



El Director con interés contrario

María Blanca Galimberti

En la resolución del órgano de administración que prescribe el art. 6° de la Ley 24.522,

1- El director con interés contrario no integra el cómputo de la mayoría ni forma el quórum de dicha reunión .

2- La posibilidad de asistencia, o no, del director con interés contrario, a las deliberaciones, debe resultar del examen de la infinita gama de circunstancias que pueden darse en el caso en concreto. Puede en razón de las mismas impedirse dicha asistencia cuando esta importe "una presión moral" para los demás integrantes del órgano.

1.- El interés social y el interés contrario.

El interés social puede definirse como el concepto de los fines tenidos en cuenta por la totalidad de los accionistas al momento de contratar. Es "el interés común a todos los accionistas . . . la actividad inherente al objeto social, . . . encaminada a obtener beneficios"

La jurisprudencia lo ha definido como "el interés a un beneficio común que se realiza mediante una actividad común que se transmite a todos los socios"

Por su parte, cada accionista tiene intereses particulares distintos al interés de la sociedad, y aún cuando el "interés social se resuelve en una satisfacción proporcional del interés de cada socio" , éste último configurará un interés contrario "si el accionista intenta realizar su propio interés en perjuicio del interés social"

Entonces, cuando hablamos de interés contrario nos referimos a intereses contradictorios, es decir "que lo que se resuelva en pro del accionista (con interés contrario) perjudique necesariamente a la sociedad.", descansando la idea en el concepto de affectio societatis, concepto que postula que "los intereses de la persona jurídica nacida por la agrupación de las voluntades individuales que le dieron existencia, deben estar por encima de cada uno de los intereses individuales, singularmente considerados."

2.- El interés social y la deliberación en los órganos colegiados.

2.1. Introducción:

Como se señalara, aún cuando cada accionista posee un interés personal, el mismo debe adecuarse al interés social -o "fin común", "el cual se logra a través del objeto social y la administración del patrimonio confiado a los órganos sociales".

Y es en razón de ello que tanto los socios, integrantes del órgano de gobierno, como los directores, que conforman el órgano de administración, deben actuar conforme a dicho interés y por lo tanto "con lealtad y buena fe ..., exigiendo que las decisiones se adopten para fines sociales y en interés general de la sociedad"

Es así que, en salvaguarda del primordial interés de la sociedad, la ley de sociedades comerciales prohíbe en diversos casos a integrantes de los órganos sociales que deliberen o participen en ciertos actos cuando tienen un interés contrapuesto con el de la sociedad.

2.2. El accionista con interés contrario:

El art. 248 L.S. obliga al accionista, o su representante, que en una operación tenga, por cuenta ajena o contraria, un interés contrario al de la sociedad a abstenerse de votar los acuerdos relativos a la misma.

En cuanto a los alcances de su participación en la asamblea, Verón entiende que "no cree(mos) que la

abstención deba extenderse a la participación deliberativa, porque así como puede influir con su voz en la decisión, también con su silencio puede perjudicarse él y perjudicar a la sociedad"

Por su parte Richard considera que "la obligación de abstención comporta la de informar sobre el interés contrario"

La letra de la norma es clara, el accionista queda imposibilitado de votar pero no de deliberar o formar quórum. Así lo entiende Sasot Betes al afirmar que "la abstención de votar puede afectar dos formas: a) asistencia a la asamblea y no votar y b) dejando de asistir a la asamblea, ... cumpliendo en ambos casos el accionista con la norma legal".

La ley sanciona al accionista que incumplió su obligación de abstenerse de votar con la responsabilidad por los daños y perjuicios, computándose no solo los daños patrimoniales efectivos sino también las ganancias dejadas de percibir.

La jurisprudencia también se ha expedido sobre el tema, habiendo los tribunales apoyado las diferentes posturas: a favor de la procedencia de la acción de impugnación del art. 251 L.S. en caso de existir perjuicios para la sociedad y en contra de la declaración de nulidad de la resolución asamblearia.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la decisión de la asamblea, adhiero a la postura que considera que la acción del art. 251 L.S. es modificada por el art. 248 L.S. en tanto los daños y perjuicios que nacían de una decisión judicial nulificante de la resolución asamblearia no necesariamente deberán ser soportados por los accionistas que votaron a favor -salvo que conocieran o fueran advertidos de la concurrencia del voto que impone la obligación de abstenerse para generar la mayoría y de ello resultare luego el perjuicio- debiendo recaer la obligación de reparar sobre quien actuó en contra de la de abstención.

2.3. El director con interés contrario:

Por otra parte, el art. 272 L.S. establece que "cuando un director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59."

El supuesto contemplado no se refiere a contrataciones del director con la sociedad, supuesto este regulado por el art. 271, sino a cualquier tipo de situación en la que se contraponga el interés social con el de un integrante del Directorio.

Dicho interés no debe ser necesariamente propio del director sino que puede tratarse de casos en que "represente a terceros" e incluso de situaciones "en que pueda obtener ventajas indirectas"

La citada norma exige al director con interés contrario:

(a) comunicar al Directorio tal circunstancia, pero no especifica la forma ni antelación con que debe hacerlo por lo que habría "que atenerse a lo que acontezca en cada caso en concreto teniendo, el director, cuidado de obrar con ... prudencia y diligencia ..."

(b) "abstenerse de intervenir en la deliberación", abstención diferenciada de la reglamentada en el art. 248 en tanto este último sólo la refiere a la "votación". El alcance de "abstenerse de intervenir en la deliberación" ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte de la doctrina en torno a si la misma implica la no intervención en (a) el cómputo de la mayoría, (b) el quórum y (c) en la etapa de deliberación.

La mayoría de la doctrina es unánime en cuanto a que la abstención abarca tanto el quórum como el voto, pero existen discrepancias especialmente en relación a la posibilidad de que el director con interés contrario participe de la reunión.

Así, por un lado, varios autores consideran que la abstención en la deliberación implica únicamente la imposibilidad de computar la presencia del director para el quórum y de votar pero en nada impide que el mismo concurra a la reunión ya que "en ningún momento deja de ser director ... y como tal tiene derecho y obligación de asistir a todas las reuniones de directorio y participar en sus deliberaciones, no así en la votación"

Una interpretación más estricta considera que la norma en cuestión implica que el director "a) no se computa para el quórum, b) no puede votar, debiendo ausentarse de la reunión, porque su presencia importa una presión moral."

Por último, la posición que interpreta que el director no puede votar pero sí debe participar e integrar el quórum de las reuniones pues "no está comprendida en la prohibición legal la asistencia a la reunión en donde se debata la cuestión motivo de la abstención, y no existe impedimento para que el director comprendido integre el cuerpo formando su quórum." Adhiero a la posición que marca la situación diferencial entre la obligación de un accionista "abstenerse de votar" y la de un director "abstenerse de intervenir en la deliberación". Tal situación se funda en la diferente conformación del órgano que cada uno integra: no permanente y permanente respectivamente. La Asamblea es para el accionista una de las pocas oportunidades que tiene para interiorizarse del estado de los negocios sociales, caso totalmente diverso al del director y que funda debidamente el poder excluirlo de la "deliberación" y por ende el "quórum".

3.- Efectos de la resolución adoptada con voto en interés contrario:

3.1. En cuanto a la actuación del sujeto integrante del órgano:

En relación a los efectos que trae aparejados el incumplimiento de las obligaciones indicadas en el punto 2.-, la ley es clara al sancionar:

(a) al accionista con la responsabilidad por los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiese logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

(b) al director con las responsabilidades derivadas del art. 59 L.S. (ilimitada y solidariamente responsable por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión), siendo las mismas "puramente teóricas" en caso de no existir daño. , y

3.2. En cuanto a la resolución objeto del acto colegial:

(a) El art. 248 no hace mención a la nulidad de la decisión asamblearia, por lo que una parte minoritaria de la doctrina considera que la acción de impugnación (art. 251 L.S.) no es aplicable .

Se ha sostenido pues que en el caso de interés contrario, hay una desviación de la causa del acto colegial en tanto el accionista "en vez de atender el interés común con sus consocios, ha procurado satisfacer un interés particular contradictorio" , por lo que no obstante la responsabilidad por daños, la resolución es nula y, tratándose de una nulidad relativa, debe solicitarse en el plazo y la forma del art. 251 L.S.

Coincido con quienes suscriben la habilitación de la impugnación de la decisión, por aplicación del art. 251 L.S., en caso de que la conducta del accionista ocasione un daño a la sociedad siendo irrelevante obtener la nulidad de una decisión que no perjudique a la sociedad, aún cuando beneficie al accionista.

(b) Aún cuando el art. 272 tampoco hace mención a ningún tipo de nulidad de la decisión del directorio, se la incluye dentro de los efectos del incumplimiento, pudiendo ser alcanzada por aplicación de otras normas, tales como la "desaparición de la mayoría por la no computación del voto del director afectado o la decisión viciada por su influencia cuando sin su voto se mantiene la mayoría". Destacándose que son nulidades relativas confirmables y prescriptibles. .