad y anticipación las situaciones conflictivas, y el alcance objetivo y subjetivo de las mismas.

(21) Solución incorporada por la Ley de S.A. española (Real Decreto legislativo 1564/989) art.127 ter Núm. 3.

(22) En la doctrina, Halperin advierte sobre la utilidad de este informe. Op. cit., p. 538.

en la realidad de las sociedades de capital, permitan articular soluciones más aptas que las actuales ⁽²³⁾.

Bibliografía

- EMBED IRUJO M. y VITOLLO Daniel Roque, *“Sociedades Comerciales – Los administradores y los socios – Gobierno corporativo*, Buenos Aires, 2004.
- GARRIGUES Joaquín-URIA Rodrigo, “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”, T.II. Madrid, 1976.
- GAMARRA Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, ts. VIII y XV.
- HALPERIN, Isaac, “La noción de interés societario en la ley argentina de sociedades comerciales”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. R. Mezzera Alvarez*, Montevideo, 1999.
- HALPERIN, Isaac-OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Bs. As., 1998.
- RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri, *La responsabilidad civil de los administradores de S.A.*, Montevideo, 1973.
- RUIZ RICO RUIZ, Catalina, *Autocontrato societario*, Barcelona, 2002.

(23) Ruiz Rico Ruiz entiende que la principal objeción a la autorización como solución es la ausencia de un mandato que impida la concomitancia subjetiva entre el emisor y el destinatario de la misma. Op. cit., p. 100.