

# El acceso de los administradores “no ejecutivos” a la información social en el ordenamiento italiano\*

GIANLUCA PERONE\*\*

RESUMEN: El poder de los consejeros de administración de sociedad por acciones que se encuentren desprovistos de delegación, de adquirir información sobre la gestión social, debe ser bien circunscrito. Este se limita a la potestad de exigir que los órganos delegados comuniquen al consejo todo dato cuya adquisición sea necesaria para el control de la conducta de los administradores ejecutivos y para la concienzuda coparticipación de todos los consejeros en las decisiones de la gestión tomadas colegiadamente. En ausencia de una específica atribución estatutaria, los administradores no ejecutivos resultarían privados de poderes de investigación individual por virtud de los cuales podrían buscar información mediante la realización de inspecciones autónomas en las oficinas de la sociedad, la consulta directa de actas y documentos sociales y/o la interrogación personal de dependientes y colaboradores de la empresa. El ejercicio de poderes de investigación tan extensos e ilimitados no parece, de hecho, coherente con el rol que el nuevo estatuto de la información al interior del órgano administrativo, introducido por el legislador italiano, ha entendido asignar a los consejeros no ejecutivos. Y, más en general, contrasta con la rigurosa delimitación de los deberes de vigilancia y control de los consejeros sobre la actuación de los órganos delegados que, por específica elección legislativa, distingue el renovado equilibrio del órgano administrativo de la sociedad accionaria italiana.

\* Fecha de recepción: 11 de marzo de 2013. Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2013. Para citar el artículo: PERONE, G. "El acceso de los administradores 'no ejecutivos' a la información social en el ordenamiento italiano", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre, 2013, pp. 151-178. Trad. del italiano, PAULA NATALIA ROBLES BACCA.

\*\* Profesor agregado de Derecho Comercial de la Universidad de Roma 'Tor Vergata'. Contacto: [g.perone@peronesalvatori.it].

PALABRAS CLAVE: derecho de sociedades, Italia, administradores "no ejecutivos", deberes de vigilancia y control de los consejeros.

*Access of 'non-executive' directors to company information in the Italian experience*

ABSTRACT: The power of non-executive director to acquire information on the company management must be well-defined. It is limited to the power to require that the executive directors communicate to the board of directors any data, which is necessary for monitoring the activities of the executive directors and of the management, and for the conscious sharing of all the managing decisions taken together. Unless otherwise provided by the articles of the company, however, the non-executive board members have no powers of investigation under which searching for information by conducting independent inspections in the offices of the company and/or by querying staff of employees and business associates. Exercising such extensive and discretionary powers of investigations does not appear to be consistent with the role that the new regulations of the company information system introduced by the Italian legislature intended to assign to the non-executive directors. In addition, more generally, it contrasts with the strict definition of the duties of supervision and control of the external directors over the company management that, for specific legislative choice, marks the renovated structure of the Italian companies.

KEYWORDS: Corporate Law, Italy, "non-executive directors, duties of supervision and control.

SUMARIO: 1. Cuestiones introductorias. 2. Información y actividad del órgano administrativo. 3. Contenido y ejercicio de los poderes de información del administrador en la disciplina anteriormente vigente. 4. El nuevo régimen de la información al interior del consejo directivo. 5. Sigue: colegialidad y poderes de investigación de los miembros del consejo de administración. Conclusiones.

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

En este ensayo se pretende afrontar el delicado problema, que ha dado lugar a contrastes no marginales en la jurisprudencia italiana, relativo al poder de los administradores no ejecutivos de adquirir información sobre la gestión social.

Se trata, en particular, de valorar si, en virtud del principio de colegialidad, el poder señalado se agota en la facultad de cada uno de los consejeros de administración de solicitar que los administradores ejecutivos comuniquen al consejo toda la información y las aclaraciones consideradas oportunas. O si se traduce, más específicamente, en una potestad de acceso personal a los documentos y a la información de la sociedad que cada miembro del órgano administrativo es libre de ejercitar individualmente.

La correcta solución de este problema, por demás, requiere de ser armonizada con la disciplina, más general, de la información societaria –y de aquella del órgano administrativo social en particular– que, con ocasión de la reforma del derecho societario de 2003<sup>[1]</sup>, fue introducida en el ordenamiento italiano y con los principios generales que inspiran tal disciplina.

## 2. INFORMACIÓN Y ACTIVIDADES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

El acceso a la información relativa a la gestión de la sociedad constituye, frecuentemente, objeto de tensiones y contraposiciones entre administradores ejecutivos y administradores privados de delegación de carácter operativo.

Estos últimos, excluidos de la dirección ordinaria de la empresa social, reivindican, en el ejercicio de su *derecho/poder* de ser informados de la gestión social, el acceso directo y el examen personal de la documentación custodiada en los establecimientos de la empresa, de manera tal que les sea posible cumplir adecuadamente sus propias funciones. Los primeros, por el contrario, se rehúsan generalmente, sobre todo en presencia de órganos administrativos de composición *heterogénea*, a permitir el ejercicio de verificaciones semejantes. Lo anterior objetando que la normativa societaria confiere a cada administrador solamente una mera facultad de solicitar, en el respeto de los roles y los procedimientos propios del consejo de administración, aclaraciones a esta última y a los órganos delegados por virtud de los datos por estos comunicados, excluyendo la posibilidad de consultas y/o inspecciones individuales, consideradas idóneas para afectar negativamente la reserva y la eficiencia empresarial.

Algunas decisiones judiciales recientes de tribunales nacionales de Italia<sup>2</sup> ofrecen al jurista italiano el punto de partida para volver a ocuparse, en el nuevo conjunto normativo delineado por la referida reforma orgánica del derecho so-

1 Al término de una elaboración prolongada por varios decenios y después de la continua sucesión de numerosas propuestas de renovación, el derecho societario diseñado por el legislador de 1942 fue profundamente innovado por la reforma orgánica de la disciplina de la sociedad de capital y de las sociedades cooperativas, por medio de la Ley del 3 de octubre de 2001, n.º 366, y del D. lgs. del 17 de enero de 2003, n.º 6.

2 Nos referimos a las ordenanzas depositadas, como consecuencia de procedimientos de urgencia, por el Tribunal de Lecce el 2 de diciembre de 2010, publicada en *Il caso.it*, y por el Tribunal de Lecco el 22 agosto de 2008 y el 15 de octubre de 2008, inéditas, las cuales, sobre la base de líneas argumentativas ampliamente convergentes, fueron unidas a la afirmación de la existencia de un general y no suprimible derecho de cada administrador, incluso desprovisto de delegaciones operativas específicas, de tener pleno acceso a la documentación empresarial y de ejercitarlo incluso mediante iniciativa individual. Esto último, ya sea con la finalidad de adquirir los datos necesarios para colmar las asimetrías informativas que, en otro caso, privarían de efectivo contenido la dialéctica entre órganos delegados y consejeros no ejecutivos; ya sea, más en general, para permitir a todos los administradores el ejercicio, de manera realmente consciente y eficiente, del poder/deber de control de la gestión que el ordenamiento les atribuye.

cietario nacional introducida por el Decreto Legislativo 6/2003, de las cuestiones referidas y, más en general, de las problemáticas, notoriamente consideradas como de importancia teórica y aplicativa, inherentes a la titularidad y el ejercicio del poder de información del órgano administrativo de las sociedades por acciones, ya ampliamente debatidas bajo la disciplina antes vigente.

El tema parte del convencimiento común acerca de la centralidad (de la adquisición y de la distribución) de la información para los fines del correcto ejercicio de las funciones atribuidas por el ordenamiento a los miembros del órgano administrativo<sup>3</sup>.

Se considera que una consciente adopción de decisiones empresariales, connotadas intrínsecamente por márgenes de incerteza no eliminables, que no se traduzca en un acto eminentemente aleatorio, implica de manera necesaria, en cabeza de quien sea llamado a tomarlas, que posea y elabore las nociones, los datos y los elementos de hecho útiles para contar con un conocimiento idóneo y para llegar a una valoración adecuada de las diversas alternativas y los riesgos conexos a cada una de estas. Esto, en vista de una consciente comparación de las ventajas y los costos potencialmente asociados a cada opción, y de una consciente asunción de los riesgos asociados.

Es necesario, por lo demás, que tal núcleo esencial de información circule al interior del órgano administrativo y sea puesto materialmente a disposición por cada uno de los componentes del mismo. Se vería, en caso contrario, perjudicada la capacidad de los administradores no encargados de la gestión operativa de la empresa societaria de cumplir la tarea, a ellos asignada por el ordenamiento, de controlar la actuación de los órganos delegados. Y, más en general, se transformaría en una mera apariencia la misma *colegialidad* que debe caracterizar las acciones del consejo de administración –la cual, evidentemente, presupone la posibilidad de una consciente participación de todos sus miembros en el proceso decisorio– comprometiendo, incluso, la finalidad de ponderación y/o composición a la cual típicamente responde la naturaleza colegial del órgano<sup>4</sup>.

3 Las cuestiones referidas en el texto, objeto de específica profundización también por parte de la literatura empresarial, atraen desde hace tiempo la atención de la jurisprudencia práctica y teórica, no solo italiana, y han sido objeto de un amplio aporte de contribuciones. Para una reciente síntesis del debate y para una exposición crítica de las conclusiones obtenidas, también en clave comparatística, cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, *passim* (en particular pp. 1 ss. y 45 ss.). Por último, para una reseña extensa también respecto de las más recientes orientaciones, cfr. G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, en *Contratto e impr.*, 2010, pp. 737 ss.

4 La doctrina italiana, aunque con posiciones y conclusiones no siempre coincidentes, ha solido individuar las funciones a las cuales responde propiamente el principio de la colegialidad del órgano administrativo pluripersonal de sociedad accionaria en aquellas de: ponderación en la formación de las decisiones empresariales; coherencia y unidad de la actuación de gestión, y composición entre los múltiples intereses que puedan venir a tener relieve en la dialéctica societaria. Para un examen crítico del tema cfr., por todos,

En esa prospectiva, la conciencia de la urgencia de que los administradores desarrollen su encargo sobre la base de un patrimonio de conocimientos suficiente para el ejercicio consciente y eficaz de las funciones de gestión y/o de supervisión a ellos asignadas ha llevado desde hace tiempo a los intérpretes a individualizar, incluso antes de la existencia de un respaldo de carácter positivo, en la información el objeto de un deber específico del administrador de sociedad de capital, hasta transformar el deber general de vigilancia que corresponde a todos los componentes de la oficina administrativa también (y, se diría, sobre todo) en un deber de *acción informada*. Es decir, en un deber de participar, según sus respectivos roles, en la actividad de gestión y en las decisiones en las cuales la misma se articula en forma atenta y meditada, cuidando de disponer y, en caso de conocimientos insuficientes, adquirir todas las informaciones necesarias para una adecuada ponderación de los riesgos asociados a ellas.

De aquí la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia a reconstruir el sistema de la responsabilidad de los administradores de sociedad de capital alrededor del principio general –el cual parecería haber tenido recepción positiva por obra del legislador de la reforma– según el cual la imposibilidad de censurar, en términos de oportunidad, el mérito de las valoraciones empresariales contenidas en los actos de gestión del órgano administrativo, y la consecuente irresponsabilidad general del mismo por los eventuales resultados negativos de valoraciones semejantes en cuanto tales, no impiden, en cambio, el análisis de las *modalidades* con que tales valoraciones y actos hayan sido puestos en acción. Y, en particular, no impiden verificar y juzgar si el cumplimiento de los mismos estuvo precedido o acompañado de una investigación capaz de garantizar a los administradores la adquisición de los datos y las informaciones que habría sido razonable adquirir en relación con la concreta decisión a adoptar<sup>5</sup>. Con la consecuencia de que incurre

M. STELLA RICHER Jr., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, en *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, al cuidado de B. LIBONATI, Milano, 1995, pp. 277 ss.

- 5 La distinción entre *riesgo* y *responsabilidad*, entre riesgo conatural al ejercicio de la empresa social, como tal atribuido por el ordenamiento a los socios destinatarios de los resultados correspondientes, y responsabilidad por el cumplimiento de actos de *mala gestio*, imputable al administrador que, en el desarrollo de su mandato, haya violado las obligaciones de gestión impuestas por la norma o por los estatutos, ha representado desde el principio uno de los puntos centrales en torno a los cuales el Código ha definido la arquitectura de las sociedades de capital. Y se pone en cierto modo en la base del canon –comúnmente denominado *business judgment rule*, con clara referencia a la homónima regla jurisprudencial de origen estadounidense (para la cual cfr. la enunciación contenida en la conocida sentencia *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S. 2d 807 (Sup. Ct. 1976), *aff'd*, 387 N.Y.S. 2d 993 (App. div. 1976), y en clave crítica F.A. GEVURTZ, "The Business Judgment Rule: Meaningless or Misguided Notion?", 67 *S. Cal. L. Rev.* 287 [1994])– acogido, si bien con un carácter preceptivo no siempre coincidente, en la mayor parte de los ordenamientos modernos; según dicho canon sería admisible someter a sindicación ya no el mérito de las valoraciones empresariales efectuadas por los administradores, interfiriendo en su esfera de discrecionalidad, con el fin de imputarles a ellos los eventuales resultados negativos,

en responsabilidad el administrador que tome o concurra en la toma de decisión de actos de gestión, que se revelen nocivos, en ausencia de las cautelas, verificaciones e informaciones que, en las circunstancias concretas, habría sido lógico adoptar, llevar a cabo y poseer<sup>6</sup>, no pudiendo alegar como excusa la ignorancia

en términos de pérdida o daño, derivados de las mismas, sino, al contrario, el proceso decisorio observado y su correspondencia con los cánones de diligencia y pericia fijados en ocasiones por el ordenamiento. En tal sentido, valga recordar el principio, expresión de una orientación consolidada, enunciado por la Suprema Corte de casación italiana en vigencia de la disciplina anterior, pero, sin más, aplicable también a la actual, y según el cual “la responsabilidad hipotizada por el artículo 2392 C.C. desciende únicamente de la violación de obligaciones jurídicas, en cabeza de los gestores del patrimonio social, quienes no podrán ser imputados, a título de responsabilidad, de haber tomado decisiones inoportunas desde el punto de vista económico: ya que una decisión así tomada corresponde a la esfera de la oportunidad y por lo tanto de la discrecionalidad administrativa [...] [D]e ahí se deduce que la responsabilidad del administrador no puede ser establecida simplemente por los resultados de la gestión y que, por tanto, al juez facultado por la acción de responsabilidad no le es dado juzgar los criterios de oportunidad y conveniencia considerados por el administrador en el desarrollo de sus tareas”: CASS., 28 de abril de 1997, n. 3652, en *Giur. it.*, 1998, c. 287 nota de VENTURA. Para profundizar en las razones, en primer lugar reconducibles a la esfera de la oportunidad y de la política del derecho, que justifican un acercamiento similar y de su íntima proveniencia, en una delicada búsqueda de equilibrio entre exigencias contrapuestas, de la estructura y de la lógica de la economía de mercado, cfr. el clásico tratado de R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974; y, con posterioridad a la reforma del año 2003, cfr. C. ANGELICI, “Diligentia quam in suis e business judgment rule”, en *Riv. dir. comm.*, 2006, I, pp. 675 ss.

- 6 En la jurisprudencia resulta frecuente encontrar la máxima según la cual “la decisión entre cumplir o no un cierto acto de gestión, o de cumplirlo en un cierto modo o en determinadas circunstancias, nunca es por sí sola (salvo que denote específicamente la deliberada intención del administrador de perjudicar los intereses de la sociedad) susceptible de ser apreciada en términos de responsabilidad jurídica, por la imposibilidad misma de realizar una valoración similar con un metro que no sea aquel de la oportunidad y, por ello, de invadir el campo de la discrecionalidad empresarial, mientras, al contrario, es solo la eventual omisión, por parte del administrador, de aquellas cautelas, de aquellas verificaciones o de aquellas informaciones preventivas normalmente exigidas para una decisión de tal género que puede configurarse una responsabilidad contractual del administrador frente a la sociedad”. En este sentido cfr., entre otras, CASS., 23 de marzo de 2004, n. 5718, en *Società*, 2004, p. 1517, nota de FUSI; CASS., 28 de aprile de 1997, n. 3652, cit.; TRIB. MILANO, 2 de mayo de 2007, en *Corriere del Merito*, 2007, p. 1116; TRIB. REGGIO EMILIA, 23 de febrero de 2006, en *Dir. e pratica società*, 2006, p. 64, nota de DISETTI; TRIB. MILANO, 29 de mayo de 2004, en *Giur. It.*, 2004, 2333, nota de Cottino; TRIB. MILANO, 14 de abril de 2004, en *Giur. It.*, 2004, c. 1897, nota de BERLOTTI; TRIB. MILANO, 20 de febrero de 2003, en *Società*, 2003, p. 1268, nota de PISELLI; TRIB. MILANO, 10 de febrero de 2000, en *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 326, nota de TINA. Para una reseña completa de la orientación jurisprudencial cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, pp. 159 ss. Es de resaltar que las consideraciones enunciadas en las máximas citadas fueron hechas propias, incluso textualmente, por la Exposición de motivos del decreto legislativo de reforma orgánica al derecho de las sociedades de capital, cuyo parágrafo 6.III.4 permite leer que las decisiones tomadas por los administradores “en el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley o el estatuto [...] deben ser *informadas y meditadas*, basadas en un conocimiento respectivo y fruto de un riego calculado, y no de irresponsabilidad o negligente improvisación”. El texto completo de la Exposición de motivos se puede

de circunstancias relevantes cuando quiera que la misma provenga de su inercia o desinterés<sup>7</sup>.

### 3. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LOS PODERES DE INFORMACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD DE CAPITAL EN LA DISCIPLINA ANTERIORMENTE VIGENTE

El código civil italiano de 1942 –en razón del reducido interés que el problema generalmente suscitaba en la cultura iuseconómica de la época– carecía de una disciplina positiva expresa de la información de la que disponían los administradores de sociedades de capital.

Jurisprudencia y doctrina, a medida que la consciencia de la relevancia teórica y operativa del tema fue difundándose, se hicieron cargo de la tarea de hacer frente a la laguna normativa, comprometiéndose en la reconstrucción de un estatuto jurídico de la información al interior del órgano de gestión capaz de asegurar la tutela y la composición de los numerosos intereses implicados<sup>8</sup>.

En dicho esfuerzo, la afirmación de puntuales obligaciones informativas en cabeza de cada componente de la oficina administrativa, instrumental respecto del cumplimiento del deber de vigilancia de la gestión, rápidamente llamó la atención de los intérpretes respecto de la definición de los *poderes de investigación* necesarios para la adquisición de los datos inherentes a la actividad social indispensables para el cumplimiento de tal obligación<sup>9</sup>, fijándose la exigencia, ahora

consultar en M. VIETTI et al. (al cuidado de), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, 2006, pp. 207 ss.

- 7 El fundamento en virtud del cual a los administradores no les es dado tener comportamientos de inercia, que se agoten en el mero acto de presencia en la reuniones del órgano de administración, con indiferencia por los intereses de la sociedad y sin conciencia de la responsabilidad vinculada al trabajo que les corresponde, se puede encontrar ya en G. FRÈ, *Società per azioni*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca (art. 2325-2461), Bologna, 1972, p. 480.
- 8 Es importante, por lo demás, recordar que, en el cuadro delineado, a partir del final de la década de 1990 el tema de la circulación de la información al interior del órgano administrativo de la sociedad ha sido objeto de intervenciones autodisciplinarias, reglamentarias y por lo tanto normativas, en el ámbito de la disciplina de las sociedades que cotizan en bolsa. Nos referimos, en particular, a la necesidad de que las sociedades antes mencionadas se dotaran de reglas organizativas capaces de garantizar la existencia de flujos informativos adecuados entre los componentes del órgano directivo, reglas dispuestas por la Comunicación Consob del 20 de febrero de 1997, DAC/RM/97001574, que contiene *Raccomandazioni in materia di controlli societari* (en *Riv. dir. soc.*, 1997, p. 2005), y por el código de autodisciplina del comisionado para la *Corporate Governance* de Bolsa Italiana S.p.A., no solo a la obligación informativa impuesta a los administradores en favor de la Revisoría Fiscal (colegio sindical) por el artículo 150 TUIF, del que parte de la doctrina ha deducido la existencia de un deber (preliminar) de transmisión y elaboración de la información producida al interior del órgano administrativo. En tal sentido, en particular, cfr. P. MONTALENTI, *Corporate governance. la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, en *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 329 ss.
- 9 Sustancialmente incontrovertido se ha revelado rápidamente el convencimiento de que la imposición a los administradores, por virtud del artículo 2392 C.C., de un deber es-

actual, de individualizar contenidos y modalidades de ejercicio de poderes como los señalados que pudieran resultar coherentes con la naturaleza pluripersonal típicamente asumida por el órgano de gestión. Fijándose, en otras palabras, la necesidad de verificar, cada vez que la administración de la sociedad no tuviese estructura monocrática, si los poderes referidos habrían sido atribuidos al órgano de gestión en cuanto tal y, en cualquier caso, si deberían haber sido ejercitados según los módulos y los esquemas que definen el funcionamiento colegiado de la actividad, o si los mismos podrían definirse como de titularidad de cada uno de los administradores, con la consecuente necesidad de verificar la compatibilidad de un ejercicio individual suyo con los principios de la colegialidad que informan la actividad administrativa.

Los interrogantes así definidos han recibido respuestas discordantes —a menudo fruto de opciones sistemáticas con vértice divergente—, las cuales, aunque con perspectivas diversas, pueden ser ordenadas en dos posturas contrapuestas, cuyo eco es pertinente recordar, no obstante los cambios del conjunto normativo, en los pronunciamientos judiciales más recientes a los cuales se hizo referencia al iniciar el presente escrito, y que, por lo tanto, resulta conveniente recorrer en breves líneas.

Recurriendo necesariamente a la simplificación, es posible separar, de un lado, la postura de aquellos que, partiendo de la distinción entre funciones administrativas de *vigilancia* y funciones de *intervención*<sup>10</sup>, han entendido limitar a las segundas

pecífico de vigilancia sobre el desarrollo general de la gestión debiese inducir a admitir, aun a falta de un análogo reconocimiento positivo, la atribución a los administradores de los correspondientes poderes de instrucción, instrumentales al cumplimiento del citado deber. Cfr. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100.

- 10 La dicotomía poder de *vigilancia*/poder de *intervención* evocada en el texto sirve, en extrema síntesis, para identificar y contraponer los momentos en los cuales, específicamente en presencia de órganos delegados, se retenía cómo se articulase la actuación de los administradores *no ejecutivos*. Consistente, el primero, en el control sobre la marcha general (y total) de la gestión societaria; el segundo, en la sucesiva adopción de medidas correctivas útiles para prevenir o hacer cesar en el ejercicio de la gestión conductas no correctas y, más en general, para impedir la realización de actos perjudiciales para la sociedad o para contener la consecuencias dañosas. Al respecto, cfr., por todos, CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit. p. 93. Además, la relevancia, sistemática y operativa, de tal contraposición en el sistema vigente podría ser puesta en duda, en caso de que se adhiriera a la lectura según la cual en las modificaciones introducidas por el legislador en la reforma se presenta un esencial redimensionamiento, si no la supresión pura y simple, del deber general de vigilancia de los administradores sobre la gestión. En ese sentido cfr., entre otros, P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, en Abbadessa y Portale (al cuidado de), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, pp. 501 ss., y BONELLI, *Gli amministratori*, cit., pp. 51 ss., además, en jurisprudencia, CASS. PEN., 19 de junio de 2007, n. 22838, en *Giur. comm.*, 2008, pp. 369 ss. En sentido diverso, cfr. F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, p. 134; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, en ABBADESSA y PORTALE (al cuidado de), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, pp. 835 ss., espec. 850 ss.; V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, en *Società*, 2006, p. 293.



el ámbito de operatividad de las reglas de la colegialidad, afirmando el carácter puramente individual de los poderes de investigación y control en los cuales los primeros pueden ser descompuestos: el ejercicio de estos últimos, desvinculado de esquemas prefijados, sería dejado a la iniciativa del administrador en particular, el cual no solo estaría legitimado para disponer de ellos autónomamente, sino que también dispondría de la facultad adicional de determinarlos discrecionalmente en su forma e intensidad conforme se considere más conveniente en relación con las circunstancias concretas<sup>11</sup>.

En esta perspectiva, una vez identificada, según una posición difundida en el sistema pre vigente<sup>12</sup>, respecto de la función del principio de la colegialidad de la acción administrativa de salvaguardia del interés en la *coherencia* de la gestión societaria –puesta, al contrario, en riesgo por una actuación separada de cada uno de los miembros del órgano de administración–, se ha observado que la relevancia (y la necesidad de protección) de un interés semejante se habría perfilado solo en el ejercicio de las funciones de *intervención* del órgano administrativo. Solamente en ese contexto se habría manifestado la exigencia de que la adopción y la actuación de las medidas más oportunas para alcanzar un objetivo fuese atribuida en manera diferente, no a la iniciativa no orgánica de cada uno de los administradores, sino a la determinación unitaria y concordada del consejo de administración, con el concurso ordenado de todos sus componentes. En el momento, lógica y operativamente precedente, del *control*, al contrario, no se presentaría un problema de armonía, por lo que no se justificaría la aplicación de un instrumento, como el de la colegialidad, dirigido a reducir a unidad la actuación potencialmente mul-

11 Y, por tanto, se ha considerado, por ejemplo, que los administradores singularmente considerados podrían consultar libremente a los dependientes de la estructura de la empresa y formular sus objeciones y preguntas, asistir a las reuniones de cada comité y, en general, a las reuniones con directores y dirigentes, así como tener pleno e ilimitado acceso a toda la documentación relativa a la gestión de la empresa: en estos términos, cfr. ABBADESSA, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo")*, en *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 816 ss.; CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., p. 93; A. DALMARTELLO y G.B. PORTALE, *I poteri di controllo degli amministratori "di minoranza" (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo")*, en *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 797 ss.; V. GIORGI, *Poteri, doveri degli amministratori e principio della collegialità nell'amministrazione pluripersonale di società per azioni*, en *Riv. not.*, 1990, I, p. 317. La posición considerada resulta acogida, en la jurisprudencia, por TRIB. MILANO, 17 de marzo de 1986, en *Società*, 1986, p. 619, nota MARESCOTTI; y TRIB. CATANIA, 23 de marzo de 1995, en *Società*, 1995, p. 1092, nota de Morelli. Esta última sentencia, sin embargo, atempera su postura con la afirmación de la legitimidad de las deliberaciones del órgano colegial dirigidas a limitar el poder-deber de control atribuido a los administradores considerados individualmente por medio de la predeterminación de las modalidades de su ejercicio.

12 Al respecto, entre otros, cfr. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati*, cit., pp. 248 ss.; V. CALANDRA BUONAUURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, pp. 16 ss.; G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, en *Riv. soc.*, 1979, pp. 90 ss., espec. 136 ss. Para una reconsideración crítica de tal posición, dirigida sobre la base de argumentaciones que siguen siendo actuales incluso a la luz de la disciplina vigente, cfr. STELLA RICHER JR., *La collegialità del consiglio di amministrazione*, cit., pp. 286 ss.

tiforme de los administradores. Pero, es más, el ejercicio autónomo, por parte de cada uno de estos, de una actividad de inspección que conlleve la búsqueda de datos e información dirigidos a orientar las determinaciones por adoptar habría garantizado la adquisición completa de un mayor número de elementos de juicio destinados a ser transmitidos en las deliberaciones sucesivas del consejo de administración, de manera de acrecentar la eficiencia y la precisión de los respectivos procesos decisivos<sup>13</sup>.

Además, la *confirmación* del carácter *individual* del deber de *vigilancia* –y, por lo tanto, del correlativo poder de control y de investigación– era extraída de la naturaleza solidaria y personal de la responsabilidad adscrita a los administradores que se distanciaran del señalado deber, de la que habría sido lícito deducir la naturaleza igualmente personal del poder necesario para el cumplimiento del deber<sup>14</sup>. Y también del carácter personal de la obligación, impuesta por el código en cabeza de cada administrador, de prepararse para prevenir, impedir o atenuar las consecuencias de la realización de actos de gestión dañinos a cuyo ejercicio el código atribuye función exoneratoria de la señalada responsabilidad<sup>15</sup>.

La correspondencia de una reconstrucción como la señalada con el dato positivo fue, sin embargo, puesta en duda por una posición interpretativa contrastante, dirigida a negar la existencia de espacios normativos que facultaran el ejercicio de poderes individuales de control –cuyo contenido y modalidad podrían resultar reconducidos a la determinación discrecional de los miembros del consejo administrativo individualmente considerados– en la disciplina de la sociedad accionaria.

De hecho, la afirmación, en sí no necesariamente refutada, de un *derecho individual* de cada administrador a desplegar una actividad de investigación (que sería posible realizar incluso por medio de una confrontación de la estructura empresarial y a través de la consulta de la información social) capaz de asegurar al consejo de administración, y al propio administrador *como miembro del cuerpo colegiado*, la adquisición de los datos y la información necesarios para la vigilancia del funcionamiento general de la gestión y para la participación concienzuda en las decisiones del órgano administrativo, no habría permitido excluir su ejercicio de las reglas de la colegialidad. Y debería, por esto, verificarse al interior o a través del consejo administrativo, resultando los administradores siempre sometidos a

13 "El ejercicio individual [de los poderes de instrucción asociados al cumplimiento del deber de vigilancia] no expone [...] a la sociedad a riesgo alguno de conducta incoherente, riesgo que el principio de colegialidad aspira específicamente a remover, pero admite más bien la adquisición de elementos adicionales de juicio, destinados a orientar las decisiones del consejo": ABBADESSA, *I poteri di controllo*, cit., p. 816.

14 "Precisamente porque es *personal* y *solidaria* la responsabilidad que la ley pone a cargo de cada administrador considerado individualmente por la violación del deber de vigilancia, no puede no ser *personal* y *solidario* (por el lado activo) el medio que el administrador debe tener para no incurrir en *aquella* responsabilidad: valga aclarar el ejercicio de la vigilancia considerada en su aspecto de 'poder'": DALMARTELLO y PORTALE, *I poteri di controllo*, cit., p. 798.

15 *Ibid.*

ejercitar estas competencias, como todas las otras a ellos atribuidas, en el ámbito del órgano colegial y según las normas que regulan su funcionamiento<sup>16</sup>.

El referido derecho a la información, en otras palabras, se habría configurado como un *derecho individual de ejercicio colectivo*: el despliegue material de las operaciones de instrucción, instrumentales al accionar del interés, tutelado por el ordenamiento, de los consejeros individualmente considerados de disponer de la información sobre la gestión social necesaria para el cumplimiento de las funciones a cada uno de ellos atribuidas al interior del órgano, lejos de estar librado a la iniciativa separada de los mismos, habría permanecido en cabeza del consejo administrativo.

Este último, por lo tanto, al subsistir tanto la legitimación de sus componentes a solicitarle intervención como la necesidad de satisfacer sus mencionados intereses individuales, habría permanecido como el órgano llamado a decidir: qué documentos podrían ser examinados y cuáles dependientes podrían ser interrogados; el lugar y la forma en que esto debiese ocurrir (en sede del consejo administrativo o en las oficinas sociales); quién debería responder concretamente frente a los asuntos examinados (el consejo en su totalidad o sus miembros de manera singular de acuerdo a la función a ellos delegada); las cautelas necesarias para salvaguardar la reserva de los secretos empresariales, etc. Habría permanecido como el órgano llamado a determinar el contenido y la intensidad, además de efectuar materialmente la actividad de investigación.

Una solución similar, aunque planteando el problema de la individualización de los remedios judiciales y/o extrajudiciales de los cuales los administradores podrían servirse cuando quiera que sus derechos informativos resultaran desconocidos por específicas determinaciones del consejo de administración<sup>17</sup>, habría hecho frente, mejor que las otras, tanto a exigencias de coherencia sistemática como a razones de oportunidad.

Desde la primera perspectiva, la afirmación de una competencia exclusiva del consejo administrativo para el ejercicio de poderes de investigación habría resultado más respetuosa del principio de colegialidad al cual el ordenamiento ha entendido someter, en términos generales, la administración pluripersonal en las sociedades de capital<sup>18</sup>. Un desconocimiento del referido principio no

16 Así S. SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» (membro del comitato esecutivo con "voto consultivo")*, en *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 787 ss.

17 Se ha cuestionado, por ejemplo, si los administradores podrían considerarse, en tales eventualidades, legitimados para el ejercicio de una acción de rendición de cuentas en contra de los del administrador delegado o de los otros componentes del consejo, y también para interponer una denuncia ante el tribunal de graves irregularidades de gestión *ex artículo 2409 C.C.*, así como si los mismos, en sede extrajudicial, podrían formular legítimamente solicitudes de información a los jefes o dirigirse a los socios mediante la comunicación de relaciones y notificaciones: SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo*, cit., p. 792.

18 La atribución a los administradores de poderes de vigilancia para ejercitarse en régimen de colegialidad debe reputarse razonable y compatible con las reglas de funcionamiento de la sociedad accionaria, las cuales fueron establecidas según una compleja articulación

habría podido justificarse, como, al contrario, lo hacen los autores citados en precedencia, con la invocación de la naturaleza solidaria de la responsabilidad imputable a los administradores –tratándose, sin más, de una responsabilidad correspondiente a la violación de *todos* los deberes impuestos a los administradores y que por tanto no podría considerarse como índice de su carácter individual, so pena de la negación sustancial del principio mismo de la colegialidad–, vale decir, por el incumplimiento de los deberes de prevención y eliminación de actos dañosos y de disociación establecidos por el artículo 2392 C.C., resultando los mismos realmente compatibles con un ejercicio colegiado de las funciones respectivas<sup>19</sup>.

Por otra parte, en cuanto a las consideraciones de oportunidad, la necesaria *mediación* del órgano administrativo habría conjurado el peligro, particularmente temido, de que el ejercicio indiscriminado de los poderes individuales de instrucción por parte de cada administrador, en ausencia de criterios y límites prefijados, recargando a la sociedad y a sus departamentos con la tarea de dar cumplimiento a la actividad informativa, pudiese distraer la atención de la estructura de la empresa del cuidado de los negocios ordinarios, de manera que pudieran acarrear obstáculos a la eficiente gestión de la empresa social<sup>20</sup>.

#### 4. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA INFORMACIÓN AL INTERIOR DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La introducción de una completa reglamentación de la información al interior del consejo directivo probablemente constituye –junto con el régimen de responsabilidad de los administradores, que, por lo demás, resulta estrechamente asociado a esta y responde a una lógica común<sup>21</sup>– la innovación sistemáticamente

como normas prevalentemente inderogables por la ley, para la tutela, compuesta variadamente, de los intereses de los socios, de los terceros y de la colectividad en general, en un juego delicado de pesos y contrapesos, puesto que, específicamente para el ejercicio de la función de control, está predisposto, con poderes penetrantes, otro órgano de la sociedad por acciones, la Junta de Auditores o Colegio Sindical, al que estaría atribuido el cumplimiento de actuaciones de inspección y control incluso individuales: MINERVINI, *I poteri di controllo*, cit., p. 813.

19 En tal sentido, cfr. *ibíd.*, p. 812.

20 GRASSETTI, *I poteri di controllo*, cit., p. 808; MINERVINI, *I poteri di controllo*, cit., p. 814.

21 Basta, en esta sede, agregar la sustitución del indistinto deber de *vigilancia sobre el funcionamiento general de la gestión* impuesto por la formulación originaria del artículo 2392, inciso 2.º, C.C. –la arbitraria extensión del ámbito aplicativo el cual, en el sistema pre vigente, había constituido la puerta de entrada a preocupantes abusos interpretativos dirigidos a transfigurar subrepticamente la responsabilidad por incumplimiento de los administradores delineada por el código en un omnicompreensivo supuesto de hecho de responsabilidad objetiva– por el más puntual y circunscrito deber de *actuar en modo informado* introducido por el nuevo artículo 2381, inciso 6.º inciso, C.C.

más relevante introducida por la reforma del derecho societario en la disciplina del órgano administrativo de la sociedad accionaria<sup>22</sup>.

La conciencia, ya sedimentada, de la importancia de un continuo y completo intercambio informativo infra e interorgánico, como instrumento esencial del *corporate governance* capaz de promover, al mismo tiempo, la correcta gestión de la empresa societaria y el eficiente control sobre la misma, ha inducido, de hecho, al legislador a colmar la laguna normativa a la cual se ha hecho referencia en las páginas precedentes mediante la previsión de un articulado régimen de los flujos (y de los correlativos poderes/deberes) de información al interior del consejo de administración. La adquisición y la circulación de la información de parte y entre los administradores, por lo tanto, ha dejado de estar librada solamente a la obra estructuradora –con el tiempo vista como inadecuada para absolver un inconveniente similar– de la autonomía estatutaria y a la libre (y esencialmente indeterminada) iniciativa de los administradores mismos. Esta es, al contrario, objeto de una compleja trama de obligaciones imperativamente adscrita a los componentes del órgano administrativo, en forma e intensidad conmensuradas con base en las funciones concretamente realizadas por estos al interior del mismo, de manera que cada uno de estos (y el órgano en su totalidad) sea requerido y puesto en la condición de desarrollar efectivamente, y no solo nominalmente, su rol en virtud de un patrimonio de conocimientos idóneo para tal fin.

Buscando sintetizar las líneas generales de la nueva disciplina, conviene partir de uno de sus primeros, y fundamentales, componentes constituido por el deber general de "actuar en modo informado" impuesto por el artículo 2381, inciso 6.º, C.C.<sup>23</sup>, a todos los administradores de sociedades por acciones *en cuanto tales*, con independencia de la configuración concretamente asumida por la oficina administrativa, de la existencia de órganos delegados, como también de las funciones especiales eventualmente ejercitadas por los mismos (el así llamado deber *reflexivo* de información<sup>24</sup>).

22 Para la ilustración del significado sistemáticamente central, incluso en clave tipológica, de la nueva disciplina de la información al interior del consejo de administración introducida en el 2003, cfr., entre otros, ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 23 ss.; ÍD., *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, en *Società*, 2005, p. 1466, y MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 836. Más en general, para el análisis de los elementos más relevantes de innovación introducidos por la reforma y de los nuevos principios que, por efecto de la misma, gobiernan el derecho italiano de las sociedades de capital, cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2.ª ed., Padova, 2006.

23 Dispone la primera parte del artículo 2381, inciso 6.º, C.C. que "los administradores están obligados a actuar de manera informada".

24 Es esta la definición con la cual con posterioridad a la reforma, en la obra de reorganización sistemática de la materia, se ha entendido individualizar (y distinguir de otros) el deber en mención, para así subrayar que se trata de una situación jurídica subjetiva que tiene por objeto el cumplimiento de una actividad referida al sujeto obligado por la misma: la recepción y posesión de la información necesaria para una diligente actividad de gestión;

Recibe, con tal precisión, enunciación positiva expresa el ya referido canon general al cual debe someterse la actuación de cada administrador, cuyos datos caracterizadores podrían considerarse ya reconstruidos precedentemente en vía interpretativa por la jurisprudencia y la doctrina<sup>25</sup>; por virtud suya, cada componente del órgano administrativo es llamado a desempeñar sus funciones –sean estas de gestión activa, individual o colegial, o de control sobre la actuación de los administradores ejecutivos– de manera *efectiva y concienzuda*, sobre la base de un conocimiento adecuado de los elementos y de las circunstancias relevantes según el caso, que ha de adquirirse como resultado de la actividad específica de investigación y/o verificación de los datos obtenidos<sup>26</sup>. Canon que, por lo demás, resultando íntimamente conexo al deber de diligencia contenido en el artículo 2392, inciso 1.º, C.C.<sup>27</sup>, y viniendo a sustituir a la pre vigente obligación de vigilancia sobre el funcionamiento general de la gestión, debería concurrir, en términos más amplios, a una completa remodulación de la disciplina de las acciones

cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 259 ss., a quien se debe, más en general, la tripartición de los deberes informativos impuestos a los componentes del consejo de administración, tripartición a la que en el transcurso del presente artículo se hará referencia, en: deberes reflexivos de información (de los administradores no delegados), deberes transitivos de información (de los órganos delegados) y deberes de interacción informativa (del presidente del consejo de administración).

- 25 Subraya, por lo demás, el carácter fuertemente *innovador* (de “ruptura”) asumido por el reconocimiento normativo del deber de actuar de manera informada en orden a la configuración de los deberes y de las responsabilidades de los administradores, aunque reconociendo que su introducción fue anticipada por la más avezada elaboración doctrinal y jurisprudencial en materia de responsabilidad de los administradores, para lo cual se reenvía acá a las notas 4 y 5; y cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 272 e 287.
- 26 En tal sentido ya se expresaba la Comisión redactora de la reforma, la cual aclaraba que la nueva disciplina se proponía establecer que las elecciones de gestión fuesen “informadas y meditadas, basadas en los conocimientos respectivos y fruto de un riesgo calculado, y no de irresponsable o negligente improvisación” (§ III.4). Es, por lo demás, intuitivo que el contenido preceptivo del criterio de conducta del actuar informado venga a realizarse diversamente –y esto puede recibir explicación la formulación *elástica* preseleccionada por el legislador– según que el mismo deba aplicarse al administrador investido de plena e individual autonomía decisoria (administrador único o delegado), o bien al administrador más sencillamente llamado a concurrir en la gestión en calidad de componente de un órgano pluripersonal (consejero de administración no ejecutivo). En uno de los casos se exige que el administrador adopte las elecciones empresariales sobre la base (de un proceso de instrucción que garantice el cumplimiento) de una concienzuda y ponderada valoración del contexto de referencia, de las alternativas disponibles y de las posibles consecuencias; en el otro, que cada consejero cuide de disponer del patrimonio cognitivo adecuado para permitirle hacer valer, en el debate al interior del órgano de administración, la opinión propia de manera consciente, sin esperar supinamente la orden expresa de los órganos delegados, para garantizar la ponderación y/o la composición de las posturas expresadas y, más en general, el control eficaz sobre la gestión operativa de la empresa social. Para un análisis más difuso de los temas evocados cfr., nuevamente, ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 274.
- 27 La primera parte del artículo 2392, inciso 1.º, C.C. dispone que “los administradores deben cumplir los deberes a estos encomendados por la ley y por los estatutos con la diligencia exigida por la naturaleza del encargo y de sus competencias específicas”.

y de la responsabilidad de los administradores en una perspectiva de contención de los así llamados *costos de agencia* y de promoción de la mayor eficiencia de las elecciones empresariales<sup>28</sup>.

Al reconocimiento normativo del deber de informarse se acompaña –y no habría podido ser de otra manera, so pena del sustancial abatimiento del precepto– aquel *poder* (y no derecho<sup>29</sup>) convergente de los administradores mismos de buscar, preguntar y recibir, allí donde sean requeridos, los datos y los elementos necesarios para el adecuado conocimiento de la gestión social y de las operaciones a emprender. Dispone, en tal sentido, el citado artículo 2381, inciso 6º, que "cada administrador puede solicitar a los órganos delegados que en asamblea sea proporcionada la información relativa a la gestión de la sociedad". Formulación, esta que, por un lado, textualmente legitima –claramente respecto del funcionamiento de estructuras administrativas pluripersonales en las cuales se presenten las delegaciones de gestión– a cada consejero a requerir un informe exhaustivo sobre la entera conducción de la actividad societaria, impidiendo que al mismo le sean opuestos vetos o rechazos que, obstaculizando su conocimiento de la materia sobre la cual habría sido llamado a intervenir, lo redujeran a acrítico ejecutor de las instrucciones de los administradores ejecutivos. Pero, por otro lado, induce a individualizar en los consejeros delegados (y, con mayor razón, en el eventual administrador único) a los sujetos institucionalmente dotados, como consecuencia de sus funciones principales de gestión, de un poder de acceso directo e ilimitado

28 Es importante recordar cómo ya la ley de habilitación había individualizado en el principio del actuar de modo informado el criterio fundamental al que, en el ámbito de aplicación de la ley de habilitación, habrían debido vincularse tanto las modalidades de ejercicio de las funciones de gestión como la evaluación de corrección del comportamiento de los componentes del órgano administrativo singularmente considerados (art. 4, inciso 8.º, lit. g, de la Ley del 3 de octubre de 2001, n.º 366).

29 La relación que transcurre entre el administrador y la información sobre la gestión y sobre la organización social se encuentra en primer lugar connotada por el carácter de *obligatoriedad*, adquiriendo la información relieve como objeto de la obligación de actuación informada que pesa sobre el administrador; y, solo de manera sucesiva e instrumental, de la ejecución del comportamiento debido, como posición dirigida a la adquisición de los datos y la información necesarios para el desarrollo de los deberes de gestión de conformidad con el canon legal de conducta impuesto al administrador. La prerrogativa considerada, por otro lado, es admitida y debe ser ejercitada por la actuación, nuevamente obligatoria, de un interés objetivamente ajeno, como ciertamente debe considerarse el interés social, con independencia de las diversas reconstrucciones en el tiempo desarrolladas acerca de la naturaleza y el contenido del mismo; y asume una connotación propiamente organizativa, como momento de conformación de la organización societaria y del desarrollo de su actividad, más allá de la lógica horizontal de la relación jurídica y del binomio derecho/deber en que la misma se funda. Se trata, por lo tanto, de características no compatibles con la figura del derecho subjetivo, tradicionalmente entendido como libre y discrecional facultad de realización del interés de su titular (en la conservación o la obtención de un beneficio), cuyo ejercicio es librado a la incoercible autodeterminación del mismo. Y que, al contrario, deben inducir a cualificar la situación considerada, a la par de las otras en las cuales se manifiesten las atribuciones orgánicas del administrador social, en términos de poder o, mejor, de potestad.

a los datos y a los documentos de la sociedad, y en cuanto tales constituidos como naturales custodios de la información social y primaria fuente de su divulgación a los demás consejeros<sup>30</sup>.

En la arquitectura general de los canales informativos, delineada por el artículo 2381 C.C., el deber de informarse a cargo de todos los administradores encuentra un complemento simétrico en el deber, impuesto –siempre sobre la base de la distinción funcional, reputada típica de la sociedad accionaria, entre administradores ejecutivos y no ejecutivos– a los órganos delegados, de transmitir a los otros consejeros, y también, a través de ellos, a los órganos de la sociedad, la información prescrita por el ordenamiento, en los términos y con las modalidades por el mismo especificadas (el denominado deber *transitivo* de información<sup>31</sup>).

De tal manera, el legislador no solo ha puesto a cargo de los administradores la obligación –implícita en el reconocimiento normativo, en favor de los demás administradores, del ya mencionado poder de solicitar informaciones suplementarias (cit. art. 2381, inc. 6.º, C.C.)– de ofrecer al consejo toda información sobre la gestión social por el mismo requerida y considerada necesaria para el desarrollo de sus funciones, introduciendo así un deber de información de naturaleza *atípica y ocasional*; sino que, aún más, se ha apresurado a regular un flujo informativo *típico y constante* entre consejeros encargados de la gestión ordinaria y consejeros llamados a su supervisión, predeterminando y, en cuanto sea posible, *estandarizando* el contenido de un núcleo esencial de información debida sobre la organización y sobre la actividad de la sociedad, incluso en ausencia de solicitud, por parte de los titulares de los órganos delegados al consejo en su unidad, además de la periodicidad, las formas, los momentos y los lugares de su comunicación.

Y así, el artículo 2381, inciso 5.º C.C.<sup>32</sup>, obliga a los órganos delegados a proporcionar al consejo (y a la junta de auditores), con frecuencia al menos semestral, un adecuado informe acerca del estado actual de la actividad de la empresa social (el “funcionamiento general de la gestión”), el desarrollo de la misma en clave prospectiva (su “previsible evolución”), y los más relevantes negocios concluidos en el pasado reciente (las “operaciones de mayor relieve, por dimensiones y características, efectuadas por la sociedad”). Informe destinado a extenderse ulteriormente, como es posible concluir de la lectura del inciso 3.º del mismo artículo, a la representación del “conjunto organizativo, administrativo y

30 ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 325.

31 *Ibíd.*, pp. 176 ss.

32 La disposición establece que “los órganos delegados cuidan que el conjunto organizativo, administrativo y contable sea adecuado a la naturaleza y a las dimensiones de la empresa y refieren al consejo de administración y a la Junta de Auditores, con la periodicidad fijada por sus estatutos y en cualquier caso al menos cada seis meses, sobre el funcionamiento general de la gestión y sobre su predecible evolución además sobre las operaciones de mayor relieve, por su dimensión o características, efectuadas por la sociedad y sus controladas”.



contable de la sociedad" y a la ilustración de sus "planes estratégicos, industriales y financieros".

De ese modo resulta delineada una información típica, articulada y completa, dirigida a mantener instruido al consejo de manera exhaustiva respecto de la estructura y el funcionamiento pasado, presente y futuro de la empresa social, información que se rinde indiferentemente en forma oral, en el curso de una audiencia del consejo de administración, o bien a través de un específico informe escrito, transmitido previamente a cada componente del órgano administrativo (y auditor) en orden a un sucesivo examen colegial de su contenido. Lo anterior, a condición de que esto se produzca en modo suficientemente analítico, y por lo tanto también con el auxilio de una adecuada representación contable de los actos de gestión relacionados y de sus correspondientes consecuencias, para no traicionar la *ratio* normativa<sup>33</sup>.

El régimen de la información al interior del consejo de administración resulta, en fin, completado—con función de clausura del sistema—por el deber atribuido por el inciso 1º del artículo 2381 C.C.<sup>34</sup> al presidente del consejo de administración de controlar la dinámica informativa, cuidando, para la salvaguardia de los diversos intereses implicados, la coordinación y la plenitud de los flujos de información proporcionada al órgano administrativo: dispone en tal sentido la norma referida que el presidente, al convocar y coordinar las actividades del consejo, "procura cuanto sea necesario a fin de que a todos los consejeros sea proporcionada adecuada información sobre las materias inscritas en el orden del día" (el denominado deber de *interacción* informativa<sup>35</sup>).

Con ello, la figura del presidente del consejo de administración se ve liberada del sustancial desinterés en el cual yacía a la luz de la disciplina dictada por el Código de 1942 para adquirir una posición, esencial a los fines del correcto funcionamiento del nuevo sistema, de garantía de la eficiencia y de la transparencia de los procesos decisivos asamblearios<sup>36</sup>. Resulta, así, una figura destinada a asegurar, también por fuerza de los penetrantes poderes *organizativos* a la misma hoy expresamente reconducidos, que el círculo informativo entre los administradores

33 En tal sentido, por todos, cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 192 ss., a quien se reenvía también para profundizar acerca del ámbito y contenido de la información de gestión obligatoria.

34 Señala la norma del artículo 2381, inciso 1.º, C.C.: "salvo previsión del estatuto, el presidente convoca al consejo de administración, fija su orden del día, coordina sus actividades y procura cuanto sea necesario a fin de que adecuada información sobre las materias inscritas en el orden del día sea proporcionada a todos los consejeros".

35 ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 97 ss.

36 Para un análisis más amplio de los poderes de impulso, coordinación y garantía de la actividad colegiada del órgano administrativo, que el nuevo artículo 2381 C.C., acogiendo la práctica afirmada en vigencia del sistema precedente, ha entendido expresamente atribuir al presidente el consejo de administración, cfr. P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, en ABBADESSA y PORTALE (al cuidado de), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Cambobasso*, Torino, 2006, pp. 441 ss.

que el ordenamiento ha entendido dibujar con la imposición de los mencionados deberes a cargo de los consejeros delegados y delegantes se realice efectivamente –solicitando, en caso de inadecuación y/o falta de tempestividad de la información proporcionada respecto de las determinaciones a adoptar, cada vez más integración–, para así permitir a cada componente del órgano de gestión participar en el procedimiento deliberativo de modo concienzudo e incisivo<sup>37</sup>.

##### 5. SIGUE: COLEGIALIDAD Y PODERES DE INVESTIGACIÓN DE LOS COMPONENTES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La circunstancia de la introducción de un estatuto legal, articulado y detallado, de la información asamblearia y, sobre todo, de una específica reglamentación del poder de cada uno de los consejeros de solicitar a los órganos delegados la comunicación de los datos y de los elementos considerados útiles para el ejercicio de sus funciones, por lo demás, no ha ofrecido al legislador de la reforma el estímulo –como, al contrario, habría sido razonable esperar, en vista de la relevancia sistemática del tema y de las dificultades aplicativas que la experiencia ha mostrado que se derivan del mismo– para predisponer una disciplina exhaustiva del contenido y la modalidad de ejercicio de los poderes de investigación de los componentes del órgano asambleario: una disciplina por fin capaz de superar definitivamente las incertezas interpretativas que, como se ilustró en los párrafos anteriores, habían dividido a la doctrina y la jurisprudencia en vigencia de la normativa anterior.

Desde los primeros comentarios sucesivos a la reforma, de hecho, se ha reestablecido casi en forma idéntica la contraposición entre, por una parte, aquellos que, aunque dando cuenta de la emersión positiva de una específica capacidad de impulso de los consejeros individualmente tomados, consideran en cualquier caso en las nuevas normas la confirmación de la necesidad de limitar el ejercicio de los poderes informativos al ámbito de la esfera colegial del consejo; y, por otra, aquellos que, al contrario, se inclinan por una lectura menos restrictiva, dirigida a extender a cada administrador la potestad, que puede considerarse, en cierto modo, connatural a la carga, de buscar autónoma y libremente, también dentro de la estructura empresarial, todas aquellas informaciones reputadas útiles.

A favor de la primera posibilidad, la cual hasta aquí ha recibido el apoyo de la posición prevalente, viene, sobre todo, invocado el tenor literal del artículo 2381, inciso final, C.C. La disposición –se observa a menudo–, al limitarse a

37 Permaneció, por lo demás, sin resolver el interrogante acerca de las formas, plazos y eventuales límites que el presidente del consejo de administración está sometido a observar al poner a disposición de los consejeros la información debida; problemática para cuya profundización se reenvía a SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, cit., pp. 462 ss.; y ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 138 ss.

legitimar al administrador en singular para requerir a los órganos delegados la comunicación "en consejo" de noticias y aclaraciones acerca del desarrollo de la gestión, parecería, por la inversa, excluir el poder del mismo administrador de buscar autónomamente esta misma información interrogando personalmente a dependientes y colaboradores de la sociedad, o bien transmitiendo la documentación social fuera de la sede asamblearia<sup>38</sup>. En ausencia de disposición estatutaria diversa, por lo tanto, debería considerarse asignado al consejo de administración –y, en caso de existir, sólo a los administradores titulares de cargas o funciones particulares que impliquen de por sí una potestad de acceso *directo* a los actos y documentos de la sociedad (como, p. ej., aquellos inherentes al así llamado control interno)<sup>39</sup>– el desarrollo de toda actividad de indagación dirigida a adquirir o a integrar una información faltante. Actividad que puede ser ejecutada directamente por el consejo, mediante audiencia de los sujetos en posesión de la información y/o la consulta de documentos en sede colegiada, o por intermedio de uno o más administradores específicamente delegados al efecto, con la tarea de transmitir luego al consejo mismo los resultados de sus operaciones de investigación<sup>40</sup>.

Una limitación semejante, por otra parte, estaría justificada, en una perspectiva más amplia –y encontraría en esto un soporte adicional–, en la exigencia de ofrecer una respuesta adecuada a la preocupación, advertida desde el principio, de evitar que un ejercicio repetitivo e invasivo de los poderes de inspección por parte de cada administrador, en especial en presencia de órganos colegiales de amplia composición, distraiga la atención de la estructura empresarial del cuidado de los negocios ordinarios y, por esto, termine por impedir la gestión normal de la empresa societaria, en forma de contradecir el principio general de eficiencia

38 En el sentido del texto se expresan, entre otros, ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 506 (modificando, sobre la base del nuevo dato positivo, la opinión contraria expresada en vigencia la disciplina anterior); C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis*, cit., p. 692; F. DENOZZA, *L' "amministratore di minoranza" e i suoi critici*, en *Giur. comm.*, 2005, I, p. 769; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 845; *Id.*, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, en *Giur. comm.*, 2008, II, p. 386; F. VASSALLI, *Note in margine all'art. 2384 c.c.*, en *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, t. 3, Milano, 2006, p. 4041; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 339. A la misma conclusión se suma también L. CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, en aa.vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 363, salvo que, después, mitigan la rigidez, admitiendo la eventualidad, en caso de insuficiencia o no atendibilidad de los datos comunicados a los administradores delegados, la supervivencia del poder de cada uno de los consejeros de proceder individualmente al control sobre la actuación de los administradores mismos con el fin de cumplir su deber de proteger el interés social, de evitar la realización de acciones perjudiciales, además de atenuar o eliminar sus posibles consecuencias dañosas. Niega, aún, la existencia de una autonomía potestad de indagación del administrador *uti singulus*, CASS. PEN., 4 de mayo-19 de junio de 2007, n. 22838, en *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369.

39 Para tales anotaciones véanse MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 845, y ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 340.

40 Así, entre otros, ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 506; MONTALENTI, *Amministratori deleganti e dovere di agire informato*, cit., p. 386.

de la acción administrativa, principio que tradicionalmente debería informar el ordenamiento de la sociedad accionaria<sup>41</sup>.

La posibilidad de compartir argumentaciones similares, sin embargo, se ve puesta en duda por quien propone una lectura diversa del inciso final del artículo 2381, la cual sustrae del texto legislativo la existencia de una disciplina divergente de aquella hasta aquí tratada y comúnmente aceptada por la postura mayoritaria, sobre cuya base se reconocen poderes autónomos e individuales de investigación en cabeza de cada administrador.

Se objeta, en ese sentido, que la disposición, en la atribución a cada consejero de administración de un poder formal de pedir explicaciones frente a los administradores ejecutivos, debe inscribirse (y en esto despliega su carácter preceptivo) en la disciplina de las relaciones entre administradores delegantes y órganos delegados, poniendo en favor de los primeros el instrumento para obtener de los segundos información sobre la gestión ordinaria. En especial aquella cuya adquisición necesariamente requiera la mediación de la experiencia y la sensibilidad del administrador implicado en primera persona en la conducción cotidiana de la actividad de la sociedad, y que por esto difícilmente podría ser obtenida con la mera consulta de la documentación y de las escrituras sociales por parte de quien sea excluido de tal conducción<sup>42</sup>.

El dictado normativo, en un contexto similar, se limitaría a regular la modalidad con que los órganos delegados deben cumplir sus deberes informativos, obligándolos, una vez los administradores hayan solicitado sus aclaraciones y complementaciones, a referir en sede del órgano administrativo según los modelos típicos del organismo colegial, para permitir a todos los componentes del consejo un conocimiento pleno, contextualizado y homogéneo de los datos comunicados<sup>43</sup>. Resultaría, por el contrario, extraña al ámbito preceptivo de la norma la imposición de una limitación de los poderes informativos de los consejeros de

41 Retomando anotaciones ya realizadas, incluso recurriendo a imágenes sugestivas, en constancia con la disciplina anteriormente en vigor, MINERVINI, *I poteri di controllo*, cit., 814, observa que la solución preseleccionada por el ordenamiento se propondría prevenir y/o remover los obstáculos para la gestión societaria que podrían derivar en continuas solicitudes de información y de transmisión documental por parte de cada uno de los administradores.

42 Así SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., p. 292. En dicha clave interpretativa, la función de la norma consistiría esencialmente en la predisposición, en favor de los consejeros no delegados, de un instrumento de acceso a aquella que viene comúnmente definida con el término de *soft information*, o sea, a la información que, resultando esencialmente de elaboraciones y valoraciones subjetivas, estaría privada del requisito de *verificabilità* que, por el contrario, distinguiría la así denominada *hard information*, apta para ser reducida y representada en términos cuantitativos y numéricos y, como tal, por cualquiera objetivamente atendible y comparable. Para la contraposición, realmente no libre de sugerencias positivísticas, entre *soft information* y *hard information* y la descripción de sus respectivos trazos distintivos, cfr. M.A. PETERSEN, *Information: Hard and soft*, working paper, Kellogg School of Management, Northwestern University, 2004.

43 Lo observa F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, pp. 154 ss.

administración a la mera facultad de solicitar dilucidaciones a los administradores ejecutivos, permaneciendo indemne, en donde no sea requerida la colaboración de los administradores delegados o no sea previsto de otro modo por los estatutos, el poder de cada consejero de cumplir individualmente los actos de inspección y control necesarios para cumplir el deber de actuar informado que la misma norma impone a cada administrador<sup>44</sup>.

Los relieves expuestos, y las diversas soluciones que, al menos aparentemente, el texto normativo parecería capaz de legitimar, parecen admitir la impresión, ya señalada, de que la respuesta al interrogante inherente al contenido y forma de ejercicio del poder de los componentes del órgano administrativo de adquirir la información necesaria para el ejercicio de sus funciones no pueda extraerse de una interpretación meramente literal del último inciso del artículo 2381 C.C.

Y el razonamiento *a contrario*, de negar poderes autónomos de inspección del administrador individual sobre la base de una contrapuesta previsión positiva del poder de solicitar explicación en sede asamblearia, se revela tradicionalmente incapaz de garantizar conclusiones hermenéuticas satisfactorias<sup>45</sup>. Pero, sobre todo, es la observación misma de la dinámica del debate desarrollado después de la introducción de las nuevas disposiciones la que confirma cómo la letra de la norma, aisladamente considerada, se presta a interpretaciones divergentes, incluso antitéticas, las cuales, de manera más o menos consciente, terminan por depender (y a estos se anclan) de convencimientos más generales de los cuales el intérprete se hace portador en la reconstrucción del fenómeno considerado, que, por lo tanto, conviene evidenciar y someter a verificación. Lo que, por lo demás, no debe sorprender si se considera cómo la disposición en examen, lejos de constituir una prescripción aislada y en sí concluida, representa solamente un fragmento de la más amplia disciplina de la información asamblearia dictada por el Código<sup>46</sup>, a la luz de un examen pleno, del cual solo parece admisible individualizar y seleccionar, entre las muchas abstractamente imaginables, una lectura que garantice la solución más satisfactoria al problema afrontado por las disposiciones en comento.

44 En tal sentido, BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, cit., p. 157, y V. SALAFIA, *Amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo diritto societario*, cit., p. 292. A análogas conclusiones llega, aunque sobre la base de un recorrido reconstructivo más amplio y, en ciertas partes diverso, V. GIORGI, *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, pp. 61 ss.

45 Para un análisis crítico del modelo de argumentación hermenéutica *a contrario* cfr. G. TARRELLI, *L'interpretazione delle leggi*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Milano, 1980, pp. 346 y ss., y a G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, en CASSESE ED AL. (al cuidado de), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, pp. 177 ss., con referencias bibliográficas adicionales.

46 Obsérvese que el inciso 6.º del artículo 2381 C.C. en su totalidad no representa una previsión aislada, sino que está inserto en un contexto normativo de naturaleza circular, constituido por normas elásticas: cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 267.

Tampoco parecería conducir a resultados más convincentes, en una perspectiva diferente, el otro argumento interpretativo, de carácter sustancialista, ya referido, el cual entendería recabar de la exclusión de potestades informativas individuales de los administradores la exigencia de evitar que un ejercicio suyo excesivamente celoso pueda ser de obstáculo a la eficiente gestión de la actividad social y, así, traducirse en un daño al mismo interés de la sociedad que se busca proteger, y al que, al contrario, el ejercicio del poder/deber de informarse debería ser funcional.

Si bien se parte de preocupaciones operativas por lo demás fundadas, de hecho, una similar aproximación interpretativa deja perplejidad allí donde entiende extraer la regla aplicable (o, incluso solo, buscar confirmación) de la voluntad de prevenir la criticidad asociada a manifestaciones patológicas del supuesto de hecho. Es decir, allí donde quiere deducir la existencia de una prohibición general de iniciativas individuales de los administradores de la urgencia de evitar el abuso que los consejeros individualmente considerados puedan hacer de su poder informativo dañando a la sociedad y a su actividad. Esto sin considerar que, si en efecto la preocupación determinante del legislador fuese aquella arriba indicada, resultaría ciertamente más apropiado, so pena de un exceso axiológico de la disciplina, establecer remedios idóneos para prevenir o sancionar posibles abusos en el empleo de las prerrogativas sociales, así como sucede, por ejemplo, para el derecho de voto y sus posibles abusos, más que inhibir en vía general e indiscriminada el ejercicio de los poderes de investigación individuales de los administradores privados de alguna delegación.

Tales perplejidades, por lo demás, parecerían estar adicionalmente confirmadas por la observación de la contradicción lógica en la cual resulta, en cierto modo, fundarse el razonamiento aquí considerado, el cual entendería concluir la inhibición de iniciativa informativa de carácter individual de los administradores de la afirmación, por lo menos implícita, de un principio general de eficiencia dirigido a impedir cualquier actividad de los administradores no ejecutivos (aunque, abstractamente, instrumental al ejercicio de sus funciones) capaz, así sea solo potencialmente, de distraer la atención de la sociedad, de su *management* y de su estructura, de la conducción de los negocios sociales. Principio cuya existencia no solo no podría darse por presupuesta, sino que además requeriría una específica demostración a propósito para justificar dicha comprensión de los poderes informativos de los componentes del consejo de administración; pero, desde antes, parecería contradicha, al menos en una formulación tan amplia como aquella expuesta, por la misma previsión positiva del deber de los administradores delegados –y por lo tanto, al menos indirectamente, de la estructura empresarial sometida a su directa dependencia– de responder en manera tempestiva y exhaustiva a cada solicitud de clarificación e información formulada por los administradores no delegados, además de, en términos aún más generales, de las funciones de control a estos últimos confirmadas por el legislador de la reforma.

Consideraciones similares, en consecuencia, inducen a excluir que el contenido y el ámbito de operatividad del deber/poder de información de los administradores no ejecutivos puedan ser identificados y delimitados satisfactoriamente sobre la base de una mera exégesis literal del último inciso del artículo 2381 C.C. o, de manera opuesta, de la afirmación de una genérica tensión eficientista a la que se tiene por presupuesta la disciplina del órgano administrativo de la sociedad accionaria. Una respuesta satisfactoria y sistemáticamente coherente a los interrogantes que así se plantean podría elaborarse solo por medio de una completa consideración de la disciplina de la información asamblearia en la cual la cuestión considerada encuentra lugar y, más en general, de los principios –entre los cuales deben incluirse, ciertamente, aquellos de la colegialidad y del actuar informado<sup>47</sup>– que, en un punto de vértice, regulan la organización y la actividad del órgano administrativo de la sociedad por acciones.

En una perspectiva similar, interesantes puntos de reflexión pueden extraerse de la observación de las formas con las cuales el legislador de la reforma, en el más general diseño dirigido a componer los diversos y heterogéneos intereses implicados en el fenómeno societario, ha entendido articular el funcionamiento del consejo de administración y conectar las funciones atribuidas a los componentes individuales del mismo.

En el nuevo diseño normativo de la sociedad por acciones, de hecho, la asamblea ha dejado de representar –y en esto puede reconocerse una de las más importantes características de apertura del tipo accionario de aquel de la sociedad de responsabilidad limitada– un organismo monolítico, compuesto, así como quería el Código de 1942, de una pluralidad de miembros colocados en igual posición (al menos formalmente) y titulares, en vía general y por efecto de la mera aceptación del cargo, de iguales poderes y deberes. Tal órgano, al contrario, de manera coherente con la mayor complejidad de la actividad empresarial que, en la lógica normativa, debería estar dispuesta para gestionar la sociedad por acciones, se articula en una estructura mucho más compleja, a cuya actuación cada miembro es llamado a concurrir sobre la base de roles y funciones heterogéneos y entre sí no comparables. Y ello ya sea en términos objetivos, por efecto de la distinción, tradicional pero hoy más marcada, entre administradores delegados y delegantes y de la naturaleza de los varios encargos de los cuales, en cada caso, los administradores singulares pueden resultar destinatarios, incluso en los diferentes cometidos en los cuales tiende a descomponerse la actividad del consejo<sup>48</sup>; ya sea

47 Se subraya que el tema de la información al interior del consejo de administración ha de ser estudiado en estrecha conexión con el de la colegialidad, siendo esta última el típico módulo de desarrollo del proceso decisorio en función del cual se asienta la disciplina legal de la información: cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 47.

48 Para profundización en las modalidades de organización del control interno al órgano administrativo y en la diferencia de funciones en cabeza de los administradores que de esta se derivan, incluso a los fines de una diferenciación de su responsabilidad, cfr. M. STELLA

en términos más propiamente subjetivos, debiendo conmensurarse la diligencia que le es exigible a cada administrador con sus deberes –así lo dispone expresamente, con previsión de relevante significado innovador, el art. 2392, inc. 1.º, C.C.– con sus específicas competencias personales, confirmándose así el reconocimiento positivo de la diversa aptitud de cada uno de estos para concurrir al desarrollo de las funciones administrativas.

De esto deriva una nueva configuración de la estructura y de la disciplina del órgano administrativo de la sociedad por acciones, la cual, en primera instancia, responde –permítase un esbozo de extrema síntesis– a la exigencia, expresamente enunciada en la Exposición de motivos y ya referida en la páginas precedentes, de enmarcar las hipótesis de responsabilidad de cada administrador dentro de márgenes coherentes con la posición al mismo atribuida en la administración del ente y con sus personales competencias profesionales. Y responde, a la par, al objetivo, cada vez más relevante en las dinámicas empresariales modernas, de estimular, en una lógica tecnocrática de *división del trabajo*, la más amplia integración de competencias y, por lo tanto, la convergencia de aportes entre sí heterogéneos (por profesión, conocimientos, empeño, intereses perseguidos, etc.) funcional a la mejor ponderación de las elecciones que deben hacerse, a la más puntual composición de los diversos intereses (a los que el ordenamiento reconozca relevancia) en estas involucrados y, en definitiva, a la mayor eficiencia de los procesos decisorios inherentes a la organización y la gestión de la empresa social<sup>49</sup>.

De lo anterior resulta, por lo tanto, una renovada colegialidad del consejo de administración –cuya centralidad en la administración de la sociedad se revela, de ser posible, ulteriormente acentuada<sup>50</sup>– en la cual, abandonada la idea irreal de que todos los consejeros puedan y deban participar de manera paritaria en las decisiones de gestión, cada administrador concurre a la actuación común en

RICHTER Jr., *Controllo all'interno dell'organo amministrativo*, escrito destinado a ser publicado en U. TOMBARI (al cuidado de), *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, convención, Florencia, 14 y 15 de abril de 2011, consultado por cortesía de su autor.

49 Las determinaciones del órgano administrativo no se resuelven más, como sostenía la posición tradicional, en la mera sumatoria de las opiniones expresadas, con obligación de absoluta neutralidad, por sujetos titulares, por tipificación legislativa, de funciones y responsabilidades equiparables y entre ellos fungibles. Sino que constituyen, al contrario, el punto de aproximación de una dialéctica que se produce entre sujetos colocados en posiciones sustancialmente diversas y llamados a concurrir con aportes cuantitativa y cualitativamente diferentes, en la búsqueda de una síntesis en la cual puedan encontrar recepción y composición, por lo general difícil, competencias, patrimonios de conocimiento, sensibilidades, visiones entre ellas incluso bastante lejanas, cuya adquisición y valor deberían contribuir a ofrecer una mayor garantía de adecuación de las decisiones a tomar. Para profundizar en los temas referidos en el texto, y en las implicaciones sistemáticas que de las mismas se derivan, cfr., por todos, ANGELICI, *Diligentia quam in suis*, cit., pp. 677 ss., y ÍD., *La riforma delle società di capitali*, cit., pp. 163 ss.

50 En tal sentido, cfr. cuanto ha sido observado, respecto del futuro de la reforma, por G. FERRI Jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, en *Riv. dir. comm.*, 2003, 1, pp. 636 ss.



posición, con poderes y con responsabilidades específicos y diferentes de aquellos de los otros administradores.

Semejante repartición de funciones y responsabilidades, de otra parte, explica sus reflejos incluso sobre la disciplina de la información al interior del consejo, del cual, de hecho, constituye una de sus características distintivas.

Como se anticipó en las páginas precedentes, el régimen de la circulación informativa entre los componentes del consejo administrativo se funda sobre una neta, y tendencialmente rígida, separación de roles, directa consecuencia de la más amplia posición asumida por cada consejero en la estructura del órgano. A los administradores delegados está atribuida la labor de reunir, ordenar y transmitir periódicamente a los otros consejeros, los datos y las informaciones relativas a la organización y a la actividad de la sociedad —a la cual los primeros han accedido naturalmente por efecto de la conducción cotidiana de la empresa social a ellos atribuida— en el respeto de las formas, las modalidades y los términos predispuestos por el ordenamiento (art. 2381, inc. 5.º, C.C.), con obligación de integrar ulteriormente el informe proporcionado con todas las aclaraciones y los elementos adicionales conforme hayan sido solicitados por los administradores no ejecutivos (art. 2381, inc. 6.º, C.C.). Estos últimos, por su parte, además de ser destinatarios de los referidos flujos informativos y de disponer del poder, ya examinado, de provocar su más oportuna integración, tienen la labor de valorar, "sobre la base de las informaciones recibidas [...] [y] de la relación de los órganos delegados", la correcta adecuación del conjunto organizativo, administrativo y contable de la sociedad, los planes estratégicos, industriales y financieros de la sociedad, además del funcionamiento general de la gestión (art. 2381, inc. 3.º, C.C.<sup>51</sup>). Corresponde, en fin, al presidente, en el ejercicio de los poderes de supervisión y garantía ya referidos, asegurar el respeto de las obligaciones normativas y la adecuada circulación de la información.

La articulada arquitectura organizativa que de aquí se deriva<sup>52</sup> se funda, por tanto, en un circuito estable, y sustancialmente unidireccional, de datos e información de los administradores delegados a los otros consejeros. Circuito en el cual, como autorizadamente ha sido observado, mientras a los primeros es coherentemente asignado el rol de fuente de la información societaria, a los segundos

51 Dispone el artículo 2381, inciso 3.º, C.C.: "El consejo de administración determina el contenido, los límites y las eventuales modalidades de ejercicio de la delegación; puede siempre impartir directivas a los órganos delegados y avocar para sí operaciones comprendidas en el acto de delegación. Sobre la base de las informaciones recibidas valora la adecuación del conjunto normativo, administrativo y contable de la sociedad; una vez elaborados examina los planes estratégicos, industrial y financieros de la sociedad; valora, sobre la base de la relación de los órganos delegados, el funcionamiento general de la gestión".

52 La cual reproduce la tripartición, ya señalada en las páginas precedentes, propuesta por la doctrina que más ha profundizado en la materia después de la reforma de 2003, entre deberes de *información transitiva*, de *información reflexiva* y de *interacción informativa*.

está reservada la posición, complementaria, de destinatarios de la información societaria (típica y atípica), con específicas tareas para controlar y dirigir<sup>53</sup>. Y es, concretamente, con vista en tal perspicua posición que se fundamenta el deber de acción informada y, más en general, de control de la gestión, propio de los administradores no ejecutivos: deber de examinar, profundizar y evaluar críticamente, sobre la base de las específicas competencias y experticias de las cuales cada uno es portador, los datos y los elementos periódicamente recibidos en comunicación de los órganos delegados, exigiéndoles, si es del caso, la correspondiente integración; y deber de ejercitar el control sobre la gestión y sobre la organización de la sociedad (incluido en el mismo el control sobre la organización del sistema informativo interno) con base en el patrimonio de conocimientos así adquirido. Con la consecuente limitación de la responsabilidad de tales administradores, a diferencia de cuanto sucede respecto de aquellos investidos de delegación, a la sola hipótesis de dichas, bien circunscritas, obligaciones, en abierta y declarada contraposición con la práctica interpretativa pre vigente, la cual, como ya se ha recordado, se mostró inclinada, en contraste con la letra de la disciplina normativa y de los más generales principios de la materia, a anormales dilataciones de una responsabilidad semejante.

Es a la luz de un cuadro similar que la cuestión tratada en el presente escrito puede recibir respuesta razonable –y que el texto del art. 2381, inc. final, C.C. puede encontrar un significado sistemáticamente satisfactorio–, en el sentido de la exclusión de un poder de investigación individual de los consejeros privados de delegación tal que permita a sus titulares buscar autónomamente documentos sociales y/o interrogar personalmente a los dependientes de la estructura empresarial. Un poder de investigación así, de hecho, no solo no encontraría idónea colocación en la dinámica de los flujos de información, en la que, como se ha dicho, el administrador no ejecutivo se coloca esencialmente como receptor, así como también vigilante y con funciones críticas, de los datos y de los elementos proporcionados por los administradores ejecutivos, sobre cuya base –lo aclara el mencionado inc. 3º del art. 2381– es llamado a desarrollar sus funciones de control y coparticipación en las decisiones de gestión; sino que excedería el mismo deber de control en función del cual el poder de información debería configurarse<sup>54</sup>.

53 La centralidad de tal contraposición (y complementariedad) de roles en la reconstrucción del sistema es puesta en evidencia por ANGELICI, *Diligentia quam in suis*, cit., pp. 692 ss., e ID., *La riforma*, cit., pp. 186 ss.; y es ampliamente compartida por MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 851; G. OLIVIERI, *I controlli "interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, en *Giur. comm.*, 2007, I, p. 411; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 180.

54 Por lo demás, se ha observado que la renovada configuración de la estructura informativa del órgano administrativo comienza por considerar la sustancial e incolmable asimetría en la cual los administradores privados de delegación se encuentran frente a los receptores de la gestión ordinaria. Si, de hecho, es lícito hipotizar que, en línea teórica, el reconocimiento a los administradores no ejecutivos de un poder de acceso directo a los

En efecto, ante el expreso otorgamiento positivo, contenido en el último inciso del artículo 2381, de un mero poder de solicitar explicaciones, la atribución a cada administrador privado de delegación de una más amplia, y autónoma, facultad de extraer *aliunde* información, incluso mediante actos de investigación individuales, no puede deducirse de la existencia de un más amplio deber de vigilancia general sobre el funcionamiento de la sociedad, pues este no parecería tener espacio en la nueva disciplina. El mismo, como ya se ha dicho, resulta hoy sustituido por las más circunscritas obligaciones de control y de actuar informado contenidas en el artículo 2381 citado, que se ejercitan en los límites y sobre la base del patrimonio cognitivo arriba precisados, de manera que un poder informativo individual y sustancialmente ilimitado, exorbitante con respecto al ámbito de la formulación normativa, no parecería poder recibir justificación ni siquiera bajo la postura considerada.

Las anteriores explicaciones, por otro lado, si bien conducen a negar espacio, en la actual configuración del órgano administrativo y de su funcionamiento, a poderes de investigación individuales ejercitables por cada administrador fuera de los módulos procedimentales del organismo colegiado, incidiendo así esencialmente sobre las modalidades de ejercicio del poder informativo, al mismo tiempo no deben inducir a disminuir la relevancia (sistemática y operativa) y la fuerza del poder mismo. Esto ya sea en el sentido de la centralidad, ulteriormente enfatizada por la reforma, de la (circulación y la elaboración) de la información en la disciplina de la gestión de la sociedad por acciones, ya sea en el sentido de la reafirmación de una rigurosa obligación de los órganos delegados de comunicar y transmitir al consejo de administración, sin reticencia o posibilidad de apelar a exigencias de reserva, todos los datos y los documentos inherentes a la gestión de la sociedad solicitados por los consejeros individualmente considerados.

datos y a los documentos de la sociedad pueda estimular a los consejeros delegados a una mayor transparencia sobre la gestión, y por lo tanto favorecer una más amplia circulación de la información entre los componentes del órgano administrativo, es al mismo tiempo realista subrayar que tal estímulo, las más de las veces, se encuentra en peligro de ser solo aparente, desde el momento en que la capacidad de investigar e individualizar en forma idónea la información sobre la gestión de la sociedad, y por lo tanto de ejercitar efectivamente un similar rol de aguijón, por regla presupone –y esto tanto más cuando se trata de la gestión de empresas complejas– un conocimiento de la actividad social de la que solo los administradores en ella implicados pueden disponer. El correcto funcionamiento del circuito informativo, por tanto, no puede darse sin la contribución esencial de los administradores ejecutivos, los cuales son los únicos, por estar cotidianamente en contacto con los datos y los elementos necesarios para representar el estado de la gestión de la organización social, que pueden realmente garantizar la transferencia de un adecuado flujo informativo a los otros consejeros. Conviene más bien reservar a estos últimos, antes que la forma ilusoria de libres investigadores de una información de la cual estos no conocen su existencia, contenido y ubicación, aquella de sujetos encargados de evaluar críticamente la información recibida, provocando, donde resulte necesario, su integración, y sobre la base de esta, ejercer los poderes de control e intervención que les son propios. En este sentido, cfr. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 325 ss.

## CONCLUSIONES

En conclusión, cada administrador, aun si está privado de alguna delegación, es titular de un amplio poder de acceso a los datos y a la documentación social para ejercitar completamente sus funciones de gestión y/o de control.

Dicho poder, sin embargo, se concretiza ya no en una, casi que ilimitada, facultad de búsqueda, autónoma e individual, de tales elementos dentro de las oficinas de la empresa, a la cual responda un general estado de sujeción de la estructura y de los dependientes de la sociedad. Facultad que resultaría incoherente con el dato normativo y con los principios generales de los que el mismo constituye una expresión.

El poder en cuestión se traduce, al contrario, en la potestad, esta sí ineludible e insuprimible, de exigir al consejo de administración la comunicación de toda información y aclaración considerada oportuna para el examen y el control de la gestión social. Con el ejercicio de una potestad como la señalada, a los administradores ejecutivos (y, en lo que sea de su pertinencia, al presidente del consejo) no les es dada posibilidad alguna de sustraerse de la obligación de proporcionar todo dato o clarificación útil para dar plena satisfacción a las solicitudes recibidas, y eventuales comportamientos omisivos y dilatorios integrarían concretas violaciones de los deberes administrativos correspondientes a los mismos.