

## **LA IMPUGNABILIDAD DE LOS ACTOS DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR PARTE DE LA CONTROLADA.**

*Francisco Junyent Bas*

### **PONENCIA**

EL RÉGIMEN DE LOS ARTS. 251 Y SS. PERMITE IMPUGNAR TANTO LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS COMO DIRECTORIALES DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR PARTE DE LA CONTROLADA, Y/O SUS DIRECTORES O ACCIONISTAS CUANDO ESTAS RESOLUCIONES AFECTAN LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONTROLADA, VIOLAN LA LEY, EL REGLAMENTO O SU ESTATUTO.

1.- Control de Sociedades: Relaciones entre las empresas del grupo; impugnación de acuerdos directoriales de la controlante por parte de la controlada.

Como explica Ana María de Aguinis (Control de Sociedades, pag.87, Abeledo Perrot, 1996)(1) los grupos de sociedades no nacieron en América Latina con una estructura preconcebida. En una primera época se configuraron a partir de participaciones mayoritarias que un grupo familiar tenía sobre diversas empresas. Luego se fueron agregando vínculos contractuales diversos para consolidar la concentración económica.

El crecimiento de dichos grupos hacia la gran empresa es un fenómeno relativamente reciente, propio de la década del 90, mediante la incorporación de accionistas externos.

En consecuencia, las relaciones de control societario han adquirido protagonismo desde que comenzó el proceso de transferencia de las grandes empresas del Estado al sector privado. Como enseña la doctrina, las modalidades de control de sociedades confieren a la dirección y gestión de la empresa societaria especiales características que permiten unificar la conducción en beneficio de un interés común. De esta manera, se dice que hay control cuando una sociedad está en condiciones de dirigir la actividad de otra sociedad a su voluntad.

Las técnicas de control varían entre los diversos grupos permitiendo diferenciar los denominados grupos de hecho de los de derecho. Asimismo, estas técnicas permiten diferenciar el control interno del externo.

Las técnicas de control interno son de carácter societario porque implican utilizar las estructuras participativas del capital social y del dominio de los votos de la sociedad controlada, imponiendo la voluntad de la controlante.

El control externo se inserta en relaciones jurídicas ajenas al derecho societario, mediante la utilización de vínculos contractuales, que aseguran el dominio o la influencia de la voluntad de la controlante sobre la controlada.

El control interno requiere de la mayoría de los votos en una sociedad o la cantidad suficiente para adoptar las decisiones sociales y se funda en pactos para-societarios, o sea, convenios de sindicación de acciones para asegurar el manejo de la voluntad social.

El control externo se basa en contratos de dominación que hacen a la transferencia de materias primas y/o tecnología para el ejercicio de la actividad empresa-

rial, suministro, concesión, agencia, endeudamiento financiero, garantías personales o reales. Además, para que se configure el control externo se hace necesario que la controlante oriente de manera estable la gestión de la controlada. En una palabra, el control externo significa dependencia económica en diversos grados y dicha dependencia permite dirigir las políticas de la controlada.

Por su parte, los llamados “grupos personales” se caracterizan por la existencia de las mismas personas en los órganos de gobierno o de administración de las sociedades integrantes de la empresa.

En este tema, el análisis de la aplicabilidad de la normativa societaria, en torno a la impugnabilidad de los actos del directorio de la sociedad controlante por parte de la controlada, constituye un capítulo de indudable interés.

## **2. El derecho patrio en materia de control.**

La ley de sociedades trata específicamente la materia y las formas de control, interno y externo, en el art. 33.

Así, define las relaciones de control entre sociedades en términos de participación en los votos e indirectamente en el capital social, en proporción suficiente para formar la voluntad social o ejercer una influencia dominante en las asambleas ordinarias.

Además, recibe el control externo que se ejerce por especiales vínculos contractuales entre las sociedades, sin enumerarlos, ni conferirles pautas para su identificación, por lo que, su configuración dependerá en cada caso de la situación fáctica.

Como resultado de las participaciones en el capital y votos o por relaciones contractuales se establecen los denominados grupos de hecho, ya que, nuestro ordenamiento jurídico no regula los llamados grupos de derecho.

El elemento de equilibrio en las relaciones entre las sociedades del grupo lo constituye el denominado interés social y en esta línea, la doctrina rechaza el desvío indebido del interés social de las sociedades controladas en beneficio del grupo, con apoyo en la ley concursal que autoriza la extención de la quiebra en estos supuestos.

De lo dicho se deriva que, en las operaciones intra-grupo debe observarse la obligación de no ejecutar negocios en conflicto de interés y, los administradores de la sociedad controlada deben tutelar los intereses de ésta, no pudiendo seguir instrucciones que puedan dañar a la sociedad que dirigen.

La autonomía del órgano de gestión de la sociedad importa que tiene un poder originario y exclusivo de conducción de su actividad, como lo ponen de relieve Martorell y Aguinis, (Martorell, Los Grupos económicos y de sociedades, Ad-hoc, 1991, pag. 251 y Aguinis, op. cit. pag. 69)(2) no sujeto ni aún a las directivas de la asamblea o de la reunión de socios en el ámbito de su competencia. Estas potestades van unidas al deber de operar en el interés de la sociedad que administran.

Martorell ( op. cit. pag. 216)(3) puntualiza que cuando una sociedad actúa como “cabeza de grupo”, asumiendo la dirección del complejo, sus administradores quedan ex lege obligados a perseguir el interés de todas y cada una de las sociedades participantes, en los límites de la función efectivamente centralizada.

La doctrina italiana, Abbadessa y Pavone la Rosa, (“I gruppi nel diritto italia-

no” en *I gruppi di società*, de Antonio Pavone la Rosa, Bolonia, 1982, pag. 103)(4) expresa que la existencia del grupo hace nacer en cabeza de los directores de la controlante un deber de diligencia muy particular que se proyecta sobre las sociedades que administran.

La jurisprudencia nacional ha analizado el tema del interés social y los conflictos de intereses entre la controlante y las controladas en las causas “Carabassa, Isidoro c. Canale S.A.” (Cam. Nac. Com., sala B, E.D. t. 103 pag. 167) (5) y “Blaquier, Alberto c. Estancias La Martona S.A.” (Cam. Nac. Com., sala A, R.D.C.O., 1972, t. 5, pag. 207) (6) señalando que, si bien la existencia del grupo puede implicar una atenuación del interés social individual, una cosa es tener en cuenta el conjunto económico y, otra muy distinta, una actuación abusiva que impida la retribución patrimonial de las diversas sociedades agrupadas.

### **3. Criterios para definir el control abusivo; Impugnabilidad de las resoluciones de la sociedad controlante.**

En los casos jurisprudenciales aludidos supra, los tribunales analizaron el conflicto de intereses entre las sociedades del grupo y debatieron la existencia del interés grupal y su relación con los intereses individuales de cada sociedad.

En el caso “Carabassa”, el fallo analiza la existencia del interés del grupo, en contraposición al interés de las sociedades que lo componen, estudiando las relaciones de dirección unitaria, para poder discernir, si se ha configurado el abuso de control, que justifique la nulidad impetrada por el actor y, más allá del resultado del pleito, se sientan importantes criterios doctrinarios.

En la causa “Blaquier” se estudia también el interés de las sociedades vinculadas, y se resuelve en favor de la protección del interés social de la controlada, haciendo lugar a la nulidad de la asamblea impugnada, por ejercicio abusivo del control por parte de la controlante, que había efectivizado transferencias de bienes dañosas para aquella sociedad.

De los criterios doctrinarios y jurisprudenciales reseñados se deriva que el conflicto de intereses no puede obstaculizar el funcionamiento del grupo y que debe respetarse la individualidad jurídica de cada sociedad y la autonomía de sus respectivos órganos sociales.

De allí que sociedad controlante y sociedad controlada conforman dos órdenes de subjetividad y de imputabilidad aunque se verifique una unidad de conducción de empresa. (Aguinis, Ana M. de, op. cit. pag. 69)(6).

En consecuencia, la sociedad controlante no es administradora de la sociedad controlada y ambas son sujetos independientes, por lo que, resulta lícito plantearse la posibilidad de una acción de impugnación de la desición del Directorio de la controlante por parte de la controlada en caso de abuso de control.

El fundamento de la acción está en el abuso del control por parte de la controlante, que afecte gravemente el interés social de la controlada, pudiendo derivar en daños patrimoniales en esta última.

Este tema fue motivo de una Ponencia, presentada por la cordobesa Solange Jure Ramos, al Sexto Congreso de Derecho Societario (Derecho societario, tomo I, pag. 171, Ad-Hoc, 1996) (7).

El caso planteado es referido a la situación anómala que podría generarse como consecuencia de la desición del directorio de la sociedad controlante, el cual ordeñase la utilización de la estructura de comercialización de la sociedad controlada, en beneficio de la controlante, de manera ilimitada sin contraprestación alguna.

La problemática engarza en la noción de control, entendido como el poder indirecto de administración societaria, en virtud de una influencia dominante sobre sus administradores, que no respetara la individualidad jurídica de cada sociedad y/o desviara el interés social de la sociedad controlada, violentando esa diligencia y lealtad especial que tienen que observar los administradores de la sociedad “cabeza de grupo”, tal como explicamos precedentemente, cuando citamos la opinión de Martorell y de Aguinis y de los autores italianos Abbadessa y Pavone la Rosa.(Martorell, op. cit. pag/ 218)(8).

En una palabra, el abuso de control está ligado a la desviación del interés social, mediante la consecuente ejecución de una resolución del órgano directivo de la controlante que, más allá de ser formalmente lícita, encubra una decisión materialmente ilegítima que afecte los deberes de lealtad y buena fe que los administradores societarios deben respetar, art. 54, 59, 274 de la ley societaria y art. 953 y 1071 del Código Civil.

Se presenta una alternativa de conflicto de intereses entre las sociedades agrupadas y la consiguiente prevalencia del interés del grupo sobre el interés individual de cada una de las sociedades agrupadas, lo cual podría derivar en una desviación indebida del interés social, configurándose una forma clara de abuso de facultades, como explicita Jure Ramos ( op. cit. pag. 171)(9).

Este abuso de control implica afirmar que la normativa, que regula las relaciones entre los administradores de la sociedad controlante y los de la sociedad controlada, exige el respeto de las pautas societarias establecidas en los art. 54, 59 y concordantes de la ley 19550, tanto en la individualidad de los órganos de cada sociedad, cuanto en las relaciones intergrupales que no pueden alterar indebidamente la consecución del objeto social de cada empresa, desviando abusivamente el interés social.

Así, suele ser común que entre las empresas del grupo se verifique un flujo de instrucciones y directivas de gestión empresaria que constituyen prácticas normales de control societario. Sin embargo, estas directivas no deben implicar un acuerdo de dominación, entre la sociedad controlada o sus administradores y la sociedad controlante o sus directivos, que atribuya a ésta última la facultad de conducir a la controlada. Este tipo de acuerdos son manifiestamente ilícitos para el derecho societario, por constituir la administración empresaria una actividad personal e indelegable de cada órgano societario, sujeto a la propia individualidad jurídica.

Estas conductas constituirían prácticas anormales en las relaciones de control societario. ( Aguinis, op. cit. pa. 90)(10).

En una palabra, el ordenamiento jurídico exige el respeto y distinción entre el interés de la controlada y el de la controlante. La sociedad “cabeza de grupo” debe soportar los riesgos de las conductas abusivas de sus administradores y, ello faculta a los administradores de la controlada, a impugnar los acuerdos directoriales de la controlante, cuando estos implican un ejercicio abusivo del control.(Martorell, op. cit. pag. 221)(11).

#### **4. Ambito material de la impugnación y sujetos legitimados.-**

En primer lugar, cabe señalar que, los acuerdos directoriales impugnables sólo lo serían por razones de fondo y, no, por lo que hemos denominado vicios formales de funcionamiento del órgano.

El fundamento de la impugnación estaría en la práctica de relaciones anormales de control, o sea, en el ejercicio abusivo de la relación intergrupala que se configurara en la resolución del directorio de la sociedad “cabeza de grupo” e implicara un desvío del interés social de la controlada.

Por ejemplo: que se ordenaran transferencias de bienes o constitución de garantías en beneficio de otras integrantes del grupo, sin las correspondientes compensaciones.

La misma independencia de cada sociedad del grupo de hecho exige que se configure el abuso de control que fundamente la acción de impugnación.

Hemos dicho supra, al estudiar la acción de nulidad de los acuerdos directoriales, que su ámbito material lo constituye la faz interna societaria y que los terceros no están legitimados para atacar estos acuerdos, sólo pueden impugnar los directores, síndicos, y accionistas de la sociedad y la autoridad de contralor.

En consecuencia, el fundamento de la impugnación entre sociedades del grupo está en el carácter ilegítimo del acuerdo directorial que, como hemos dicho, implica un ejercicio abusivo del control con desvío del interés social de la controlada.

En una palabra, el carácter “externo” de la relación de control requiere “internalizarse” mediante el ejercicio abusivo que justifica la acción de impugnación, ya fuera del directorio o también de la asamblea.

Estarían legitimados para el ejercicio de la acción los directores de la controlada, el síndico, el consejo de vigilancia, sus accionistas y la sociedad, cuando haya agotado las instancias societarias, si esta vía eran factibles de ser utilizada.