

DE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECIFICA SOBRE GRUPO SOCIETARIO Y PROTECCIÓN AL SOCIO ÉXTERNO

ARNOLDO KLEIDERMACHER

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA¹

Consideramos indispensable que el legislador argentino se aboque a una regulación específica sobre grupo societario, que establezca sus características y operatividad en licitud, así como las responsabilidades devinientes de la violación a la ley. Los eventuales ilícitos configurados darán lugar, tanto civil como penalmente, a las responsabilidades e indemnizaciones pertinentes.

La propuesta de esta ponencia implica la modificación del art. 65 de la Ley 24.522 y del inc. 2 del art. 161 de la misma ley, como así una reforma del párrafo 3° del art. 244, Supuestos Especiales, y del art. 245 de la Ley 19.550, para establecer la debida protección del socio externo minoritario ante la toma de control por un grupo económico y societario al que es ajeno, de la sociedad a la que pertenece.

INTRODUCCIÓN

Como hemos expuesto en oportunidad de la reunión preparatoria de este congreso, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Cien-

¹ Hemos empleado en la presente, parte del material de la investigación realizada para nuestro trabajo aportado al libro en homenaje al Dr. Halperín, actualmente en prensa.

cias Sociales de la Universidad de Buenos Aires oportunamente, conoca nuestro interés el vacío legal que padecemos respecto de una regulación específica para la actuación de los grupos económicos y societarios.

Nuestro legislador ha considerado innecesaria esta legislación y, sin embargo, en distintas leyes va introduciendo normativa atingente en forma incoherente, confusa, desprovista de metodología adecuada, desde luego insuficiente y finalmente equivocada conceptualmente. Ello, amén del vacío legal que implica, con la consiguiente falta de regulación para administrar justicia, niega al administrado este derecho legítimo que le corresponde constitucionalmente y, por otra parte, ante la incoherencia normativa y la indudable falta de certeza en la interpretación, impone al juzgador y al profesional un desafío en su actuación que no les es propio.

En efecto, si bien la Ley 19.550 no contiene normativa grupal específica, asume una posición respecto de la existencia de control, que involucra el denominado *control directo* o *interno*, art. 33 inc. 1, y el denominado *indirecto* o *externo* en el art. 33 inc. 2. Sin embargo, deja al operador sin regulación o consecuencia respecto del ejercicio de este control, no disponiendo normativa alguna que permita establecer la licitud o ilicitud de tal actuación y las responsabilidades inherentes.

Por otra parte, nuestra ley concursal en el mencionado art. 161 inc. 2, extiende la quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida, en un supuesto denominado *desvío indirecto del interés social de la controlada* en primer término y, en segundo término, o como aclaración del primero, el supuesto se configuraría por el hecho de someter a la controlada a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

Seguidamente, define como controlante solamente a la sociedad o persona por sí o por terceros que posee el control interno o directo del art. 33 inc. 1. En esta posición, ante la redacción del art. 161, inc. 2, el legislador o bien asume que someter a la controlada a una dirección unificada implica desviar indebidamente su interés social, o la dirección unificada es un supuesto independiente de extensión de quiebra.

Cualquiera de estas interpretaciones implica un grueso error conceptual. En efecto, consideramos por nuestra parte a la dirección unificada como de la esencia de la composición grupal o concentración societaria por el control, y no vemos en ello ilicitud alguna.

Como dice Sánchez Álvarez, “el fenómeno de los grupos quedaría jurídicamente sin nervio, reducido a un simple fenómeno económico, con algunas y aisladas peculiaridades jurídicas. El grupo no sería otra cosa que una mera asociación de empresarios sui generis,

caracterización que terminaría por poner en tela de juicio la viabilidad del grupo como institución jurídica².

El citado autor señala que en el plano dogmático hay dos concepciones básicas para establecer el elemento caracterizador del grupo. La primera, orientada por la doctrina francesa e italiana, ubica al control como el elemento característico y protagónico del grupo³. La segunda, elaborada por Alemania, privilegia la existencia de la dirección unitaria o centro de poder como elemento esencial en la formación grupal.

Sánchez Álvarez asume que tomar como elemento característico la dirección unitaria tiene un mejor fundamento dogmático, y es por ello que su influencia es creciente, inclusive también en Italia⁴.

Cabe observar que el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, art. 223.1, y en el proyecto preliminar de directiva de armonización del derecho de los grupos de sociedad, art. 33.1, se coincide en que el grupo se caracteriza por una dirección única, admitiendo la existencia de grupo sólo cuando existe un centro de poder⁵.

En esta posición nos enrolamos, ya que entendemos que, poseer el control para dirigir la sociedad y no ejercerlo o realizarlo sin considerar la armonía del interés grupal, nos resulta ciertamente un supuesto harto difícil en la práctica, vacuo y en tal caso verdaderamente diletante.

Lo que sucede normalmente es que el control se ejerce y en función del interés grupal y esto no es un "sometimiento" cargado de ilicitud que debe ser sancionado. El legislador vuelve a viejos prejuicios que no ha logrado superar del todo, ni comprender cómo funciona un grupo societario.

Por ello, proponemos eliminar este supuesto de extensión de

² "EMBIID IRUJO, J. M. *La problemática de los grupos*, en AA.VV., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada II*, Madrid, 1996, pág. 1238, lo considera el problema jurídico central", citado por Manuel María Sánchez Álvarez, *Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores*, Revista de Derecho Mercantil, N° 227, Madrid, 1998, nota al pie N° 5, pág. 119.

³ "Dedier, P., *Droit commercial*. Tome 3. *Le marché financier. Les groupes de sociétés*, Paris, 1993, pág. 313", citado por Manuel María Sánchez Álvarez, *Ob. cit.*, nota al pie N° 20, pág. 123.

⁴ "Aunque en este país, cada vez son más los autores que se adhieren al criterio de la dirección unitaria como nota característica del grupo; por todos, vid., BUTTARO, L., "*La responsabilità degli amministratori della capogruppo*", en AA.VV., *I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995. Volume primo, Milano, 1996, pág. 741, citado por Manuel María Sánchez Álvarez, *Ob. cit.*, nota al pie N° 21, pág. 123.

⁵ Girón Tena, J., *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran S.A. Los grupos de sociedades*, Méjico-Valladolid, 1965, pág. 124: "el poder es único", citado por Manuel María Sánchez Álvarez, *Ob. cit.*, nota al pie N° 27, pág. 124.

quiebra, y lo que correspondería establecer sería eventualmente una responsabilidad de la controlante por el pasivo de la controlada y, sólo en caso de no poder afrontarlo, podrá requerirse su quiebra por su propia incapacidad de pago, no siendo tampoco necesario arrastrar a este concurso el resto del grupo in bonis que, en todo caso, podría ser un activo de pluralidad jurídica de la quiebra.

Siguiendo con nuestra ley concursal, continuando el criterio de su ley antecedente, en su art. 172, señala que cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestados por relaciones de control y a una de ellas se le decreta la quiebra, pero sin que haya habido supuesto de extensión (art. 161), no sufrirán tal consecuencia las restantes integrantes del grupo.

Sin embargo, en forma incoherente con este principio, si la dirección unificada es de la esencia del grupo, siempre habrá extensión a la controlante. Debe armonizarse esta contradicción.

Y agregado a ello, existe la situación de un socio externo en una sociedad in bonis del grupo, que ve arrastrada su compañía a un concurso en el que no tiene interés y en el que podrá tener incidencia la influencia de pasivos extraños.

Nos introducimos aquí en la problemática específica que se produce cuando, como consecuencia de la dirección unificada que imprime el grupo de control en las sociedades que lo componen, un socio minoritario en alguna de tales sociedades, pero que no pertenece al grupo en su conjunto -y por ello lo llamamos socio externo- se ve perjudicado en sus intereses particulares.

En efecto, es posible que en una política grupal pueda decidirse postergar el interés de una de las sociedades integrantes en beneficio del resto del grupo. En tales supuestos, la situación puede devenir neutra para aquellos que integran el grupo, cuando lo que no reciben por un lado, lo compensan por el otro, o beneficiosa, cuando el saldo final es positivo, tal como debiera ser el fundamento lógico de la medida dispuesta. Sin embargo, para el mencionado socio externo -recordemos que lo hemos definido como aquel minoritario de alguna sociedad, pero que no integra el grupo en su conjunto-, sociedad que resulta la dañada en la decisión del grupo, lo concreto es que sólo recibe el perjuicio. Puede tratarse de una postergación en un interés específico, ya sea en un negocio presente, o en una oportunidad dejada de lado, o no debidamente aprovechada, o previsiones para la fortaleza del grupo que pueden implicar menor pago de dividendo, o directamente el no pago en ese ejercicio y, como hemos visto, el desencadenamiento de una situación concursal. En ninguno de estos casos o cualquier otro con el mismo efecto, el socio externo habrá de obtener compensación

alguna, lo que es evidentemente injusto y en principio habilitaría la correspondiente acción por los daños y perjuicios sufridos.

Ahora bien, con esta acción de daños y perjuicios, ¿será fácil de obtener la compensación adecuada? ¿Cómo funcionan los tiempos para el accionista externo y cuál es la seguridad que tiene de obtener, aun con una sentencia a su favor, el cobro de su acreencia si la sociedad o el resto del grupo ya no puede responder? ¿A qué otras responsabilidades puede acudir? ¿Cuál es la responsabilidad de los directores que desatienden el objeto social de su administrada en beneficio de las otras sociedades del grupo? ¿Cómo funcionan las medidas precautorias para que cese tal actitud de la mayoría? ¿Hay alguna otra acción disponible?

Volviendo a la regulación societaria, queda claro entonces que el inciso 2 del art. 33 no es aceptado por la ley concursal para la aplicación de la sanción de extensión de quiebra, es decir, el denominado "control externo" o "de hecho".

Ahora bien, cabría en este caso preguntarse cómo luce esta decisión del legislador para el socio externo, que sufre el perjuicio de la quiebra de su sociedad por culpa de un controlante de hecho. ¿Cuál será el régimen que acude en su ayuda?

Obviamente, debemos ubicar el tema en dos dimensiones. La primera es frente a una asamblea, en la que por votación de la mayoría se prescinde del interés social propio en beneficio del grupo.

En este supuesto, cabría considerar la nulidad de la decisión por abuso de la mayoría, que ha recibido concreto respaldo de la jurisprudencia internacional, en el famoso caso "Fruehauf France", que motivara nuestra atención en su tiempo, y cuyo fallo implicó un meridiano, un antes y un después, para el derecho societario internacional⁶.

Al respecto, la jurisprudencia nacional también aceptó el reclamo de la minoría contra decisiones sociales que no respetaron el interés social⁷.

⁶ KLEIDERMACHER, Arnoldo y AGUINIS, A. M. *El Abuso de Poder de la Mayoría*. Revista "Temas de Derecho Comercial", Editorial Ábaco, Primer número (1983), profesores invitados a publicar trabajos en homenaje al Dr. Salvador Perrotta, pp. 163 a 185.

⁷ De particular relevancia sobre el tema del abuso de la mayoría: "Schiuma, Marcela M. c. Microsoft, S.A." (CNCom) (Sala B), 06/08/1990. IMP, 1990-B, 2586. SUMARIO: La acción individual de responsabilidad puede ser ejercida incluso por un ex accionista, dado que el derecho al resarcimiento de los daños sufridos, nace de la calidad de perjudicado y no del carácter de accionista; pero, ella debe estar siempre referida a los daños directos sufridos por el socio o ex socio, y los daños indirectos. "Lombardo, Ricardo c. Artes Gráficas Lombardo S.A." (CNCom) (Sala C), 04/04/1997. LA LEY, 1997-E, 1066, J. Agrup., caso 12.009. SUMARIO: Los "motivos graves" a que hace alusión el art. 252 de la ley 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310) deben estar referidos, en principio, al interés social y no al particular del o de los socios impugnantes. Y aun en el supuesto de una virtual identificación del interés social con el de los socios mayoritarios -que impediría

hacer aplicación de aquel criterio-, no puede considerarse que concurra un motivo grave para tutelar excepcionalmente el interés del grupo minoritario. Pues la regla básica del funcionamiento de las sociedades es el respeto a la voluntad de la mayoría, cuyas decisiones deben ser acatadas como principio, a menos que se demuestre que trasuntan un ejercicio abusivo o ilegítimo de aquel derecho, en cuya virtud, bajo la apariencia de una actuación en interés de la sociedad, se encubra el velado propósito de perjudicar a la minoría.

"De Carabassa, Isidoro c. Canale S.A. y otra" (CNCom) (Sala B), 06/12/1982. LA LEY, 1983-B, 36 - JA, 983-II-549 - ED, 103-465. SUMARIO: En nuestro medio, la vinculación entre sociedades, situaciones de control y aun la evidencia de pertenecer a un mismo grupo económico, no tiene sanciones concretas legales por ese hecho. El ordenamiento sólo las prevé ante violaciones legales que pueden incluirse en las nociones genéricas de ilícitos o "fraudem legem" (v. gr. Ciertas situaciones concursales), o bien arbitrando otras soluciones vinculadas a la ineficacia, nulidad o disolución de sujetos societarios (arts. 31 a 33, ley 19.550 - ADLA, XXXII-B, 1760-).

"Juárez, Marta J. c. Citroen Argentina S.A. y otros" (CNTrab) (Sala 7), 01/12/1986. DT, 987-A, 714. SUMARIO: Frente a la orientación política empresarial, cada una de las empresas controladas que integran un grupo económico, debe estar sometida a las directivas que le imparte aquella que ejercita el control, pero ello en modo alguno puede significar que no actúan con independencia, dentro de su sometido a los objetivos enmarcados, con respecto a la forma necesaria para arribar a los mismos.

"Juárez, Marta J. c. Citroen Argentina S.A. y otros" (CNTrab) (Sala 7), 01/12/1986. DT, 987-A, 714. SUMARIO: En los grupos económicos, la relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente.

"Juárez, Marta J. c. Citroen Argentina S.A. y otros" (CNTrab) (Sala 7), 01/12/1986. DT, 987-A, 714.

"Paramio, Juan M. c. Paramio, Pascual E. y otros" (CNCom) (Sala B), 05/11/1993. IMP, 1994-A, 1327 - DJ, 1994-2-541 - JA, 1994-I-423 - ED, 156-121. SUMARIO: El art. 254 de la ley de sociedades (Adla, XLIV-B, 1310) ha querido proteger a las minorías de abusos, fraudes o maniobras que no se justifican con ventaja alguna para la sociedad, incrementan el pasivo social y significan un beneficio indebido para algunos accionistas.

"Godoy Achar, Eulogio c. La Casa de las Juntas, S.A." (CNCom) (Sala D), 15/06/1982. ED, 101-356. SUMARIO: La ley protege a las minorías cuando existen y las maniobras encaminadas a frustrar esta protección quedan alcanzadas por la nulidad establecida en el art. 251 de la ley de sociedades (ADLA, XXXII-B, 1760). (Del voto del doctor Bosch).

"Cueva, Rubén P. c. Mercedes Benz Argentina S.A." (CNCiv) (Sala L), 12/05/1995. LA LEY, 1997-D, 855 (39.715-S) - JA, 1996-III-550. SUMARIO: Demandada una sola de las componentes del grupo económico internacional -en realidad una única empresa con diversas formas jurídicas-, no procede la excepción de falta de legitimación pasiva pues no puede terminarse abruptamente una contienda judicial por el simple hecho de demandarse sólo a un segmento de una gran empresa y no a varios de sus componentes o a todos ellos.

"Celcar, S.A., quiebra" (CNCom) (Sala D), 16/03/1990. LA LEY, 1990-D, 242, con nota de Mariano Gagliardo. SUMARIO: El entrecruzamiento del capital accionario que le permite a una sociedad anónima formar la voluntad social de las sociedades controladas, como así también la existencia de directorios similares y un mismo domicilio social indica, sin ningún tipo de dudas, que se configura una situación de control respecto de la titular del grupo que es quien gobierna a sus controladas. Sin embargo, ello por sí sólo no es suficiente para disponer la extensión de la quiebra de la fallida a su controlante, pues es necesario que además se den los supuestos previstos por el inc. 2º del art. 165 de la ley 19.551 (Adla, XLIV-D, 3806), el abuso de la controlante en el manejo del grupo, revelado a través del desvío del interés social de cada sociedad en beneficio del grupo, de manera tal que no se requiere precisamente un actuar fraudulento, salvo en el sentido calificante de mencionar ese abuso como una de las formas en que se concreta el concepto genérico de fraude.

Sin perjuicio de ello, véase también:

"Jares, Daniel Ernesto c. Gascarbo S.A." (CNCom) (Sala B), 02/11/1990. IMP, 1991-A, 1165.

Odrizola trató parcialmente esta temática, siendo partidario de una regulación específica para los grupos y para la problemática tanto de las minorías como de los socios externos, aún cuando cabe distinguir entre ambos. Considerando que la entonces de vanguardia Ley 19.550 sólo contemplaba los grupos de hecho, anticipaba que el marco legal societario establecido implicaba para la defensa del accionista externo un “procedimiento traumático, pleno de dificultades y de inconvenientes para los accionantes, para la sociedad y para sus administradores”. Finalmente, se mostraba partidario de las alternativas de derecho de receso, o compensación económica diversa para el accionista disconforme con la toma de control⁸. Estas soluciones sólo pueden provenir de la ley, como lo establece el régimen alemán y el brasilero, seguidos ahora por Portugal, Croacia y Eslovenia⁹.

Volveremos sobre ello, conjuntamente con la moderna doctrina y jurisprudencia europea, al analizar parte del derecho comparado.

Prosiguiendo con nuestro marco normativo, cabe señalar que con la reforma de la Ley 19.550, de acuerdo a la Ley 22.903, en el nuevo art. 54 del régimen societario, se amplió a los controlantes la obligación de reparación del daño ocurrido a la sociedad, amén de los socios que lo hubieran causado por dolo o culpa. En principio y conjuntamente con el art. 274¹⁰, estaríamos frente a una acción social para

“Atalanta Corporation c. Lanin, S.A.”(CNCiv) (Sala D), 26/02/1982. JA, 982-IV-491.

“Brandes, Pedro c. Labinca S.A.” (CNCom) (Sala A), 12/02/1997. LA LEY, 1998-B, 618.

“Diez, Jorge c. 2 H, S.A.”(CNCom) (Sala B), 06/03/1990. LA LEY, 1990-C, 358, con nota de Osvaldo J. Marzorati.

“M., V. c. S., J.” (CNCiv) (Sala I), 16/11/1995. LA LEY, 1997-C, 968 (39.555-S)

“Guerrero, Pedro J. c. Colegio Buenos Aires S.R.L.” (CNCom) (Sala A), 10/06/1997. LA LEY, 1997-F, 101.

⁸ Odrizola, Carlos S. “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”. LA LEY, 1986-E, 1114, donde cita el interesante caso “Pineda, Eliseo c. Ciro S.A.” (CApelCC Rosario, sala II, 6/5/77), en el que se dispuso que “el accionista que considere que no se ha respetado el principio de razonabilidad en la decisión y la satisfacción de un real interés social, está facultado para recurrir a la justicia a fin de que ésta decida en definitiva si la mayoría se ha extralimitado en el ejercicio de sus derechos y proceda en consecuencia”.

Ver también en el tema: GAGLIARDO, Mariano, “*Nuevas pautas en los grupos de sociedades*”. LA LEY, 1995-E, 974.

⁹ Forum Europaeum Derecho de Grupos. *Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa*. Revista de Derecho Mercantil, N° 232, Madrid, 1999, pág. 531.

¹⁰ Art. 274. *Mal desempeño del cargo*. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscritas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

la reparación del perjuicio sufrido por ésta. Asimismo, considerando que la segunda parte del artículo 54, referida a la inoponibilidad de la personalidad societaria, se encuentra directamente referida a la protección de terceros, y en función de todo el universo desplegado por las interpretaciones del art. 54, y sobre el que nos hemos manifestado en ciertas cuestiones¹¹, no resulta fácil alinear la norma con la reparación del perjuicio sufrido por la minoría o el socio externo, salvo indirectamente por la recuperación patrimonial de la sociedad, acreditado que fuere el dolo o la culpa, que no será tarea fácil en virtud del conflicto que desarrollaremos infra respecto de la doctrina Rozenblum.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL

Obviamente, respecto de la delimitación de la responsabilidad en aras de la eventual reparación de los daños y perjuicios, deberemos remitirnos a la problemática civil y establecer si existe una responsabilidad contractual o extra contractual, quiénes son sus responsables y cuál es el límite del resarcimiento al que se encuentran obligados.

La clásica concepción de la responsabilidad civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dado los restantes elementos, engendra la obligación de reparar. Cabe aquí señalar que en las personas jurídicas la acción tenida en cuenta es la de quienes la dirijan o administren, art. 43, que debe armonizarse con los arts. 897, 1107, 1109, refrendado por el art. 896¹², en el caso de nuestro Código Civil.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

¹¹ KLEIDERMACHER, Arnoldo y Aguinis, A. M. *La desprotección del tercero de buena fe y el art. 54 de la Ley 22.903 - Paradoja de la Reforma*. Presentado en el Congreso de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, realizado en el Teatro General San Martín, 1984.

KLEIDERMACHER, Arnoldo. *La Desnaturalización del Art. 54 de la Ley de Sociedades*. Ponencia presentada en las VII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Mar del Plata, junio de 2000.

¹² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*, Parte General, Tomo I, Ediar Sociedad Anónima Editora, 1971, pág. 9.

Art. 43. Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

Art. 897. Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

Art. 1107. Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal.

Art. 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a

Agregamos a esta construcción, referente a la acción, también la omisión, que resultará del no cumplimiento de las obligaciones contractuales o tal vez extra contractuales devinientes del orden jurídico general.

En efecto, de acuerdo con el art. 1073 y considerando tanto los delitos como los cuasi delitos, puede tratarse de un hecho negativo o de omisión, o de un hecho positivo. La acción negativa u omisión se muestra en cambio en forma excepcional¹³.

Claro está que los vericuetos de la responsabilidad civil abarcan la problemática de la causalidad, y con ella la de la imputabilidad, determinando la necesidad del acto voluntario propio y que, siguiendo el desarrollo expuesto, en el Código de Vélez, que refleja la unanimidad de la doctrina de la época, se requiere que para que el acto externo se considere acción, es necesario el concurso de la voluntad, y ello está reflejado en el art. 900 y la contracara del art. 897¹⁴.

Podemos dejar establecido que la responsabilidad civil ha sido definida como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso¹⁵, y según la clasificación ya expuesta, el daño producido por el incumplimiento de obligaciones da lugar a la responsabilidad contractual y el derivado de delitos o cuasi delitos a la responsabilidad extra contractual

Desde el análisis contractual, cabe destacar la acción que nuestra ley pretende de los directores y, por extensión, de los administradores y representantes de la sociedad, como así de los síndicos y eventualmente consejeros, en función de lo dispuesto por el art. 59 de la ley de sociedades, 276, 280, 297¹⁶ y concordantes, exigiendo la

otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

Art. 896. Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones.

(Código Civil de la República Argentina)

¹³ Aclara Mosset Iturraspe en la obra citada, nota al pie N° 4, pág. 10, que la responsabilidad en este caso emerge cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido - Art. 1074.

¹⁴ Art. 900. Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna. (Código Civil de la República Argentina)

¹⁵ "De Cupis, *Il danno*, Giuffrè, 1954, pág. 262; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, pág. 263 y siguientes", citado por Eduardo BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, José M. Bosch Editor, 1958, pág. 7.

¹⁶ Art. 59. *Diligencia del administrador: responsabilidad*. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Art. 276. *Acción social de responsabilidad. Condiciones. Efectos, ejercicio*. La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la

lealtad y dirigencia de un buen hombre de negocios y estableciendo claramente la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

El art. 274, que también fue reformulado por la Ley 22.903, desarticulando el grillete de la responsabilidad objetiva y atendiendo a los factores personales para la imputabilidad, hizo lugar a un reclamo de un criterio que sostuvimos con particular y solitario tesón. Sin embargo, en función de la armonía que guarda con el resto del régimen societario que no contempla frontalmente el fenómeno grupal, no ha podido amparar en forma específica al socio externo, en su caso¹⁷.

Ahora bien, considerando todo el esquema de imputabilidad, de culpa y las distintas atribuciones de responsabilidad, y enfrentando abiertamente toda esta construcción, un jurista del nivel de Sánchez Calero¹⁸ ha señalado que en los casos de dirección unificada, como consecuencia de las relaciones de control, la conducta en ciertos supuestos; de los directores de la controlada debería estar exenta de la responsabilidad.

Y esto nos arroja al centro del problema, que es establecer el marco de responsabilidad de los directores de la sociedad controlada, que obedecen las instrucciones de la controlante y, por otra parte, la eventual ilicitud de la acción de la controlante si cabe, cuando requiriendo determinada acción de la controlada para beneficio del grupo y

asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el art. 275.

Art. 280. *Reglamentación.* El estatuto podrá organizar un consejo de vigilancia, integrado por tres a quince accionistas designados por la asamblea conforme a los artículos 262 o 263, reelegibles y libremente revocables. Cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los artículos 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores si estos deben ser elegidos por aquél.

Normas aplicables. Se aplicarán los artículos 234, inciso 2; 241; 257; 258, párrafo primero; 259; 260; 261; 264; 265; 266; 267; 272; 273; 274; 275; 276; 277; 278; 279; 286 y 305. También se aplicará el artículo 60. Cuando en estas disposiciones se hace referencia a director o directorio, se entenderá consejero o consejo de vigilancia.

Art. 297. *Solidaridad.* También son responsables solidariamente con los directores por los hechos u omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias.

¹⁷ KLEIDERMACHER, Arnoldo y Aguinis, A. M. *Hacia la subjetivación de la responsabilidad de los Directores*. Presentado al Congreso Nacional de Derecho Comercial - III Congreso de Derecho Societario. Salta, 1982.

¹⁸ "Sánchez Calero ("Administradores", en Sánchez Calero, dir., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1994, pág. 278) ha defendido que la pertenencia al grupo puede exonerar de responsabilidad, en determinados casos, al administrador de la sociedad dependiente", citado por Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Ob. cit., nota al pie N° 2, pág. 119.

sin considerar al socio externo, se limita a ejercer su control.

Al respecto es dable presumir que atraído un conflicto al tribunal, el magistrado tendrá la oportunidad de percibir la conducta groseramente dañosa en la realización de un ilícito de nítidos perfiles, mas ¿cuál es el límite en que podemos pretender establecer las facultades del juez para juzgar una decisión legítima de negocios que sin embargo produce un daño al socio externo? ¿Sobre qué parámetros distinguiremos la decisión legítima de quien está investido para ella y que no debe generar reparación del daño causado, de aquella que sí contiene esta obligación?

No debe escapar al lector en este análisis que el derecho debe contener en sí la regla ética que en su sentido amplio contiene a la moral, como así la regla técnica establecida por la ciencia jurídica.

Con un grado de síntesis superlativo, podríamos aceptar que cuando la acción o indebida omisión humana genera un daño, el daño debe ser reparado.

Sin embargo, es imprescindible requerir ilegitimidad en el obrar o en la omisión de hacerlo, según se infrinja una obligación específica o se agrede el orden jurídico general. La primera situación genera responsabilidad contractual y la segunda, extracontractual.

La ilegitimidad o ilegalidad tampoco agotan el tema, y el concepto de antijuridicidad desarrollado por Mosset Iturraspe¹⁹ resulta más abarcativo. Según su concepción, habría una antijuridicidad formal, cuando la acción es contraria a una prohibición jurídica de hacer u omitir, y una antijuridicidad material, que es la que torna la acción antijurídica porque tiene una determinada manera de ser, que es la que la vuelve contraria al derecho²⁰.

Expresa el citado autor que Vélez, de acuerdo a la redacción del art. 1066, que encuentra basado en los arts. 822 y 823 del Esboço de Freitas, se estaría refiriendo a la antijuridicidad formal, lo que daría una equiparación para los términos de ilicitud e ilegalidad, considerando la teoría imperante en dicha época. En apoyo de esta posición estarían Aguiar, Salvat, Cammarota, Colombo, De Gasperi, representando buena parte de la doctrina, de acuerdo con el art. 19 de la Constitución Nacional y el adagio de que todo lo que no está prohibido se encuentra permitido²¹.

¹⁹ MOSSET ITURRASPE, Ob. cit., pág. 25.

²⁰ "NUÑEZ, R. C.: *Conceptos fundamentales acerca de la antijuridicidad*, en Rev. Jur. de Córdoba, año 3, N° 10, p. 205, 1942. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. 1, p. 106, voz "Antijuridicidad", citado por MOSSET ITURRASPE, Ob. cit., Capítulo II, nota al pie N° 5, pág. 25

²¹ Cita MOSSET ITURRASPE, en notas al pie N° 7, 8, 9, 10 y 11, cap. II, pág. 26, de la obra citada:

- AGUIAR, H. *Hechos y actos jurídicos*, II, I, ps. 53 y ss. Bs. As., 1950

Pero lo que captura nuestra atención es la tesis de la antijuridicidad material, cuya noción de ilicitud supera ampliamente el concepto de ilegalidad, por encima de los clásicos preceptos legales. Nos enrolamos con Mosset en esta corriente, que juzga definitivamente impuesta en el derecho actual, a veces frontalmente y otras en forma indirecta²².

De acuerdo con lo expuesto, esta conducta antijurídica desborda el plexo normativo, superando los conceptos de ilicitud, ilegalidad, incumplimiento y abuso, y fundamentalmente es aquella que acarrea la obligación de resarcir los daños causados.²³

Esta es la concepción que puede tender un puente hacia la responsabilidad del controlante de hecho, de acuerdo con nuestra ley de sociedades, para los conflictos en dicho ámbito, pero que requeriría la reforma de la ley concursal para la materia falencial.

En el campo del derecho público o administrativo, registramos una evolución que actualmente acepta la necesaria indemnización aun en el obrar legítimo del estado cuando vulnera derechos patrimoniales adquiridos.

En efecto, esta aseveración es válida en la actual concepción del derecho público, que se ha movilizado desde el famoso y antiguo *the King cannot do wrong*, para aceptar luego la discriminación entre el accionar legítimo e ilegítimo del Estado y responsabilizarlo por la reparación del daño causado en el último caso, hasta la actual composición de responsabilidad para el Estado por los perjuicios que irroge al administrado, aun en un accionar legítimo²⁴. Ver bibliografía sobre

- SALVAT, *Tratado*, Hechos ilícitos, p. 8, Nº 2706

- CAMMAROTA, A. *Responsabilidad extracontractual*, Bs. As., 1947, p. 2, Nº 2, t. 1.

- COLOMBO, L. *Culpa aquiliana*, t. 1, ps. 10 y ss. Bs. As., 1965.

- DE GASPERI. *Tratado de las obligaciones*, t. 2, p. 493.

²² Señala MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 26, que fue iniciada por Sourdat en el siglo XIX..

²³ MOSSET ITURRASPE, Ob. cit. pág. 24.

²⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Indemnización de daños por el Estado. Sacrificio de derechos patrimoniales como consecuencia de actos ilícitos*. LA LEY, 1979-C, 218

- DAÑOS Y PERJUICIOS / Responsabilidad del Estado - Perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración - Indemnización - Principios aplicables - INTERESES - Desde cuándo corren - DESVALORIZACIÓN O DEPRECIACIÓN MONETARIA - Tasa del Interés - DIVISIÓN DE PODERES

- La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17, Constitución Nacional)

- Procede el reclamo subsidiario de la reparación del daño en el campo de la responsabilidad del Estado, aun por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración,

el punto²⁵.

Pero nuestro Código Civil señala que el ejercicio legítimo de un derecho no puede generar ilicitud, y por ende daño resarcible, a menos que se trate de un uso abusivo (art. 1071)²⁶. En consecuencia, en la temática expuesta deberemos enfrentar la prueba de la ilicitud, del uso abusivo, para pretender el resarcimiento.

En esta concepción, que tal vez no sea pacífica, de cualquier manera nos veremos enfrentados a una ímproba tarea a la hora de lograr el resarcimiento para el socio externo de los daños sufridos a sus intereses por el accionar del grupo, ejerciendo su control.

Agregado a ello, debe considerarse el juego de los tiempos entre la toma de decisión eventualmente dañosa, su juzgamiento, la pretensión de detener su ejecución, la evaluación de los daños irrogados, su limitación y la existencia de responsabilidad concreta a la hora de lograr la posibilidad de resarcimiento.

En suma, doctrinariamente, auxiliados por la antijuridicidad y por el uso abusivo tanto en materia contractual como extracontractual,

aspecto en el que cabe admitir la posibilidad de exigir la indemnización pertinente teniendo en cuenta las modalidades propias de esta situación.

- La reparación que debe el Estado, por perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo establecido en instituciones análogas (art. 16, Cód. Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, que celebró una compraventa internacional con un exportador de la India, que debía pagarse con un crédito documentario irrevocable, abierto con anterioridad a la sanción del decreto 2118/71 (Adla, XXXI-B, 1613) que prohibió el despacho a plaza de la mercadería objeto del contrato, con fundamento en el propósito de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional.
- ²⁵ - Barraza, Javier Indalecio. Actualidad en la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. LA LEY, 2000-A, 943.
- CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo. *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita* (Ed. Abeledo Perrot). Buenos Aires, 1998. Comentario de Javier Indalecio Barraza. LA LEY, 1999-F, 1319.
- GHERSI, Carlos A. *Derecho y reparación de daños. Responsabilidad del Estado. Daños a particulares y empresas*. Comentario de Javier I. Barraza. LA LEY, 1998-F, 1261.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia. *Responsabilidad del Estado por aplicación de políticas económicas*. En "Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación". Coordinador: Carlos A. Ghersi. (Ed. Hammurabi), Buenos Aires, 1995. Comentario de Fernando Alfredo Sagarna. LA LEY, 1995-E, 1285
- MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita*. LA LEY, 1993-E, 912.
- COLAUTTI, Carlos E. *La responsabilidad del Estado por actos lícitos*. LA LEY, 1991-B, 709.
- ²⁶ Art. 1071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.
La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

nos enrolamos en la responsabilidad del controlante de hecho o de derecho por los daños y perjuicios acarreados al socio externo por la dirección unificada en los grupos, aceptando que estamos frente a un sinuoso y árido camino a recorrer para lograr hacer efectiva tal responsabilidad.

2. EL DERECHO COMPARADO

Se ha publicado recientemente en su versión española el trabajo del forum europeo sobre derecho de los grupos²⁷, que nos trae un caudal informativo imposible de soslayar, cubriendo el más amplio espectro posible en la materia y acudiendo en nuestra ayuda en la consideración del tema elegido en este trabajo.

Sin perjuicio de correr por nuestra cuenta el grado de generalización y de síntesis conceptual que efectuaremos, nos parece del caso relevante establecer el cuadro de situación a nivel europeo de la problemática en que nos hemos internado.

Cabe establecer en primer término, que no se ha logrado, y no parece que vaya a lograrse ciertamente, un derecho de grupos europeo. Así como el derecho de sociedades es atributo nacional de cada integrante de la comunidad, sus regulaciones sobre la problemática grupal siguen la misma suerte.

Sin embargo, a nuestro juicio, esto debiera ser modificado, toda vez que si bien hay en el derecho societario algunos elementos, como por ejemplo el de la co-gestión, que han impedido la unificación en estatutos modelo o sociedades tipo, en materia de grupos hay algunas cuestiones que podrían promover cierta unidad de criterio. Tal es el caso justamente de la necesidad de la protección de las minorías y del socio externo en la actividad grupal, atento el rol tuitivo que le cabe a los Estados.

En el derecho español, por ejemplo, existen críticas muy fuertes respecto a la falta de legislación, que genera verdaderas lagunas legales en cuestiones fundamentales respecto a la responsabilidad de los administradores de las sociedades que forman parte de grupos, y que tampoco ha merecido la atención focalizada de la doctrina, si bien en cambio, ésta se ha preocupado de la responsabilidad de la sociedad dominante por las obligaciones de las filiales o la protección del socio externo²⁸.

En opinión de Sánchez Álvarez, no se trata de un tema culturalmente muerto, sino que mas bien será resuelto en el futuro inme-

²⁷ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit., pág. 445.

²⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Ob. cit.

diato en función de que el tema ha sido objeto de atención específica en el proyecto preliminar de la IX Directiva de la CEE en materia de sociedades, tendiente a armonizar el derecho de grupos y la doctrina comparada, especialmente italiana y francesa, atento la insatisfacción que la falta de esta regulación genera en el jurista²⁹.

No podemos dejar de señalar que en el derecho español puede acudir a la responsabilidad penal para enfrentar la conducta de los administradores de las distintas sociedades que forman parte de un grupo, y todo ello de acuerdo a las categorías generales que emergen del código penal español en la materia específica³⁰.

El trabajo del forum señalado destaca, no obstante, que si bien hay particularidades muy semejantes en las regulaciones nacionales sobre la sociedad de capitales en la Unión Europea, las diferencias de regulación normativa en materia de grupos son importantes. Revela en todo caso que sólo existe una regulación sistemática de grupos en Alemania y Portugal, de lo que por otra parte nos hemos ocupado en su oportunidad³¹, a los que se agregan ahora Croacia y Eslovenia³², mientras que en los otros 13 componentes de la Unión Europea el criterio parece ser la innecesaria armonización de la temática, como así la imposibilidad fáctica de lograrlo.

El derecho brasilero, que también regula el fenómeno grupal, otorga el derecho de receso al momento de la asamblea que acepta la formación de grupo, y también cuenta con una acción específica por los perjuicios causados por los administradores, si se apartan de los términos de la convención.

Sin embargo, cabe destacar que el régimen brasilero es tan esquemático y enrolado, como sabemos, en una teoría institucionalista tan cerrada de la sociedad y de la responsabilidad del grupo hacia la comunidad toda, que no ha logrado desarrollo en la práctica y, desde luego, no existe en realidad frente a minorías que realmente requieren protección.

No obstante, revisando numerosos ejemplos de regímenes específicos sobre grupos en los distintos países, aún parciales, resulta claro que existe una protección sistemática de las minorías y acreedores de

²⁹ SPADA, P. "Gruppi di società", en Riv. dir. civ., 1992, II, pág. 225. Como ha señalado Visentini (*Argomenti di Diritto Commercialè*, Milano, 1997, pág. 455), el auge de la *corporate governance* puede explicarse, entre otras razones, por la insuficiencia que presenta el instituto de la responsabilidad civil de los administradores de los grupos de sociedades", citado por Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Ob. cit., nota al pie N° 1, pág. 118.

³⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Ob. cit., pág. 143.

³¹ KLEIDERMACHER, Arnoldo y GUYENOT, Jean. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1985.

³² Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit., pág. 531.

las sociedades filiales. Sin embargo, no aparece tan definido el rol tuitivo del socio externo en los eventuales daños sufridos por el ejercicio del control, de alguna manera y a nuestro juicio, erróneamente subsumido en la problemática de las minorías.

En orden a definir comparativamente la relación de identificación conceptual de nuestra legislación en cuanto a los conceptos enunciados precedentemente, señalemos que el concepto más difundido para la determinación de la existencia grupal es el de “control” y su complementario “dominio” o en su caso “dependiente”.

Para identificar también el concepto de control, este se produce cuando la sociedad dominante o que impone su voluntad posee para ello la mayoría de las participaciones o de los votos de otra sociedad. Sin embargo, hay que destacar que existe el concepto de “control fáctico”, que se produce aun en el caso de que no se posea la mayoría de votos para formar la voluntad, pero ante una situación de hecho de votos dispersos u otras circunstancias, el porcentaje que se posee permite el dominio. Esta situación que no es un control de hecho por circunstancias ajenas al control accionario, sí implica una situación de hecho que permite el control de derecho, por acciones, como reflejo de una realidad particular de muchas sociedades en que el control se ejerce con un porcentaje diferente al de la mayoría de capital.

En el trabajo en análisis, se enfrenta con excepcional claridad el meollo del problema que desarrollamos en la primer parte. Esto es cuáles serán los parámetros según los cuales los administradores pueden priorizar los intereses del grupo por encima de los de la sociedad que ellos dirigen.

Conocemos que esto es enteramente legítimo en el derecho alemán, que regula el contrato de dominación, estableciendo las responsabilidades inherentes. En efecto, la ley alemana, ya desde 1937, asumió la legitimidad del control, normativizando su aplicación, el correlativo deber de obediencia del dominado, y todas las responsabilidades inherentes al dominante, tanto frente a las minorías como al socio externo y hacia la sociedad toda, ejemplo seguido también por Brasil, pero que, como dijimos, en la práctica no ha sido satisfactorio, y la ley alemana del '65, como así la brasilera del '76, no han logrado establecer un mecanismo compensatorio satisfactorio para la doctrina, sobre todo desde la perspectiva del socio externo, en donde concentramos nuestro trabajo³³.

³³ KLEIDERMACHER y GUYENOT, Ob. cit.

- KLEIDERMACHER, Arnoldo y ROMERO, Miguel A., “Unidad temática XVII - Los procesos de integración y las vinculaciones empresarias”. Tratado Teórico-Práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico, Ediciones Macchi, junio de 2000.

Sin embargo, lo que determina nuestra atención en el trabajo citado, es la evolución del derecho francés, que durante muchos años abogó por la defensa del interés propio de la sociedad, pero que evoluciona jurisprudencialmente hacia la doctrina Rozenblum de la *Cour de Cassation*³⁴.

La denominada doctrina establece lo que podríamos definir como el marco de legitimidad según el cual, constatado que fuere, permite a los dirigentes de una sociedad optar por el interés del grupo prioritariamente, sin considerarse punible la desatención del interés de la sociedad dominada.

La pirámide en que se construye dicho status requiere, en primer lugar, que el grupo tendrá que ser estructuralmente sólido; en segundo, desarrollar una política coherente y, finalmente, mantener un cierto equilibrio interno entre el conjunto de cargas y beneficios que se han de atribuir convenientemente a cada una de las sociedades.

Es interesante señalar que distintos Estados han seguido con diversos matices esta doctrina, dejando a la postre rezagado al derecho alemán en la materia.

El nivel de aceptación por el razonable equilibrio que se ha observado en la elaboración de este status de legitimidad para el obrar de los grupos, ha culminado en la recomendación del forum europeo como una propuesta de directiva europea, estableciendo que si se constata el trípode aludido, se entenderá que los administradores, al seguir en tal caso una política a favor prioritario del interés del grupo, no están actuando en contra de sus obligaciones.

Debe destacarse que el forum ha desarrollado estos principios, estableciendo que deberán compensarse los perjuicios con otro tipo de ventajas en un plazo cierto, no podrá ponerse en peligro la existencia del grupo por la desaparición de la liquidez mínima para su actuación, deberá haber amplia información y, a solicitud de una minoría calificada, podrá ordenarse un control especial.

Otra vez observamos que no hay consideración específica para el socio externo.

Un capítulo ciertamente destacable es que la elaboración doctri-

³⁴ Desarrollado en el texto y en el CD que lo acompaña.
Cass. com., 12-XI-1973, *Bull. civ.*, IV, Nr. 322 (para un préstamo dentro del grupo); *Cass. soc.*, 3-IV-1190, *Rev. soc.*, 1990, pág. 625 con nota de Guyon (para la responsabilidad de la matriz con respecto a las obligaciones de la filial); *Court de Rouen*, 17-III-1970, *Dalloz*, 1970, J, 1977; *Bouloc*, nota a *Cass. crim.*, 4-II-1985, *Rev. soc.*, 1985, pág. 655; *Guyon*, nota a *Cass. com.*, J.C.P., 1973, ed. gen., II, 17337, también en, GR, 1991, págs. 218, 225; *Hannoun*, *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, págs. 92 y sigs; *Lamy* (nota 1), N° 1938; *Lutter*, *FS Kellermann*, pág. 257, 264.", citado en el trabajo señalado del Forum Europaeum Derecho de Grupos, nota al pie N° 165, pág. 486.

naria para la protección de las minorías proviene del derecho bursátil, y toda la construcción de los mercados sobre la necesidad de la oferta obligatoria contiene perfiles de relevante interés que, sin embargo, no se aplican a las sociedades que no cotizan en Bolsa, por lo que nos resulta particularmente atractivo el debate sobre el pensamiento de no limitar el mecanismo de la oferta obligatoria a las minorías cuando una mayoría toma el control societario, incluyendo sus corolarios, el derecho de separación³⁵ y de exclusión³⁶.

Es obvio que el desarrollo de los grupos sigue requiriendo de la arquitectura societaria, puesto que si bien la unidad empresarial y la dirección unificada en nuestra opinión es de la esencia del grupo, también hace a su riqueza patrimonial la pluralidad jurídica. En efecto, el grupo que abarca distintas actividades dispone de la herramienta pluri-societaria para radicar en una o varias figuras determinadas actividad y así, en el momento que establece como propicio, puede devolver una o varias de ellas al mercado, sencillamente desprendiéndose de dichas sociedades y con ello de la actividad, sin afectar el resto de su universo.

Coincidentemente con este pensamiento, surge en el derecho alemán la denominada “declaración unilateral de grupo”, que recoge el informe del forum en análisis, sobre la base de la figura del contrato de empresa que legaliza la dirección unificada, la pluralidad jurídica, transmitiendo el riesgo empresarial de la controlada a la controlante. Esta debe garantizar la posición de los acreedores de la controlada, asumiendo la obligación asimismo de indemnizar a los socios minoritarios de la sociedad dependiente o, a elección de los mismos, canjear su participación por participaciones en la dominante u otorgando una garantía de dividendo.

La figura parece haber dado buenos resultados en Alemania y Portugal³⁷, constituyéndose también en una recomendación del forum, que requiere ser inscripta en el registro mercantil pertinente para producir efectos jurídicos. Su concepción es la de una fusión temporaria que si bien es denominada “contrato de empresa”, admite con los ribetes expuestos una unión en el derecho alemán con una sociedad dominante extranjera, resultando muy útil esta declaración de grupo para el traslado transfronterizo del domicilio social, que de otra forma no sería posible sin la completa reestructuración de la empresa, lo que

³⁵ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit., pág. 530.

³⁶ “En este sentido HOPT, *FS Volhard*, pág. 78”, citado por el Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit, pág. 528, nota al pie N° 305.

³⁷ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit., pág. 534.

provoca graves inconvenientes en el mercado interior de la Unión³⁸.

Señalemos que la crítica observa que la figura no implica un verdadero contrato de empresa, sino que es meramente una declaración unilateral (dictado) porque no es entre verdaderas sociedades independientes, ya que sobreviene luego de la toma del control y como una suerte de ostensibilización o blanqueo de la situación grupal, bien como alternativa a una fusión transfronteriza de carácter provisorio o como consolidación de la relación de control y dirección unificada desde un marco de legitimidad.

Estas realidades nos indican la necesidad creciente de abordar legislativamente la temática grupal, analizando las responsabilidades pertinentes por el ejercicio del control en la dirección unificada, de la esencia de la figura grupal.

CONCLUSIÓN - PONENCIA

En concreto, proponemos:

1) Una regulación específica para grupos económicos y societarios que establezca su lineamiento operativo en licitud, en la cual deberá definirse la dirección unificada como ejercicio del control y como característica no punible del grupo societario, y sí su abuso, con la correspondiente responsabilidad económica de la controlante por el pasivo de la controlada.

2) La definición del control interno de derecho estará dada por la posibilidad de imponer la voluntad de la controlante, fuere por tener la mayoría legal necesaria de votos, o fácticamente cuando ello fuere posible por la composición del paquete accionario.

3) El abuso de la posición dominante, aun por un control externo o de hecho, también deberá implicar la responsabilidad económica de la controlante por la controlada.

4) Debe regularse en la ley societaria el derecho del socio externo, según su opción a: A) el receso en caso de compra del control societario por parte de un grupo al que no pertenece y según balance ad-hoc, o B) compra obligatoria de su participación por el mismo grupo en la parte proporcional del precio o a valor de mercado.

5) Deben regularse los ilícitos societarios y la responsabilidad de los dirigentes cuando excedan los límites marcados para su accionar de acuerdo a los lineamientos de la dirección unificada.

³⁸ Se citan como ejemplos positivos de estas experiencias la unión empresarial germano-suiza-sueca Asea Brown Boveri-ABB, como asimismo "Thyssen Industrie AG", como filial contractual de "Thyssen AG", o "Audi AG", como filial contractual de "Volkswagen AG". Forum Europaeum Derecho de Grupos, ob. cit., pág 534.

6) Debe armonizarse la legislación concursal en sus arts. 65 y 161, limitándose el primer caso a las sociedades argentinas integrantes del grupo y, en el segundo, de acuerdo a lo expuesto en el punto supra en la introducción³⁹.

³⁹ KLEIDERMACHER, Arnoldo. *La Desnaturalización del Art. 54 de la Ley de Sociedades*. Ob. Cit.