

Supuestos de conflicto de intereses, de los accionistas, de los directores y de la Gerencia de una Sociedad Anónima

Oswaldo Hundskopf Exebio

1.1 Supuesto de conflicto de interés por parte de accionistas:

Conforme a lo establecido por el artículo 133, de la LGS:

“El derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad
En este caso, las acciones respecto de las cuales no puede ejercitarse el derecho de voto son computables para establecer el quórum de la junta general e incomputables para establecer las mayorías en las votaciones.
El acuerdo adoptado sin observar lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo es impugnabile a tenor del artículo 139 y los accionistas que votaron no obstante dicha prohibición responden solidariamente por los daños y perjuicios cuando no se hubiera logrado la mayoría sin su voto”.

Comentando dicha norma, Elías Laroza¹ indica:

“Nótese que la norma no distingue con respecto al accionista titular de la acción o su representante. Por el contrario, la disposición es general, aplicable a todo aquel que tenga que votar. En nuestro concepto, incluye a ambos, lo que no ocurría claramente de acuerdo al texto de la Ley anterior, que se refería únicamente al “socio”, quedando el representante sujeto a interpretación. Por ello, aún cuando el nuevo texto es más explícito, habría sido más adecuado el de la ley argentina, que se refiere expresamente al accionista o su representante”.

El mismo autor cita al tratadista argentino Francisco J. Garo, quien señala:

“...parece recomendable sancionar la prohibición siempre y cuando haya intereses encontrados entre el socio y la sociedad; esto es, cuando cualquier decisión de la asamblea que favorezca los intereses del socio, perjudique al mismo tiempo, o de rechazo, los de la sociedad; también cuando el accionista intencionalmente por medio del ejercicio de ese derecho, trate de obtener para sí o para terceros ventajas especiales ajenas a la sociedad y perjudiciales para la misma y que la resolución sirva para ese fin”.

1.2. Conflicto de interés por parte de los integrantes del Directorio:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 171° de la LGS, los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un

¹ ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Obra Completa. Gaceta Jurídica, Lima, p. 294.

representante leal, y están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones.

Las nociones de "ordenado comerciante" y "representante leal", mencionadas pero no desarrolladas por la Ley, constituyen estándares o categorías jurídicas, que resultan de utilidad como normas de conducta, pero no así como criterios para determinar la responsabilidad de los directores.

El autor argentino Alberto Víctor Verón² señala que el concepto de "ordenado comerciante" establece una auténtica responsabilidad profesional para el director, ya que implica el deber de poner su capacidad técnica, experiencia y conocimientos al servicio de la sociedad.

En cuanto al concepto de representante leal, Joaquín Garrigues³ indica que se refiere a un deber de fidelidad que se impone al administrador en defensa de la sociedad que él representa, anteponiendo esos intereses a los suyos personales:

“En esencia, los administradores habrán de gestionar los asuntos sociales con la diligencia adecuada a la índole de las operaciones en que intervengan, dictando las instrucciones necesarias para la explotación de la empresa, y anteponiendo en todo momento a su propio interés el interés de la sociedad”.

Ahora bien, el artículo 161° de la LGS, el mismo que transcribiremos a continuación, establece determinados impedimentos para el ejercicio del cargo de Director de una Sociedad Anónima:

“Artículo 161°.-

No pueden ser Directores:

(...)

5.Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral;

6.Los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente”.

Dicho conflicto de intereses puede presentarse en dos supuestos de incompatibilidad: el primero hace referencia a un supuesto de incompatibilidad de carácter personal y permanente entre el director y la sociedad, sin que exista una sociedad competidora de por medio; y el segundo, comprende el impedimento por parte de una persona para ser director, cuando éste ejerce el

² VERÓN, Alberto Víctor. Sociedades Comerciales. Tomo 1. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1982. p. 455.

³ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Porrúa. México, 1981. p. 488.

mismo cargo en una sociedad competidora o que mantiene, de manera permanente, intereses opuestos con la sociedad.

Según Verón⁴, el deber de lealtad entraña la prohibición de realizar, por cuenta propia o de terceros, actos en competencia contra la sociedad de la que se es director, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios.

Ahora bien, el artículo 180° de la LGS, contempla expresamente los casos de conflicto de intereses:

“Artículo 180°.- Conflicto de intereses

Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de los que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de éste artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director”.

Comentando el artículo transcrito, el doctor Enrique Elías Laroza⁵ señala lo siguiente:

“El artículo 180° se refiere en primer lugar a dos casos claros de conflicto de intereses:

- a) Prohíbe que los directores puedan adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceras personas relacionadas a ellos. Nótese que la Ley emplea el término amplísimo de “terceros relacionados”, sin limitarnos a parientes. En tal virtud la vinculación no es necesariamente de parentesco y comprende cualquier tipo de relación comercial, de amistad o de intereses que pueda considerarse como motivación de un acuerdo que beneficie directa o indirectamente a los directores o los incite a preferir otros intereses sobre los de la sociedad;
- b) Los directores no pueden usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de las que tienen conocimiento en razón de su cargo. Esto además de constituir un caso grave de conflicto de intereses, viola el principio de confidencialidad(...).”

⁴ VERÓN, Alberto Víctor. Sociedades Comerciales. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1982. p. 627.

⁵ ELÍAS LAROZA, ENRIQUE. Op. cit. pág. 471.

En efecto, de la lectura de la norma se desprende que su finalidad consiste en hacer prevalecer el interés social sobre cualquier interés particular de los directores o de sus relacionados.

Cabe destacar, asimismo, que el artículo 180° de la LGS hace alusión al concepto de interés contrario, que es más amplio y, por ende, impreciso que el de “interés en conflicto”, utilizado por el artículo 133° de la misma norma, que regula la suspensión de derecho de voto para los accionistas. Esta amplitud permite abarcar un mayor número de supuestos en los cuales los directores tienen el deber de abstención.

En ese orden de ideas, en el caso de existir intereses contrarios a los de la sociedad, el director en cuestión deberá manifestarlo y abstenerse de participar en dicho asunto. Esta abstención no sólo comprende la resolución o voto concerniente al tema en discusión, sino que también la participación en la deliberación de dicho tema.

De lo contrario, el director asumirá la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause a la sociedad, pudiendo ser removido por el propio directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director.

Cabe señalar que la responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años (sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponder).

1.3. Conflicto de interés por parte de la Gerencia:

Conforme a lo establecido por el artículo 189° de la LGS: *“Son aplicables al gerente, en cuanto hubiere lugar, las disposiciones sobre impedimentos y acciones de responsabilidad de los directores”*.

En ese sentido, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 161° de la LGS antes transcrito, se encuentran impedidos de ejercer el cargo de gerente de una sociedad aquellas personas que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o los que sean directores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad.

Lima, 18 de Julio de 2013