

**MAL DESEMPEÑO DE LOS DIRECTORES
DE SOCIEDADES ANONIMAS
(ESQUEMA DE RELACION) ***

Alejandro Guillermo Boro

Profesor de los Cursos de Doctorado

Introducción

1) El tema titular se relaciona a nivel del derecho comparado de los grupos o agrupamientos de sociedades y/o empresas. Por lo tanto se incluye su tratación en derecho nacional y aún en derecho extranjero en cuanto se refiera al interés de una *sociedad en sí y por sí sola considerada*.

2) El mal desempeño de los directores de sociedades anónimas por violaciones de normas positivas: v. gr. “deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios” —arts. 59 y 274 L. 19550—; “diligencia del mandatario” —2392. C.C. italiano— o del “gerente ordenado y perito” —93 de la aktiengesetz alemana de 1965— etc., puede cambiar de calificación en materia de regulación de agrupamiento de sociedades, *transformándose en actitudes lícitas facultativas y aún obligatorias*: v. gr. para los directores de la controlada, dar preferencia al interés societario de la controlante.

I. Parte general

3) Dentro de una primera parte “general” de ambientación societaria grupal cabe admitir con Guyénot y Champaud que la alternativa

• Corresponde al plan de la Relación de derecho comercial comparado que sobre el tema titular expusiera el Dr. Alejandro Guillermo Boro el 19 de Junio de 1981 en las “Segundas Jornadas Cuyano-platenses de Actualización Jurídica”,

de la vida económica solo deja elegir entre “vivir agrupados o morir absorbidos, a menos que prefieran la lenta agonía solitaria”. Así se presenta el fenómeno empresario de la irresistible *concentración económica*.

4) La doctrina señala etapas en su evolución: una primera “*individual*” con formas asociativas simples (fines del siglo XIX); una segunda “*corporativa*” con división de riesgos y personalidad (S.R.L. y S.A. de la primera mitad del siglo XX); y por último una tercera etapa de “*agrupación societaria y empresario*” que responde a la moderna concentración económica (después de la segunda guerra mundial y a partir de la segunda mitad del presente siglo). A este reto de la economía corresponderá la búsqueda de una respuesta del derecho. La mutación y adaptación se fundamenta en pensamientos de Ihering, Vivante, Vidari, Ascarelli, Garrigues, etc. La era societaria molecular es de mayor avance que la de las sociedades átomos. (Piras, cit. de Rodière).

5) Un primer análisis de la temática puede escudriñarse a través de exposiciones realizadas en reunión internacional del “Centro de Estudios Europeos” de la Universidad de Lovaina (Bélgica, 1971). Renauld: se advierten dos posturas técnico-jurídicas, una de normativa amplia y flexible y la otra de normas rígidas y precisas; Coppens: dicotomía “*solución - legal*” y “*solución - jurisprudencial*”, que en el fondo traduce la separación “derecho continental - derecho anglonorteamericano”; Jacquemin: soluciones diferentes según se trate de asegurar la mayor expansión y rentabilidad posible del “grupo” o se busque su regulación interior con vista a proteger los intereses de todas las partes presentes, etc.

6) *Métodos o técnicas y procedimientos de agrupación societaria y/o empresario*: “agrupaciones con estructura contractual” y “agrupaciones con estructura societaria” (V. Champaud, RDCO 1969, ps. 117/160); concentración de poder por “subordinación” (dominio en desigualdad) o por “colaboración” (en igualdad); “vía contractual empresaria” reconocida como control económico externo, y vía de “adquisición y participaciones accionarias” de control jurídico o interno; agrupamientos verticales y horizontales; “holding pura o propia” y “holding impura o impropia”; generalidad de la nota distintiva de “unidad de decisión económica”, etc. (V. bibliografía de derecho comparado: en España, Garrigues, Girón Tena y Uría; en Francia, Houin, Rodière, Guyénot, Champaud; en Italia, Ferretti, Ferri y Verrucoli; en Alemania, Gessler; en el derecho anglosajón, Dunning, etc.).

7) *Problemática jurídica general*: a) En agrupamientos de naturaleza *contractual*: inadaptación de las reglas jurídicas tradicionales correspondientes a formas contractuales clásicas frente a situaciones contractuales complejas que resultan de fusión y no de yuxtaposición de técnicas

jurídicas; b) En agrupamientos con estructura *societaria*: situación de eventual perjuicio de accionistas minoritarios o externos de las sociedades controladas; de los acreedores y empleados de las sociedades agrupadas; afectación del Estado en su soberanía, orden económico, política fiscal, nacionalidad, abuso del poder económico, etc.

II. *Parte especial*

8) ¿Pueden legislarse los grupos societarios o empresarios de manera que los directores de una sociedad controlada respondan en su desempeño al *interés del grupo societario* antes que al interés de su propia sociedad sin incurrir en mal desempeño de sus funciones? O en otros términos: ¿podrán ser considerados entonces como buenos hombres de negocios o gerentes ordenados y peritos, diligentes y leales, que no han violado norma legal o estatutaria alguna? En esta segunda “Parte Especial” se analizarán, en derecho comparado, las leyes y proyectos más significativos que han previsto la regulación de los agrupamientos societarios y/o empresarios de forma tal que el interrogante antes formulado admita una respuesta afirmativa, por supuesto fuera de lo común.

9) *Alemania Federal: Aktiengesetz de 1965*. Rige desde el 1º de enero de 1966 en reemplazo de la anterior de 1937. Pese a ser una legislación de sociedades por acciones (cinco libros con 410 artículos), la doctrina reconoce a Alemania Federal —por el contenido de uno de dichos libros (tercero, arts. 291 a 338) — como el *único país* en el mundo que hasta 1975 había previsto legislativamente una regulación de los grupos de sociedades o empresas (Conf. Piras, en Congreso Italo-latinoamericano de derecho comparado de 1975). En el mensaje de elevación a la Aktg, se declara el propósito de encuadrar jurídicamente las combinaciones empresarias y hacerlas transparentes, protegiéndose a accionistas y regulándose debidamente poder de decisión y responsabilidad. —*Estructura normativa* que legaliza en los grupos societarios lo que con generalidad puede calificarse de mal desempeño de directores:

a) *Art. 15. Empresas reunidas*: “Empresas reunidas son aquellas empresas jurídicamente independientes que se hallan relacionadas recíprocamente entre sí en empresas poseedoras de la mayoría y empresas cuya mayoría es poseída (art. 16); empresas dependientes y dominantes (art. 17); empresas “Konzern” (art. 18); empresas de participación recíproca (art. 19) o como partes contractuales de un contrato de empresa (arts. 291, 292)”.

b) *Art. 17. Empresas dependientes y dominantes*: “Empresas dependientes son empresas jurídicamente independientes sobre las que otra

empresa (empresa dominante) puede ejercer influjo decisivo mediata o inmediatamente. Se presume que una empresa cuya mayoría está poseída es dependiente de la empresa poseedora de la mayoría”.

c) *Art. 18. Konzern y empresas Konzern:* “Cuando una empresa dominante y una o varias empresas dependientes se reúnen bajo la dirección de la primera constituyen un Konzern; las empresas singulares son empresas Konzern. Las empresas entre las que existe un convenio de dominación (art. 291) o de las cuales una está incorporada a la otra (art. 319), se consideran englobadas bajo dirección unitaria. Se presume que una empresa dependiente forma grupo con la empresa dominante. Cuando empresas jurídicamente independientes se agrupan bajo dirección unitaria, sin que ninguna de ellas dependa de la otra, constituyen también un grupo; las empresas singulares se consideran empresas del Konzern”.

d) Sobre estas bases legales la doctrina alemana distingue la caracterización del “*Konzern de derecho*”. Estos grupos de derecho son los que se constituyen de acuerdo a los procedimientos de la ley que implican la publicidad de las relaciones existentes y por ende legitiman la puesta de las sociedades controladas al servicio del interés del grupo. Incluso los directores de las controladas tienen el deber jurídico de observar las instrucciones que reciban aunque fueren contrarias al interés de su sociedad. En compensación a esto la misma ley prevé la protección de los intereses de terceros, v. gr.: los acreedores de la controlada y sus accionistas minoritarios.

Por el contrario, si el grupo se constituye de “*hecho*”, la misma conducta de los directores precedentemente enunciada resulta un “mal desempeño” de sus funciones con las responsabilidades pertinentes.

e) La Aktiengesetz alemana prevé en el Libro Tercero, Primera Parte, los *Contratos de empresa*”. Inicia el Capítulo Primero con el art. 291. *Contrato de dominación. Contrato de pago de beneficios:* “Contratos de empresa son aquellos por los que una sociedad por acciones o comanditaria por acciones subordina a otra empresa la dirección de su Sociedad (contrato de dominación), o se obliga a pagar a otra empresa todos sus beneficios (contrato de pago de beneficios), etc., etc.”. Luego (Capítulo Segundo) se legislan otros contratos de empresa (art. 292); su aprobación por la Junta General (art. 293); su inscripción en el Registro Mercantil (art. 294); modificación, resolución, etc. (arts. 295/299).

En el Capítulo Tercero se prevé la “*garantía de la sociedad y de los acreedores*” anteriores a la inscripción del contrato en el Registro Mercantil (art. 303); y en el Cuarto, la “*garantía a los accionistas excluidos*”

(minoritarios) en los contratos de transferencia de dominación y entrega de beneficios” mediante una “compensación adecuada”: v. gr.: garantía de pago anual de la suma que previsiblemente podría repartirse como dividendo (art. 304); una indemnización (compra de las acciones del minoritario, entrega de acciones de la dominante, o indemnización en metálico (art. 305), etc.

f) En una Segunda Parte, Capítulo Primero, se legisla sobre “*Poder directivo y responsabilidad en la dependencia de empresas*” de manera tal que legitima lo que en forma genérica resultaría un “mal desempeño de los directores”. *Art. 308. Poder directivo. Párrafo 1º*. “Si existe un contrato de transferencia de dominación, la empresa dominante está *legitimada* para dar consignas a la Dirección de Sociedad con respecto a la gestión de la misma. Si el contrato no determina otra cosa pueden darse también consignas que *perjudican* a la Sociedad cuando sirvan a los intereses de la empresa dominante o de las empresas unidas en Konzern con ella y con la Sociedad. *Párrafo 2º*. “La Dirección está obligada a seguir las consignas de la empresa dominante. No está legitimada para negarse a cumplir una consigna porque a su juicio perjudica los intereses de la empresa dominante o de las empresas unidas en Konzern con ella y con la sociedad, salvo que claramente no sirva a dichos intereses...”. A su vez el *art. 310 párrafo 3* establece que: “No se da obligación de indemnizar para los Administradores de la sociedad, cuando la gestión perjudicial descansa en un acuerdo que había obligación de seguir según lo dispuesto en el art. 308, párrafo 2º”. No se entra en mayores detalles hermenéuticos porque aún ahora se sigue discutiendo la interpretación de alguno de los párrafos de esta norma. (V. artículos publicados en Z.G.R. en homenaje a Hans Wurdinger, uno de los más importantes estudiosos del tema de las uniones de empresas. RDM, N° 150, recensión de los trabajos de U. Immenga; P. Ulmer; C. W. Canaris y E. Gessler).

g) Por otra parte en el Capítulo siguiente sobre “*Responsabilidad en ausencia de un contrato de transferencia de dominación*” se legisla la norma genérica. *Art. 311. Límite de influencia*: “Si no existe un contrato de transferencia de dominación, no puede una empresa dominante emplear su influencia para que una Sociedad por acciones o comanditaria por acciones, dependiente de ella, realice un negocio perjudicial a sus propios intereses, o tome o deje de tomar medidas en perjuicio suyo, a no ser que los daños resultantes les sean compensados”. En su consecuencia, el art. 317 establece en tal situación la “responsabilidad de la empresa dominante y de sus *representantes legales*” en forma solidaria (párrafo 1º y 7º), y también la de los “*miembros de la Dirección de la Sociedad* (controlada) y de su Consejo de Vigilancia” por incumplimiento de sus deberes en tales casos, (art. 318 párrafos 1º y 2º).

h) En la Tercera Parte del Libro Tercero se legisla sobre "*Sociedades Incorporadas*". Art. 319. *Incorporación*: "La Junta General de una Sociedad por acciones puede acordar la incorporación de la Sociedad a otra Sociedad por acciones con domicilio en el territorio nacional (Sociedad Principal), cuando todas las acciones de la Sociedad se encuentren en poder de la futura Sociedad principal (...) El acuerdo de incorporación sólo es eficaz cuando la *aprueba* la Junta General de la futura Sociedad principal por mayoría no menor de las tres cuartas partes del capital (...) y con la *inscripción* de la incorporación en el Registro Mercantil se considera realizada la incorporación a la Sociedad principal.

Por otra parte, el art. 320 prevé la "*incorporación por acuerdo de la mayoría* o sea que en lugar de todas las acciones (que exige el 319) bastará sólo con el *noventa y cinco* por ciento del capital social. (En Alemania no hay acciones de voto plural). Se prevén compensaciones adecuadas para los accionistas disconformes (v. gr.: acciones de la futura sociedad principal, indemnización en metálico, etc.). Con la inscripción de la incorporación en el Registro Mercantil se transfieren a poder de la Sociedad principal todas las acciones que aún no lo estuvieran. Los acreedores anteriores a la inscripción tienen derecho a exigir garantías (art. 321) con responsabilidad solidaria de la sociedad principal de tales acreedores y de los posteriores (art. 322).

La norma básica de los efectos de la incorporación respecto a nuestro tema se establece en el art. 323. *Poder de gestión de la Sociedad principal y responsabilidad de los miembros de la Dirección*: "La sociedad principal está *facultada* a cursar *instrucciones* a la Dirección de la Sociedad incorporada con respecto a la gestión de la Sociedad. Se aplican por analogía el art. 308, párrafo 2º, cláusula 1, y párrafo 3; arts. 309 y 310. No son aplicables los art. 311 a 318". También se determina el "fin de la incorporación", art. 327 (v. gr.: cuando ya no se encuentran en poder de la sociedad principal todas las acciones de la Sociedad incorporada).

i) La Aktg. prevé por último una Quinta Parte sobre "*Rendición de cuentas en el Konzern*", (balance consolidado), ejercicio del Konzern con balance y cuenta de pérdidas y ganancias y memoria del Konzern; su examen por los censores peritos; la publicación del balance del Konzern, etcétera.

10) Abierto así el camino por la legislación alemana, devienen *iniciativas similares*, ya enderezadas al mismo fin, o bien tocando marginalmente algunos de sus previsiones. V. gr.: Anteproyecto del holandés Sanders de *Estatuto de Sociedad Anónima Europea* (1966) y la Propuesta de la Comisión de la Comunidad Económica Europea para la creación de la S.A. europea (1970 y su repetición en 1975) e iniciativas

de armonización del derecho de los grupos de sociedades; en *Francia*, algunas disposiciones de la legislación de 1966, la Ordenanza 821 del 23/9/1967 sobre “Grupos de interés económico”, el Proyecto Cousté de 1970 reiterado en 1973 a la Asamblea Nacional y el llamado Segundo Proyecto Cousté de 1974. Proyecto de agrupamiento transitorio de empresas del 29/7/1976; en *Italia*, la minirreforma o “ley de conversión” N° 216 del 7/6/1974 (que convirtió en Ley su antecedente decreto ley 95 del 8/4/1974) con modificaciones y agregados a los arts. 2349, 2369, 2372, 2420, 2425, 2429 y 2441 del Cód. Civil; el nuevo régimen de “Consorti e Società Consortile” regulado por la ley 377 del 10/5/1976 y que modifica el art. 2602 del Código Civil (Ferri: “pasticcio del tutto mutile”, Riv. def. Dir. Com. 1976, pág. 132); vía concursai y a partir del D.L. 602 del 5/10/1978 (que no entró en vigencia), devienen algunas implicancias en cuanto a interpretaciones sobre grupos de sociedades e insolvencia en materia de extensión del procedimiento de “administración extraordinaria” entre controladas (D. Prodi N° 26 del 30/1/1979 convertido en ley 95 de abril de 1979, con modificaciones y aclaraciones de la ley 445 de agosto de 1980); en España, la ley de 1963 sobre “Uniones y asociaciones de empresas” y la actual reforma enciernen con, Ponencia de la Comisión integrada por Garrigues, Menéndez, Sánchez Calero, Bercovitz y Broseta Pont (“La reforma de la legislación mercantil Ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa); en *EE.UU.*, solución mediante prácticas societarias y jurisprudenciales, “disregard of legal entity”, balances consolidados, voto acumulativo, control de la “Securities and Exchange Commission”, etc.; en *Inglaterra* la regulación de “Companies Act” reconoce la legislación de 1929 derogada por la de 1948/49 y reformada en 1957 para terminar en la actual de 1980. La temática es general con alguna de las referencias ya anotadas: v. gr. protección judicial de los accionistas minoritarios. (V. RDM N° 156); en *Brasil*, cabe destacar la moderna ley N° 6404 del 15 de diciembre de 1976, incluso con referencias a la 6385 del 7/12/1976 sobre Mercados Mobiliarios y Creación de Comisión de Valores Mobiliarios, y Resolución N° 4001 sobre enajenación del control de compañía abierta, etc.

De todos estos antecedentes se analizarán a continuación sólo las de mayor atinencia y relación con el tema del “buen o mal desempeño de los directores de S.A.”.

11) *Proyecto Cousté de 1970/73* (36 artículos): Sigue los lineamientos de la Aktg. alemana de 1965, del Anteproyecto Sanders y propuesta de la C.E.E. Bajo nueve títulos regula la calificación de las sociedades, contrato de afiliación, existencia del grupo, su publicidad, la protección de accionistas externos (IV), trabajadores (V) y acreedores (VI), tribunal especial de grupos, etc.

En lo vinculado a nuestra temática, en el título VII (arts. 27 a 30) se determina el alcance legal de las instrucciones que pueda dar la sociedad dominante. En este sentido es básica *obligación* de toda sociedad afiliada cumplir con dichas instrucciones dentro de ciertas normas de previsiones del propio proyecto (títulos IV, V y VI) y sin perjuicio de rehusarlas cuando configuren violaciones a leyes de orden público, penales, o a normas propias del contrato de afiliación (art. 27). Tales instrucciones (*ordres de direction*) sólo podrán ser dadas por los órganos de la sociedad dominante a los de la sociedad afiliada (art. 28). Pueden ser reiteradas las instrucciones, v. gr. en caso de que el Consejo de Vigilancia de la afiliada no prestara su consentimiento y este fuere necesario, supuesto en el que deberán no obstante ser *cumplidas* dichas instrucciones (art. 29).

Y aquí aparece la conexión más cercana con nuestro tema: dentro de las previsiones normativas regladas por el Proyecto, y salvo en los casos enunciados del art. 27, los *directivos* de la sociedad afiliada no son pasibles de ninguna responsabilidad aunque el cumplimiento de las instrucciones recibidas puede ocasionar *perjuicios* a la sociedad afiliada (art. 30).

12) *Proyecto Cousté II de 1974*. (59 artículos. V. “Rivista delle Società” de 1977). Remisión al ilustrado trabajo de Embid Irujo (Nº 150 de la Revista de Derecho Mercantil, págs. 563/577), v. gr. constitución facultativa, “contrato de afiliación”, “integración”, etc.

13) “*Grupos de Interés Económico*” de la Ordenanza francesa Nº 821 del 23/9/1967, (23 artículos). En la medida en que se prevé que el grupo de interés económico goza de personalidad moral y de plena capacidad a partir de su inscripción en el registro de comercio (art. 3) y que el grupo es administrado por personas físicas cuyas facultades se establecen por el contrato grupo de o en su defecto la Asamblea de los miembros, etc. (art. 9º), no interesa su profundización de estudio en relación al mal desempeño de los directores de S.A. (V. “Los grupos de interés económico” de Guyénot - E.J.E.A. 1973; Guyon, RDCO 1971-235; Anaya RDCO 1972-589; Ledoux, Bonneaux, etc.).

14) *Ley brasileña Nº 6404 de Sociedades Anónimas del 15/12/1976* (300 artículos). Capítulo XVIII: “transformación, incorporación, fusión y escisión” (arts. 220 a 234); Cap. XX: “Sociedades coligadas, controladoras y controladas” (arts. 243 a 264; Cap. XXII: “Consortio” (arts. 278/279); y especialmente Cap. XXI titulado directamente “Grupo de sociedades” (arts. 265 a 277). La doctrina (Embid Irujo, Nº 150 Rev. de Derecho Mercantil) destaca de la ley de S.A. brasileña de 1976 su particularidad de legislar los grupos de sociedades, lo que hasta esa fecha

sólo se presentaba en la Aktg. como único ejemplo de regulación jurídica vigente sobre el tema. (V. cita "T" en p. 462 sobre autores extranjeros que ya se interesaron por el estudio de la ley del Brasil y cita "5" sobre revisión de ideas respecto a la Aktg.).

— En relación a nuestra temática específica se pueden observar dos disposiciones básicas que hacen al desempeño de los directores de sociedades anónimas:

a) *Art. 245: Los administradores* no pueden en perjuicio de la compañía, favorecer a sociedades coligada, controladora o controlada, debiendo velar para que en las operaciones entre las sociedades, se observen condiciones estrictamente *conmutativas* o se haga efectiva la *compensación* adecuada, respondiendo ante la Sociedad por las pérdidas y daños resultantes de los actos practicados en infracción a lo dispuesto en este artículo.

b) *Art. 273: A los administradores* de las sociedades afiliadas, sin perjuicio de sus atribuciones, poderes, responsabilidades, de acuerdo con sus respectivos estatutos o contratos sociales, compete observar la orientación general establecida y las *instrucciones expedidas por los administradores del grupo* que no importen violación de la ley o de la convención del grupo.

El legislador brasileño "no se ha limitado a transcribir los preceptos de la Aktg, o de los proyectos legislativos franceses y comunitarios europeos", pero una incursión detallada comparativa excedería el problema que se circunscribe a las normas antes citadas. Sólo a título ilustrativo se advierte la concepción *contractualista* del grupo (Cap. XXI) regulado bajo títulos tales como "Características y naturaleza", "Constitución, registro y publicidad"; "Administración"; "Demostraciones financieras", etcétera.

15) *Situación argentina: a) Ley 19550: Normas que tocan la temática* (arts. 31 - 32 - 33 - 63 - 64 - 65). Influencia mayormente en información contable;

b) *Posición negativa* de regulación de grupos de Halperin: se trata de un problema esencialmente político y está vinculado con el control de la economía. Los grupos de sociedades requieren una estructuración jurídica especial, porque muchas de sus manifestaciones exceden o son ajenas a las formas societarias. Diferencia entre incisos 11 y 16 del art. 67 de la Constitución de la Nación;

c) *Necesidad de emprender su regulación* sostenida en doctrina y Congresos Societarios, con ponencias de distintos alcances. (V. Primer

Congreso de Derecho Societario, 1977 Edit. Depalma. Segundo Congreso de Derecho Societario, 1979. Ed. Cámara de Sociedades Anónimas. Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho: Contratos de Empresa, etc.).

16) *Prospectiva*: La problemática de la regulación de los grupos societarios y del buen o mal desempeño consecuente de directores, tiene aún un horizonte de mayor complicación que el que se puede observar dentro de un *ámbito nacional*.

a) Por una parte se plantea el problema de la participación de las *multinacionales*. (Piras: gelatinosas como las medusas y difíciles de afeerrar). Doctrina totalmente *polémica* y *política* con niveles de regulaciones locales o con leyes uniformes o legislaciones supranacionales.

b) Por la otra, debe meditarlo lo que puede significar la eventual regulación del “*agrupamiento de las multinacionales*” o “*grupos multinacionales de sociedades*”.

Por atingencia con nuestro tema observamos el problema de la tabla de valores con que cabría emitir juicios para determinar la configuración de un *mal o buen desempeño de sus directores*, teniendo en cuenta que aún respetando las normas de “compensaciones adecuadas”, se presenta la situación de directores de la controlada en un país, y directores de la controlante en otro, con lo que esas compensaciones previsibles entre sociedades de distintos Estados pueden llegar a afectar un superior interés nacional.

c) *La prospectiva* de un derecho societario y empresario deviene coincidente con el reto de la economía aún sin respuesta a la búsqueda de su solución en el meridiano del “agrupamiento de sociedades y empresas” tanto en el orden nacional como en el internacional.

Por lo tanto y mientras no se dicte una legislación de grupos o agrupamientos societarios, no podrá legitimarse como “bueno y legal” lo que en ausencia de tal normativa se califica como de “mal desempeño de los directores de sociedades anónimas”.

Mendoza, Junio de 1981.