

COMISION IV.2:
**INFORMACION SOCIETARIA EN LA CONCENTRACION
 EMPRESARIA. Aspectos jurídicos y contables. Derechos y
 responsabilidades de los socios, administradores y fiscalizadores**

RELATOR LOCAL: *Ignacio Escuti (h)*

Es un tiempo lleno de paradojas: en un mundo que se achica en función de los cambios tecnológicos pero, y quizás por eso mismo, las diferencias económicas entre los países se agrandan. Basta pensar en el tiempo que demora una persona en trasladarse a la antípoda y en el que tarda una noticia en llegar a confines lejanos: la reciente guerra en el golfo es ejemplo elocuente. Basta comparar la situación económica y el grado de desarrollo de E.E.U.U. y Haití, por ejemplo.

El mundo se achica y democratiza, cae el muro, hacen crisis las ideologías y se consolidan factores de poder no estatales cada vez más importantes y poderosos que requieren su acotamiento y contención. Pero el poder no solo se concentra sino que se producen desplazamientos entre quienes lo ejercen y esto incide en la aldea global que es el mundo de hoy: ha implicado una serie de cambios cualitativos. Sólo el establecimiento de verdaderos límites al poder corporativo, muchas veces tan importante como el político pero permitiendo lícitamente el lucro, puede asegurar una actuación funcional de la gran sociedad anónima en relación al bien común y a las necesidades del hombre libre. Es imperiosa la existencia de un verdadero sistema de contrapesos que tienda a balancear dicho poder y a defender el ahorro público ⁽¹⁾, a la protección de la competencia y los derechos del consumidor.

Hoy como ayer tenemos un mismo actor principal. Durante lo que denominamos el "Capitalismo Industrial" ⁽²⁾, la sociedad por acciones se convirtió, según el decir acertado de "GUYENOT", en la forma por excelencia de la concentración económica. Ello es tan evidente que puede postularse como verdad inconcusa que la historia de la concentración económica ⁽³⁾ es la de su

(1) DJIAN, *Le controle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché Commun*, París, 1965, págs. 4 y ss.

(2) RIPERT Georges, *Aspectos jurídicos del Capitalismo moderno*, Ed. EJEA, Bs. As., 1950., se refiere al "capitalismo moderno".

(3) GALBRAITH, J. K., ob. cit. pág. 128 dice: "... La concentración de la actividad económica en unas pocas empresas de gran tamaño no es una peculiaridad americana. En Gran Bretaña en 1909, las cien empresas industriales mayores tenían una producción estimada del 16 por ciento de la producción neta total. En 1958, la participación de las cien mayores había alcanzado el 33 por ciento. En 1970, casi había triplicado

principal protagonista: la sociedad anónima, cuyo desenvolvimiento muestra un movimiento continuo y lleno de paradojas y contradicciones.

Pero, como lo he señalado en otra oportunidad hemos pasado del "capitalismo industrial" al "capitalismo tecnológico" (4) y si bien la sociedad anónima sigue en el centro de la escena en ella ha irrumpido el grupo. Se ha exacerbado el gigantismo societario que ha producido una enorme concentración de poder (5) pero nos encontramos ante una paradójica situación pues en muchos casos la concentración económica se materializa mediante la descentralización de las estructuras jurídicas (6): vgr. mediante la filial unipersonal.

LA SOCIEDAD ANONIMA Y LA CONCENTRACION EMPRESARIA: UNA RELACION PARADOJAL

Los "corsi" y "recorsi" de la sociedad anónima son permanentes y se han planteado ininterrumpidamente desde los orígenes del tipo social, que surge fundamentalmente como técnica de financiación y en la actualidad termina siendo principalmente una técnica de organización.

Basta remontarse al nacimiento de la anónima, la forma jurídica por excelencia para la recolección de capitales del mundo moderno: a la problemática de la concentración económica se le responde con la dispersión jurídica, esto es con la división del capital en acciones.

Allí se plantea la primera paradoja: la concentración económica para lograr su cometido requiere de una técnica específica consistente en la dispersión jurídica.

La segunda paradoja se produce cuando el aumento del riesgo económico

la participación inicial, llegando aproximadamente al 45 por ciento. Frederic L. Pryor, en un estudio importante, ha mostrado lo que el sentido común sugeriría. El nivel de concentración industrial -la amplia diferenciación entre el sistema de mercado y el sistema planificador- es, a todos los efectos prácticos, en todos los países industriales desarrollados, el mismo. . . ."

(4) Como tuviera oportunidad de señalarlo en una conferencia durante unas magníficas Jornadas Internacionales en homenaje al vigésimo aniversario del Código de Comercio de Colombia, Santa Fé de Bogotá, Setiembre de 1991, también se produjo la revolución de los directores, fenómeno que se produjo primero en el mundo angloamericano tal como lo advirtió con toda agudeza James Burnham y la metamorfosis empresarial, que implica la aplicación de las ciencias sociales a la gestión empresarial.

(5) GALBRAITH J. K., "El nuevo estado industrial", traducción española, Ed. Ariel, España 1980, pág. 126-127 dice: "... En 1976 las tres mayores sociedades anónimas industriales, Exxon, General Motors y Ford, tuvieron unos ingresos brutos conjuntos de 125.000 millones de dólares. Esa suma rebasa en 20.000 millones las rentas totales de todas las explotaciones agrícolas del país, subvenciones estatales incluidas. En 1976 Exxon, con unos ingresos brutos de 48.600 millones de dólares, conseguía cien veces los ingresos del estado de Nevada, más de tres veces los del estado de Nueva York y aproximadamente una sexta parte de los ingresos totales del gobierno federal... "

(6) MENENDEZ MENENDEZ, AURELIO, ob. cit., pág. 57.

emergente de los grandes emprendimientos es enfrentado con la disminución de la responsabilidad mediante la limitación de la del accionista y la falta de la de los que tienen a su cargo la gestión empresarial⁽⁷⁾.

Recuerdo que en determinado momento se llega a hablar de la socialización del riesgo y que posteriormente, cuando entra en boga regular la situación de las grandes empresas en crisis, se habla de la socialización de la insolvencia⁽⁸⁾.

En las primeras anónimas se advierte un cierto contacto entre la situación de accionistas y administradores. Los primeros se encuentran alejados de la gestión social y en consecuencia conforme a los parámetros de la época, limitan su responsabilidad al capital suscripto. Los administradores están exentos de responsabilidad personal por las deudas sociales; sin embargo, porque tienen a su cargo la gestión empresarial se les impone como requisito de elección la calidad de socio: para ser directores deben ser accionistas. Ello constituye un resabio de una de las premisas sustanciales del derecho tradicional, de la que nos hablara Ascarelli⁽⁹⁾: la referida a la relación riesgo poder.

Resulta importante señalar la separación que se produce entre la propiedad del capital accionario y la gestión social en las grandes sociedades anónimas bursátiles⁽¹⁰⁾.

PODER EMPRESARIO Y ESTRUCTURA JURIDICA

Si bien en sus orígenes la sociedad anónima es el instrumento jurídico de una manifestación oligárquica, en un momento dado el esquema de poder de la sociedad anónima se cambia al compás de las ideas políticas y pasa a asemejarse al de una república parlamentaria, de cuyo órgano legislativo la

(7) MENENDEZ MENENDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Cuadernos Civitas, Ed. Castillo, Madrid, 1974, pág. 49 dice: el privilegio de una responsabilidad limitada que entonces se justifica en función del riesgo y del carácter excepcional de la concesión real para la ocupación y colonización de los territorios de ultramar.

(8) GALGANO Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, estado y clases sociales*, Ed. Fernando Torres Editor S. A., Valencia, pág. 112

(9) ASCARELLI Tullio, *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, T. II. p. 883. MENENDEZ MENENDEZ, A. dice: La posterior "privatización" de la sociedad anónima, en un momento en que el progreso del capitalismo comercial e industrial es ya un hecho relevante, mantendrá la responsabilidad limitada, explicada en función de la necesidad de estimular la concentración de grandes masas de capital para las nuevas e ingentes actividades productivas. De una responsabilidad ilimitada fundada en la gestión se pasa a una responsabilidad limitada explicada en función de los riesgos asumidos.

(10) Con anterioridad a la segunda guerra mundial al menos en las grandes sociedades norteamericanas se encontraban normalmente ligados al manejo de los negocios sociales los grandes patrones de la industria en la que sobresalieron hombres tan extraordinarios como Henry Ford y John Rockefeller.

asamblea emanaba y dependía el poder administrador, cuya actuación se asimilaba a la de un mandatario que debía rendir cuentas. No está demás recordar que las facultades de la asamblea eran amplísimas incluso en los asuntos que hacían a la gestión social, a tal punto que se hablaba de la soberanía de la asamblea. Asimismo, los síndicos de quienes eran representantes de los accionistas para fiscalizar la actuación de los administradores.

El régimen legal hacía girar todo el esquema de poder en la asamblea, en donde imperaba la mayoría de capital y cuyos límites fundamentales estaban dados por los derechos individuales de los accionistas y la protección de las minorías. Tampoco faltan las paradojas: la mejor defensa del socio es permitirle graciosamente que deje de serlo mediante el receso. Es la época del "accionista socio", posteriormente en algunos casos sustituido por el "accionista inversor" de las sociedades bursátiles.

WEIGMANN ha señalado que el principio mayoritario contiene el germen de las contradicciones que conducen sucesivamente a la gradual expulsión de los accionistas más débiles de la dirección económica de las sociedades por acciones. La norma introducida con la intención de asegurar una gestión eficiente, se vuelve, por el contrario, un instrumento de posibles abusos al conducir ineluctablemente a una organización oligárquica de las sociedades⁽¹¹⁾.

ROSTOW ha dicho: pero por más que sus asuntos internos se publiquen, la democracia de la sociedad anónima no podrá ser efectiva si el derecho de voto que confiere queda en manos de inversores individuales débiles y dispersos, o inversores institucionales que no pueden o no quieren asumir un papel efectivo en el proceso electoral de la sociedad. Dicho autor señala que los inversores informados, cuando analizan los balances de la compañía, prefieren a menudo deshacerse de las acciones que tienen, antes que acometer batallas largas y dudosas para remediar las deficiencias de la administración. Llegan a la conclusión de que más les conviene transferir su capital a una empresa que produzca beneficios, que librar una lucha quijotesca en contra de la posición, en sí misma poderosa y atrincherada, que ocupa la gerencia⁽¹²⁾.

Pero en los tiempos que corren se advierte el fortalecimiento del poder de los administradores, quienes dependen cada vez menos de la asamblea salvo en lo que hace a cuestiones puntuales, taxativamente establecidas por los ordenamientos legales. Las leyes actuales otorgan una gran independencia a los administradores en las cuestiones que hacen a la gestión social.

No son los accionistas o propietarios los que ostentan el poder de la

(11) WEIGMANN Roberto, *Sociedades por acciones*, Traducción española, Ed. Oikos tau s. a., Barcelona, 1990, pág. 27.

(12) ROSTOW, E. V., en Mason, E. *La sociedad Anónima en la Sociedad moderna*, Ed. Depalma, Bs. As, 1967, pág. 81.

empresa sino los administradores junto a los equipos que participan en la elaboración de las decisiones: "la tecnostrutura", según la feliz expresión de GALBRAITH ⁽¹³⁾. Mientras que la propiedad "jurídica" tiende a dispersarse entre los accionistas, el poder real tiende a concentrarse en manos de quienes administran y las "minorías de control", apareciendo así un nuevo tipo de poder no contemplado en el Derecho: el poder sobre la propiedad ajena ⁽¹⁴⁾.

En la sociedad anónima, sobre todo en la bursátil, debe ponerse y se pone particular énfasis en la protección de la minoría. Allí se produce una paradoja de paradojas: en la gran sociedad por acciones la tutela de la minoría es, en realidad, la defensa de la mayoría, de la gran masa de accionistas dispersos y desorganizados, respecto de la minoría, de esos pequeños grupos de accionistas perfectamente organizados, normalmente a través de la sindicación de acciones, que a pesar de ser los menos y de participar en pequeña proporción del capital social, están encaramados en el gobierno de la sociedad. Y si ello ocurre dentro de una anónima, no es difícil imaginar lo que acontece en el grupo donde el fenómeno se multiplica por un número similar al de las sociedades intervinientes: la cuestión crece en progresión geométrica.

Al menos en argentina y como fenómeno generalizado no existe el divorcio entre poder y propiedad como ha ocurrido con las grandes sociedades americanas, en cuyo seno es clara la famosa disociación planteada por Berle y Means. En nuestro país como en tantos otros el fortalecimiento y la profesionalización de los administradores no implica en modo alguno la ruptura del vínculo entre la tecnocracia que tiene a su cargo la gestión social con el capital de mando. Lo que ocurre es que dicha relación de poderes no pasa mas por el seno de la asamblea dentro de la cual la minoría podía ejercer sus derechos de control y en alguna relativa medida vigilar la marcha de la gestión social ⁽¹⁵⁾.

CHAMPAUD expresa que controlar una sociedad es tener el poder de disposición de los bienes que están afectados a su giro empresario de modo tal que se tiene la dirección efectiva de su actividad económica ⁽¹⁶⁾. En otras palabras, se trata del poder de la mayoría cuando se lo analiza desde una óptica técnica y parámetros específicos.

Se tiene la dirección efectiva de una sociedad cuando, directa o indirectamente, se impone a la sociedad controlada conductas resueltas por la

(13) GALBRAITH, ob. cit., pág. 91.

(14) GERMAIN J., *Proceso al capitalismo*, trad. Barcelona, 1962, pág. 169).

(15) GALGANO, ob. cit. págs. 141/142.

(16) CHAMPAUD, Claude, *Los métodos de agrupación de las sociedades*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (en adelante R. D. C. O.), Ed. Depalma, Bs. As., 1969, pág. 107.

controlante, a través de diversos mecanismos ⁽¹⁷⁾.

Como anota Fisher ⁽¹⁸⁾, la dirección debe rendir cuentas a la asamblea acerca de los actos ejecutados, pero, por ser ésta un órgano integrado por un gran número de personas que por lo general sólo se reúnen una vez al año, no es el más adecuado para vigilar la gestión de los directores, gestión que por ser permanente y continuada hace necesario dar intervención a otro órgano societario, también de actuación continua y permanente, cuya misión prioritaria sea controlar los actos del órgano de administración.

En la actualidad, y como consecuencia de la existencia de grandes sociedades anónimas con multitud de accionistas interesados más en la rentabilidad del capital invertido que en la conducción y gestión de la sociedad, la sindicatura se concibe como un medio actualmente no muy eficaz para tutelar y resguardar al pequeño inversor captado por las sociedades por acciones bursátiles.

LA INFORMACION SOCIETARIA EN GENERAL COMO ELEMENTO DE CONTROL

Se distingue lo que es el anoticiamiento o la posibilidad de conocer determinados datos sobre ciertas sociedades que interesa a la comunidad, de lo que es la información societaria como fenómeno interno que interesa a los

(17) Cfr. MICHEL VANHAECKE, *Les groupes des sociétés*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962, especialmente ps. 185 a 187; BRUNETTI, Antonio, Tratado de derecho de sociedades, Ed. Uteha, Bs. As., 1960, t. II, pág. 182. ALEGRIA, Héctor, *Algunas Reflexiones sobre los conceptos de Sociedad Controlante, Sociedad Controlada y Situación de Control*, en Estudios en Homenaje a Isaac Halperín, R. D. C. O., Ed. Depalma, Bs. As., 1978, págs. 302/303. KONDER COMPARATO, Fábio, *O poder de controle na sociedades anônima*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1977, pág. 34/35 manifiesta: «... autores americanos propuseram uma classificacao do controle interno em cinco espécies, que nos parece.

Para asegurar el equilibrio que debe darse en la conducción y gestión de todo ente societario de contenido corporativo, de suerte que se encuentre suficientemente protegidos los intereses de los aportantes del patrimonio social, no basta con que exista un órgano que defina la voluntad del ente -asamblea- ni otro órgano que ejecute las decisiones de ésta y conduzca la gestión administrativa -directorio-, sino que también es preciso que exista un tercer órgano que vele por la legitimidad de los actos de la asamblea y del directorio, con facultades para frenar e impedir posibles desviaciones de poderum valioso ponto de partida para a nossa discussao. Falaram eles em controle com quase completa propriedade acionária, controle majoritário, controle obtido mediante expedientes legais (through a legal device), controle minoritário e controle administrativo ou gerencial (management control). ESCUTI I. A. II jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, "Los grupos empresarios, los contratos de colaboración empresarial y la concentración de sociedades comerciales", Ed. Sucre, Caracas 1989.

(18) FISCHER, *Sociedades Anónimas*, traducción española, Ed. Reus, Madrid 1934, p. 311.

socios ⁽¹⁹⁾ y a los integrantes de los órganos sociales ⁽²⁰⁾ como instrumento de control interno y externo ⁽²¹⁾, mostrando una tendencia hacia su ampliación y transparencia ⁽²²⁾.

El proceso de evolución del derecho de información ofrece, como constante común, un progresivo reforzamiento no sólo como instrumento de fiscalización interno sino también externo. Por ello, la doctrina señala la existencia de una tendencia hacia una política informativa más "completa", más "veraz" y más "pública".

Según Uriá es un deber que como ha dicho Antonio Polo "desborda el cuadro de relaciones entre la sociedad y los socios para proyectarse sobre la esfera económica, industrial y mercantil en que la sociedad se desenvuelve". El mismo autor, citando a Girón expresa que en los tiempos que corren la publicidad constituye, sin duda, una técnica de control que tiende a desbordar el estricto marco jurídico-privado en que hasta ahora se ha venido desenvolviendo ⁽²³⁾.

La imposición del deber de informar en determinadas situaciones persigue procurar que el público cuente con todos los datos necesarios que directa o indirectamente ilustren sobre la situación, tanto en lo orgánico (integrantes de los órganos sociales: directorio, etc. económica, financiera y patrimonial (balances y demás estados contables, etc.) de las sociedades cuyos títulos valores se negocian en los mercados de capitales.

La publicidad de la toma de control, especialmente en las sociedades bursátiles ⁽²⁴⁾, se considera como un aspecto importantísimo en lo que hace a la información societaria en general y a la constitución, vida y extinción de los grupos y agrupaciones empresarias ⁽²⁵⁾.

(19) RUBIO, Jesús, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1967, pág. 306.

(20) ESCUTI (h), Ignacio A., *Derecho de Información del accionista*, en R. D. C. O., Ed. Depalma, Bs. As., 1987, N° 118, pág. 551;

(21) FOSCHINI, *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Giuffrè, Milano, 1959, ps. 86 y ss.

(22) URÍA, Rodrigo, *La información del accionista en el derecho español*, Cuadernos Civitas, 1976, pág. 11.

(23) URÍA, R., ob. cit., pág. 75.

(24) MENENDEZ MENENDEZ, AURELIO, ob. cit. pág. 56, dice: "...me refiero al hecho de que la constitución de grandes sociedades anónimas nuevas se haya convertido en un acontecimiento raro, porque, en definitiva, las iniciativas económicas que van surgiendo se canalizan esencialmente a través de las "filiales" de grandes sociedades preexistentes, sociedades-madre que lo son también en el sentido de alimentar financieramente la vida de esas filiales...".

(25) Cfr. PETITPIERRE-SAUVAIN, *La cession de contrôle: mode de cession de l'entreprise*, Gêneve, 1977, pág. 2; BEJOT, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, Bruxelles, 1976, págs. 107 y ss; BEZARD/DABIN/ECHARD/JADAUD/SAYAG, *Les groupes de sociétés. Une politique législative*, París, 1975.

Se tiende a imponer la necesidad de regular la oferta pública de adquisición de acciones cuando una persona que se propone obtener el control de una sociedad abierta o bursátil, fenómeno conocido como OPA (oferta pública de adquisición de control), de modo tal que se puedan satisfacer todos los intereses en juego, especialmente los de los accionistas aislados ⁽²⁶⁾, a quienes de esta forma se les permite que puedan imponer que les adquieran sus acciones.

LA FISCALIZACION PUBLICA

Es fundamental que el control de funcionamiento se limite a las sociedades realmente importantes, esto es entre otras a las que hacen oferta pública o de algún modo receptan el ahorro público con promesa de prestaciones futuras o cuando la actividad para la que se constituyen así lo exige ⁽²⁷⁾. Para ello se requieren organismos especializados con adecuadas atribuciones y aptitud técnico profesional para llevar a cabo su cometido. A su vez es absolutamente inconducente, cuando no contraproducente, el mantenimiento de un control burocrático o, en el mejor de los casos, inexistente: hay que evitar perturbar con controles o pseudocontroles carentes de sentido para las pequeñas sociedades.

LOS GRUPOS EMPRESARIOS

Pero así como en el "capitalismo industrial", los capitales se concentraban normalmente confluyendo dentro de una sociedad anónima y en una empresa, en la segunda postguerra nace otra época, en lo que el fenómeno de la concentración económica se presenta con los conjuntos empresarios, que tienen como correlato jurídico normal los grupos de sociedades, configurados normalmente por relaciones de poder que vistas desde un esquema clásico de derecho societario se denominan de control.

Como lo ha señalado CHAMPAUD controlar una sociedad es tener el poder de disposición de los bienes que están afectados a su giro empresarial de modo tal que se tiene la dirección efectiva de su actividad económica ⁽²⁸⁾. En

(26) Italia tiene la normativa más reciente sobre la materia; la ley 149 del 18 de febrero de 1992 sobre "Disciplina delle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli", inspirada en la directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la materia.

(27) Ver en este sentido la ponencia que he presentada en este mismo congreso.

(28) CHAMPAUD, Claude, *ob. cit.*, pág. 107.

óptica técnica y parámetros específicos. Como lo he señalado se tiene el control de una sociedad cuando, directa o indirectamente, se impone a la sociedad controlada conductas resueltas por la controlante, a través de diversos mecanismos.

Sin embargo sólo se puede hablar del grupo cuando en base a la actuación de dos o más sujetos de derecho distintos, se configura un conjunto empresario bajo una dirección unitaria, que se puede materializar mediante relaciones de control y exteriorizar mediante la existencia de: administradores comunes, grupos de accionistas similares, particulares relaciones contractuales, o de una combinación de cualquiera de esas u otras alternativas ⁽²⁹⁾.

Un problema importante es el referido a la relación entre el interés social individual de cada integrante del grupo y el interés grupal esto es de la empresa grupal.

La satisfacción del interés del grupo se puede alcanzar si se impone al órgano de administración de la sociedad o sociedades dependientes la obligación de seguir las instrucciones impartidas por la dirección del grupo o de sus controlantes o si en cada caso aquellos están acotados por el interés grupal ⁽³⁰⁾.

(29) EMBID IRUJO, José Miguel, *La regulación de los grupos de sociedades en el derecho comunitario europeo y su incidencia en el derecho español*, en Rev. Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali, Ed. Antonio Milani, Padua, 1987, Año LXII- Noviembre/Diciembre/87 N° 6, pág. 704, nota 34. ROJO Angel, Los problemas de adaptación del derecho español al derecho comunitario en materia de sociedades anónimas. R. D. C. O., año 1988 N° 121/123 en pág. 174, dice: "... En el tratamiento jurídico del grupo de sociedades, dos son las opciones de política legislativa básica: en primer lugar, la opción entre un tratamiento jurídico tipificador o cerrado y un tratamiento indiciario o abierto ... Pues bien, las insuficiencias y el relativo fracaso constatado del libro III de la ley alemana de sociedades por acciones, de 1965 -que la jurisprudencia sólo consigue amortiguar en escasa medida, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en materia de tutela de los accionistas minoritarios de la sociedad dominante(68)- constituye una advertencia a los legisladores nacionales y supranacionales, a la vez que un argumento más en favor de un tratamiento jurídico, abierto y dinámico. . . " Ver, SEMON Juan M., *Nuevo Derecho Accionario y de "Konzern" de Alemania Ley de 1965*, Ed. Cangallo S. A., Buenos Aires 1969 KONDER COMPARATO Fábio, ob. cit., passim.

Respecto de la legislación argentina V.: OTAEGUI, Julio C., *Concentración societaria*, Ed. Abaco, Bs. As., 1984, pág. 167. FARGOSI Horacio, *Notas preliminares sobre la responsabilidad de los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades*, El Derecho, Tomo 125, págs. 843/849, año 1988. Ver ESCUTTI, A., en el trabajo presentado en las memorables II jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, excelentemente organizadas por la Universidad Andrés Bello, donde se trataron los excelentes proyectos de ley venezolanos elaborados por la comisión presidida por el Profesor MORLES HERNANDEZ, obrante en el libro editado especialmente a tales fines, *Los grupos empresarios, los contratos de colaboración empresarial y la concentración de sociedades comerciales*, Ed. Sucre, Venezuela, Caracas 1989 pag. 351 y ss.

(30) CFR. MARTORELL Ernesto Eduardo, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1991.

LAS CUENTAS CONSOLIDADAS

Es una solución frecuente la de exigir la confección de estados contables consolidados (balance y cuenta de resultados), con lo que se trata de ofrecer una imagen real y cierta de la situación patrimonial de los conjuntos empresarios ⁽³¹⁾.

Con el balance y cuenta de resultados consolidados, el estado, los terceros y los socios externos obtienen una información sumamente útil para la tutela de la posición jurídica que ocupan. Esto no implica desconocer que la información suministrada por los documentos consolidados trasciende para afectar intereses generales, entre ellos, el interés estatal ⁽³²⁾.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO LIMITE AL PODER

BERLE ha dicho que dondequiera que exista una cuestión de poder, existe una cuestión de legitimidad. Tal como están las cosas, estos instrumentos de un enorme poder no tienen sino una mínima pretensión de legitimidad. Este es probablemente un período transitorio. Tienen que hallar algún título de legitimidad, lo que significa también hallar un terreno de responsabilidad y un terreno de sujeción a rendir cuentas ⁽³³⁾.

GALBRAITH ha escrito que el poder condigno obtiene la sumisión infligiendo o amenazando consecuencias apropiadamente adversas. El poder compensatorio, por el contrario, obtiene la sumisión mediante el ofrecimiento de una recompensa afirmativa, mediante el otorgamiento de algo valioso para el individuo que se somete. El poder condicionado, por el contrario, se ejercita modificando la creencia ⁽³⁴⁾.

(31) Como, por ejemplo, lo hacen la Companies Act inglesa de 1948, la ley alemana de 1965, la ley brasileña de sociedades por acciones de 1976, el Proyecto de Sociedad Europea o la reciente legislación española de 1989. Otras legislaciones regulan la cuestión en los regímenes de la oferta pública de títulos valores como, por ejemplo, la Securities and Exchange Commission norteamericana, la COB francesa y la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa italiana.

El art. 62, párr. 3°, de la Ley de Sociedades Argentina - en adelante L. S., establece que las sociedades controlantes de acuerdo al art. 33, inc. 1°, deben presentar, como información complementaria, estados contables anuales consolidados, confeccionados con arreglo a los principios que rigen la materia y a las normas que establezca la autoridad de contralor.

(32) EMBID IRUJO, José M., ob. cit., págs. 244/245.

La L. S., en su art. 66, dispone: "(MEMORIA) Los administradores deberán informar... Del informe debe resultar: ... 6 Las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas. ...".

(33) BERLE, A. A. Jr., *Economic power and the free society*, 1958, p. 16.

(34) GALBRAITH J. K., ob. cit. pág. 23.

MAZEAUD Y TUNC, aludiendo implícitamente a las dificultades que la problemática plantea, irónicamente han señalado que si existe un tema en relación con el cual uno siente la tentación de "abordarlo sin definirlo, es el de la responsabilidad civil" (35). En efecto, todo lo atinente a la responsabilidad civil ha sido objeto de profundas divergencias. La materia se ha visto conmocionada en los últimos ochenta años por profundas mutaciones, fruto de la irrupción de nuevas ideas que desbordaron los moldes tradicionales. El derecho ha debido adaptarse a los nuevos tiempos y la responsabilidad civil de los administradores no ha escapado a ese fenómeno.

No se trata de perfeccionar el régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad, que normalmente constituyen el grupo más caracterizado de los accionistas de control, se trata de la insinuación en favor de la afirmación de la responsabilidad ilimitada como corolario del poder (36). Existe tal como lo señalara en su momento VEAUX una especie de renacimiento de la responsabilidad personal en las sociedades, que se percibe igualmente en la esfera penal y que acentúa notoriamente las consecuencias jurídicas derivadas de la heterogeneidad de situaciones (37).

La independencia funcional y el creciente poderío del órgano de administración, aunque paradójicamente en algunos casos tiende a convertirse en un controlador, corresponde hablar como lo ha hecho Rossi (38), de un "riesgo de administración" proveniente del ejercicio de la gestión empresarial y como contrapartida de éste.

LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Aunque refiriéndose a la responsabilidad del síndico, que es aplicable a los administradores, con todo acierto RIVERA (39) expresa que si existe un contrato, no se justifica que la responsabilidad de las partes pueda tener otro carácter que el contractual, toda vez que los regímenes atinentes están marcados por la causa fuente del deber jurídico calificado (obligación) de que se trata.

(35) MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado Teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ejea, Bs. As., 1972, T. I, p. 1

(36) MENENDEZ MENENDEZ, AURELIO, ob. cit., pág. 52.

(37) MENENDEZ MENENDEZ, A. ob. cit. pág. 54 dice: "... justamente de comprometer la responsabilidad ilimitada de los que asuman la gestión en caso de quiebra, una vuelta lenta, pero continua, a la responsabilidad ilimitada que históricamente tuvo la clase empresarial. . . ."

(38) ROSSI G., *Persona giuridica, propria e rischio d'impresa*, Milán, 1967, p. 118.

(39) RIVERA, Julio César, *Responsabilidad del Síndico Societario*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1986, pág. 35.

Pero si en el origen de la relación no se encuentra el contrato, la responsabilidad es aquiliana y se funda en la regla genérica del art. 1109 del C. Civil. Tal sucede cuando quien pretende haber sido damnificado por la actuación del integrante del organo social es un tercero, quien siempre tiene a su disposición las acciones individuales de responsabilidad (art. 279 de la LS.) Finalmente, sostiene que también es extracontractual la responsabilidad cuando un accionista ejerce la acción individual del art. 279, pues entre accionista e integrante del organo no existe contrato alguno.

Más adelante RIVERA ⁽⁴⁰⁾ manifiesta que entre nosotros el debate acerca de cuáles son los elementos o presupuestos de la responsabilidad, aparece bastante apaciguado, pues en general los autores y la jurisprudencia coinciden en señalar cuatro.

LA RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO

Los administradores de la sociedad subordinada, normalmente obligados a seguir las instrucciones del grupo, pueden oscilar entre el designio de favorecer la realización de la política del grupo y la aspiración de tutelar el interés social del ente que dirigen.

En particular, son alcanzadas aquellas operaciones que hayan producido un daño a la controlada y un correlativo provecho a otras sociedades del grupo, pero no es esencial que sea la propia controlante, cuyos administradores son llamados a responder, la que se haya aprovechado con la operación. De todos modos, adviértase que la ley no exige expresamente que se produzca una ventaja en favor de otra sociedad del grupo.

Entiendo que en líneas generales para todo caso, se debe reproducir el esquema del derecho societario correspondiente al administrador de una sociedad independiente.

En tal sentido no puede dudarse del régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad dominada que causan un daño a la misma.

La directriz prevaleciente en este momento es la de imputar responsabilidad por los daños causados a quienes "de hecho" ejercen la administración como en cualquiera de los supuestos del derecho societario "común" (defectuosa designación o continuación en el cargo luego de la cesación o inmisión en la gestión) ⁽⁴¹⁾. Mas allá de lo que resulta del art. 165 de la Ley 19. 551 cabría

(40) RIVERA Julio César, ob. cit., pág. 37.

(41) FARGOSI Horacio-FARGOSI Alejandro, *Nota sobre los directores de hecho*, Diario La Ley, del 5. 10. 87, Bs. As., pág. 1 y ss. FARGOSI Horacio, *Notas preliminares sobre la responsabilidad de*

argumentar en torno del nuevo contenido del art. 54 de la Ley 19.550 atendiendo a que no se advierte una razón válida para concluir en una posición ritualista de inexistencia de responsabilidad como director de quien ha cumplido la función de ejecutar el contrato social dirigiendo la empresa.

Cuando la responsabilidad se funda en el abuso de la dirección unitaria, es evidente que ella debe recaer sobre aquellos a quienes sea imputable el abuso. No serán responsables todos los administradores de la controlante por el solo hecho de serlo, sino solamente aquellos que hayan ejercido la dirección unitaria y hayan abusado de su posición o los manifiestamente negligentes.

Es por ello que deben existir determinadas bases normativas para que proceda el ejercicio de las acciones de responsabilidad:

1) La empresa o sociedad dominante o la controlante debe responder por el ejercicio indebido del poder de dirección ⁽⁴²⁾ y para el ejercicio de la acción debe estar legitimada la sociedad dependiente o admite diversas alternativas: a) la legitimación individual establecida en el derecho alemán que, al menos en teoría, puede conducir a la proliferación indiscriminada de acciones de responsabilidad; b) la habilitación contemplada en los proyectos de la comunidad económica europea que permiten, con cierta facilidad, el ejercicio individual de la acción de responsabilidad al imponer una participación relacionada con los votos independientes; y c) la legitimación del derecho brasileño, que exige un porcentaje importante de participación mínima en el capital social y que puede suponer la eliminación fáctica de hacer posible todo reclamo individual de responsabilidad.

LA NUEVA CODIFICACION

Las deformaciones que sufre la sociedad anónima clásica son importantísimas y permiten hablar de una crisis profunda que pueden afectar los elementos esenciales que tradicionalmente han configurado el tipo social ⁽⁴³⁾, máxime con su protagonismo en las relaciones grupales y ello plantea un desafío que no puede quedar sin respuesta y debemos actuar sin temor dando las respuestas legislativas del caso.

los directores y la dirección unitaria en el grupo de sociedades, *El Derecho*, Tomo 125, págs. 843/849, año 1988.

(42) EMBID IRUJO, José M., ob. cit. pág. 256/257

(43) MENENDEZ MENENDEZ, AURELIO, ob. cit. pág. 68.

No es de descartar la vuelta a una etapa de auge codificativo en razón de la repetición de conductas que permiten hablar de su normalización social y posibilitan su actual tipificación legislativa. No es descabellado sostener que muchas de las figuras e instituciones que desbordaron las previsiones de los códigos del comienzo de siglo, ya se encuentran perfectamente configurados y en consecuencia es viable su incorporación sistemática a un nuevo código. Es que los cambios económicos se van produciendo por etapas y, más allá de la aceleración de los tiempos, cuando una institución se convierte en normal y se estabiliza como fenómeno social, está en condiciones de ser codificada.

De tal forma, se entra en la era de la segunda codificación, en la que a la par de las figuras del derecho patrimonial "clásico" el código debe contemplar las figuras nacidas en los últimos tiempos, esto es a partir de comienzo del siglo. Se puede incorporar sin temor a los nuevos códigos, regulaciones de los fenómenos patrimoniales como el grupo que por su repetición han adquirido dimensiones de normalidad y estabilidad.

Ello no descarta en modo alguno una posterior vuelta a empezar en función de "nuevos hechos" con la sanción de nuevas leyes especiales. En efecto, como cada época va produciendo sus hechos notorios y constantes y una vez consolidados los nuevos hechos como supuestos típicos y proyectados en un código, es natural que luego de su consolidación se de el comienzo de una nueva etapa que llevará a una crisis de la nueva codificación y que posteriormente se "vuelva a empezar".

Claridad, simplificación, previsibilidad, cohesión son atributos de la codificación y en gran medida son interdependientes. La codificación es y continúa siendo el ideal pues aporta el orden, factor de coherencia, que tiende a evitar contradicciones entre textos de un mismo rango.

Queda el interrogante de si es factible acometer la empresa a la que nos ha llevado la crisis de la sociedad anónima y la existencia de los grupos en los nuevos códigos.

Mi respuesta es afirmativa y creo que no podemos renunciar a ello.