

DIRECCION UNITARIA Y CONTROL EN LAS RELACIONES GRUPALES

Hugo A. Aguirre

Sumario

1. Propósito. Las relaciones grupales y el derecho argentino. 2. La individualización del grupo. La dirección unitaria y el control. 3. Los principales tópicos de las relaciones grupales

Abstract: Una de las principales notas características del grupo de sociedades, es el desplazamiento de la voluntad decisional de las sociedades que lo integran, como consecuencia del ejercicio de la dirección unitaria por un sujeto de derecho. El control es un mecanismo de dependencia jurídica, a través del cual se canaliza la dirección unitaria, que no implica necesariamente la existencia de un grupo de sociedades, pero que permite presumirla salvo prueba en contrario.

En todo grupo de sociedades existirá: (i) el ejercicio de dirección unitaria de un sujeto de derecho sobre una sociedad, aspecto dinámico; (ii) un mecanismo de dependencia a través del cual se canalizará la dirección unitaria, aspecto estático.

De ello se extrae una serie de corolarios de base para continuar con un estudio; y luego se efectúa un breve repaso de los principales tópicos de la materia, de los que debería ocuparse una regulación adecuada.

1. Propósito. Las relaciones grupales y el derecho argentino

Nuestro ordenamiento no contiene una regulación orgánica al fenómeno de las relaciones grupales entre sociedades ⁽¹⁾ sino que,

(1) Roitman, *Ley de sociedades...*, t. I, p. 536.

siguiendo la tradición continental europea, en especial la italiana anterior a 2003 y francesa, se limita a regular algunos aspectos particulares del fenómeno, referidos principalmente a su uso desviado, sin proveer normas que se ocupen de las cuestiones funcionales.

El objeto de esta ponencia se limita a aportar algunos datos de utilidad a fin de identificar el elemento caracterizante del grupo de sociedades, e intentar una primera aproximación a su tratamiento. A los limitados fines de esta ponencia, resultan de interés algunas de las principales normas que se ocupan, directa o indirectamente, del fenómeno grupal. Son las siguientes:

(a) El art. 33 LS, que define las sociedades controladas y vinculadas. La LS se apoya en esta definición a la hora de tutelar la integridad del capital social (*vgl.* arts. 31 y 32 LS) y de regular la confección de los estados contables (*vgl.* arts. 62, 3° párr.; 63; 1°, d y 4°, a; 65, 1°, g y 2° c; o 66, 6° LS) ⁽²⁾.

(b) El art. 54 1° párr. LS, que hace responsables a los controlantes por los daños ocasionados a la controlada. En cuanto a la definición de controlante, hay dos opiniones: por un lado la de quienes, con respecto al rigor sistémico del estatuto societario, entienden que la definición de controlante debe buscarse en el art. 33 LS; y por otro quienes, en la búsqueda de un “sistema” propio para los grupos de sociedades, admiten la definición más amplia del art. 161 LCQ ⁽³⁾.

(c) El art. 54 3° párr. LS, que hace responsables a los controlantes por los daños ocasionados con el uso desviado o abusivo de la sociedad. Los mismos problemas del punto anterior en cuanto al concepto de controlante.

(d) El art. 161 inc. 2° LCQ, que sanciona con la extensión de la quiebra al controlante cuando se cumplan cuatro condiciones: que se haya *desviado, indebidamente* el interés social de la controlada, sometiéndola a una *dirección unitaria, en interés* de la controlante o

(2) Algo similar ocurre en Italia. *Cfr.* Bassi, *I gruppi...*, p. 556

(3) Entre los segundos, encontramos a Manovil, *Grupos...*, p. 352. Entre los primeros, a Roitman, *Ley de sociedades...*, t. I, p. 724, obra en la que hemos participado como colaboradores. Debemos decir que posteriores estudios sobre el tema nos han planteado interrogantes sobre la opinión a la que allí adherimos, por lo que hoy se encuentra en revisión, dejando a salvo claro está la opinión del autor de la obra y demás colaboradores.

del grupo económico del que forma parte. El artículo contiene además su propia definición de controlante.

2. La individualización del grupo. La dirección unitaria y el control

A nuestro entender, una de las principales notas características del grupo de sociedades es el desplazamiento de la voluntad decisional⁽⁴⁾ de las sociedades que lo integran. En el grupo de sociedades se produce un estado de situación en el cual una sociedad, que de acuerdo al estatuto societario es “soberana” y autónoma, en el sentido que puede tomar libremente las decisiones que estime convenientes para la satisfacción de sus intereses y el cumplimiento de su objeto; en realidad actúa en miras de la satisfacción de los intereses de otro sujeto. Este traslado de voluntad decisional, o alienación de las finalidades perseguidas con la actuación de cada sociedad controlada, es el resultado de una acción o actividad, no de un estado objetivo de cosas o posibilidad. Ello es así ya que para que la actuación de un sujeto societario sea alterada, es necesaria una actividad que la altere.

Sentada esta premisa, revisamos brevemente los conceptos de control y dirección unitaria o dominación. La noción paradigmática de control es la contenida en el 1º párr. del art. 33 LS: el control interno de derecho, o sea la tenencia de participaciones suficientes que otorgue los votos necesarios para formular la voluntad social. En una definición técnica y estricta, “control” implica la “posibilidad”, el “poder” de ejercer la dirección unitaria⁽⁵⁾, una situación estática y objetiva, una potencia (determinada cantidad de votos), pero no la actividad en sí.

El desplazamiento de la voluntad decisional en cambio, es el resultado de una actividad que se ha definido como dirección unitaria o unificada, influencia dominante, etc. Más allá de las definiciones (nosotros optamos por “dirección unitaria”), lo relevante es que se trata

(4) Vidal, *Droit...*, p. 85; Embid Irujo, *Los grupos...*, p. 465.

(5) Chuliá, *Introducción...*, p. 511. Por su parte, el Forum Europaeum de Derecho de Grupos, sostuvo que el control implica una relación formal, objetiva, consistente en la posibilidad de dominar a otra sociedad “sobre la base de su mayoría de votos u otro medio de dominio” (*Por un derecho...*, p. 472).

de una actividad, un “ejercicio” o “sometimiento”, de la actividad de una sociedad (dominada) a los fines que pueden resultarle ajenos⁽⁶⁾.

Esta actividad se canaliza o exterioriza a través de *mecanismos jurídicos de dependencia*. De allí que la noción jurídica estricta de grupo requiera la concurrencia de dos elementos⁽⁷⁾: (1) El ejercicio de una dirección unitaria y; (2) Un mecanismo jurídico de dependencia.

En cuanto al *nomen juris* del mecanismo jurídico, existe una fuerte ambigüedad en la terminología empleada, ya que algunas legislaciones como nuestro art. 33 LS, permiten englobar en el concepto de “control” a todas las hipótesis de mecanismos de dependencia, al no hacer distinción en los orígenes de los “especiales vínculos” en su inciso 2º⁽⁸⁾. Otras en cambio como el art. 2469 CCI, que en su inciso 3º deja fuera de la definición legal de control a los “especiales vínculos” no contractuales, permitirían al interprete identificar mecanismos de dependencia que no caben en la definición de control⁽⁹⁾.

Se puede arribar entonces a los siguientes corolarios, que permitirán continuar avanzando sobre base firme en los estudios sobre las relaciones grupales societarias:

(a) En todo grupo de sociedades existirá: (i) el ejercicio de dirección unitaria de un sujeto de derecho sobre una sociedad, aspecto dinámico; (ii) un mecanismo de dependencia a través del cual se canalizará la dirección unitaria, aspecto estático.

(b) El control es un mecanismo jurídico de dependencia.

(c) Cuando la definición legal de “control” de un determinado ordenamiento no es comprensiva de todas las hipótesis de mecanismos de dependencia, es correcto decir que existen supuestos de dirección unitaria (o grupo) sin control.

(6) Otro tema es si el sometimiento es a los intereses de la dominante o a uno superior “del grupo”, tema que escapa al estrecho marco de esta ponencia y que queda para otra oportunidad.

(7) Chuliá, *Introducción...*, p. 511.

(8) La ambigüedad es también interna a nuestro sistema legal, ya que la definición de control del art. 161 inc. 2º LCQ, deja de lado a los “especiales vínculos”, o sea a los mecanismos jurídicos de dependencia que no se originen en la tenencia de participaciones sociales. La discusión acerca de cuál es la definición de “control” de nuestro ordenamiento jurídico escapa a este trabajo.

(9) De allí que Galgano individualice supuestos de dirección unitaria, y grupo, sin control (*Direzione...*, p. 196, § 3).

(d) Lo relevante para determinar la existencia de un grupo de sociedades, no es la presencia de participación, o la medida de la misma, sino la existencia y grado⁽¹⁰⁾ de influencia en la toma de decisiones de otra sociedad⁽¹¹⁾.

(e) Por otro lado, pueden existir casos de control sin dirección unitaria, supuestos en los que no se podrá hablar de grupos de sociedades⁽¹²⁾.

(f) Sin perjuicio de lo anterior, en la mayoría de los casos, cuando exista control, lo será a modo de mecanismo jurídico de dependencia. De allí que es correcto presumir que cuando exista una vinculación de control, existirá de trasfondo un grupo de sociedades⁽¹³⁾. Se tratará sin embargo de una presunción *iuris tantum* ya que, como se ha visto en el punto anterior, el control no implica necesariamente la dirección unitaria y de consecuencia la existencia de un grupo⁽¹⁴⁾.

(g) La relación de control puede tener relevancia jurídica aunque no exista dirección unitaria⁽¹⁵⁾.

3. Los principales tópicos de las relaciones grupales

Hacemos a continuación un breve repaso de cuáles son los principales tópicos que debe abordar un estudio profundo, y una regulación adecuada, del fenómeno de las relaciones grupales entre sociedades⁽¹⁶⁾:

(a) *Individualización del grupo*. Definir los límites cuantitativos relevantes a partir de los cuales se puede presumir la existencia de

(10) Scognamiglio, *Autonomia...*, p. 90.

(11) Schiano di Pepe, *Il gruppo...*, p. 12.

(12) Un ejemplo es el de la tenencia de participaciones con meros fines especulativos de inversión (Vidal, *Droit...*, p. 83, § 218). Nuestro art. 65, 2º, c, LS toma la distinción entre participaciones de dirección y participaciones de inversión, aunque con una incorrecta técnica a nuestro entender.

(13) Graziani, Minervini y Belviso, *Manuale...*, p. 292.

(14) Cottino, *Le società*, p. 651.

(15) Scognamiglio, *Autonomia...*, p. 28. Por ejemplo las que se refieren a la consolidación de estados contables.

(16) *Cfr.* Schiano di Pepe, *Il gruppo...*, p. 4; Campobasso, *Diritto...*, p. 262

un grupo. Individualizar otras situaciones relevantes, de hecho o de derecho, que permitan la misma presunción (por ejemplo vínculos contractuales o contratos de dominación).

(b) *Sujetos del grupo*. Los sujetos de derecho que pueden integrar un grupo, sea como sujetos activos de la dirección unitaria (*holding*) o como sujetos pasivos (*controladas* o *dominadas*).

(c) *Conflictos de interés*. El desplazamiento de la voluntad decisional puede llevar a la situación en que los intereses de la controlante que motivan en la realidad la actuación de la controlada, entren en conflicto con el interés social de esta última⁽¹⁷⁾. Cabe interrogarse acerca de la legitimidad de este conflicto de intereses y, en su caso, los supuestos en que resulta válido hacer prevalecer el interés de la controlante. Previo a esto, se debe determinar si el interés que hace valer la controlante por sobre el particular de la controlada, es el propio interés individual de la controlante, u otro "superior", que se podría llamar "interés de grupo".

(d) *Tutela de los acreedores y socios externos al grupo*. Esta alteración de los intereses perseguidos por la controlada al actuar, produce una modificación sustancial en el sujeto con quien se han relacionado terceras personas. Además, puede afectar a los socios externos, o sea los minoritarios en la sociedad holding y controladas, que no detentan ningún tipo de control y que participan únicamente de los beneficios de la sociedad que integran, pero no de los resultados de la actividad de todo el grupo⁽¹⁸⁾.

(e) *El régimen de responsabilidad de la holding y de los administradores sociales*. Un régimen de responsabilidad de la sociedad holding y de los administradores sociales de las distintas sociedades, que tenga en cuenta las particularidades del fenómeno grupal, de índole subjetiva, dejando en claro quiénes son los sujetos legitimados activos y pasivos de la acción. Esto permitirá mayor certeza en las relaciones jurídicas y seguridad para el sistema económico general. En relación al sistema vigente, entendemos que esto resultará en un avance respecto de la aplicación exclusiva del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica⁽¹⁹⁾, ya que: (i) Se respetaría

(17) Schiano di Pepe, *Il gruppo...*, p. 13.

(18) Guizzi, *I gruppi...*, p. 134.

(19) El empleo generalizado de la técnica del *disregard* en los grupos de sociedades, ha sido criticado por entender que se trata de una solución

la alteridad subjetiva entre las sociedades madre e hija; (ii) no se recurriría a un instituto pensado para cuestiones de imputabilidad, para resolver cuestiones de responsabilidad ⁽²⁰⁾; (iii) se alejarían las sanciones del ámbito exclusivo del abuso y del fraude, para permitir el paso a criterios de atribución no dolosos, como los del *wrongful trading* ⁽²¹⁾ y; (iv) desde el punto de vista práctico, puede resultar más fácil la prueba de procedencia de una acción de daños, que los presupuestos de procedencia del art. 54 3º LS ⁽²²⁾.

(f) *Ventajas compensatorias*. Debido a la convivencia en el seno del grupo de sociedades de los diversos intereses de las sociedades que lo integran y del desplazamiento de la voluntad decisonal, puede ocurrir que en ciertas operaciones no puedan verse satisfechos todos los intereses, sino que la *holding*, al ejercer la dirección unitaria, deba elegir beneficiar el interés de alguna sociedad, en detrimento del de otra. Desde otra perspectiva, una sociedad perteneciente al grupo puede verse beneficiada por el hecho de pertenecer al mismo. De a poco se fue abriendo paso la opinión de que no existe conflicto de interés cuando una operación determinada, que resulta perjudicial para la sociedad si se la considera aisladamente; se encuentre inserta en un contexto más general de operaciones intragrupo íntimamente ligadas entre sí, que en conjunto resulten beneficiosas para la sociedad, o de las que la sociedad pueda razonablemente obtener algún beneficio o compensación del daño sufrido ⁽²³⁾. Se trata de la *teoría de las ventajas compensatorias* ⁽²⁴⁾, o doctrina *Rozemblum* ⁽²⁵⁾.

asistemática e inorgánica (Miguens, *La ocupación...*, p. 371; Galgano, *Persone giuridiche*, p. 45.). Esto no significa dejar de lado el instituto de la inoponibilidad, sino que su aplicación quedaría reservada a los casos patológicos de abuso de la personalidad jurídica (Scognamiglio, *Autonomia...*, p. 146).

(20) Como bien lo dijo en otra edición de este congreso aquí en Córdoba, Richard, *¿Inoponibilidad...*, p. 623.

(21) Wooldridge, *Aspects...*, p. 111; Gower y Davies., *Principles...*, p. 163.

(22) También se detiene en estas reflexiones en su ponencia para este congreso, "*La excepcionalidad...*", el Prof. Ariel A. Dasso.

(23) Bassi, *I gruppi...*, p. 566; Branson, *Corporate...*, p. 543; American Law Institute, *Principles...*, p. 350.

(24) Montalenti, *Conflitto...*, p. 719 a 736; Montalenti Paolo, *Operazioni...*, ps. 2318 a 2321; Ciampoli Gaia, *I vantaggi...*, ps. 165 a 180.

(25) Por el fallo de la Corte de Casación Francesa del 4.2.85, que fue uno de los leading cases en la materia (D. 1985, jurispr., 478); v. Hannoun, *Le droit...*, p. 97; Schmidt, *Les responsabilités...*, p. 76.

(g) *Información acerca situaciones relevantes del grupo.* Todos los derechos y herramientas para la tutela de los socios externos y acreedores presuponen la posibilidad de sus titulares, que dada su condición no pueden tener acceso a la realidad interna del grupo, de acceder a la información que necesitan para el ejercicio de sus derechos⁽²⁶⁾, por ello la transparencia del mercado exige la publicidad del entramado de relaciones que constituyen el grupo, así como su dimensión y consistencia⁽²⁷⁾. Desde otra perspectiva, la circulación interna dentro del grupo es también necesaria a los fines de una correcta dirección por parte de la sociedad madre.

(h) *Relaciones internas del grupo. Operaciones intragrupo.* Las diversas sociedades que integran un grupo, en tanto integrantes de una misma unidad empresaria, constantemente se relacionan entre sí. Son operaciones intragrupo aquellas que se producen entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, que normalmente se formalizarán a través de los mismos negocios por los cuales se relacionan normalmente todos los sujetos de derecho. La diferencia no estará en las formalidades sino en la sustancia: cuando dos sujetos de derecho independientes se relacionan, se persigue con el contrato un equilibrio en las prestaciones de las partes; mientras que cuando se trata de operaciones intragrupo, la realidad subyacente detrás de las formas contractuales, es la de un desplazamiento de recursos entre diversos sectores de una misma unidad económica⁽²⁸⁾.

(i) *Funcionamiento interno del grupo.* Quedan comprendidas las diversas aristas que plantea la dinámica interna del grupo: las directivas de la *holding*, el *board* de grupo, los flujos de información necesarios para que la *holding* pueda fijar las políticas de grupo, etc.

Bibliografía

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, ALI Publisher, St. Paul, Minnesota, 1994.

(26) Weigmann, *La nuova...*, 152.

(27) Libonati, *L'impresa...*, p. 281.

(28) Galgano, *Circolazione...*, ps. 327 y 333.

- BASSI, Amedeo, *I gruppi di imprese*, en: *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Vincenzo Buonocore, Giappichelli, Torino, 2004.
- BRANSON, Douglas M., *Corporate governance*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, 1993.
- CAMPOBASSO, Gian Franco, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, UTET, Torino, 1995, 3ª ed.
- CHULEA, Francisco Vicent, *Introducción al derecho comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CIAMPOLI, Gaia, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, en: *Le società*, Ipsoa, Milano, 2005/2.
- COTTINO, Gastone, *Le società*, CEDAM, Padova, 1999, 4º Ed., V. 1, T. 2º.
- DASSO, Ariel Angel, "La excepcionalidad de la derogación de la responsabilidad limitada en la sociedad de capital, una línea orientativa en el derecho estadounidense", ponencia presentada a este congreso.
- EMBED IRUJO, José Miguel, "Los grupos de sociedades en la nueva ley de brasileña de sociedades anónimas", en: *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1979, Nº 151, enero-marzo 1979.
- FORUM EUROPÆUM de Derecho de Grupos, "Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa", *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 232, abril-junio 1999.
- GALGANO, Francesco, *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, *Contratto e Impresa* 1986, Cedam, Padova, 1986.
- *Direzione e coordinamento di società*, Zanichelli, Bologna, 2005.
- *Persone giuridiche*, Zanichelli, Bologna, 2006, 2ª ed.
- GOWER y DAVIES Paul L., *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London, 1997.
- GRAZIANI, Alessandro, MINERVINI, Gustavo y BELVISO, Umberto, *Manuale di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2004.
- GUIZZI, Giuseppe, "I gruppi di società: introduzione alla nuova disciplina, en: *La riforma delle società di capitali*", a cura di Niccolò Abriani y Tiziano Onesti, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Nº 263, Giuffrè, Milano, 2004.
- HANNOUN, Charley, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, Paris, 1991.
- LIBONATI, Berardino, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004.

- MANOVIL, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades. En el derecho comparado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998.
- MIGUENS, Héctor José, “La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español”, en: *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1997, N° 223, enero-marzo 1997.
- MONTALENTI, Paolo, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, en: *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1995/I.
- “Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l’evoluzione giurisprudenziale”, en: *Giurisprudenza italiana*, UTET, Torino 1999.
- RICHARD, Efraín Hugo, *¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?*, en *Derecho societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Advocatus, Córdoba, 1992, tomo II.
- ROITMAN, Horacio; AGUIRRE, Hugo A. y CHIAVASSA, Eduardo N. (colabs.), *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006.
- SCHIANO DI PEPE, Giorgio, “I gruppi di imprese”, en *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 1990, N° 112.
- SCHMIDT, Dominique, *Les responsabilités civiles dans les groupes de sociétés*, en: *Groupes de sociétés: contracts et responsabilités. Actes de la journée d’Études du 19 novembre 1993*, LGDJ, Paris, Francia, 1994.
- SCOGNAMIGLIO, Giuliana, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 1996.
- VIDAL, Dominique, *Droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 1993.
- WEIGMANN, Roberto, “La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista”, en: *La riforma delle società di capitali*, a cura di Niccolò Abriani y Tiziano Onesti, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, N° 263.
- WOOLDRIDGE, Frank, *Aspects of the regulation of groups of companies in european laws*, en: *European company laws. A comparative approach*, Robert R. Drury y Peter G. Xuereb, Dartmouth Hants (UK), 1991.