

RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE EN LOS GRUPOS SOCIETARIOS

LEANDRO SALVATIERRA

RESUMEN

El sistema capitalista, la concentración empresarial y la economía global han provocado la insuficiencia de una única S.A. para dar respuesta a esta nueva realidad económica. Los grupos societarios son la respuesta a esta necesidad actual. Los grupos como tales debe contar con una dirección unificada que permita la coordinación más eficiente entre las sociedades que lo componen. En esta relación grupal los accionistas externos y los terceros no podrán ser perjudicados en beneficio de la controlante, pero para ello deberá analizarse la relación grupal como un “negocio único” y no considerando las transacciones entre las sociedades del grupo en forma aislada.

I. EL PROBLEMA JURÍDICO DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS COMO CONSECUENCIA DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIA Y LA ECONOMÍA GLOBAL

Entender el fenómeno jurídico de grupo societario, requiere en primer lugar comprender el fenómeno económico de la concentración empresarial.

En este aspecto la ciencia jurídica se encuentra subordinada a la económica.

El derecho tan solo receptó jurídicamente y en forma parcial lo que la realidad impuso en los hechos.¹

Es sabido que en el siglo pasado se ha implementado en casi la totalidad del mundo occidental el sistema capitalista.

Sobre la base de la división del trabajo² se ha derivado en una extraordinaria especialización de la producción, y un consecuente aumento de la productividad del trabajo humano³.

Profundizado el capitalismo y ampliado los mercados a partir de la globalización, fue necesaria una mayor concentración de capitales para dar respuesta a la demanda que la nueva situación mundial presentaba.

Advertido este fenómeno económico por los juristas, el debate en derecho societario se trasladó desde la figura autónoma y tradicional de una única sociedad, al del grupo de sociedades.

Al respecto, ya desde el Primer Congreso de Derecho Societario (que data de 1977) se señalaba: “La estructura económica moderna ha producido la fractura entre el derecho societario tradicional, re-

¹ “En este sentido, la ley 19.550 ratificando una vez más el carácter de categoría histórica del derecho comercial, ha significado un notable avance respecto del Código de Comercio, en cuanto a la consideración y descripción de un fenómeno que aquel omitía debido a su inexistencia en el siglo pasado, imponiéndose limitación (art. 30 a 33) y estableciendo un sistema obligatorio de información (art. 63 a 66). Falta sin embargo, la estructura específica que lo discipline.” (cfr. Mónica G. C. de Roimiser, “La moderna regulación de los grupos de sociedades”, en I Congreso de Derecho Societario, Ed. Depalma, La Cumbre 1977, p. 213).

² “En este proceso indirecto de creación de bienes y de satisfacción de necesidades se ha convertido hoy en regla general para el resto de la humanidad. Se basa en un principio familiar con el nombre de división del trabajo, la cual supone, sin embargo una coordinación armónica de todas las partes dispersas en el proceso” (Cfr. Wilhelm RÖPKE, “Introducción a la economía política”, Segunda Edición, versión española José María Jimeno, p. 169).

³ Cfr. Wilhelm RÖPKE, ob. cit. p. 51 y 52).

gulador de entidades jurídicas autónomas e independientes, y la práctica societaria que revela la existencia de complejas y multiformes combinaciones intersocietarias. **Es ésta la era de las sociedades moleculares y el fenómeno de su agrupación se ha desplazado hasta ocupar el centro de la problemática actual:**" (cfr. Mónica G. C. de Roimiser, ob. cit., p189)

II. LA INSUFICIENCIA DE LAS NORMAS DE LA S.A. PARA DAR RESPUESTA AL FENÓMENO DE GRUPO

Así las cosas, en una primera etapa la Sociedad Anónima (o sus similares en otros países), ha sido la figura jurídica más utilizada para los emprendimientos de mayor envergadura económica.

Sin embargo, la creciente concentración empresaria, hizo insuficiente la utilización de una única S.A. para agrupar las distintas actividades que se explotan.

Por ello, se recurrió a diferentes formas de agrupamiento.

Una de ellas (vertical y de subordinación) es justamente constituir un grupo de sociedades mediante la utilización de una sociedad holding⁴.

Este esquema consiste en crear una sociedad con el objeto de que sea ésta la propietaria de la cantidad de acciones necesarias para formar la voluntad social de las distintas sociedades que integran el grupo.

Es decir que se crea una realidad empresaria que unitaria en sus fundamentos básicos, se muestra diversificada en el mercado gracias a su presencia en varios sujetos jurídicamente autónomos⁵.

⁴ "aquella cuyo principal objeto resulta adquirir tantas acciones en otra u otras compañías, como para darle la necesaria mayoría y el poder de control operativo en estas y así formar, con propósitos prácticos, una organización en cadena sin afectar la identidad de cada eslabón." (cfr. Enrique ZALDIVAR y otros, "Cuadernos de Derecho Societario" Abeledo-Perrot, T. III, vol. IV, p. 12).

⁵ "Aún siendo muchas las "posiciones" adoptadas **no resulta fácil captar su esencia ni reflejar luego en precisas normas jurídicas una realidad empresaria que unitaria en sus fundamentos básicos, se muestra diversificada en el mercado gracias a su presencia en varios sujetos jurídicamente autónomos** (por todos, TEUBNER, G., *Unitas Multiplex*. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität, 189). Este **contraste estructural**, que acompaña al grupo como la sombra al cuerpo, es susceptible de manifestarse de muy distintas formas, en atención al diverso grado de integración empresarial alcanzado entre las sociedades que lo com-

De esta forma, la sociedad holding mediante el ejercicio del voto en las asambleas de las distintas sociedades, va tomando las decisiones y eligiendo los directorios que sean funcionales a la ejecución de una política empresarial unificada y coordinada que permita optimizar el rendimiento de la actuación en conjunto.⁶

Ahora bien, enfrentados a un grupo de sociedades, y a la hora de efectuar un análisis jurídico sobre su organización y funcionamiento no resulta adecuado recurrir sin más a las normas que regulan la sociedad tradicional, ya que sus “perfiles resultan insuficientes”⁷.

III. LA DIRECCIÓN UNIFICADA COMO ESENCIA DE LA ORGANIZACIÓN GRUPAL

Esta es la génesis del problema.

El grupo —como tal— debe bregar por el beneficio de todas las sociedades que lo componen, y para ello debe analizarse cada negocio en el marco de todas las sociedades en su conjunto⁸⁹.

ponen. **Todo grupo (por subordinación) implica control y dirección unificada;** pero uno y otro elemento, que se mueven en terrenos conceptuales distintos, son susceptibles de alcanzar grados diferentes, dando lugar a la distinción entre grupos centralizados y descentralizados llamada a tener gran trascendencia en punto a la determinación del régimen jurídico y más en concreto, en materia de responsabilidad del grupo frente a los acreedores de las sociedades que lo integran (sobre este último extremos, con gran detalle, ANTUNES, J.A., *Liability of Corporate Groups*, *passim*). (José Miguel EMBID IRUJO, *ob. cit.* p. 437).

⁶ “Las ventajas de tener el manejo de una sociedad poseyendo acciones de control son diversas, y ellas solo reconocen como límites el examen de legalidad y razonabilidad (...) Quien sea dueño de las acciones de control predominará en la elección del directorio y del órgano de control; podrá imprimir a la sociedad el rito y la orientación que pretenda(...)” (cfr. Carlos ODRIÓZOLA, “Acerca de las acciones de control”, *RDCO* 1978, p. 1233).

⁷ “A tenor de lo que antecede, cabe indicar que la situación jurídica de los grupos en la mayor parte de los ordenamientos se mueve en un plano de **notable inseguridad que condiciona la respuesta a los numerosos interrogantes planteados por su organización y funcionamiento**. Si, como acabamos de indicar, suele ser frecuente buscar en el **Derecho común de las sociedades la solución a los citados interrogantes**, no puede desconocerse que tal forma de proceder conduce a **soslayar los elementos específicos del grupo**, insertándolo en una estructura jurídica —la sociedad mercantil, por lo común anónima— cuyos **perfiles resultan insuficientes**.” (José Miguel EMBID IRUJO, “Grupos de sociedades y Gobierno Corporativo”, en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Lara, T. II, Bs. As. 1998, p. 435/6).

⁸ “La doctrina actual realiza una **diferenciación entre interés de grupo, el que es legítimo perseguir por los miembros del grupo**, e interés de la controlante los que no siempre pueden identificarse.” (Cfr. Laura FILIPPI, “Límites al resarcimiento de daños entre sociedades controladas en el ámbito societario”, en VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Ad-Hoc, T. II, Bs. As. 1995, p. 1035).

Para ello, la DIRECCIÓN UNIFICADA ES SU CARACTERÍSTICA ESENCIAL¹⁰ Y HERRAMIENTA FUNDAMENTAL¹¹ y no hay en ello ilicitud alguna.

Sin no pudiera un grupo contar con una dirección unificada ¿qué sentido tendría constituir un grupo?

“Como dice Sánchez Alvarez, **“el fenómeno de los grupos quedaría jurídicamente sin nervio, reducido a un simple fenómeno económico, con algunas particularidades jurídicas.** El grupo no sería otra cosa que una mera asociación¹ de empresarios sui generis, caracterización que **terminaría por poner en tela de juicio la viabilidad del grupo** como institución jurídica.”¹²

Pensar un grupo sin dirección unificada es como pensar un partido de fútbol sin pelota.

Sostener lo contrario es un “un supuesto harto difícil en la práctica, vacuo y en tal caso, verdaderamente diletante”¹³, y la más moderna legislación lo regula de igual manera¹⁴.

Es lógico que un grupo de sociedades, actúe coordinando sus

⁹ “Pero además como es sabido el ordenamiento jurídico no atribuye personalidad al grupo (véase no obstante, algunas referencias doctrinales al respecto en JAGUER, PG, Le società del grupo, 1419), ya que, de lo contrario, se perturbaría la normal combinación entre unidad económica y pluralidad jurídica que constituye la fuente última de la superior flexibilidad organizativa y sinergia económica demostrada por el grupo frente a la empresa articulada sobre una única sociedad (ANTUNES, JA, Os grupos de sociedades, 130). Por eso, desde una perspectiva de Economía de la empresa se pide al derecho que salvando los intereses dignos de tutela, facilite el ejercicio de la dirección unitaria en el grupo (DEMATTE, C., La gestione dei gruppi, 1130)” (José Miguel EMBID IRUJO, ob. cit. p. 437)

¹⁰ “Sánchez Alvarez 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 Italia.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit. p.151).

¹¹ “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.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, “De la necesidad de una regulación específica sobre grupo societario y protección del socio externo”, en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. IV, Rosario 2001, p.150).

¹² Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit., p.150/1.

¹³ “En esta posición nos enrolamos, ya que entendemos que, poseer el control para dirigir la sociedad y no ejercerlo o realizarlos sin considerar la armonía del interés grupal, nos resulta ciertamente un supuesto harto difícil en la práctica, vacuo y en tal caso, verdaderamente diletante.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit. p.151).

¹⁴ “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 poder.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit. p.151).

esfuerzos, optimizando sus rendimientos¹⁵.

A nadie se le puede ocurrir, que una sociedad del grupo compita con otra, o que efectúe un acto que la perjudique sin beneficiar al conjunto.

Por ello, es que no pueden analizarse los actos en forma aislada. No puede verse los perjuicios de la actuación grupal sin considerar sus beneficios¹⁶.

IV. LOS ACCIONISTAS EXTERNOS, LOS ACREEDORES Y LA DIRECCIÓN UNIFICADA

Antes que nada, resulta imperioso reiterar que la dirección unificada no implica per se ilicitud¹⁷, ni tampoco el grupo es una estructura edificada para perjudicar a los intereses de los accionistas externos¹⁸.

Cada acto realizado bajo la dirección unificada del grupo deberá ser analizado considerando al grupo como unidad, desde la cabeza del grupo hacia abajo¹⁹. El “negocio de la actuación grupal” es uno, está

¹⁵ “Aunque las diferencias parecen apreciables, la realidad supera las dimensiones legislativas: en todo el mundo los grupos son administrados en base a criterios similares. Estos son los de eficiencia, economía de recursos y máximo aprovechamiento de su potencial conjunto, todo ello en el marco de una concepción unificada, con unidad de dirección y sin demasiado cuidado por la responsabilidad que se engendran” (cfr. Rafael Mariano MANOVIL, “Interrogantes sobre la responsabilidad y deberes de los funcionarios societarios en los grupos”, V Congreso Argentino de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba 1990, vol II, p. 177/8).

¹⁶ “Pero es del caso preguntarnos si tal regulación legal no sería conveniente partiendo del carácter instrumental de derecho societario, de la actual evolución de la economía y de la producción en escala asentadas en los grupos de sociedades y del frecuente conflicto que se produce entre el interés grupal y el interés del accionista externo. La respuesta afirmativa ofrece una mayor variedad de soluciones a tales enfrentamientos, que reconocen en muchos casos posiciones legítimas de ambas partes.” [cfr. Carlos S. ODRIOZOLA, “Los Grupos de Sociedades y los accionistas externos”, LL 1986 – E, p. 1121].

¹⁷ “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.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit. p. 151).

¹⁸ “Contra lo que suele creerse, no es el grupo una estructura edificada para lesionar los intereses de aquéllas. Es más, en numerosas ocasiones encuentra el interés social de la sociedad dominada sus mejores oportunidades de realización por su inserción en un grupo (últimamente, SCOGNAMIGLIO, G., Prospettive della tutela dei soci esterni, 193.193)” José Miguel EMBID IRUJO, ob. cit. p. 439].

¹⁹ “...resulta preciso atender al grupo como unidad... Y es que no parece correcto limitarse a considerar el grupo “desde abajo”, desde las sociedades dominadas, sino que debe atenderse, a la vez, al vértice del grupo identificado con la sociedad dominante. Esta visión

compuesto de las distintas relaciones de complementación comercial que existen entre las sociedades que lo componen.

Por ello al momento de analizar la existencia o no de daños por la actuación de la sociedad en un grupo, habrá que considerar su inserción en todo el “negocio grupal”²⁰, y no considerando cada operación comercial en forma independiente.

En estos casos la responsabilidad del controlante -a que refiere el art. 54 LS- sólo surgirá si pudiera determinarse que la inserción en el grupo globalmente considerada es en perjuicio de los accionistas externos y/o los acreedores de la sociedad controlada y en beneficio de la controlante²¹.

esencialmente jerárquica del grupo permite contemplar unitaria, y un tanto estática-mente lo que éste representa como estructura empresarial. Porque, además limitamos a regular el grupo, con carácter exclusivo, desde la perspectiva de la sociedad dominada, tutelando a sus socios y acreedores, contribuye a oscurecer algunas consecuencia negativas que dicho planteamiento es susceptible de producir en la sociedad dominante y, en particular, en sus socios y acreedores.” (José Miguel EMBID IRUJO, ob. cit. p. 439).

²⁰ Entre otras cosas, por ejemplo, no podría solo considerarse el menor precio con que una sociedad del grupo comercializa sus bienes o servicios con otra, sin considerar el menor precio con que los adquiere de las demás. Tampoco podría dejar de meritarse los mercados que se abren por pertenecer a dicho grupo, o los mejores precios que por la contratación conjunta se obtienen.

²¹ “En efecto, es posible que en una política grupal pueda decidirse postergar el interés de una de las sociedades integrante 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 (...) lo que es evidentemente injusto y en principio habilitaría la correspondiente acción por lo daños y perjuicios sufridos.” (Cfr. Arnoldo KLEIDERMACHER, ob. cit., p.152/3).