

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS CONFLICTOS DE INTERESES ENTRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SUS DIRECTORES EN LA LEY 19550(*) (1660)

HÉCTOR CÁMARA

SUMARIO

I. Introducción. - II. Derecho comparado. - III. Nuestro régimen anterior. - IV. Los Proyectos de reformas. - V. La ley 19950. - VI. Contratos entre la sociedad y los directores. - VII. Interés opuesto entre los mismos. - XIII. Prohibición de competencia.

I. El derecho no sólo tiene como fin - dice Rocco - la conservación de la sociedad, sino además, la cooperación social, y la institución de derecho privado que más eficacia presta para ello es la representación, que permite obrar jurídicamente por medio de otro(1)(1661).

La representación, de innegable importancia en materia mercantil, lamentablemente no disciplinada orgánicamente en nuestro derecho(2)(1662) a diferencia de otros(3)(1663)- exhibe una rica problemática en el campo jurídico: vg., la posibilidad de conflicto de intereses(4)(1664)entre representante y representado(5)(1665), colisión que vacía la representación de contenido objetivo destruyendo sus funciones(6)(1666), y como corolario crea una inhabilidad entre el ejercicio del poder y la finalidad para que se otorgó.

El legislador contempló el auto - contrato o contrato consigo mismo(7)(1667), estableciendo el contralor y hasta incompatibilidades en determinadas circunstancias en defensa del representado, aunque siempre buscando la conciliación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Así, el art. 1361 Cód. Civil prohíbe a los mandatarios comprar por sí o por interpósita persona los bienes que están autorizados a vender por cuenta de los comitentes - - inc. 4° - , a igual que los padres, tutores, curadores y albaceas - incs. 1/3. El art. 1908 declara que "el mandatario no ejecutará fielmente el mandato si hubiere oposición entre sus intereses y los del mandante y diere preferencia a los suyos", con aplicación en los arts. 1918 - compraventa - y 1919 Cód. Civil - préstamo - , que autoriza con la conformidad del mandante. Otro tanto para los representantes legales los arts. 297 - padres - y 450 - tutores - , vigentes para los curadores - art. 475, 2ª parte Cód. Civil - . En igual cauce el Código de Comercio veda al corredor adquirir para sí o para persona de su familia inmediata las cosas cuya venta les haya sido encargada, ni las que se dieran a vender a otro corredor - art. 105 inc. 3° - ; el art 141 prohíbe al factor negociar por cuenta propia, ni tomar interés bajo nombre propio ni ajeno, en negocios del mismo género que les haya sido encomendado, a no ser con expresa autorización de su principal; los martilleros están impedidos de adquirir directa o indirectamente los bienes cuya venta se les encargó, - art. 19 incs. "d" y "e", ley 20260 - ; los socios de las sociedades colectivas no pueden realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios - art. 133 L. S. - , etc.

No es nuestro propósito enfocar el tema en sus plurales connotaciones, tratado exhaustivamente y con ilustración por la doctrina foránea. Nos ceñimos a la situación de los directores de las sociedades anónimas frente a éstas(8)(1668), conforme el sistema vigente, donde no siempre puede hablarse de contrato consigo mismo(9)(1669).

El problema es de singular interés por la interdependencia y conexión entre las diversas empresas en el mundo económico contemporáneo y porque tres nombreux exemples pratiques permettent d'affirmer que c'est par le moyer des marchés, que des administrateurs font conclure à la société dont ils sont les mandataires, que se commettent les plus frequents abus de droit, ceux - ci atteignant parfois la frontière des plus franchises malversations(10)(1670).

II. Los estatutos de las sociedades anónimas holandesas de los siglos XVII y XVIII establecieron trabas para las negociaciones con sus administradores(11)(1671), no obstante lo cual el Code de Commerce guardó silencio.

Este criterio fue mantenido por varias legislaciones(12)(1672), como la española de 1951(13)(1673)- cuya Exposición de Motivos puso de relieve la moralidad negocial del país - , afirmando Garrigues y Uría en su defensa, que los redactores creyeron que el formular normas prohibitivas de carácter general encierra el peligro de impedir a veces la celebración de contratos que pueden ser beneficiosos para la sociedad, aunque en ellos tenga un interés propio el administrador. Pensaron también que en la mayoría de los casos los administradores de las Sociedades Anónimas españolas, sin que ningún texto legal se lo imponga, cumplen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

espontáneamente el deber moral de comunicar al Consejo la posibilidad de un conflicto de intereses(14)(1674). Sin embargo, innovando sobre el Código de Comercio de 1885 establece: los administradores que lo fueren de otra sociedad competitiva y las personas que bajo cualquier forma tenga intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en sus cargos a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general - art. 83, 2ª parte.

La ley francesa de 1863 sobre sociedades de responsabilidad limitada constituye la primera regulación del conflicto de intereses entre la sociedad anónima y sus directores, que en forma rígida proscribía toda contratación entre ellos, salvo ciertas operaciones especialmente determinadas que debía autorizar la asamblea general - art. 23 - El sistema provocó dificultades y resistencia, pues los banqueros no podían formalizar operaciones de descuento en las condiciones generales del comercio. Como consecuencia, personas capaces rechazaban el cargo de administrador para no privarse de efectuar negocios importantes para ellos que cualquier otro podía aprovechar. Sin duda, la autorización de la asamblea hacía cesar el obstáculo, pero resultaba dificultosa(15)(1675).

La célebre ley del 24 de julio de 1867 atemperó la solución, pues reproduce la interdicción pero únicamente para les marchés et entreprises vale decir, las convenciones importantes o que se cumplieran en un largo espacio de tiempo - suministro de materias primas u objetos manufacturados(1676)

Cooper Royer muestra las diversas interpretaciones sobre el tema - ob. cit., IV, pág. 141 - .(16). Esta prohibición se sorteaba por autorización especial de la asamblea general, debiendo rendirse cuenta anualmente de los negocios realizados - art. 40.

Los directores de la sociedad anónima podían realizar libremente actos aislados con ésta y también operaciones por adjudicación, publicidad y concurrencia, de acuerdo al debate legislativo(17)(1677)

Este sistema que perdura en algunas legislaciones contemporáneas - Código de Comercio de Persia, art. 53, del Líbano(1678)

El art. 159 consagra la prohibición de competencia de los administradores, y el 160 tomar interés en sociedades, asociaciones, sindicatos o agrupaciones que se dediquen a operaciones destinadas a influenciar el mercado bursátil, de títulos de cualquier naturaleza emitidos por la sociedad.(18), etc. - fracasó en la práctica: todos los años se otorgaba la autorización en blanco y la rendición de cuentas postrera era meramente formal(19)(1679).

Esas razones llevaron a su modificación por la ley del 4 de marzo de 1943(20)(1680), disponiendo que toda convención entre la sociedad anónima y sus administradores, sea directa o indirectamente o por persona interpuesta, debe someterse a la aprobación previa del Consejo de Administración, con aviso a los comisarios. Lo mismo para los contratos entre la sociedad y otra empresa si uno de los administradores de aquélla es propietario socio colectivo, gerente, administrador o director de la empresa, en cuyo caso el administrador debía hacer la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comunicación al Consejo, quien noticiaba a los comisarios.

Los comisarios debían presentar a la asamblea general un informe especial sobre las operaciones autorizadas por el Consejo, para su resolución: las aprobadas sólo podían impugnarse en caso de fraude, y las rechazadas también producían efectos, pero las consecuencias dañosas restaban a cargo del administrador interesado, y eventualmente, del Consejo de Administración.

Los contratos normales entre la sociedad anónima y sus clientes escapaban a esta reglamentación; por otra parte, quedaban terminantemente prohibidos los préstamos y las cauciones a favor de los directores, salvo para los establecimientos bancarios en los actos corrientes de su comercio.

La nueva solución fue observada, considerando el texto de difícil comprensión. La decisión de la asamblea general no es, a pesar de la apariencia, una aprobación del contrato. Además, el contrato ha sido ejecutado y ya es demasiado tarde. Sólo se ha previsto el caso de fraude, pero la ley no precisa en qué puede consistir y, fuera de dolo, el Código Civil no prevé el fraude en los contratos. Si se toma literalmente el texto, la convención podría ser atacada por caso de fraude si ha habido aprobación de la asamblea y sólo podría exigirse daños y perjuicios en el caso de no haber mediado aprobación. Pero como ésta sería una interpretación absurda, la disposición legal no tiene sino un sentido posible, o ser que admite la responsabilidad del Consejo de Administración en el caso de fraude, si la asamblea general se negó a aprobar el contrato, pero si lo aprueba no hay lugar a responsabilidad(21)(1681).

Concluyendo con el derecho francés, muy ilustrativo por sus variantes, mencionamos la ley N° 66 - 537 del 24 de julio de 1966 completada por la N° 67 - 559 del 12 de julio de 1967, que en general recoge la reglamentación anterior con algunos agregados importantes - arts. 101/6 - , a saber: a) Que los directores interesados no pueden votar en la asamblea que decida la suerte de las operaciones, y sus acciones no se computan para el quórum ni la mayoría - art. 103 in fine - ; b) Que aun en ausencia de fraude, las consecuencias perjudiciales para la sociedad de las convenciones desaprobadas puedan cargarse al administrador, y eventualmente a los otros miembros del Consejo - art. 104 in fine - ; c) Que los contratos prohibidos por el art. 101, concluidos sin aprobación previa del Consejo de Administración pueden anularse si dañan la sociedad, a pesar de la responsabilidad del administrador y director general. La acción se prescribe a los tres años de la fecha del contrato, pero si fue disimulado, el plazo corre desde que se reveló el acto. La nulidad puede repararla la asamblea general, previo informe de los comisarios exponiendo las circunstancias por las cuales no se cumplió la autorización - art. 105 - ; d) Que la prohibición de préstamos y fianzas o cauciones comprende los directores generales, los representantes permanentes de las personas morales administrativas, los cónyuges, ascendientes y descendientes de los mismos y toda persona interpuesta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- art 106 in fine -(22)(1682).

A su vez, el decreto N° 67 - 236 del 23 de marzo de 1967 de aplicación de la ley, estatuyó: a) Que el aviso a los comisarios de cuentas del art. 101 se efectuará por el presidente del Consejo de Administración dentro del mes de concluido el negocio, pero si éste prosigue, debe informar también al mes de clausurado el ejercicio - art. 91 -(23)(1683); b) El informe de los comisarios de cuentas del art. 103, 2ª parte(24)(1684), contendrá: 1º) La enumeración de las convenciones sometidas a la aprobación de la asamblea general; 2º) El nombre de los directores generales o administradores intervinientes; 3º) La naturaleza y objeto de estos contratos; 4º) Las modalidades, precio o tarifas percibidas, comisiones, plazos de pago, etc.; 5º) La importancia de las mercancías entregadas o servicios prestados durante el curso del ejercicio, en cumplimiento de las convenciones del art. 91, 2ª parte - art. 92 -(25)(1685).

La ley belga de sociedades del 18 de mayo de 1873, en vías de revisión(26)(1686), no alude a los contratos entre la sociedad y sus directores sino al "conflicto de intereses" en una operación. Requiere la aprobación del Consejo de Administración, al cual debe comunicar el interesado, con mención en el proceso verbal de la sesión donde se abstendrá de deliberar. El Consejo debe rendir cuentas en la primera asamblea general de estas operaciones, antes que toda otra resolución de la misma.

En síntesis, los directores de la sociedad anónima pueden formalizar los contratos con oposición de intereses libremente, siempre que no estén sometidos a la consideración del Consejo(27)(1687); en su caso, con la comunicación y aprobación de éste y posteriormente sometido a la asamblea general.

El Código de Comercio de Italia del año 1865(28)(1688)estableció severamente la incapacidad para administrar la sociedad anónima a sus banqueros, constructores, empresarios y subempresarios(29)(1689), postura modificada por el Código de Comercio de 1882, que reglamentó la situación del administrador de la sociedad anónima cuando tiene un interés contrario, en nombre propio o como representantes de otro - art. 150.

En ese supuesto, el interesado debía notificar a los demás administradores y síndicos, absteniéndose de toda deliberación sobre la operación. No prestando los síndicos la aprobación, los administradores que la autorizaron respondían por las pérdidas que pudieran derivar(30)(1690).

El Código Civil actual de dicho país, bajo el rubro "conflicto de intereses", sigue las huellas del derecho anterior, con aditamentos: a) En caso de inobservancia el administrador responde por las pérdidas que la operación produjo a la sociedad: b) La resolución del Consejo, cuando pueda generar daño a la sociedad es impugnabile dentro de los tres meses de su fecha, por los administradores disidentes o ausentes y los síndicos, en caso que sin el voto del administrador que debió abstenerse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no se hubiere alcanzado la mayoría. Deja a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe al ejecutarse la deliberación; c) Castiga con multa de mil a veinte mil liras al administrador que teniendo en determinada operación por cuenta propia o de terceros un interés en conflicto con el de la sociedad no se abstiene de participar en la deliberación del Consejo relativa a dicha operación. Si de la deliberación ha derivado un perjuicio a la sociedad, además de la multa aplícase la reclusión hasta tres años - art. 2631 -(31)(1691)

El art. 2390 impone la "prohibición de competencia" a los directores, innovando sobre el derecho precedente: los administradores no pueden ser socios ilimitadamente responsables en sociedades de competencia. ni ejercitar por cuenta propia o de terceros una actividad en competencia, salvo autorización de la asamblea, so pena de revocación del cargo y daños y perjuicios(32)(1692).

El Código de Comercio de Portugal es el más estricto, rechazando in limine estos contratos: "Están expresamente prohibidos a los directores de estas sociedades negociar por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad cuya gerencia les estuviera confiada" - art. 173, 3ra. parte.

El mismo criterio adopta la ley de Suecia de sociedades por acciones del año 1944(33)(1693), como el novísimo Código de Comercio de El Salvador, salvo autorización de la asamblea. Prohíbe a los directores o gerentes de la sociedad anónima negociar por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad, a no ser que sean autorizados para cada operación especial y expresamente por la Junta General - art. 274 inc. IV - . La limitación no juega para los préstamos o servicios personales o profesionales cuya remuneración se encuentre dentro de los límites que normalmente se paga por servicios de igual índole. Añade, "cuando la sociedad sea bancaria, de seguros, ahorro y de las de cualquier tipo de las que trabajan con dinero del público, la autorización a que se refiere el ordinal IV únicamente será válida cuando tenga por objeto permitir al administrador el uso de los servicios de la sociedad comprendidos dentro del giro normal de los negocios de la misma, exactamente en las mismas condiciones que cualquier persona extraña a ella, pero en ningún caso se le podría autorizar a recibir créditos de la sociedad - art. 275, 2ª y 3ª parte -(34)(1694).

El moderno Código de Comercio de Honduras manda al administrador de la sociedad anónima abstenerse de "votar" resoluciones sobre asuntos en que tuvieren por cuenta propia o ajena un interés contrario al social, so pena daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez del acuerdo - art. 210, 3ª parte - . En cambio, la ley mexicana de 1932 dispone en ese caso, que el administrador deberá manifestarlo a los demás administradores. y abstenerse de "toda deliberación y resolución" - art. 156 - . a igual que en el art. 100 del código de Comercio de Chile y del art. 170 del Libro de Sociedades Mercantiles de Perú del año 1966(35)(1695).

El Código de Comercio alemán no proscribe los contratos entre los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

directores y la sociedad anónima - art. 236 - , a igual que la Ley de Sociedades Anónimas del año 1937, a quienes no permite por cuenta propia de ajena, dedicar su actividad al mismo ramo que la empresa social, así como formar parte de otra sociedad como socio solidario. Todo ello bajo pena de daños y perjuicios o exigir que los negocios se consideren en beneficio de la sociedad - art. 79 - . Por su parte, el texto inmediato priva a la sociedad otorgar crédito a los miembros del Directorio o a los empleados dirigentes sin la autorización expresa del Consejo de Vigilancia(36)(1696). Dichas normas más detalladas, corren en la Ley de Sociedades por Acciones de la República Federal Alemana del 6 de setiembre de 1965 - arts. 88 y 89 -(37)(1697) (Continuación de nota)(1698)

La legislación angloamericana enfoca el tema con flexibilidad a fin de no trabar el funcionamiento de las empresas sociales(38)(1699).

El art. 199 de la Companies Act de 1948 ordena, que todo administrador de una sociedad por acciones interesado en un contrato de ésta debe comunicarlo al Consejo de Administración para su resolución. A su vez, el art. 84 de la table "A" - parte 1^a - "First Schedule" de la misma ley, agrega que los directores se abstendrán de votar sobre cualquier negociación en que tengan interés, y si lo hacen, su voto no será tenido en cuenta ni su presencia se computará a los efectos del quórum. La misma posición receptan las leyes de numerosos Estados de Norteamérica, donde algunas regulan o prohíben que ciertos tipos de sociedades por acciones tengan directores comunes.

La visión panorámica del derecho comparado exhibe multitud de matices en las conclusiones.

Desde el derecho español que no asienta limitación alguna a estos contratos con intereses antagónicos excepto la incompatibilidad de los directores para dedicarlas a la misma actividad social - , a semejanza del derecho germano, que sólo interdice la competencia de los directores(39)(1700), hasta el Código de Comercio de Portugal que proscribiera todo negocio entre la sociedad anónima y sus administradores, hay muchas soluciones intermedias que lo autorizan con mayores o menores exigencias: vg., el Cód. Com. de El Salvador requiriendo la conformidad expresa y especial de la Junta General, aun para los actos comprendidos en el giro ordinario de la empresa; la ley francesa rechazando algunas operaciones - préstamos y cauciones - que extiende a los parientes, en tanto permite las demás satisfaciendo ciertos recaudos, pero en principio, sin que su violación afecte la convención; el Cód. Civil italiano luego de consignar la prohibición de competencia de los directores, alude a los contratos con la empresa social en forma más amplia - conflicto de intereses - , los que pueden celebrarse por resolución del Directorio(40)(1701), y la infracción los torna impugnables únicamente cuando originaron daño a la sociedad, dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe, etc.

III. El Código de Comercio argentino de 1862 y el Proyecto de Reformas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del año 1873 ignoran este problema, no obstante que Villegas y Quesada mencionan entre las últimas legislaciones innovadoras la inglesa, francesa e italiana(41)(1702).

El Proyecto de Código de Comercio del Dr. Lisandro Segovia es el primero que lo aborda, siguiendo el derecho italiano - mencionado en la nota - : "El administrador que tenga en una operación especial, en su nombre o como mandatario de un tercero, interés contrario al de la sociedad, está obligado a ponerlo en conocimiento de los otros administradores y síndicos, y abstenerse de toda deliberación sobre la operación. En este caso... si la resolución no fue aprobada por los síndicos, los administradores que tomaron parte responden de las pérdidas ocasionadas a la sociedad" - art. 336.

La Comisión Reformadora del Código de Comercio de 1889 declaró en su Informe que las sociedades anónimas, por su multiplicidad, desenvolvimiento e importancia exigen una legislación completamente nueva. Luego acota, mirando con cierto recelo a los directores, que la experiencia ha demostrado, en efecto, que entre nosotros los intereses de los accionistas no están bien garantizados, librando completamente a su acción individual la defensa y vigilancia de sus derechos. Los directores se constituyen y funcionan con un carácter demasía arbitrario y despótico, libres de un control eficaz, lo que los estimula a abusos frecuentes y hacerse la idea de contraer la costumbre de manejar los intereses de los socios como si fueran exclusivamente propios. Era indispensable, pues, proyectar mayores garantías, tanto para los accionistas como para los terceros que contraten con sociedades de esta clase(42)(1703).

Esa Comisión incorpora al Código mercantil los artículos 338, 2ª parte y 345, que respectivamente establecen: "Les es prohibido también - a los directores - negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad que administran", y "El director que en una operación determinada tenga en nombre propio o como representante de otro, interés contrario al de la sociedad, debe avisarlo a los demás directores y síndicos, y abstenerse de toda deliberación sobre dicha operación".

El primero prohibía terminantemente y de manera concluyente toda negociación o contrato entre la compañía y su director; en cambio, por imperio del segundo, cuando entre ambos hay intereses antagónicos en alguna operación, el último debe avisarlo a los demás directores y síndicos y abstenerse de participar sobre la operación.

Los dispositivos legales con indiscutibles puntos de tangencia, como que el derecho comparado no reproduce ambos, generaron incertidumbre y confusión en la doctrina y jurisprudencia patria.

El "contrato o negociación" entre la sociedad anónima y su director vedado por el art. 338, 2ª parte, ¿acaso no importa una operación con interés contrario entre ellos, autorizada por el art. 345 con ciertas condiciones? ¿Hay contradicción entre ambos textos o se armonizan y complementan? En el segundo caso, ¿cómo juegan?, ¿cuál es el campo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de aplicación de cada uno?

La inteligencia de dichos dispositivos legales con distintas fuentes(43)(1704), provocó una amplia controversia(44)(1705), llegándose a afirmar que su armonización era uno de los problemas más difíciles en la exégesis del Código de Comercio(45)(1706).

Algunos autores consideraron absoluta la prohibición del art. 338 para que los directores contraten con la sociedad anónima(46)(1707), mientras Satanowsky rechazó esa postura: el director no puede deliberar y resolver en una operación en la que directa o indirectamente tiene interés, en cuyo caso la deliberación de los demás directores será válida, lo mismo que la convención ulterior celebrada por la sociedad con el interesado. En cuanto al acto infringiendo el art. 338 es de nulidad absoluta por contrariar una prohibición legal, pero nada se opone a su ratificación por la asamblea de accionistas, porque el acto realizado por el mandatario contra una prohibición legal establecida en beneficio del mandante se asimila a un acto realizado sin mandato o excediéndolo, y por tanto ratificable a pesar de su nulidad(1708)

Halperín rechaza esa opinión: 1°) Porque se funda en la presunción de una falta de técnica del legislador, que habría dedicado dos disposiciones aparentemente contradictorias para resolver una única situación, no obstante la proximidad de ubicación de las dos disposiciones, lo que hace más estridente la impugnación; 2°) Porque el lenguaje empleado por el art. 338 excluye la extensión de los medios establecidos por el art. 345 cit., para hacer posible la contratación ahí prevista; 3°) Porque se funda en la afirmación de que legislan para las mismas hipótesis. Y no es así: estas disposiciones tienen distinto ámbito de aplicación - ob. cit., p. 224 - .(47).

Otro sostuvo que incluir todo contrato en la norma legal llevaría al absurdo, pues la prohibición de negociar o contratar reprueba sustancialmente la especulación infiel: el lenguaje de la fórmula legal como su contenido y finalidades, revelan que nada impide que un director contrate sus servicios para trabajar a la vez como empleado de la compañía, se ha procedido con sujeción a lo dispuesto por el art. 345 y el pacto resulta razonable(1709)

Ese es el pensamiento de Barrancos y Vedia: las transacciones entre director y sociedad tienen que ser válidas si el mismo director revela su interés, que es opuesto al de la sociedad, a los demás directores y se abstiene de votar, no encontrando en tal conducta un menoscabo a la moralidad ni al orden público - art. cit., La Ley, 81, pág. 845 - .(48). Rosembusch aplaude un fallo que desestimó la nulidad del contrato formalizado entre la sociedad anónima y su director, propugnando la interpretación lógica y racional del art. 338, adaptada a la realidad económica que estamos viviendo sin sacrificar innecesariamente los derechos de terceros ni el bien entendido interés de la sociedad(1710)

Morandi que estudia en profundidad el tema concluye: 1°) Que los actos infringiendo el art. 345; son nulos en virtud del art. 338, y por ende, no susceptible de confirmación. Sin embargo, la nulidad podría repararse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la aprobación expresa o ratificación de la asamblea de accionistas - arts. 1907, 1908, 1918 y 1936, Cód. Civil - ; 2°) Que en los supuestos del art. 345, no entran los contratos de adhesión, tipificados como "negocios que se encuentran comprendidos dentro del giro normal de una sociedad anónima" y aquellos de los cuales resulte un evidente beneficio para la empresa social - vg., préstamo sin interés o a un interés bancario - ; 3°) Que si la junta de accionista previamente consiente la celebración del acto no juega el art. 345 ni el 338, desde que el Directorio no resuelve en forma autónoma y se limita a cumplimentar una resolución del órgano supremo - ob. cit., pág. 115 y sgts.(49); etc.

En las resoluciones judiciales hallamos igual discrepancia, aunque los pronunciamientos son escasos.

Uno de los casos más recordados es el de la Cámara Comercial de la Capital Federal, decidiendo: "Los préstamos hechos en cuenta corriente a una sociedad anónima por una sociedad cuyos componentes eran a la vez directores de aquélla, constituyen actos prohibidos por el art. 338 Cód. Com."(50)(1711). Igual suerte corrió "la hipoteca constituida por la sociedad anónima a favor de la esposa de uno de sus directores. No obsta a ello que no sea el mismo director quien contrató con la sociedad sino su esposa y que ésta haya empleado en la operación sus capitales propios, así como tampoco que el director haya avisado a los demás miembros absteniéndose de votar la operación, pues se trata de un negocio por cuenta propia aunque indirectamente, y, por tanto no rige el art. 345 Cód. Com., aplicable a un supuesto distinto: el del director que en una operación determinada tiene un interés contrario al de la sociedad"(51)(1712), etc.

Muchos fallos defienden la validez de estas convenciones: "El art. 338 Cód. Com. debe entenderse en favor del mandante: un director puede contratar con la sociedad siempre que cumpla con el art. 345 Cód. Com."(52)(1713). También se reconoció efectivo, "el contrato de seguro celebrado por una sociedad colectiva con una compañía de seguros en cuyo directorio formó parte uno de los socios de aquélla, de acuerdo al art. 1711 Cód. Civil, que determina la situación de la persona respecto de los socios, disposición confirmada por las normas pertinentes de la legislación mercantil"(53)(1714), "el contrato de compraventa, donde algunos miembros de la sociedad enajenante integraban parte del directorio de la compañía adquirente, quienes cumplieron las exigencias del art. 345, siendo ratificada la operación por la asamblea de accionistas"(54)(1715), etc.

Sin profundizar el tema por tratarse de una legislación derogada ambas normas tenían distinto ámbito: la primera proscribía los contratos o negocios entre la sociedad anónima y sus directores, fundada en una razón económico - moral, evitar el sacrificio de los intereses sociales en beneficio de los particulares del director, mientras la segunda entra en acción cuando éste sin contratar con la compañía se haya interesado en alguna operación social, vg., aplicación de las actividades sociales en perjuicio de las que tiene el director personalmente fuera de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o persona cuyos bienes administra o de la que es representante (factor, p. ej.)(55)(1716). Entonces debían cumplirse los requisitos del art. 345 Cód. Com.

Los efectos de la violación del art. 338, 2ª parte, no previstos especialmente por el legislador(56)(1717) fue motivo de polémica: un sector de la doctrina se inclinó por la nulidad del contrato entre la sociedad anónima y su director - art. 18 Cód. Civil - , pero otros entendían no lo afectaba(57)(1718)

Finalizando con nuestro derecho anterior al vigente, destacamos que el art. 7º de la ley 14962 autorizó a las instituciones bancarias para operar con sus directores y administradores, así como con las empresas o personas vinculadas a ellas, en las condiciones que establezca el Banco Central.

Este precepto derogando parcialmente el Código de Comercio fue repetido por el art. 18 de la Ley de Bancos de la República Argentina - dec. - ley 13127/57 - y art. 24 de la ley de entidades financieras - ley 18061 - , cuyo inciso "e" dispone: "Las entidades no podrán:... Operar con sus directores y administradores y con empresas o personas vinculadas con ellos, en condiciones más favorables que las acordadas de ordinario a la clientela".

IV. Revistamos los proyectos de reformas sobre sociedades anónimas en el país, algunos de los cuales tienen singular interés para nuestro examen por constituir la fuente del sistema actual, donde se tiende, en general, a morigerar el rigor del art. 338 Cód. Com., clarificando el tema.

El Anteproyecto de Sociedades Comerciales dirigido por F. Figueroa(58)(1719), a imagen del Código de Comercio prevé ambas hipótesis: la contratación entre director y sociedad anónima y cuando el primero tenga interés opuesto a la corporación.

El art. 62 prohíbe los negocios o contratos entre el director "por cuenta propia, directa o indirectamente" y la sociedad, pero innovando los admite cuando "obre por cuenta ajena. sea como mandatario o comisionista". La violación de la norma, aparte la nulidad del contrato a favor de la corporación, faculta para reclamar daños y perjuicios y exigir la restitución de la ganancia obtenida - art. 63 - , acción que se prescribe a los seis meses del conocimiento de la violación por los demás directores o el síndico, o a los cinco años del hecho, si no medió tal noticia. Esta acción puede promoverla cualquier interesado - art. 64 - .

El art. 65 regla el "interés contrario del director en una operación determinada por cuenta ajena", en cuyo caso debe avisar a los demás directores y síndico absteniéndose de toda deliberación. Los otros directores responderán por las pérdidas de la operación, salvo aprobación de la asamblea general.

La solución propuesta es bastante compleja, no exponiendo las razones que abonan la contratación del director por cuenta ajena, que puede resultar muy dañosa. Tampoco atisbamos por qué la acción de nulidad intentada por cualquier interesado se prescribe a los tres meses que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demás directores o el síndico conocieron el hecho.

El Anteproyecto de régimen legal de la sociedad anónima redactado por Mario A. Rivarola, para el Instituto de Estudios Legislativos(59)(1720), introduce la incompatibilidad ilimitadamente de los administradores - con toda otra actividad o comercio por cuenta propia o ajena, art. 57 tn fine - , de acuerdo con el principio adoptado por el art. 14 de la ley 11645 para las sociedades de responsabilidad limitada(60)(1721).

El art. 62 proscribire toda negociación entre los administradores y la sociedad: tales actos son nulos y su declaración procede de oficio o a petición de cualquier interesado.

Sin embargo autoriza: a) Las entregas de dinero efectivo que los administradores hagan a la sociedad, que en ningún caso gozarán de interés, garantía o privilegio alguno, ni quedan sometidos a plazo para exigir su devolución, mientras no sea fijado por sentencia firme y ejecutoriada - art. 62, 2ª parte - ; b) Los contratos convenientes para la sociedad, previa aprobación de la asamblea, por lo menos con la mitad del capital suscrito. En caso de urgencia podrán celebrarse con la conformidad previa de los síndicos y posterior ratificación de la asamblea con igual mayoría: quienes intervienen en estos actos responden solidariamente mientras no se aprueben o ratifiquen por la junta - art. 63

El sistema es más sencillo al eliminar el "interés contrario" y pretende otorgar mayor elasticidad al permitir ciertos actos, aunque no se darán en la práctica por los requisitos fijados. Los contratos "convenientes" para la sociedad - cuestión de hecho erizada de dificultades - tiene un trámite muy pesado.

El Dr. Miguel Bomchil fue autor de un Anteproyecto de ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, trabajo muy serio y documentado(61)(1722), fuente de elaboraciones posteriores.

El art. 80, conforme la nueva orientación, establece la incompatibilidad para ser director de quienes actúen en sociedad con actividades en competencia y quienes tengan intereses opuestos. Cualquier accionista puede denunciar al o a los síndicos esta circunstancia, para que convoque la asamblea extraordinaria - si la denegó el Directorio - a los efectos de la destitución del o los directores incurso en la inhabilitación prevista(62)(1723). Ello lo repite el art. 84, 2ª parte, con la salvedad que pueden ejercer actividades en competencia mediante consentimiento de la asamblea(63)(1724).

A su vez, el art. 84, 1ª parte, prohíbe al director que por cuenta propia o de terceros tenga interés opuesto al de la sociedad intervenir en la deliberación y resolución, bajo apercibimiento de satisfacer el daño originado a ésta(64)(1725).

Esta iniciativa con fórmula lata también alude únicamente al "interés contrario", que embebe los contratos entre director y sociedad, facilitando su conclusión: la violación no acarrea la nulidad del acto sino simplemente compromete la responsabilidad del administrador.

El Poder Ejecutivo Nacional designó a los Dres. Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria, el año 1958, para la redacción de un Proyecto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ley de sociedades(65)(1726), de acuerdo al plan de reformas legislativas. Esta tentativa legal borra el art. 338, 2ª parte, Cód. Com.(66)(1727), estatuyendo el art. 321: El director que por cuenta propia o de terceros tenga en un determinado acto ordinario de administración un interés opuesto al de la sociedad, debe avisarlo a los demás directores y síndicos y abstenerse de integrar el quórum y participar en la deliberación. Cuando se trata un acto, operación o contrato que exceda de los actos ordinarios de administración además se dará cuenta a la asamblea para que ratifique la deliberación del directorio. La infracción a lo dispuesto en el primer párrafo apareja la pérdida del cargo y la nulidad del acto si su intervención ha sido decisiva para la resolución adoptada, haciéndole responsable por todas las consecuencias. La infracción de lo dispuesto en el segundo párrafo produce los mismos efectos y hace incurrir en igual responsabilidad a todos los directores y síndicos.

A esta prohibición escapa "la simple ejecución de actos resueltos o ratificados por la asamblea general de accionistas y él o los directores sean los únicos representantes facultados para su cumplimiento" - art. 322 - .

El art. 323 consigna la prohibición de competencia de los directores, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de reparar los daños causados.

El Proyecto de la Comisión Revisora reprodujo ped ad literam estas normas en los arts. 278 a 280(67)(1728), que asimila los contratos al interés contrario entre la sociedad y sus directores.

La solución es clara, discriminando los actos ordinarios o no de administración - lo cual no es fácil - , requiriendo en el segundo caso la ratificación por la asamblea. También concreta la sanción por la infracción del procedimiento. La excepción - actos resueltos o ratificados por la asamblea - aparece obvia.

El Anteproyecto de Ley General de Sociedades del año 1977(68)(1729)señala como incompatibilidad para ser director, "los que actúan en empresas en competencia con intereses opuestos, salvo lo dispuesto en el art. 274" - art. 266 inc. 2º - . La remisión en verdad es al art. 275, que prohíbe al director participar por cuenta propia o de terceros en actividad en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59(69)(1730).

En consonancia al Código de Comercio regla separadamente las negociaciones del director con la sociedad y cuando tuviere interés contrario a ésta.

En el primer caso, "el Director sólo puede celebrar con la sociedad los actos y contratos que sean de la actividad normal de ella, 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. Los actos o contratos celebrados en violación de estas normas son nulos, de nulidad absoluta" - art. 273 - .

En la segunda hipótesis, cuando el director tenga un interés contrario al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la sociedad deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la liberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59 - art. 274 - .

Estas normas son las del régimen vigente, que corren bajo los números 271/3, con un párrafo agregado al actual 271 - segundo - : "Los contratos prohibidos por el párrafo anterior, podrán ser celebrados con autorización previa de la asamblea extraordinaria"(70)(1731).

V. La ley 19550 reglamenta, siguiendo el derrotero del Código de Comercio, los contratos entre la sociedad anónima y sus directores - art. 271 - ; la hipótesis que éstos tengan intereses antagónicos - art. 272 - y como novedad la incompatibilidad de los directores - art. 273 - .

Consideramos estos diversos casos por su orden, a los cuales los comentaristas no prestan mucha atención(71)(1732), que la Exposición de Motivos destaca: "La aplicación actual de los arts. 338, segundo párrafo, y 345 Código de Comercio, ha dado lugar a notables dificultades de interpretación, además de establecer soluciones inadecuadas. El régimen propuesto prevé diversos supuestos que satisfacen las necesidades normales de la sociedad e impide que puedan consumarse perjuicios para la sociedad y los accionistas, por el empleo abusivo del cargo para beneficiarse indebidamente, sea contratando directamente con la sociedad (supuesto que se remite sólo para los actos de la actividad normal) y en las mismas condiciones que se hubiere contratado con terceros (art. 271, 1er. párrafo) o para impedir que haga prevalecer el interés personal contrario al interés de la sociedad (art. 272), o que por cuenta propia o de terceros participe en actividades en competencia con la sociedad (art. 273). Los contratos no autorizados en el primer párrafo del art. 271 podrán ser celebrados con autorización previa de la asamblea (art. 271, segundo párrafo). La previsión en cada caso de las sanciones civiles correspondientes, completa las normas reglamentarias enunciadas".

VI. El nuevo estatuto, auscultando el derecho comparado y el sentir de la doctrina y jurisprudencia patria, que bregó con insistencia para adecuar la postura rígida del Código de Comercio a las necesidades de la actividad económica, modifica radicalmente el régimen de contratación entre los directores y la sociedad anónima, para no trabar su normal y ágil funcionamiento y tampoco privarla de elementos expertos en su administración.

El impedimento absoluto del viejo art. 338, 2ª parte, Cód. Com. es extirpado, adoptando un sistema permisivo con limitaciones, como fluye del art. 271 L. S. - intitulado "Prohibición de contratar con la sociedad"(72)(1733)- , que autoriza cualquier clase de negocios satisfaciendo los presupuestos legales.

¿Por qué razón se imponen estos requisitos?

Siburu y Segovia, entre varios, manifiestan que la traba legal constituye una aplicación de los principios sobre la representación, a igual que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

arts. 1361 inc. 4°, 1513, 1909, 1919 del Cód. Civil y 105 inc. 3°, 262, 263, etc., del Cód. Comercial(73)(1734).

Dicha tesis, con asidero legal en el Código de Comercio donde el director de la sociedad anónima era un mandatario - arts. 336, 337 y 346(74)(1735)- , resulta inaceptable frente al derecho actual que receiptó la teoría organicista - arts. 73, 84, 3ª parte, 102, 1ª parte, 158, 166, 3ª parte, etc. L. S.(75)(1736)- . No se puede hablar ni siquiera de "órgano representativo", a pesar el art. 268 L. S. declara que "la representación de la sociedad corresponde al presidente del Directorio": órgano y representación son conceptos irreductibles, puesto que la representación implica duplicidad de sujetos y el órgano implica identidad. Esto basta para demostrar que de representación orgánica no se puede hablar en ningún sentido, ni aun siquiera de "órgano representativo", ya que el sustantivo "representación" en la primera expresión excluye el adjetivo "órgano", y también en la segunda, el sustantivo "órgano" excluye el adjetivo "representación". Por lo demás, no hay necesidad de introducir el concepto de "órgano representativo" para explicar y comprender que hay órganos destinados para la acción externa y distinguirlos de los designados para la acción interna(76)(1737).

La ratio legis la hallamos en motivos de moralidad para evitar abusos de los directores y los excesos del poder, como también en defensa del interés de los accionistas e integridad del capital social. Il se presente comme un texte normal, comme il est normal de mettre un verrou a une porte, par laquelle il en passera généralement que d'honnêtes gens, mais para laquelle passerait peut - être un jour un malhonnête homme(77)(1738).

¿La sociedad anónima puede celebrar cualquier clase de contrato con los directores?

La respuesta afirmativa se impone porque no hay ninguna prohibición, a diferencia de otros derechos - francés, alemán, etc.(78)(1739)- que excluyen algunos por su naturaleza peligrosa. El art. 271 L. S. en sus dos primeros párrafos comprende todos los negocios entre la sociedad y sus directores.

En el primero menciona "los contratos que sean de la actividad normal de la sociedad y en las mismas condiciones que se hubieran celebrado con terceros", siguiendo las huellas de la ley de entidades financieras(79)(1740).

Así lo postuló la doctrina nacional, en consonancia al derecho comparado, pues esos actos alejan toda sospecha de infidelidad por parte de los directores. Nao há ai, com efeito ajuste previo, isto é, acertamento preliminar entre comprador y vendedor sobre as condições do contrato, o que, em regra, estabelece a colisao de interesses(80)(1741).

Por otra parte, de lo contrario se llegaría al absurdo, vg., que los directores de una compañía de transportes no deben viajar en vehículos de esa empresa; que los de una sociedad editora, no han de comprar libros, diarios o revistas publicadas por ella: que los de una compañía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

almacenista nada puede adquirir en ésta; que, en fin, cualquier director, mientras sea tal, no podrá comprar acciones por cuenta propia de la misma sociedad, etc.(1742)

Malamud recuerda al director de una compañía de seguros que tenía varios contratos con la misma que pretendió rescindir, ante la interpretación del art. 338 Cód. Com., para celebrarlos en otra compañía. Los colegas se opusieron: "el hecho de que se asegure en otra entidad podría significar un descrédito para la compañía y de propaganda para la otra; descrédito, porque para el común de las personas que no entienden de derecho, el hecho revelaría desconfianza hacia esa compañía aseguradora y al mismo tiempo los corredores de la otra difundirían que un director de una competidora se había asegurado en la suya - art. cit., pág 86.(81).

¿Qué actos son de la actividad normal de la empresa social?

Ellos corresponden a los que hacen a su "objeto social", que debe consignarse de manera "precisa y determinada" - art. 11 inc. 3° L. S. - . Exempli gratia, en la compañía de seguros las operaciones de seguros, reaseguros, etc. - art. 79 inc. "b" ley 20091 - , la sociedad inmobiliaria la compra y venta de inmuebles, etc.(82)(1743). También hay que atender a la forma habitual de operar - mayorista o minorista - , pues una venta excepcional por suma considerable rebasa lo normal; es una cuestión de hecho librada a la prudencia de los directores, que deben actuar con la diligencia del buen hombre de negocios - art. 59 L. S.(83)(1744). (1745)

No encuadran en la actividad normal las inversiones que las sociedades anónimas hagan de sus reservas.

Además, estos contratos "deben concluirse en las mismas condiciones que con los terceros"; es decir, la sociedad editora venderá sus libros al precio de lista al público

Cuando a ciertos clientes - vg., empleados de la sociedad - se les hace una quita en el precio, ¿podrán gozar de ella los directores?

No hay inconveniente desde que ello es corriente dentro de la actividad negocial, pero siempre que se otorgue a otras personas, reiteramos(84)(1746)

El segundo párrafo del art. 271, añadido en la última revisión del proyecto - con fórmula amplia y por exclusión - abarca "los contratos prohibidos en el párrafo anterior(85)(1747); esto es, el que haga a la actividad normal de la empresa concluido en distintas condiciones que con los terceros o cualquier otro.

¿Quiénes deben satisfacer las formalidades legales?

La norma mira los directores "titulares" de la sociedad anónima, que tienen su manejo y deliberan sobre las operaciones; en otras palabras, la persona que al tiempo de la conclusión del negocio ostente la calidad de director, aun cuando estuviese en goce de licencia o no asistiere a la reunión de directorio, porque de lo contrario podría burlarse fácilmente la traba legal.

No rige cuando el contratante deviene director durante la ejecución de la convención - vg., de tracto sucesivo -(86)(1748). Tampoco para los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

directores suplentes, elegidos para subsanar la falta de los directores por cualquier causa - art. 258 L.S. - , los que mientras son tales no integran el órgano de administración. Lo remarcamos, porque en alguna ocasión se dijo: "El contrato de préstamo con garantía hipotecaria, concluido con uno de los directores suplentes está prohibido por el art. 338 Cód. Com."(87)(1749)

Acotamos que la prohibición comprende los síndicos - art. 298 L. S. - , como novedad en nuestro derecho, lo cual puede ser cuestionable ya que únicamente cumplen tareas de contralor y carecen de voto en las reuniones del Directorio - art 294 inc. 3° L.S. -(88)(1750), pero escapan los síndicos suplentes - que deben elegirse en igual número que los titulares, art. 284, 1ª parte in fine L.S. - , por las razones apuntadas para los directores; los gerentes que no fueren directores, quienes realizan funciones ejecutivas - art. 270 L.S. - y los miembros del "Consejo de Vigilancia", ya que el art. 280 omite la referencia al 271, contradicción inexplicable desde que tienen mayores atribuciones que los síndicos - art. 281 L.S.

¿La regla tiene vigor cuando el contrato se formaliza con otra sociedad en la cual el director también es administrador - vg., director de sociedad anónima gerente de sociedad de responsabilidad limitada, socio de sociedad colectiva, etc. - ?

El interrogante es importante, porque como expresa Cooper Royer, estos negocios criticables, injustamente onerosos, discutibles en su principio y consecuencias, son generalmente pasados entre firmas que tienen administradores comunes(89)(1751) .

La contestación era simple en el Código de Comercio, cuyo art. 338, 2ª parte era explícito - a igual que otras legislaciones(1752)

En Francia, puede consultarse un caso jurisprudencial en Revue Trimestrielle de Droit Commercial, anotado por Houin - año 1965, p. 130 - .(90)- y en ese cauce se pronunció nuestra jurisprudencia en un caso recordado(91)(1753).

No obstante que la ley no distingue - "por cuenta propia, directa o indirectamente" - nos pronunciamos afirmativamente atendiendo a la mens legis(92)(1754), la calidad del director - órgano de la sociedad(93)(1755)- y la literalidad de la norma, ordenando al administrador denunciar su participación en el acto, lo cual no tendría sentido si obra en su propio nombre.

Oigamos a Vivante: El administrador tiene la obligación de abstenerse, no sólo cuando se trate de un negocio suyo, sino también cuando sean negocios que piensa concluir como representante de un tercero. Por tanto, es imposible todo contrato entre dos sociedades que tengan el mismo Consejo, sin el acuerdo de las dos asambleas: hallándose las dos sociedades faltas de representación de una para con la de la otra, la conclusión del negocio debe efectuarse por medio del órgano soberano de las mismas. El administrador debe abstenerse, no sólo cuando quiera tratar con la sociedad en nombre propio o ajeno, sino también cuando está interesado en el negocio que otro cualquiera quiera concluir con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad, cual se halla ciertamente en el pensamiento del legislador. En efecto, lo que éste ha querido impedir no es el uso formal del mismo nombre o la intervención de la misma persona como representante de dos opuestos intereses, sino los abusos que pueden derivarse de ello; y éstos pueden resultar más graves si se encubren con el nombre ajeno(94)(1756).

Esta conclusión tiende a evitar aberraciones - vg., la sociedad que tiene un solo director podría negociar libremente con otra sociedad anónima cuyo único director fuere la misma persona - y fraudes legales enmascarándose el director de sociedad, que tanto preocupa al legislador contemporáneo(95)(1757). Además, se compadece con la doctrina de la penetración en la persona jurídica hasta alcanzar el sustrato real o personal - patrimonio y miembros - - que tras la misma se esconde. La revisión del concepto de la persona jurídica está en el orden del día, ante el frecuente uso de la misma, que a veces constituye un abuso, para hacerle servir a las necesidades y conveniencias personales de sus miembros, cuando no a propósitos de licitud más dudosa, con olvido o en contradicción con la finalidad que sirve de soporte natural a esta institución(96)(1758)

La misma es apoyada por Farina, pues la limitación del art. 271 rige aun cuando no contrate directamente, pero lo hace una sociedad en la que el director tenga tal predominio que permita afirmar a través de la teoría de la penetración de la personalidad, que en definitiva es el verdadero titular(97)(1759), y Halperín que, aludiendo al interés contrario, manifiesta que no es sólo el propio, sino también cuando pertenezca a un tercero a quien representa o por quien actúe. Se lo impone un deber de lealtad - art. 59 -(98)(1760).

¿Cuál es el procedimiento legal para que el director contrate con la sociedad anónima?

Conforme lo expuesto hay que distinguir según el tipo de contrato: los de la actividad normal de la sociedad y en las mismas condiciones que terceros y los demás.

a) Los primeros requieren que el director interesado, haga saber su participación al directorio y síndico - deber positivo - y se abstenga de intervenir en la deliberación - deber negativo - .

El legislador quiere que los directores y el síndico al tratar la operación tengan conocimiento que el contratante es un director, por lo cual anotamos:

1°) Que este trámite legal no puede enervarlo el estatuto de la sociedad anónima, como es habitual en U.S.A., según noticia Barrancos y Vedia(99)(1761).

2°) Que el aviso debe darse a todos los demás directores y no sólo a los presentes en la reunión - como disponía el art. 321 del Proyecto Malagarriga y Aztiria - , aunque los ausentes no intervengan en la decisión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como derivación, se hará la comunicación antes de la reunión del directorio, porque los que falten carecerán de la noticia.

3°) Que la ausencia del director interesado a la reunión no lo excusa del aviso.

4°) Que no establece formalidad alguna para la notificación, pudiendo efectuarse por cualquier medio y consignarse en acta: de la, lavrarse - á, no livro proprio, uma ata, da qual deverá constar o aviso dado pelo director impedido(100)(1762).

5°) Que la noticia se dará también al síndico o "síndicos" si hay varios, como expresa el art. 272 L.S.

Naturalmente, si el estatuto prescindió del síndico al organizar el Consejo de Vigilancia - art. 283 L.S. - , la comunicación se hará a éste, aunque la ley calla.

En segundo lugar, el director contratante se abstendrá de intervenir en la deliberación, lo cual figurará en el acta respectiva.

Ello es lógico y correcto para que no influya sobre la resolución, lo cual sugiere algunas cuestiones:

1°) ¿El director podrá votar sobre la operación?

La ley no lo prohíbe, separándose de otras como la mexicana - art. 156 - , pero ello es casi obvio. Si no se le permite lo menos - deliberar no puede lo más - decidir con su voto - ; en especial, porque está patente la colisión de intereses(101)(1763).

¿Qué ocurre si, ante el silencio legal, el director interesado vota?

La resolución será inválida si fue decisivo para lograr la mayoría(102)(1764), a pesar que nuestra ley no prevé la impugnación de las resoluciones del Directorio por los directores ausentes o disidentes y por los síndicos, como el art. 2391 Cód. Civil italiano.

2°) ¿El director contratante se computa a los efectos del quórum del Directorio ?

La ley guarda silencio, a diferencia del Proyecto Malagarriga y Aztiria que se pronunciaba negativamente, contrariando un fallo de nuestros tribunales que declaró debía tenerse en cuenta(103)(1765).

Adherimos a la solución del proyecto mencionado: la resolución no se adoptará por el mínimo de directores habilitados para pronunciarse sobre el negocio, piensa Halperín(104)(1766).

Ello traerá dificultades ante la desafortunada fórmula del art. 260 L.S. - el quórum será de la mitad más uno de los integrantes - : en el Directorio con tres miembros no podrá lograr quórum(105)(1767).

3°) ¿Qué sucede si el Directorio es unipersonal, como faculta el art. 255 L. S., excepto en las sociedades del art. 299?

El negocio no podrá efectuarse de acuerdo a las previsiones legales, por la imposibilidad de cumplimiento: el propio director no puede resolver.

En esa hipótesis la operación tendrá que aprobarla la asamblea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extraordinaria.

4°) ¿La resolución podrá ser tácita?; vg. si el Directorio cumplimenta el contrato entre la sociedad y el director.

Ello es inadmisibile porque deben cumplirse los requisitos legales. El Directorio tiene que pronunciarse sobre la operación.

b) Los otros contratos entre la sociedad y el director - los extraños a la actividad normal y los que así fueren celebrados en condiciones diversas a los terceros - podrán concluirse únicamente con la autorización previa de la asamblea extraordinaria, órgano supremo de la empresa social.

Resulta oportuno expresar al respecto:

1°) Que exige imperativamente la autorización "previa" de la junta de accionistas, a diferencia de otros derechos(106)(1768), evitando los "hechos consumados"(107)(1769).

De nada valdrá la conformidad *ex post facto*. generalmente carente de eficiencia por haberse ya ejecutado el acto.

2°) Que la asamblea extraordinaria requiere el quórum y mayoría del art. 244, salvo modificación del estatuto.

El director si fuere accionista se abstendrá de votar la operación - art. 248 L. S. - .

3°) Que la orden del día de la asamblea contendrá los elementos esenciales de la operación a autorizar - naturaleza, director interesado, etc. - ; en su caso, como dice Cooper Royer, cualquier accionista puede oponerse a su consideración(108)(1770).

4°) Que nada expresa sobre la información a los accionistas en la asamblea, cuestión que detuvo la atención del legislador francés(109)(1771), muy importante para adoptar la resolución.

El síndico ilustrará detalladamente sobre las condiciones y conveniencia de la operación, so pena de viciar la decisión(110)(1772). Como señalan Ripert - Roblot, si bien la divulgación de estos datos pueden ser peligrosos para la sociedad, la jurisprudencia sintió la necesidad de concluir con el laconismo de estos informes, que imposibilitan a los accionistas lograr un juicio claro sobre el negocio(111)(1773).

5°) Que esta aprobación es necesaria aun para los contratos por licitación pública, donde aparece inoperante tutelar los intereses de la sociedad, como se manifestó en el parlamento francés al debatirse la ley del año 1867.

La ley no distingue y, como apunta Sasot Betes, no cabe acoger esa tesis, porque a poco que se examine objetivamente el mecanismo de la licitación, se observa que la protección que puede representar para el accionista frente a la prohibición del art. 38 Cód. Com. es muy relativa(112)(1774).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

6°) Que ningún valor tendrá la autorización "en blanco" otorgada a los directores para contratar con la sociedad por la asamblea.
Ella debe prestarse concretamente sobre "cada" operación(113)(1775).

7°) Que cuando se tratare de la simple ejecución de actos ya resueltos especialmente por la asamblea de accionistas y él o los directores son los únicos representantes facultados para cumplirlos - art. 322 Proyecto Malagarriga y Aztiria - , no es menester nueva conformidad de la asamblea.

¿Qué efectos producen los actos contrariando la norma legal?

La omisión del régimen anterior, que tantas dificultades ocasionó, es colmada por la ley actual, siguiendo la orientación de la doctrina prevaleciente: "los actos son nulos, de nulidad absoluta" - art. 271, 3ª parte - . Nada expresa sobre los efectos de orden penal.

El contrato formalizado por la sociedad con el director queda privado de eficacia en virtud de una causa existente en ese momento, anotando:

1°) Que abarca todos los negocios, tanto los de la actividad normal como los otros, que no se ajustaron a las formalidades previstas.

Tampoco distingue si se dejaron de cumplir todos o algunos de los requisitos - vg. si omitió noticiar la operación a un síndico que no asistió a la reunión de Directorio - , si el contrato es beneficioso o perjudicial para la empresa, etc.

Todo lo cual torna demasiado severa la sanción(114)(1776).

2°) Que siendo el acto nulo y de nulidad absoluta(115)(1777), resta invalidado ipso iure - art. 1038 Cód. Civil - .

Hay nulidad de derecho, que puede declararse de oficio, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, excepto la parte que conoció o debió conocer el vicio - art. 1047 Cód. Civil - .

No puede confirmarse - art. 1047 Cód. Civil - y no es renunciable - arts. 19 y 872 Cód. Civil - .

3°) Que la acción es imprescriptible, de acuerdo el parecer de la doctrina y jurisprudencia nacional(116)(1778).

En aras de la seguridad jurídica debió fijarse plazo, como en otras legislaciones(117)(1779). La declaración tardía puede traer graves derivaciones, no obstante el art. 1051 actual del Cód. Civil.

4°) Que si las partes quieren validar el acta deben efectuarlo ex novo, cumpliendo las exigencias legales.

5°) Que compromete la responsabilidad del director por los daños y perjuicios que la nulidad ocasione.

El art. 271 calla, pero así lo impone el art, 272 L. S. cuando hay colisión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de intereses y con más razón en esta hipótesis: el derecho común respalda esta conclusión - arts. 1056/7 Cód. Civil - .

6°) Que la transgresión del director al deber de lealtad puede constituir justa causa de remoción del cargo(118)(1780), aunque la ley no lo diga.

VII. El art. 272 L. S., bajo el rubro "interés contrario", disciplina el conflicto de intereses entre el director y la sociedad anónima, a semejanza del art. 345 del Código de Comercio derogado.

En tal caso impone también al director el deber de hacerlo saber al Directorio y a los síndicos, .y abstenerse de intervenir en la deliberación non facere - .

¿Qué se entiende por interés contrario?

La ley no precisa su concepto, que no es fácil, al estar conectado al "interés social", tema disputado entre los contractualistas e institucionalistas.

Se entiende que una persona tiene intereses contrastantes con otra, si la utilidad futura que para la primera es posible o probable está en concurrencia con la posible o probable utilidad que se presenta para otra persona(119)(1781), concordante con el pensamiento de Navarrini, cuando en una operación la ventaja de una parte debe resolverse necesariamente en una disminución de la ventaja para la otra(120)(1782), quien admite no es satisfactoria para solucionar todos los casos, ya que debe atenderse a las circunstancias de cada uno.

Esa noción conformada al derecho italiano no se compadece con el régimen argentino - postura original, repetimos - , que distingue los negocios entre el director y la sociedad anónima - donde hay intereses antagónicos (art. 271) del previsto en el texto sub examine, reducido a los supuestos en que existe colisión de intereses pero sin contratar entre ellos, a igual que en el art. 345 Cód. Com. derogado(121)(1783): si la sociedad anónima otorga un préstamo de dinero a Ticio, con cuyo importe se comprometió a saldar la deuda que tiene con uno de los directores, no hay contrato entre la sociedad y el director, pero éste tiene un interés opuesto al de aquella(122)(1784).

La oposición de intereses" no presenta mayores problema luego de analizado el art. 271, cuyo primer apartado resulta de estricta aplicación en cuanto al fundamento - deber de lealtad - , personas comprendidas, procedimiento a seguir, etc., debiendo subrayar que esta norma juega para los integrantes del "Consejo de Vigilancia" - art. 280 - .

La variante está en los efectos del acto celebrado por el Directorio sin cumplir los requisito legales; no es nulo sino válido. La sanción recae exclusivamente sobre el director interesado que es pasible de la penalidad del art. 59 - reparación de daños y perjuicios - , amén que su actitud puede constituir justa causa de remoción de cargo. Todo según lo expuesto al tratar los negocios entre la sociedad anónima y su director.

VIII. Como novedad en nuestro régimen jurídico se introduce un principio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recogido por el derecho comparado(123)(1785), prohibiendo a los directores realizar actividades en competencia con la sociedad anónima, que el Código de Comercio sólo establecía para los socios de las sociedades colectivas(124)(1786).

El art. 273, denominado "actividades en competencia", dispone: "El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la misma responsabilidad del art. 59".

El fundamento de la incompatibilidad está en el deber de lealtad del administrador, evitando que enterado de los secretos de la actividad social se atraiga su clientela; vale decir, no interesa que el mismo dedique todo su tiempo al cargo, tanto que no establece limitaciones como otras legislaciones(125)(1787), y por otra parte, nada obsta cumpla otras tareas ajenas.

¿Qué se entiende por actividades en competencia?

La posibilidad de la competencia es una cuestión de hecho, que debe apreciarse singularmente en cada caso, resultando bastante exacta la fórmula de Messineo: existe competencia cuando, entre el tipo de actividad económica que ejerce la sociedad regida por el administrador y la actividad económica ejercida por éste personalmente o en nombre de terceros, hay identidad o estrecha semejanza, de manera que ambas se dirigen a la misma clientela, con el resultado del daño recíproco(126)(1788).

No basta atender al "objeto social" fijado en el estatuto que a lo mejor no desarrolla(127)(1789); por otra parte, la misma actividad puede ejercitarla el director sin peligro de concurrencia - industria hotelera en Bariloche explotada por la sociedad en Buenos Aires - o complementándose - empresa de transporte de Buenos Aires a Córdoba y otra de Córdoba a Salta - . En definitiva habrá que contemplar si el director puede afectar la clientela de la sociedad, tema de especial interés en la concentración horizontal de empresas, pues si negamos que una misma persona sea al mismo tiempo administrador de dos sociedades dedicadas al mismo negocio, se cortarían de raíz toda posibilidad de alianza de empresas y recibiría un golpe mortal la estructuración jurídica del alto capitalismo(128)(1790).

La prohibición es de participar el director en actividades competitivas, tanto "por cuenta propia o de terceros" - modificando el texto del art. 309 del Cód. Com. que dio lugar a dificultades(129)(1791)- ; es decir, no puede hacer competencia en su nombre ni la ajena, lo cual está muy justificado, pues la acción del director es menos dolosa, menos desleal cuando obra en su propio interés que cuando perjudica a la sociedad en interés de un extraño(130)(1792).

Como corolario, el director no podrá ser administrador, gerente o apoderado de otra sociedad mercantil afín, como señala el art. 88 de la ley alemana de sociedades por acciones de 1965.

¿El art. 273 L. S. rige cuando al ser elegido el director ya es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrador de una sociedad concurrente?

Para Ferri, si la posición competitiva preexiste al nombramiento, este acto lleva implícita la autorización. Il divieto riguarda l'amministratore, non chi aspira a diventarlo; sorge quando la posizione di amministratore é già acquisita e si riferisce a fatti successivi alla nomina e non considerata al momento della nomina(131)(1793).

Admitimos este punto de vista en el derecho nacional, si al tiempo de la elección del director los accionistas tenían conocimiento que esa persona se desempeñaba como administrador de empresa en competencia.

La ley tutela un interés privado - el de la sociedad - con esta prohibición, por lo cual el órgano soberano puede autorizar al director para desenvolver actividades competitivas. Así lo admite el texto legal, destacando: 1°) Ello compete a la asamblea extraordinaria, como lo dice el art. 271, conforme a los arts. 234 y 235 delimitando los temas a considerar; 2°) La autorización debe ser previa al desarrollo de la actividad por el director, pues de lo contrario no sería tal sino ratificación, se habrían producido los efectos perjudiciales para la sociedad que la ley quiere evitar, y se colocaría a la asamblea ante los hechos consumados(132)(1794).

¿Qué sanción tiene la violación de esta prohibición?

La ley es expresa, el director incurre en la responsabilidad del art. 59; por ende, debe resarcir a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados por su obrar desleal, lo cual puede constituir justa causa de remoción del cargo, como lo establecen algunas legislaciones.

La acción de resarcimiento corresponde a la sociedad, surgiendo dificultades para apreciar concretamente el daño causado. Se trata en la especie de un caso de concurrencia subjetivamente ilícita y por ello, una hipótesis notablemente distinta de la concurrencia objetivamente ilícita. Los actos de concurrencia son ilícitos porque fueron cumplidos por una persona que desempeña un determinado oficio, mientras no lo sería, si fueren realizados por otra persona. No obstante pueden utilizarse algunas de las enseñanzas de la jurisprudencia en materia concurrencia objetivamente ilícita, en especial, el concepto del daño presuntivo: es decir, del daño cuya existencia no se puede demostrar exactamente, resulta lícito inferirlo del mismo comportamiento del sujeto que obró con culpa o dolo(133)(1795).

¿La acción de daños y perjuicios se prescribe de acuerdo al art. 848, inc. 1°, Cód. Com.

Sí, porque la ley no ha fijado plazo especial como otras, computada desde que el hecho llegó a conocimiento del Directorio(134)(1796), solución más justa.