

LINEAMIENTOS ACERCA DEL ALCANCE DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA

Hernán Racciatti (h)
Alberto A. Romano

I- INTRODUCCIÓN

Sin duda que para una debida evaluación del tema propuesto, resulta liminar perfilar al menos genéricamente, el rol de la asamblea, que emerge como órgano esencial e imprescindible dentro de la vida de la sociedad anónima.

Por de pronto, es dable merituar que hoy en día se considera inexacto el giro *soberanía de la asamblea* ⁽¹⁾, atento no corresponderse con la realidad. Es que nos encontramos ciertamente, ante un desplazamiento de poder de la asamblea respecto los que administran, o sea los encargados del management ⁽²⁾.

Asimismo, se ha sostenido que desde el nacimiento mismo de la sociedad anónima, se visualiza una concentración de poder en quienes administran, no quedándole al derecho otra opción que no fuere la de legitimar formalmente esa vivencia ⁽³⁾.

Aún más, en un panorama del órgano en cuestión y sus perspectivas en el

(1) MARTORELL, Ernesto E. "Los directores de Sociedades Anónimas", pág. 16, Ediciones Depalma. Asimismo, afirma el autor: "... nadie con peso dentro de la comunidad jurídica europea se atrevería hoy a sostener, como antaño, "la soberanía de la asamblea" (Op. cit, pág. 398 y sig.). Véase COTTINO, Gastone "Diritto Commerciale", volume primo, tomo secondo, página 397 y sig., Edit. Cedam, segunda edición; BRUNETTI, Antonio "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo II, pág. 359, Edit. Uthea; MARTORELL, Ernesto E. "El directorio de la sociedad anónima": necesidad de un replanteo sobre la naturaleza y alcances de su función" en La Ley 1987-A, pág. 1026 y sigs., en especial, punto 1) del apartado V; OTAEGUI, Julio C. "Administración Societaria" pág. 72, Edit. Abaco; FARGOSI, Horacio P. y ROMANELLO, Eduardo R. "Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores", en La Ley 1986-E, pág. 1129.

(2) COTTINO, Gastone, Op. cit., pág. 398. Nos dice este autor: "Il manager è in realtà l'imprenditore" (ob cit, loc. cit.).

(3) VELASCO, Gaudencio Esteban "El Poder de decisión en las Sociedades Anónimas" Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español, pág. 395, Editorial Civitas.

Derecho Europeo, comparándolo con el órgano de administración, Gaudencio Esteban Velasco, refiere a una tendencia, en mayor o menor medida consolidada legislativamente, a reducir la competencia de la junta general, limitando el margen de libertad estatutaria y a ampliar las facultades del órgano de gestión ⁽⁴⁾.

Los administradores constituyen un órgano de la sociedad, también necesario e imprescindible ⁽⁵⁾ en la vida de dicho ente ⁽⁶⁾, con atribuciones - y sus correspondientes deberes - que necesariamente deben enderezarse hacia el cumplimiento del objeto social.

La temática sobre la cual proponemos discurrir, parte de la eventual exigencia de información por parte de la asamblea al directorio, sin perjuicio que nos podamos encontrar ante un requerimiento de dicho tenor, a otro órgano de la sociedad. Eilo así, pues pareciera adecuado acentuar, que la cuestión se suscitará generalmente respecto del órgano que se encuentra a cargo de la gestión social, respecto del cual se ha dicho, es quien en principio está obligado naturalmente a informar, pues la sindicatura realiza una tarea de fiscalización de la administración, y controlará la información que en definitiva le proporcionará el directorio ⁽⁷⁾.

II- EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA

Estamos persuadidos que si bien la asamblea expresa la voluntad social del ente, el requerimiento de información por este órgano social, no implica para el directorio un correlativo cumplimiento cualquiera fueren las circunstancias, a pesar de lo preceptuado en el artículo 233, tercer párrafo, in fine de la Ley de Sociedades Comerciales. Cabe señalar que autorizada doctrina ha sostenido, que "...en principio no puede serle negada información alguna a la asamblea, ni aún cuando implique revelar secretos industriales o datos que pueden ser aprovechados por la competencia..." ⁽⁸⁾. En este orden de ideas, Escutti dice: "...A nuestro juicio, las facultades asambleas son amplísimas: el directorio y la sindicatura deben brindar todos los datos e informes que les sean requeridos, con el único límite de los derechos de terceros a la luz de normas concretas que protegen determinados ámbitos de reserva..." ⁽⁹⁾.

(4) IBIDEM, pág. 492.

(5) HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas", pág. 373, Edic. Depalma.

(6) ROSSI, Enzo "Administratori di Società ed esercizio del Potere" pág. 179 y sig., Giuffrè Editore.

(7) AGUINIS, Ana María M. de, "El derecho de información de los accionistas" en Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, Año 1978, pág. 296, con cita de FOSCHINI, Marcello "Il sinitto dell' azionista all'informar", Milano 1959, pág. 18.

(8) Sasot Betes-Sasot, "Sociedades Anónimas" Las asambleas, pág. 225.

(9) ESCUTTI (h), "El derecho de información del accionista" en Revista del Derecho

Es menester meritar muy especialmente, que el órgano de administración no resulta ser un mero custodio en procura de la conservación del patrimonio de la sociedad, sino que su misión es la de optimizar los negocios sociales para el engrandecimiento de la empresa, en procura de un mayor beneficio de sus socios, y para ello realiza una actividad empresaria, especulativa y riesgosa ⁽¹⁰⁾.

Para el alcanzar una debida consecución del objeto social, resulta menester atribuir a ciertos sujetos facultades amplias en la gestión social y tal atribución recae en el o los administradores que componen el órgano de administración. En razón de esto, es que ineludiblemente la administración debe ser confiada a individuos, con aptitudes en la marcha empresaria, procurando una gestión eficaz, una administración óptima del patrimonio de la sociedad ⁽¹¹⁾.

En esencia, estos amplios poderes a los que aludimos y que debe ostentar quien administra, tienen su razón de ser en procura de un funcionamiento eficiente de la empresa, del que deviene un beneficio para sus socios.

Es indudable que en nuestro esquema societario, el legislador ha estructurado la administración en base a la teoría organicista, otorgándole determinadas atribuciones, para viabilizar el despliegue de las funciones para el que fue creado. Y tales facultades del directorio, devienen directamente de la ley, no se las atribuye la asamblea ⁽¹²⁾.

Consecuentemente, en relación al tema

objeto de análisis, estimamos que no resulta acertado, reconocerle a la asamblea como órgano social un poder irrestricto. Y nos parece que el órgano de administración, estaría facultado en determinadas circunstancias a negar información solicitada por la asamblea en salvaguarda del interés social. Y al aludir al interés social recordamos, la síntesis efectuada por Galgano, "*todo interés que se halle dentro del esquema causal del contrato de sociedad, sea el interés a la maximización de la eficiencia productiva de la empresa, o la maximización del beneficio, o a la maximización del dividendo; por el contrario, es interés extrasocial todo interés extraño a la causa del contrato de sociedad, y por esto, personal de uno o varios socios, o de la mayoría de los socios*" ⁽¹³⁾.

En consecuencia, podríamos decir que el interés social, "*será aquél, propio de la persona jurídica, que tiene su origen y se deduce de la causa del contrato*

Comercial y de las Obligaciones, 1987, pág. 571.

(10) FARGOSI, Horacio P. y ROMANELLO, Eduardo R., Op. cit., pág. 1128.

(11) ROSSI, Enzo Op. cit., pág. 182.

(12) Conf. FARGOSI, Horacio P. y ROMANELLO, Eduardo R. Op. cit., pág. 1127 y sigs.; MARTOREL, Ernesto E. "El directorio de la Sociedad Anónima: necesidad de un replanteo sobre la naturaleza y alcances de su función", en La Ley 1987-A, pág. 1034, punto 4) del apartado V.

(13) GALGANO, Francesco "La società per azioni, "Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia", Tomo VII, pág. 62 y sigs., Edit. Cedam.

social que la ha creado, que estará delineado por la maximización en la consecución del objeto social y la maximización en la rentabilidad" (14).

La negativa en dar información a la asamblea, bien puede sustentarse en los denominados secretos industriales, secretos comerciales, o si se quiere y a manera de síntesis, en secretos de empresa. Esta facultad que le reconocemos al directorio, se legitima en tanto su ejercicio haga a la consecución del objeto social (15), a preservar el interés social.

En principio, parecería que en caso que la asamblea, requiere información para resolver sobre asuntos que hacen a la gestión social, y que le competen por ley, el directorio debería cumplir la decisión asamblearia (16) y por ende, con su requerimiento, en tanto éste resulte razonable. En cambio, el enfoque es diametralmente opuesto, y por tanto la respuesta es otra, cuando la asamblea tiene determinadas atribuciones vía disposiciones estatutarias, ya que no debe pasarse por alto, que las atribuciones legales y estatutarias del directorio son indelegables (arg. art. 266 de la Ley de Sociedades Comerciales) (17) y tales disposiciones legales no son susceptibles de ser derogadas por reglas contractuales.

III- EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LA ESFERA DE SECRETO

Habiéndose enunciado en el punto antecedente, nuestra postura sobre el tema propuesto, resulta menester asentar que no se nos pasa por alto, la trascendencia que tiene el derecho de información para el accionista -muy especialmente para el accionista minoritario- y la imperiosa necesidad de resguardar su amplio ejercicio dentro de ciertos límites (18). Ello no empece el enfoque que realizamos sobre el tema central que tratamos.

(14) RACCIATTI (h), Hernán "Abuso de derecho por las minorías en el marco societario" en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Nros. 139/141, Enero- Junio 1991, pág. 233).

(15) Refiere Otaegui, al reflexionar sobre el límite del derecho de información del socio en la asamblea: "...consideramos que es el perjuicio al interés social entendido como el objetivo común a los socios conforme el fin social y en un momento histórico dado, o como el interés de la empresa (LS, art. 1) que debe servir de pauta para la oposición al derecho de información del socio en la asamblea..." (Op. cit., pág. 149).

(16) FARGOSI, Horacio y ROMANELLO, Eduardo R., Op. cit., pág. 1129. Los autores ejemplifican aludiendo a los artículos 220 incs. 2 y 3, y 221 de la Ley de Sociedades Comerciales.

(17) IBIDEM, pág. 1129. Es que las decisiones asamblearias que versan sobre cuestiones, cuya competencia están atribuidas por ley al órgano de administración, no obligan a éste (Conf. ROSSI, Enzo, Op. cit. pág. 179).

(18) Tampoco dejamos de merituar, que a través de la propuesta modificada de la Quinta Directiva Comunitaria, se potencia el derecho de información del accionista (FERNANDEZ RUIZ, José Luis "Análisis comparativo del derecho de información de los accionistas y de los trabajadores en los ordenamientos español y comunitario" en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea -Estudios en Homenaje a José Girón Tena- pág. 405, Edit. Civitas).

Creemos que los administradores pueden negarle información a la asamblea en procura de salvaguardar secretos de empresa. Claro está que cuando pretendemos delimitar el derecho de información de la asamblea, vía la protección de secretos industriales, secretos comerciales, en salvaguarda del interés social, resulta dificultoso determinar su contenido. Como bien apunta Cottino, se trata de una noción elástica y dilatable según las circunstancias ⁽¹⁹⁾.

Respecto de la protección legal de los secretos de empresa, Frignani ha sostenido -en un estudio efectuado a la luz del derecho italiano y comparado- que los ordenamientos legales en general -en cuanto política legislativa- parten de la siguiente pauta directriz: cuanto mayor es la protección legal, menos amplia es la noción de secreto relevante ⁽²⁰⁾. Y nos parece que ello, resulta ser un *standart* a merituar, para evaluar la razonabilidad de la negativa a dar información por tal motivo; al resultar el secreto objeto de tutela legal en este marco, con estrictez debe determinarse lo que resulta secreto relevante.

A través de un principio general, como el no ejercicio abusivo -o antifuncional- de los derechos (artículo 1071 del Código Civil), se establecerá el límite, de la atribución del directorio en negar información a la asamblea por los motivos enunciados ⁽²¹⁾.

El ejercicio regular del derecho, es realmente el patrón a través del cual se evalúa y juzga el alcance del derecho de información; a través de dicho punto directriz, se sustentará la delimitación de obligaciones y facultades en materia de información societaria.

IV- CONCLUSIONES

En definitiva, consideramos que:

1. La asamblea tiene amplias facultades en cuanto al ejercicio del derecho de información, en tanto el mismo resulte regular, no abusivo, antifuncional.
2. Existe un desplazamiento de poder de la asamblea hacia el órgano de administración, y por tanto éste no es un mero ejecutor de sus decisiones, y ello debe valorarse como pauta conveniente de política legislativa.

(19) COTTINO, Gastone, Op. cit., pág. 491.

(20) FRIGNANI, Aldo "Secretos de Empresa (En el Derecho Italiano y Comparado" en Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense - Curso 1987-1988 -, pág. 263, Madrid 1988).

(21) En referencia a dicha pauta, como límite al ejercicio del derecho de información del accionista, MASCHESRONI, COUSO, MUGUILLO "El Socio -Derechos y Obligaciones-" pág. 120 y sig., Edic. Contabilidad Moderna; AGUINIS, Ana María M. de, Op. cit., pág. 299; ESCUTI (h), Ignacio A., Op. cit., pág. 566.

3. Resulta impropia la expresión "soberanía de la asamblea".

4. El órgano de administración está facultado a negarle información a la asamblea, en protección de secretos industriales, comerciales, know how.

5. La negativa en dar información por parte del directorio a la asamblea, debe hacer a la consecución del objeto para el cual la empresa fue creada, en búsqueda del máximo de rentabilidad, en definitiva a la salvaguarda del interés social.