

EL CONTROL SOCIETARIO. LIMITACIONES AL DERECHO DE VOTO.

**LEANDRO SALVATIERRA
PABLO A. ZACCHINO**

“EL CONFLICTO DE INTERESES Y EL FRAUDE SOCIETARIO”

SÍNTESIS:

1. El control societario interno es un derecho lícito derivado del derecho de voto.
2. El problema del control es cuando se ejerce abusivamente.
3. Dos son los límites que establece la ley al ejercicio legítimo del derecho de voto y en consecuencia, al ejercicio del control: (i) el interés social; y (ii) el fraude.
4. Existen dos clases de normas preventivas para evitar la actuación contraria al interés social por los socios o administradores: (i) aquellas que vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de posible conflicto de intereses (art. 239/271 y 273 LS) y (ii) aquellas que prohíben la actuación cuando existe conflicto de intereses (art. 241/248 y 272 LS).
5. A su vez, estas normas pueden dividirse en aquellas que (i) tipifican una situación de conflicto de intereses prohibiendo la actuación de afectado (art. 239/241/271 y 273 LS); y (ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva. (art. 248 y

- 272 LS). Las primeras requieren solamente la verificación de los circunstancias fácticas descriptas por la norma; mientras que las segundas necesitan la verificación que determinadas circunstancias fácticas colocaron al socio o administrador en oposición de intereses con la sociedad, afectando su actuación en perjuicio del ente.
6. La dificultad se refleja en los supuesto no tipificados (art. 248 y 272 LS) por la norma, y en particular cuando el afectado niega u oculta su situación de conflicto.
 7. Para que exista interés contrario se requerirá que el BENEFICIO para uno (el controlante) redunde en PERJUICIO para otro (la sociedad).
 8. Tanto el concepto de PERJUICIO, como el de BENEFICIO, debe considerarse en forma amplia.
 9. La afectación del controlante con interés contrario, determina la nulidad del acto por incapacidad del sujeto para actuar, y la necesaria reparación de los daños y perjuicios originados por este. (art. 248 LS).
 10. La obligación de reparar los daños y perjuicios producidos deviene de la aplicación del principio general del art. 54 LS, con la diferencia que éste último requiere dolo o culpa del controlante, mientras que el 248 LS establece una responsabilidad objetiva.
 11. La decisión contraria al interés social por parte de quien no tenga interés contrario, puede estar causado en: (i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto; (ii) un voto emitido con impericia o negligencia; ó (iii) una afección a su capacidad de discernimiento.
 12. Solo en el segundo de los casos señalados en 11) la decisión no será impugnabile, por no encontrarse el acto viciado, pero si podrá reclamarse la reparación de daños y perjuicios (art. 54 LS).
 13. Aquellas decisiones que en apariencia de legalidad y sin conflicto de intereses se tomen con el propósito de perjudicar a accionistas minoritarios, tienen su causa viciada, y son constitutivas de fraude.
 14. El fraude tiene un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, y cuenta con un elemento subjetivo, cual es el propósito de eludir la norma imperativa.
 15. La dificultad de acreditar el fraude radica en la complejidad de demostrar este elemento subjetivo, denominada "diabólica probatio".
 16. Esta demostración es solo posible a través de presunciones gene-

rales por las pruebas de hecho que rodean al acto cuestionado.

17. Dos son los elementos más importantes a demostrar: (i) el beneficio para la mayoría; y (ii) el perjuicio para la minoría.
18. La creación de una doctrina judicial que eleve a la categoría de presunciones absolutas determinadas conductas típicamente fraudulentas, resulta imprescindible.
19. Los grupos de subordinación son una “especie” dentro del fenómeno genérico del control, sin perjuicio de lo cual deben aplicarse los mismos principios generales.
20. En los grupos la tendencia a priorizar el interés del controlante por sobre el social se repite casi patológicamente.
21. En estos casos la jurisprudencia comparada y la nacional -esta última en menor medida- ha creado verdaderas presunciones por actuación fraudulenta.

1.- INTRODUCCIÓN

Sin dudas que la temática del control societario, tiene entidad suficiente para tratarla en forma autónoma y enmarcarla dentro de los grandes puntos de estudio en la materia.

Su conceptualización, su regulación, su uso y abuso son “cuestiones preocupantes” para aquellos que estudian y operan el derecho societario.

Champaud define genéricamente el control como “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”.¹

Por su parte, nuestra Ley 19.550 y mod. da la noción de control en su art. 33, estableciendo que: “Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesario para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.”

La norma, al igual que la doctrina², distingue inicialmente dos formas de control³, el interno o jurídico (inc. 1º) y el externo o de he-

¹ Cfr. CHAMPAUD, Claude “Le pouvoir de concentratio de la société par actions”, Sirey, Paris 1962, p.107.

² Cfr. ALEGRIA, Héctor “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control”, en “Estudios en Homenaje a Isaac Halperín”, Depalma, Bs. As. 1978, p. 301/323.

³ Cfr. FERRO ASTRAY, José, “Empresas Controladas”, Abeledo Perrot, Bs.As. 1961, p. 25 y sig.-

cho (inc. 2º), este último incorporado por la reforma de la ley 22.903.⁴

A los fines del presente trabajo nos interesa el mencionado control interno, jurídico o de derecho, que se ejerce a través de la facultad de determinar la voluntad social mediante el ejercicio del derecho de voto, y sus consecuencias frente a los accionistas minoritarios que se ven sometidos a dicho control.

2.- EL PROBLEMA:

Como primer cuestión diremos que el control societario no está prohibido, ni debe prejuizgárselo con disvalor.

Por el contrario, en muchos casos el contar con un control societario hegemónico brinda una conducción empresaria generalmente más eficiente que en casos donde se carece de tal.

El control societario interno es un derecho, derivado del derecho de voto, con el que cuenta un socio o una agrupación de estos (sindicaciones).

Es el derecho que tiene o tienen quienes cuentan con la mayoría de los votos para determinar la voluntad social, que en principio se reflejará en las asambleas o reuniones de socios y luego se proyectará a través de los directores o administradores que estos eligen.

Este último aspecto es trascendental, ya que bien podría decirse que la mayoría sigue "causando" a la sociedad -ahora indirectamente- en su directorio o administración y en su sindicatura a través de los miembros que ella misma eligió.

Entonces, enfrentados a esta amplia consecuencia del control societario, nos cuestionamos:

PREGUNTA: ¿cuál es el problema del "control"?

RESPUESTA: cuando se abusa.

REPREGUNTA ¿y cuándo se abusa?

RESPUESTA: Esta es la cuestión a dilucidar.

En efecto, como todo derecho, su ejercicio tiene un límite, y di-

⁴ "El art. 33 de la LSC limitó la noción de control, como lo expresa la Exposición de motivos, a un criterio fijo y referido solamente al control jurídico interno. Luego de 10 años de vigencia de la ley, y teniendo en cuenta las experiencias y tendencias en el derecho comparado, la Comisión estima que debe ampliarse el concepto de control societario a aquellos aspectos vinculados con el denominado control externo o de hecho. Así lo hacen las legislaciones más recientes, atendiendo las situaciones que resultan de la existencia de relaciones contractuales y de la influencia dominante de otra sociedad. Esto no implica, en manera alguna, una posición necesariamente conflictiva respecto de las situaciones de control, o consideradas de suyo disvaliosas a la misma, sino sólo recibir la existencia del grupo a través de una de sus formas de manifestación.

cho límite está en su abuso.

Ahí, en ese indeterminado punto donde termina el derecho de unos (la mayoría) y comienza el derecho de otros (la minoría o la sociedad en forma diferenciada), está el problema.

En esa zona imprecisa está la diferencia entre lo lícito e ilícito. Desentrañarla es la tarea.

3.- EL ABUSO DEL CONTROL:

Advertimos lo complejo que resulta desentrañar el “abuso del control”.

Primero por lo ambigua que aparecen las zonas límites en el ejercicio de todo derecho, y en este en particular.

La cuestión es, hasta donde el ejercicio de ese derecho es válido y cuando comienza a ser inválido.

Para responder esta pregunta, lamentablemente no tenemos un punto de apoyo firme y preciso que resuelva el problema.

Muy por el contrario, buscar la respuesta nos lleva a tomarnos de dos conceptos muy complejos y caros para el derecho: (i) el “interés social” y (ii) el fraude.

Así es, estas dos son las barreras que marcan el límite al legítimo ejercicio del derecho de control.

4.- LAS LIMITACIONES AL VOTO:

4.1. EL INTERÉS SOCIAL:

4.1.1. LA PROTECCION NORMATIVA DEL INTERES SOCIAL:

Dijimos que el primer límite al derecho de voto lo marca el interés social.

Coincidimos que es imposible brindar una noción única de interés social, es más su conceptualización ha “suscitado honda polémica acerca de cual es el concepto esencial que la inspira, y si tal concepto es único.”⁵

No obstante, nos parece convincente la interpretación de Manóvil quien entiende que es “... aquel interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fin de la sociedad. Es en este sentido que se habla en la literatura jurídica de interés social, entendido como el común denominador del

⁵ Cfr. HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, Deplama, Bs. As. 1974, p. 180/181.

interés jurídico de todos los socios en la sociedad.”⁶

Expuesto el concepto se pone de manifiesto lo empinada que resulta la tarea de desentrañar si el titular del derecho de control tiene un interés contrario a ese “denominador común entre los socios”.

Sin perjuicio de ello, el interés social como patrón de conducta para la actuación orgánica ha sido protegido por el legislador.

En efecto, tanto para el órgano de gobierno como para el de administración, la ley ha procurado evitar que quienes tiene la facultad de concurrir a la formación de la voluntad social, y se encuentran en situaciones que revelen la posibilidad que su participación no sea coincidente con el interés social, se abstengan de hacerlo.

Con este fin se diseñaron normas “preventivas” que, o bien prohíben la intervención de quién pueda ver afectada su manifestación de voluntad, de forma tal de no contribuir libremente a la formación de decisión social (art. 241/248 y 272 LS), o bien sencillamente vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de conflicto de intereses (art. 239/271 y 273).

Asimismo, contamos con dos grupos de normas:

- (i) las que tipifican claramente una situación conflicto de intereses, prohibiendo la actuación del afectado; y
- (ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva.

Dentro de las primeras tenemos:

- El art. 239 LS que prohíbe **actuar como mandatarios** de los accionistas en las asambleas a los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad.
- El art. 241 LS que prohíbe **votar** a los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión y en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.
- El art. 271 LS que prohíbe **votar** a los directores afectados la aprobación de contratos que éstos celebren con la sociedad y que no fueran de la actividad que ésta opere o en condiciones de mercado.
- El art. 273 LS que prohíbe realizar por los Directores ya sea por cuenta propia o de terceros **actividad en competencia** con la sociedad.

⁶ Cfr. MANOVIL, Rafael Mariano, “Grupos de Sociedades”, Abeledo-Perrot, Bs.As.1998, p. 571.

- Dentro del segundo grupo de normas tenemos:
- El art. 248 LS que obliga al accionista o su representante a **abstenerse de votar** los acuerdos relativos a una operación determinada que tenga por cuenta propia o ajena un **interés contrario** al de la sociedad.
- El art. 272 LS que obliga al director que **tuviere un interés contrario** al de la sociedad a hacerlo saber al directorio y a los síndicos y **abstenerse de intervenir en la deliberación**.

Sencillo es deducir que identificar los supuestos incluidos en el primer grupo de normas resulta menos problemático que dilucidar cuando estamos frente al segundo.

Nuestros Tribunales han dicho que: "Mientras en el primer sistema, las circunstancias objetivas constituyen causa de exclusión del socio del derecho de voto y, como consecuencia, la invalidez del mismo por violación de la prohibición, en el segundo sistema estas circunstancias constituyen un criterio de admisibilidad de un excepcional control judicial de mérito sobre el contenido de la deliberación."⁷

Quiere decir entonces que cuando estamos frente a los supuestos indicados por los art. 239/ 241/271 y 273 LS, bastará con probar que el accionista o director se encuentra inmerso en la situación especial tipificada por la norma, para así impedir su participación, sin importar si su actuación fue o será contraria al interés social.

Por el contrario, en los supuestos del art. 248 y 272 LS (con alguna mayor amplitud de este último ya que inhibe no solo de votar sino también de deliberar), es necesario acreditar que una determinada circunstancia fáctica coloca al accionista o director en oposición de intereses con la sociedad de manera tal que dicha posición afectará o afectó su actuación orgánica dentro del ente.

Es decir que para los supuestos incluidos en el art. 248 y 272 LS habrá que efectuar un análisis causal del acto, una evaluación psicológica⁸ de quienes actuaron o pudieran actuar viciando el con-

⁷ Cfr. CNCom., sala B, diciembre 6-982, "De carabassa, Isidoro c/ Canale, S.A. y otra", LL, t. 1983 - B, p. 388, con cita de Mengoni.

⁸ "Es decir, que el proceso psicológico, de aproximación y de conciliación de interés particular del votante con el interés común, se resuelve en un proceso de autolimitación de los intereses particulares a favor del fin social. Esta autolimitación es la premisa del principio mayoritario que, de ningún modo, debe ser entendido como la prevalescencia del interés de la mayoría sobre el interés de la minoría, sino como el reconocimiento de la preeminencia sobre el interés particular del interés común tal como ha sido dispuesto por la mayoría, y que encuentra justificación última en la circunstancia de que es la mayoría la que está expuesta al riesgo de una decisión equivocada." Cfr. CNCom., sala B, diciembre 6-982, "De Carabassa, Isidoro c/ Canale, S.A. y otra", LL, T. 1983 - B, p. 387, con cita de Mengoni.

sentimiento social, resolviendo en forma contraria al interés corporativo.

Vamos entonces a profundizar estos supuestos no tipificados y a los cuales la ley refiere genéricamente como de "*interés contrario*".

4.1.2. EL INTERÉS CONTRARIO:

En los supuestos referidos por la norma genéricamente como de "*interés contrario*", hay que analizar las circunstancias externas que pueden afectar a la persona actuante de forma tal que su voluntad dentro del órgano se vea condicionada en forma perjudicial para el ente.

Obvio es decir que un accionista o director presuntamente inmerso en una situación de interés contrario al social puede asumir dos actitudes:

- (i) lo hace saber y se abstiene de votar; ó
- (ii) lo niega u oculta y participa del acto.

Como es lógico, a nosotros nos interesa estudiar el segundo supuesto, y dentro de este, aquellos casos donde dichos accionistas o directores tengan la cantidad de votos suficientes como para definir la voluntad del órgano⁹.

Seguramente, en la práctica, nos encontraremos ante análisis post-facto, con la decisión tomada y probablemente también (salvo cautelar mediante) con el hecho consumado.

Situados en esta hipótesis, ¿cuál es el método para desentrañar si estamos o no frente a una hipótesis de interés contrario?

Si bien la afección en estos casos es subjetiva (afectan a la causa del acto), entendemos que para determinar si una situación coloca a un socio o administrador en un supuesto de éstos, dos son los elementos objetivos a considerar:

- (1) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un **BENEFICIO** para el afectado; y
- (2) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un **PERJUICIO ACTUAL** o **POTENCIAL** para la sociedad.

Ambos requisitos tienen que estar presentes, ya que la contrariedad del interés significa que el beneficio para uno redundará en perjuicio para otro¹⁰.

⁹ Se efectúa lo que Nissen denomina "prueba de la resistencia", que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiese impedido la validez de la decisión asamblearia considerada (Cfr. NISSEN, Ricardo Augusto, "Impugnación Judicial de Decisiones Asamblearias", Depalma, Bs. As., p. 100).

¹⁰ "En sentido jurídico el interés importa una relación entre un sujeto que tiene una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla, determinada en la previsión genérica y abstracta de la norma

“En este orden de ideas, preciso es advertir, ante todo, que “interés contrario” no es igual a ausencia de interés”¹¹, sino muy por el contrario intereses opuestos. Por ello es necesaria la existencia de las dos caras de esta moneda: BENEFICIO - PERJUICIO.

El beneficio:

Cuando hablamos de BENEFICIO, lo hacemos en sentido amplio, ya que consideramos no sólo los casos en que el favorecido por la decisión sea el propio individuo o persona jurídica que tiene actuación orgánica, sino también cuando su consecuencia beneficia a los intereses que esta representa.

Estos intereses “representados” se ven con mayor claridad en los grupos societario, pero también existe situaciones similares en todos los supuestos donde se coloca una interpósita persona entre el propietario del interés y quien detenta el dominio del cargo o de la participación societaria.

En los casos de los administradores, habrá que evaluar muy particularmente si la decisión beneficia a personas vinculadas al mismo, o al grupo de socios que lo colocaron en el cargo.

El perjuicio:

Como sostuviéramos antes de ahora, ambos recaudos deben estar presentes¹².

BENEFICIO para el socio o administrador, o para los intereses que estos representan, y PERJUICIO¹³ para la sociedad.

Otra vez el requisito debe juzgárselo en forma amplia, en efecto, “no sólo cuando la sociedad tiene una pérdida actual o futura, sino también cuando pierde de ganar o tiene una ganancia menor de la

(Pier G. Joeger, “L’interese sociale”, p. 3 Milán 1964); relación que consiguientemente predice una posición favorable para la satisfacción de una necesidad según la enseñanza de Carnelutti (apud. G. Bulgarelli, “Sociedades, empresa o establecimiento”, p. 29, San Pablo 1980), o quizá, desde una óptica más amplia, de una sustancia lícita, ahora bien, pueden manifestarse una pluralidad de intereses con relación a un bien o una pluralidad de sujetos con intereses del mismo orden sobre el bien. Ello explica que un interés puede estar con relación a otro en situación de interferencia o de indiferencia; y, en el primer caso, en situación de conflicto o de solidaridad. Esta última posibilidad es la que se manifiesta en las relaciones asociativas”. (Cfr. CNCom, sala C, setiembre 22-982, “Sanchez, Carlos J. C. Banco de Avellaneda, S. A. y otros., del voto del Dr. Jaime Anaya, LL, T. 1983-B, p. 269).

¹¹ Cfr. CNCom, sala C, marzo 12-1993, “Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alez S.A.C.”, ED, T. 153, p. 687.

¹² “La nulidad no puede prosperar si no se explicitan acabadamente los perjuicios que para la sociedad -y consecuentemente para las minorías- se derivan de la infracción formal al citado precepto” (Cfr. Milrud, Mario c. The Americans Rubbers CD S.R.L., 15-5-87).

¹³ “Sea que se trate de una acción de impugnación sometida a determinado presupuesto o una acción por responsabilidad, en ambos supuestos debe existir daño y reclamárselo” (cfr. RICHARD, Efraín Hugo, “Sociedades por Acciones: Efectos de la resolución adoptada merece a voto emitido en interés contrario al social”, ED, T. 153, p. 687.)

posible con otra solución".¹⁴

En definitiva, del acto en interés contrario se tiene que desprender un BENEFICIO y un PERJUICIO, que tengan como nexo de causalidad dicha decisión, y que por un lado beneficien al controlante y por el otro perjudiquen al ente.

4.1.2.1. NULIDAD DEL ACTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO:

No tenemos dudas que en el caso donde se haya tomado una decisión por una mayoría que obró haciendo prevalecer el interés contrario (en el sentido antes apuntado de BENEFICIO para sí y PERJUICIO para la sociedad), tal decisión es nula y puede ser impugnada por los accionistas¹⁵.

Coincidimos con autorizada jurisprudencia en cuanto a que la existencia del daño (actual o potencial) es necesaria para que pueda demandarse la nulidad¹⁶, pero no como presupuesto de esta, sino como presupuesto de la existencia del interés contrario.

La existencia de interés contrario en la mayoría, afecta al acto jurídico ya que el acto fue otorgado por sujetos que se encontraban incapacitados legalmente (248/272 LS) para participar en dicha decisión.

El acto jurídico societario como tal, al tener afectado uno de sus presupuestos (sujeto), es nulo.

Por otra parte, y luego de haber asumido una posición contraria en autos "Carabassa, I. c. Canale S.A."¹⁷, la jurisprudencia ha adherido a esta posición, en autos "Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex SAC"¹⁸ y "Leotta, Rodolfo c. Bevcar, Antonio y otros s. Sumario"¹⁹.

Igualmente y sin perjuicio de ello, podrá reclamarse al controlante la reparación de los daños y perjuicios (art. 248 LS), aún en el caso que la decisión no se hubiera impugnado y se hubiera consentido por los socios minoritarios.

¹⁴ Cfr. HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas", Depalma, Bs. As., 1975, p. 184.

¹⁵ Cfr. ODRIOZOLA, Carlos, "Los artículos 248 y 251 LS, las acciones de resarcimiento y de impugnación".

¹⁶ "En suma, los distintos enfoques interpretativos parecen conducir a la necesidad de examinar, en el caso de que se trate, mas allá de una liminar apariencia de contraposición de intereses, si ha habido o no un perjuicio real y tangible para la sociedad, como presupuesto para la declaración de nulidad." Cfr. CNCm, sala C, marzo 12-1993, Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex S.A.C.). "...o sea que se entiende que la afectación al interés contrario no puede ser una cuestión meramente dogmática, sino que debe trascender en un perjuicio concreto." (Cfr. Efraín Hugo RICHARD, "Sociedades por acciones: efectos de la resolución adoptada merced al voto emitido en interés contrario al social", ED, T. 153, P. 687).

¹⁷ Cfr. ED, T. 191, P. 164/159.

¹⁸ Cfr. ED, T. 153, p. 680.

¹⁹ Cfr. ED, T. 164, P. 970.

Dicha posibilidad de reclamar la reparación del daño no es más que una aplicación del principio general sentado por el art. 54 LS y lo dispuesto por el art. 254 LS.

Como diferencia entre lo dispuesto entre el art. 54 LS y el 248 LS diremos que este último supone una responsabilidad objetiva, derivada exclusivamente de la situación de interés contrario con independencia del dolo o culpa de la controlante, que si exige la primera de las normas mencionadas.

4.1.3. LA DECISIÓN CONTRARIA AL INTERÉS SOCIAL

Hemos indicado en el punto anterior, que para estar subsumidos en los supuestos de interés contrario, dos eran los elementos que debían concurrir: **EL BENEFICIO** para el controlante y **EL PERJUICIO** para la sociedad.

A contrario sensu, se puede inferir que si se toma una resolución contraria al interés social (es decir con **PERJUICIO** para esta), pero que no redunde en un **BENEFICIO** para la mayoría votante, dicha resolución no estaría incluida en los supuestos del art. 248 y 272 de la LS.

Esto efectivamente es así.

Los arts. 248 y 272 LS inhiben de votar a quién tiene un interés contrario, pero no a quién sin interés contrario, vota una decisión que afecta al interés social.

Aquí la cuestión se dificulta, ya que descartada la existencia de un interés contrapuesto, se enfrentan la prerrogativa de la mayoría a ejercer su derecho de voto de decidir de acuerdo a SU discrecionalidad, y el derecho de la minoría a protegerse de una decisión de tal gravedad.

Sin embargo, y desde el más simple sentido común, no sería explicable (o al menos lógicamente posible) pensar que una mayoría libremente pretenda tomar una decisión intencionalmente perjudicial para la sociedad, sin que se esté alimentando algún beneficio externo vinculado a esta.

Entendemos al primer caso como “de laboratorio”, ya que es difícil de imaginar conductas autodestructivas como la que estamos describiendo. En este primer supuesto no estarían ante la existencia de “interés contrario”, ya que a ésta mayoría no lo movilizaría ningún interés contrario al tomar la decisión, más que su propio criterio. Posiblemente errado, pero criterio al fin.

Es decir que en estos supuestos donde nos enfrentamos con decisiones contrarias al interés social, que no están movilizadas por un interés de la mayoría ajeno al de la sociedad tres pueden ser las razo-

nes:

- (i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto;
- (ii) un voto emitido con impericia o negligencia; ó
- (iii) una afección a su capacidad de discernimiento.

En la primer hipótesis, la resolución es obviamente impugnabile, por vicio en el consentimiento, e incluso puede ser demanda su nulidad por la mayoría afectada (art. 251 LS).

En la segunda, la decisión no es impugnabile ya que el acto es válido. En estos supuestos no existe ningún vicio en el acto jurídico. Los sujetos otorgantes del acto tienen capacidad de hacerlo (no hay interés contrario) y su causa es lícita, ya que la mayoría no actúa con intención de obtener un beneficio extraño al ente, sino con la convicción de estar procurando (aunque mediante una decisión inidónea) el interés social. No obstante, de tratarse de una decisión de los administradores y de acuerdo a su gravedad, podría demandarse su remoción e incluso cautelarmente la intervención sociedad²⁰.

La responsabilidad en estos casos si podrá ser reclamada al controlante, resultando de aplicación el art. 54 LS primer párrafo: "El daño ocurrido a la sociedad por el dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que su actuación pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios."

En la tercera hipótesis, lo que deberá demandarse es la nulidad del voto del incapaz y con ello la nulidad de la decisión cuestionada.

4.2. EL FRAUDE

4.2.1. DECISIONES EN BENEFICIO DE LA CONTROLANTE Y EN PERJUICIO DE LA MINORIA.

Quedan ahora por considerar aquellos casos donde la decisión cuestionada no resulta contraria al interés social, es más, puede ser coincidente con su interés, pero sin embargo el BENEFICIADO "real" -en el sentido de la causa fin del acto- es el controlante y el PERJU-

²⁰ Es importante diferenciar si la decisión contraria al interés social, tomada con culpa (negligencia o impericia) se tomó por los socios en una decisión de gobierno, o por los administradores en una decisión de gestión. Si se tomó por los administradores, los mismos pueden ser removidos con causa, y si la decisión no afectó a terceros, dejada sin efecto. A estos se les puede exigir el estándar de un buen hombre de negocios. Por el contrario, si la decisión fue fruto de un socio que, por negligencia o por impericia, toma una decisión de gobierno contraria al interés y la sostiene, tal acto no se podría cuestionar, ya que la ley ha confiado en la mayoría para la toma de decisiones y no puede ser la justicia quien juzgue o corrija las impericias o negligencias de los socios al votar decisiones sociales. No obstante, la minoría podría reclamar a la mayoría su responsabilidad por su actuar culposo, demostrado que fuere el daño.

DICADO directo los socios minoritarios.

Son casos donde en abuso del ejercicio del derecho de control, pero en fraude a la ley o en fraude en perjuicio de terceros, y mediante un *negocio jurídico indirecto*, se procuran utilizar mecanismos societarios para obtener ventajas particulares.

Lo dificultoso de analizar estos actos es que dichas decisiones no son contrarias al interés social, y que el acto en sí resulta válido. Es, justamente, "idóneo" para el fin fraudulento.

El vicio se encuentra en su causa, que bien oculta por los otorgantes (socio controlante) se disimula tras su apariencia de legalidad²¹.

Estos casos, han tenido un reconocimiento jurisprudencial antes que doctrinario, ya que frente a casos concretos e injusticias flagrantes, los jueces han desenmascarado la realidad formal, dando prioridad a la realidad objetiva.

Este método inductivo puede ser la causa de su previa recepción por el common law -mediante el disregard- antes que por el derecho continental, que recién lo recepta a través del trabajo de Rolf Serik²².

No obstante, "ello ha provocado ciertas observaciones -diríamos prevenciones- al traslado indiscriminado del disregard en el contexto del derecho continental, de tradición dogmático-positiva. No debemos olvidar que esta tradición, proclive al pensamiento axiomático, busca siempre los fundamentos dogmáticos de toda solución jurídica. La construcción del disregard carece de ella, porque es hija de un sistema jurídico en que, como apunta Esser, 'los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley, son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional lo que constituye el centro del pensamiento jurídico'"²³.

Por ello, es necesario a partir del pensamiento axiomático -continúa Zannoni- "revisar el concepto de persona jurídica antes que agredir la personalidad, de manera tal que, formuladas las correcciones dogmáticas al concepto, se nos permita evitar su utilización para

²¹ "Ya hemos visto en el capítulo anterior que el fraude incide básicamente en la causa del negocio jurídico que resulta, al cabo, ilícita aunque pueda estar encubierta por una apariencia de licitud." (Cfr. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. p.137).

²² El mencionado autor germánico, agrupa a estos supuestos en tres grandes categorías: a) fraude a la ley; b) fraude o violación del contrato; y c) daño fraudulento causado a terceros. Encontramos en estas categorías y como denominador común de las mismas, 1° el fin fraudulento (tanto a la ley, al contrato o a terceros) y 2° la utilización abusiva de la persona jurídica como medio para lograrlo. (Cfr. SERICK, Rolf, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Ediciones Ariel, Barcelona, 1958).

²³ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., "Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario", Astrea, Bs. As., 1980, p. 118/119.

fines contrarios a los que determinan su reconocimiento por la ley.”²⁴

4.2.2. EL ACTO FRAUDULENTO

Los actos a que hacemos referencia son aquellos actos societarios, desarrollados dentro de la licitud del objeto social, que presentan todos los rasgos de validez en su conformación, pero que tienen una causa o fin en fraude a la ley, el contrato o a los terceros.

En general, han sido denominados de distinta forma, pero entendemos que concepto que mejor se adecua al fenómeno es el de fraude.

Por supuesto que cuando nos referimos a fraude lo hacemos en sentido amplio, que no se circunscribe al fraude pauliano que legislan los art. 961 y sig. del Cód. Civil²⁵, “sino que comprende todos los casos que, ya sea en perjuicio de tercero, o en ataque de normas imperativas, se ejecutan actos jurídicos bajo la apariencia de licitud genérica. La ilicitud está en el fin protegido por la norma jurídica. Como se ha dicho gráficamente: ‘el negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada’²⁶”.

“En términos generales, la noción de fraude constituye la modalidad de dolo constitutivo del animus nocendi o intención de dañar mediante la ejecución del acto jurídico. Hay fraude pues, adaptando la definición del art. 931 del Cód. Civil, toda vez que una persona se sirve del acto como artificio, maquinación o astucia tendiente a frustrar o impedir o eludir un interés legítimo de otra, u obtener un resultado contrario a derecho.”

La dificultad del fraude es que además de un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, cuenta con un *elementos subjetivo*, cual es el propósito de eludir la norma imperativa²⁷.

“El elemento psíquico interno deviene así un requisito que permite hablar propiamente de fraude en estos casos, donde se imputan resultados característicos a una situación fraudulenta.”²⁸

Demostrar esta intencionalidad dañosa, o animus nocendi, comprobar este propósito de eludir la norma, es sumamente complicado

²⁴ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 119.

²⁵ Cfr. Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 123: “...esta afirmación exige aceptar como premisa que el fraude es un concepto genérico que no se circunscribe -aunque por supuesto lo comprende- al fraude en perjuicio de los acreedores o fraude pauliano que legislan los arts. 961 y siguientes del Cód. Civil.”

²⁶ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 125.

²⁷ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 127.

²⁸ Cf. DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, Bs. As., 1985, p. 245.

para la víctima de este tipo de maniobras, razón por la cual se dio en denominar la prueba del fraude "*diabolica probatio*"²⁹.

Probar la INTENCIÓN es probar el contenido de la psiquis del controlante al momento de impulsar una acción societaria.

Solamente a través de presunciones que se logren a través de la prueba de los hechos que rodean al acto cuestionado se puede demostrar el acto fraudulento³⁰.

Esta tarea sólo es factible a partir de la demostración de los BENEFICIOS obtenidos por esta mayoría a costa de los PERJUICIOS sufridos por la minoría, por la inaplicación de la norma burlada.

Los artilugios utilizados, como el resto de los indicios que develen la real voluntad de la mayoría, la causa del acto, terminarán por crear una presunción que confirme la intencionalidad fraudulenta y la ineficacia del acto.

Por ello, en estos casos resulta preponderante que la doctrina judicial vayan elevando a la categoría de verdaderas presunciones absolutas o "fraudes contruidos", a las conductas típicas de quienes actúan con intención de burlar la ley, el contrato o los derechos de terceros.

Veamos algunos casos prácticos donde así ha ocurrido:

- 1) C1^oCC Gral San Martín, abril 13-976, P. De Z. M.E. c Z., P.³¹

Resuelve "descorrer el velo de la persona jurídica para descubrir el fin verdadero buscado por quién constituyó sucesivamente sociedades de las que se valió para alejar de su sociedad conyugal los bienes que adquirió durante su vigencia y que por tanto revisten el carácter de gananciales."

- 2) CNCom, sala A, febrero 27-978, Astesiano, Mónica I. y otra c. Gianina, S.C.A.³².

Se declaran inoponibles las normas societarias y se admite el pedido de entrega material de los bienes que corresponden a herederos del causante de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3598 del Código Civil.

- 3) CNCom, sala D, marzo 1-1996, Abrech, Pablo A. y otra c. Caci- que Camping, S.A. s/ sumario³³.

²⁹ Cfr. DOBSON, Juan M., ob. cit., p. 169.

³⁰ "Una presunción judicial de fraude sería entonces las inferencias lógicas que permiten a un juez llegar a la conclusión de la existencia del fraude frente a una serie de hechos probados cabalmente." (Cfr. DOBSON, Juan M., ob. cit., p. 169).

³¹ Cfr. LL, T. 1977 - A, p. 255.

³² Cfr. ED, T. 79, p. 351/355.

³³ Cfr. ED, T. 168, p. 544/579.

Se deja sin efecto un aumento de capital, al cual se lo consideró un artificio destinado a apartar a los dos actores de la participación en esa sociedad recibida de su padre.

4.2.3. LA INEFICACIA DEL ACTO FRAUDULENTO

El Código Civil Argentino ha optado en los casos de simulación relativa o de fraude a terceros, por inhibir al acto del fin dañoso perseguido. Es decir, que el acto conserve sus efectos frente a terceros, menos frente a aquellos que se quiso perjudicar.³⁴

Por otra parte, la inoponibilidad del acto fraudulento, es la solución legal de nuestra LS que en su art. 54 *in fine* dispone:

“La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Consecuentemente la ley opta por privar al acto de su capacidad dañosa, haciéndolo ineficaz al fin querido, al fin práctico buscado por quienes, indirectamente echaron mano al expediente de la *circumventio legis*.³⁵

4.3. LOS GRUPOS Y EL CONTROL SOCIETARIO:

Dentro del control societario, los grupos se presentan como una “especie” del fenómeno general.

Particularmente nos referimos a los grupos de subordinación, que en distintas formas pueden instrumentarse, y donde ya sea a través de una sociedad holding o de participaciones mayoritarias, se ejerce el control societario, quedando en muchos casos accionistas externos a merced de un negocio mayor, del cual estos son totalmente ajenos.

De allí que en muchos casos se tienda a priorizar, incluso bajo la convicción de una superioridad racional³⁶, el interés del controlante por sobre encima del interés social de cada una de las personas jurídicas que integran el conjunto³⁷.

³⁴ Siguiendo con Zannoni, diremos que “en general, para los terceros la prueba de la simulación relativa más que pretender obtener la declaración de nulidad del acto simulado (conf. Art. 1045), constituirá el medio de plantear su inoponibilidad cuando les causa perjuicio, tal como ocurre cuando ejercer la acción revocatoria o pauliana (art. 961 y ss) en su carácter de acreedores quirografarios, en que la prueba de la simulación del acto fraudulento no provocará la nulidad del mismo sino salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados” (Cfr. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 144).

³⁵ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 142/143.

³⁶ Cfr. MANOVIL, Rafael M., ob. cit., p. 590.

³⁷ “En rigor no hay englobamiento ni superación de intereses de las sociedades dependientes integrantes del grupo, sino una clara oposición de intereses, porque es a mi juicio indiscutible

Este interés egoísta, termina por subordinar la actuación de las dependientes, a su concreción y satisfacción, muchas veces contra el interés de estas compañías y muchas otras en fraude a los accionistas externos.

Se genera así una interrelación que comúnmente sacrifica los intereses de una o algunas, para el beneficio comunitario.

Desde ya, que si las sociedades dependientes no cuentan con accionistas externos al grupo de control, las consecuencias de actuaciones en interés contrario no tendrán un afectado interno o "intrasocietario" que pueda reclamar la reparación del daño o nulidad del acto, y estos planteos quedarán reservados para acreedores perjudicados de una administración desviada -materia ajena a este análisis-.

Por el contrario, si algunas de las sociedades del grupo tiene una composición heterogénea entre el accionista de control y minoritarios externos que no participan de las otras sociedades del grupo o lo hacen en diferente proporción, aquí surgirán perjudicados internos por la actuación del controlante en interés contrario al social o en fraude a estos.

Advertimos a estos casos como "especie" dentro del fenómeno de general, ya que el abuso de control (entendido como actuación en interés contrario o fraudulenta) ejercido dentro del grupo tiene ciertos patrones de conducta que permiten su mejor identificación³⁸.

Siendo que no es objeto del presente profundizar la problemática grupal en especial, simplemente diremos que aquellos actos en fraude a los accionistas externos, o con conflicto de intereses con la sociedad, han sido sistematizados por el Dr. Manóvil bajo el título de "mecanismos que hacen que se diluya la substancia de la sociedad dependiente"; a saber:

- a) Desvalorización intencional del patrimonio de la dependiente.
- b) Inducción a realizar negocios malos y riesgosos y a privarse de los buenos: el desvío de oportunidades.

que el interés del grupo coincide con el interés de quién domina las sociedades agrupadas." Cfr. MANOVIL, Rafael Mariano, ob. cit., p. 583.

³⁸ "Se producen, así, movimientos de activos que llevan a las situaciones tan gráficamente bautizadas en la jurisprudencia norteamericana de la década pasada como *asset-stripping* (desnudar de activos) -caso *Arnold Graphics Industry Inc. vs. Independent Agent Center Inc*, de 1985 - *asset - commingling* (mezclar activos) - caso *Pepsi Cola Metropolitan Bottling Co. vs. Checkers Inc* también de 1985; y de *asset-shuffling* (despojar de activos) -caso *Quad Graphics Inc. vs. Fass*, de 1982-, que, en la práctica jurídica argentina, se conocen como *vaciamiento*, o como confusión patrimonial inescindible. En todo caso, son evidencia de la desnaturalización del patrimonio social como elemento caracterizante del atributo de una personalidad jurídica separada respecto del de sus socios o accionistas". (Cfr. MANOVIL, Rafael M., ob. cit., p. 590).

g) Relaciones comerciales intragrupalas desventajosas

h) Política de precios en el mercado.

Reiteramos, el control ilícito, dentro del grupo, deberá analizarse bajo los mismos principio generales enunciados.

De este modo, de existir interés contrario del controlante, por sí o por medio de los administradores elegidos por éstos, que deriven en un perjuicio para el ente y un beneficio para el controlante, el afectado de votar (art. 248 LS), o votar y deliberar (art. 272 LS) deberá abstenerse de ello, caso contrario se podrá demandar la nulidad del acto y/o la reparación del perjuicio.

Asimismo, deberá juzgarse en igual medida, y con idénticas pautas generales antes reseñadas las actuaciones en fraude a los accionistas externos.

La constitución grupal será, en definitiva, un elemento especialísimo a considerar al momento de evaluar ambas situaciones.

5.- CONCLUSIONES:

1. El control societario interno es un derecho lícito derivado del derecho de voto.
2. El problema del control es cuando se ejerce abusivamente.
3. Dos son los límites que establece la ley al ejercicio legítimo del derecho de voto y en consecuencia, al ejercicio del control: (i) el interés social; y (ii) el fraude.
4. Existen dos clases de normas preventivas para evitar la actuación contraria al interés social por los socios o administradores: (i) aquellas que vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de posible conflicto de intereses (art. 239/271 y 273 LS) y (ii) aquellas que prohíben la actuación cuando existe conflicto de intereses (art. 241/248 y 272 LS).
5. A su vez, estas normas pueden dividirse en aquellas que (i) tipifican una situación de conflicto de intereses prohibiendo la actuación de afectado (art. 239/241/271 y 273 LS); y (ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva. (art. 248 y 272 LS). Las primeras requieren solamente la verificación de los circunstancias fácticas descriptas por la norma; mientras que las segundas necesitan la verificación que determinadas circunstancias fácticas colocaron al socio o administrador en oposición de intereses con la sociedad, afectando su actuación en perjuicio del ente.
6. La dificultad se refleja en los supuesto no tipificados (art. 248 y 272 LS) por la norma, y en particular cuando el afectado niega u

oculta su situación de conflicto.

7. Para que exista interés contrario se requerirá que el BENEFICIO para uno (el controlante) redunde en PERJUICIO para otro (la sociedad).
8. Tanto el concepto de PERJUICIO, como el de BENEFICIO, debe considerarse en forma amplia.
9. La afectación del controlante con interés contrario, determina la nulidad del acto por incapacidad del sujeto para actuar, y la necesaria reparación de los daños y perjuicios originados por este. (art. 248 LS).
10. La obligación de reparar los daños y perjuicios producidos deviene de la aplicación del principio general del art. 54 LS, con la diferencia que éste último requiere dolo o culpa del controlante, mientras que el 248 LS establece una responsabilidad objetiva.
11. La decisión contraria al interés social por parte de quien no tenga interés contrario, puede estar causado en: (i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto; (ii) un voto emitido con impericia o negligencia; ó (iii) una afección a su capacidad de discernimiento.
12. Solo en el segundo de los casos señalados en 11) la decisión no será impugnabile, por no encontrarse el acto viciado, pero si podrá reclamarse la reparación de daños y perjuicios (art. 54 LS).
13. Aquellas decisiones que en apariencia de legalidad y sin conflicto de intereses se tomen con el propósito de perjudicar a accionistas minoritarios, tienen su causa viciada, y son constitutivas de fraude.
14. El fraude tiene un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, y cuenta con un elemento subjetivo, cual es el propósito de eludir la norma imperativa.
15. La dificultad de acreditar el fraude radica en la complejidad de demostrar este elemento subjetivo, denominada "diabólica probatio".
16. Esta demostración es solo posible a través de presunciones generales por las pruebas de hecho que rodean al acto cuestionado.
17. Dos son los elementos más importantes a demostrar: (i) el beneficio para la mayoría; y (ii) el perjuicio para la minoría.
18. La creación de una doctrina judicial que eleve a la categoría de presunciones absolutas determinadas conductas típicamente fraudulentas, resulta imprescindible.
19. Los grupos de subordinación son una "especie" dentro del

fenómeno genérico del control, sin perjuicio de lo cual deben aplicarse los mismos principios generales.

20. En los grupos la tendencia a priorizar el interés del controlante por sobre el social se repite casi patológicamente.
21. En estos casos la jurisprudencia comparada y la nacional -esta última en menor medida- ha creado verdaderas presunciones por actuación fraudulenta.