

## **EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES**

CARLOS S. ODRIOZOLA

### **INTRODUCCIÓN**

Hemos tenido oportunidad antes de ahora<sup>1</sup> y aquí lo reiteramos, de señalar el valioso aporte que constituye para el estudio y el progreso del derecho societario la tarea cumplida por los juristas<sup>2</sup> que elaboraron el anteproyecto de reformas que en uno de sus aspectos será motivo de este comentario.

El "Anteproyecto" da respuesta a numerosas cuestiones que han sido objeto de análisis y polémica por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia y lo ha hecho -en términos generales- con el acierto que han venido destacando especialistas en derecho societario, academias

---

<sup>1</sup> "La sociedad anónima actual", ED, T° 206, págs. 885/894.

<sup>2</sup> Comisión integrada por los Dres. Jaime Luis Anaya, Raúl Anibal Etcheverry y Salvador Darío Bergel "Resolución M.J.D.H. 112/02 del Ministro Dr. Jorge Reinaldo Vanossi". Fue también integrante de la Comisión Julio Cesar Otaegui, quien luego renunció a la misma.

y colegios profesionales<sup>3</sup>. Mantiene la estructura de la ley 19.550 y sus reformas e introduce un responsable y cuidadoso "aggiornamento", conscientes sus autores del costo jurídico que toda reforma conlleva y de la necesidad de resguardar doctrina y jurisprudencia valiosa.

Ello no ha significado que el "Anteproyecto" dejara de abordar temas de acuciante actualidad que interesan al mundo del derecho y de la economía y así lo hace con relación a la actuación de los grupos societarios atendiendo para ello evoluciones doctrinarias y legislativas de avanzada.

Esa búsqueda de nuevas soluciones a las que se abren los autores del "Anteproyecto" han sido recientemente destacadas por Horacio P. Fargosi<sup>4</sup>, en sus comentarios a la reciente reforma de la legislación italiana, vigente a partir del 1 de enero de 2004 (Decreto Legislativo Nro. 6 del 17/1/03)<sup>5</sup>, que ha seguido el informe de la Commissione de Mirone<sup>6</sup>, como indicativa de las tendencias que se advierten en el campo del derecho societario.

La importancia de los grupos societarios en la necesaria búsqueda de un dimensionamiento adecuado del desarrollo empresarial constituye un dato de la realidad que no es puesto en duda. También parecería ocioso discurrir respecto de la noción de grupo dada la percepción que del mismo se puede tener atendiendo a diversos ángulos de observación y a su evolución histórica.<sup>7 8 9 10</sup>

<sup>3</sup> Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en nota del 28/5/04 dirigida al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación en respuesta a la consulta formulada.

Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, idem, "Informe sobre las jornadas de debate del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades comerciales" (21 de abril / 30 de junio de 2004).

<sup>4</sup> FARGOSI, Horacio P. "Algunas noticias sobre un nuevo régimen societario" LL Diario 15/4/04; "Nuevas regulaciones acerca de grupos societarios" LL Diario 2/7/04.

<sup>5</sup> [www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs6\\_03.html](http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs6_03.html)

<sup>6</sup> Commissione Mirone, "Schema di disegno de legge delega per la riforma del diritto societario", Rivista della Società, gennaio-febbrario 2000, fasc. 1º, págs. 14/25.

<sup>7</sup> GALGANO, Francesco, "Los grupos societarios", Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional, Bogotá, octubre-diciembre 2003, págs. 7/37.

<sup>8</sup> MANOVIL, Rafael M. "Grupos de sociedades en el derecho comparado", caps. III y IV, págs. 155/414.

<sup>9</sup> SANGUIGNI, Vincenzo "Propieta e governo dell'impresa" pág. 175/180, Italia, Padova 2002.

<sup>10</sup> BAUER, Riccardo, "Gli effetti della riforma societaria su bilancio e governo d'impresa", Ipsoa Editores S.R.L. 2003, pág. 27. "2.1.1. Le nozioni di gruppo e di controllo. Il gruppo si caratterizza per i seguenti elementi tipicizzanti: un controllo azionario o contrattuale tra le societa; una direzione economica unitaria delle societa controllate, nel senso che le varie societa

El "Anteproyecto" avanza en la regulación de algunos aspectos vinculados a la facilitación de la formación de los grupos societarios, a la relación del interés grupal y el interés de la sociedad aislada y su proyección en el nuevo régimen de nulidades y de responsabilidad de los administradores. Esas reformas serán motivo de nuestras reflexiones y darán lugar a que exterioricemos nuestra preocupación respecto de la desfavorable situación en la que se encontrarían -a nuestro criterio- la sociedad controlada o los accionistas externos de ella en la defensa de sus derechos.

El "Anteproyecto" aborda el tema de los grupos societarios con la regulación de las consecuencias de su existencia sin llegar a su regulación como grupos de derecho tal como ocurriera dentro de la legislación comparada en Alemania, Brasil, Portugal, Taiwan, Croacia y Eslovenia<sup>11</sup>. La medida de la importancia de los grupos es también proporcionada por Galgano cuando hace referencia a que los grandes grupos italianos superan las mil sociedades y que "se constata que el 90% de las sociedades japonesas pertenecen a un grupo, el 70% de las germanas, el 65% de las estadounidenses, el 60% de las francesas, el 55% de las sociedades británicas y el 50% de las suizas".

El objeto de este comentario es el de considerar la trascendencia y proyección -con espíritu crítico- de la no impugnabilidad de las decisiones asamblearias y la exención de responsabilidad de los directores en los casos en que exista una política empresarial cuyo interés grupal afecta el interés social de alguna o algunas de las sociedades que integran ese grupo.

Debemos inscribir estos comentarios entre aquellos que se encuentran dirigidos, tal como reiteradamente lo ha requerido Anaya, a la búsqueda de "consenso para la formulación de los textos más adecuados"<sup>12</sup>.

---

agiscono secondo le direttive impartite dalla holding, che esercita poteri di controllo e coordinamento al fine di realizzare l'interesse economico del gruppo nel suo complesso."

<sup>11</sup> Galgano, op.cit.

<sup>12</sup> ANAYA, Jaime Luis, "El anteproyecto de reformas a la Ley Argentina de Sociedades Comerciales" ED diario, 5/8/04

## **REFORMAS DIRIGIDAS A FACILITAR LA FORMACIÓN DE GRUPOS SOCIETARIOS**

La reforma facilita la formación de los grupos societarios al modificar el art. 30 LS suprimiendo la limitación que el mismo contenía, habilitando a que las sociedades formen parte de otras sociedades de igual tipo o de otro, aún cuando difieran los regímenes de responsabilidad de sus socios. Si recordamos las dificultades de aplicación y de interpretación que introdujera la norma modificada, no podemos dejar de aplaudir la reforma proyectada que va a conferir una mayor libertad en la participación de las sociedades como socias y por ende a la constitución de los grupos societarios.

Las reformas de los arts. 31 y 32 proporcionan también una mayor amplitud a la toma o al mantenimiento de participaciones.

Se complementa lo allí regulado con la prohibición de voto, establecida en el último párrafo del art. 33 del "Anteproyecto", respecto de la sociedad directa o indirectamente controlada en las asambleas o reuniones de socios de la controlante, quedando excluida su participación del cómputo del quórum. De tal manera los votos de la sociedad controlada no gravitan en el cálculo de la mayoría necesaria para la aprobación de una moción en la sociedad controlante suprimiéndose el peligro orgánico agudamente descrito por Manóvil<sup>13</sup>.

Esta limitación de voto, que calificamos de oportuna y trascendente se encontraría mejor ubicada -a nuestro entender- en la parte final del artículo 32 del "Anteproyecto".

## **LA POLÍTICA EMPRESARIA EN INTERÉS DEL GRUPO. LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS**

La respuesta tradicional de nuestra legislación societaria (art. 413 C.Com. y art. 54, 1º pfo. LS) es la de que el daño producido a la sociedad, por dolo o culpa del socio o de quienes no siéndolo la con-

---

<sup>13</sup> MANOVIL, Rafael M. "Deficiente regulación de las participaciones recíprocas: sociedad controlada, a la vez controlante de su controlante y distorsión de la organicidad societaria" Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario, pág. 641/650.

tralen, no puede compensarse con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

Esta prohibición fue relativizada por parte de nuestra doctrina entendiendo que la compensación era posible cuando el perjuicio causado se encontraba cubierto con el lucro o beneficio que se hubiera logrado en el "mismo" negocio dada la referencia que efectúa el texto legal a la imposibilidad de hacerlo con "otros" negocios<sup>14</sup> o con un criterio más amplio cuando existiera una serie encadenada de contratos y operaciones vinculadas entre sí por la unidad del negocio<sup>15</sup>.

El "Anteproyecto" (art. 54, párr. 3º) proporciona una respuesta en la que introduce el concepto de "política empresaria en interés del grupo" y en tal caso admite la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una "política grupal", dentro de un plazo determinado y siempre que no se ponga en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada.

Debemos subrayar la importancia de esta reforma toda vez que al incorporar el interés del grupo y la política grupal introduce un régimen diferenciado con relación a los demás supuestos en los que no se puedan reconocer la existencia de esas caracterizaciones: interés y política grupal.

La reforma introducida reconoce precedentes significativos en la legislación comparada la que ha admitido la realización de un negocio perjudicial para los intereses de la sociedad dependiente siempre y cuando se compensaren adecuadamente los daños resultantes. Tal es el caso de las legislaciones alemana (arts. 311/312 Ley de Sociedades por Acciones de República Federal Alemana), brasileña (arts. 245/246 Ley de Sociedades Anónimas) y uruguaya (arts. 50/51 ley 16.060). También se ha referido a la cuestión el Forum Europaeum Derecho de Grupos<sup>16</sup> al analizar la doctrina "Rozenblum" acogida por la jurisprudencia.

<sup>14</sup> MANOVIL, Rafael M. "Grupo de sociedades en el derecho comparado", pág. 689.

<sup>15</sup> AGUINIS, Ana María M. de, "Control de sociedades", pág. 129.

<sup>16</sup> "Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa", traducción del original alemán, publicado en ZGR 4/1998, realizada por José Embid Irujo (Universidad de Valencia) e Irene Escuin Ibáñez y Fernando Juan y Mateu (Universitat Jaume I de Castelló), págs. 486/490.

dencia de la Corte de Casación Francesa en cuanto a la necesidad de la búsqueda de un equilibrio flexible entre los intereses del grupo y de cada una de las sociedades integrantes del mismo, requiriéndose para ello que el grupo sea estructuralmente sólido, que desarrolle una política coherente y que mantenga un cierto equilibrio interno entre el conjunto de cargas y beneficios que se han de atribuir convenientemente a cada una de las sociedades.

Siguiendo la doctrina "Rozenblum" el *Forum Europaeum* propuso la regulación de una Directiva para el Derecho Comunitario que aceptara razonablemente la posibilidad de compensar los perjuicios con otro tipo de ventajas en un plazo de tiempo previsto.

Se presenta como equitativa esa posibilidad de compensación que confiere una mayor elasticidad a la actuación dentro del grupo de sociedades y que reconoce una realidad constituida por las ventajas circunstanciales que puede tener la sociedad controlada por el hecho de "pertenecer" a un grupo.

Lo que sí motiva nuestra preocupación es la trascendencia que adquiere este tercer párrafo del art. 54 del "Anteproyecto" cuando se remiten a él los artículos 248 y 59 en su reforma, como lo veremos a continuación.

## **LAS REFORMAS INCORPORADAS A LOS ARTÍCULOS 248 Y 59 LS**

En el art. 248 del "Anteproyecto" se incorpora una significativa modificación al establecer que si se hubiese logrado la mayoría para la toma de decisión con el voto emitido por un accionista o su representante que tenga un interés contrario al de la sociedad, se deberá responder por los daños y perjuicios y "será aplicable el art. 251".

En consecuencia, con esa remisión al art. 251 que regula, tanto en el régimen de nuestra actual legislación societaria como en la proyectada, la nulidad de las decisiones asamblearias, se da una respuesta definitiva al largo debate que se abriera en relación a la interpretación del art. 248 en su redacción vigente.

Esa respuesta sigue los criterios predominantes de nuestra doc-

trina<sup>17</sup>, en una posición que ha sido también acompañada por la jurisprudencia<sup>18</sup>, abandonando el viejo criterio del fallo "Carabassa c/CANALE S.A."<sup>19</sup> y enrolándose en la solución propuesta por los arts. 2373 y 2377 del Código Civil Italiano.

La reforma que hemos referido en el párrafo precedente, con la que nos encontramos plenamente identificados, no es de aplicación en todos los supuestos ya que la interpretación del interés contrario al de la sociedad "debe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 54 respecto de los grupos de sociedades". Es decir, que no habrá interés contrario frente a una decisión que contemple o resguarde el interés grupal aún cuando la misma colisione con el interés de la sociedad en la que se toma la decisión.

La remisión al art. 54 (párrafo 3º) del "Anteproyecto" obliga a un análisis previo de la política grupal, con lo que la posibilidad de accionar de los accionistas externos de la sociedad aislada procurando la nulidad de la decisión, se convierte en extremadamente dificultosa, toda vez que sería necesaria la demostración de que la decisión impuesta a la sociedad controlada no se corresponde a una política grupal. La compensación económica autorizada por la norma citada no resulta abarcativa de todas las consecuencias que para la sociedad controlada podría tener la imposición de una política grupal y que sólo encontrarían remedio a través de la acción de nulidad.

La situación descripta constituye una toma de posición del "Anteproyecto" respecto de la importancia de los grupos societarios -lo que no ponemos en duda- y a la necesidad de optimizar sus resultados aún en detrimento de los derechos de las sociedades controladas y, naturalmente, el de los accionistas minoritarios pertenecientes a la misma. Si tenemos presente lo que hemos referido más

<sup>17</sup> Halperin, Isaac, "Sociedades Anónimas", pág. 590; Arecha, Martín y García Cuerva, Héctor, "Sociedades Comerciales", pág. 369; Nissen, Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", Tº 2, pág. 604; Zaldívar, Enrique y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Tº 3, pág. 467; Otaegui, Julio C. "Invalidez de los Actos Societarios", pág. 410/413; Anaya, Jaime, "Consistencia del interés social" ("Anomalías Societarias"), pág. 232; Odriozola, Carlos S., "El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias", en "Estudios de sociedades comerciales en homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez", págs. 49/62.

<sup>18</sup> "Comisión Nacional de Valores c/Laboratorios Alex S.A.C." (CNCom., Sala-C, ED Tº 153, págs. 680/698; "Leotta, Rodolfo c/Bavcar, Antonio y otros s/sumario" (CNCom., Sala C, ED Tº 154, págs. 970/76.

<sup>19</sup> CNCom., Sala B, LL Tº 1983-B, págs. 353/439.

arriba acerca de la importancia y número de los grupos societarios, en permanente crecimiento, debemos reflexionar que pertenecer minoritariamente a una sociedad sujeta a la dirección y coordinación del grupo, constituye una circunstancia azarosa y la aceptación de una posición desvalorizada.

La reforma borra las fronteras de las sociedades pertenecientes a un grupo sometidas a un régimen de "dirección y coordinación" en cuanto admite la compensación de los daños que pudieran producirse a la sociedad controlada y permite el voto en conflicto de intereses cuando se persigue el predominio de una política grupal.

El criterio expuesto por la reforma se extiende y se hace de aplicación a los administradores en los grupos toda vez que el art. 59 "in fine" del "Anteproyecto" se remite nuevamente al párrafo 3° del art. 54 a los fines de la atribución de responsabilidad y, por lo tanto la misma deberá juzgarse tomando en consideración "la política general del grupo...la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran". Si ya se advierte como dificultosa la contraposición entre interés grupal y el social en una sociedad aislada, correspondería concluir que si para la determinación de un "equilibrio razonable" -concepto ya de por sí suficientemente vago e impreciso- debemos examinar la situación de todas las sociedades que integran el grupo, nos encontraremos frente a una misión prácticamente imposible.

En consecuencia, el "Anteproyecto" convierte en letra muerta -en lo que se refiere a los grupos societarios- el deber impuesto al administrador en su mismo art. 59 de "hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés" y contraría también lo establecido en igual sentido en el art. 8° del Dto. 677/01 de "I) Hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes".

## CONSIDERACIONES FINALES

Las importantes consecuencias de la aceptación de un interés

grupal prevaleciente respecto del de la sociedad controlada, nos llevan a reflexionar sobre la fuerza del impacto que sufrirán los accionistas externos al grupo de control, a los que se coloca -en los hechos- en una posición muy próxima a la indefensión.

Entendemos por ello, de mantenerse el criterio que observamos, que sería necesaria una regulación más completa que confiriera mayor transparencia y mejor conocimiento de la existencia del grupo y de los remedios a los que pudiera recurrir el accionista externo de la sociedad controlada.

Se está, evidentemente, frente a un gran dilema de política legislativa. Por una parte no se debe desalentar el desarrollo y desenvolvimiento de la gran empresa, cuyo dimensionamiento o sus resultados óptimos los adquiere a través de los grupos de sociedades, pero por otra parte no puede desprotegerse a quien participa en algunas de las sociedades del grupo sin poder ejercitar en plenitud sus derechos.

La imposibilidad de impugnar de nulidad las decisiones asamblearias en conflicto de interés y de responsabilizar a los administradores es demasiado importante como para que no se requiera una adecuada publicidad y registración de la integración y composición del grupo.

El accionista debería estar en condiciones de conocer no solamente quién es el controlante, sino también cuáles son las sociedades que integran la constelación grupal de manera congruente con el propio art. 59 "in fine" del "Anteproyecto" que pretende, como hemos visto, el análisis de que la política general del grupo asegure el equilibrio razonable entre todas las sociedades componentes.

En tal sentido es importante recordar las exigencias de publicidad y registración impuestas en el art. 2497-bis del Dto. Leg. N° 6 del 17/1/03<sup>20</sup>, como así también la obligación de que las decisiones que adoptare la sociedad controlada sean fundamentadas con la explicación de las razones e intereses que se han tomado en cuenta para su aprobación y el reconocimiento del derecho de receso o de retiro de la

<sup>20</sup> [www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs6\\_03.html](http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/dlgs6_03.html)

IX Congreso Argentino de Derecho Societario,  
V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa  
(San Miguel de Tucumán, 2004)

sociedad si se produjere una modificación de las condiciones originales de riesgo (art. 2497-ter y 2497-quer).

La aplicación e interpretación de la reforma proyectada dará lugar, en los aspectos sumariamente destacados en este trabajo, a grandes dificultades y provocará una seria afectación de los derechos de los accionistas externos al grupo.

Reconocemos la dificultad de sostener la compensación de los daños y perjuicios como consecuencia de una política grupal y, por otra parte, no limitar -como lo hace el "Anteproyecto"- las posibilidades de nulidad de las decisiones asamblearias y de responsabilidad de los administradores.

Las preocupaciones expuestas precedentemente y las precisiones que sería necesario introducir al texto proyectado, renuevan mi interés -expresado mucho antes de ahora<sup>21</sup>- en la regulación de los grupos de derecho, por lo que considero que el debate -con proyección de futuro- se encuentra abierto.

## RESUMEN

El "Anteproyecto" responde con acierto a numerosas cuestiones que han sido objeto de análisis y polémica por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia como lo destacaran especialistas en derecho societario, academias y colegios profesionales.

La reforma facilita la formación de los grupos societarios al modificar los arts. 30, 31, 32 y 33 LS e introduce en el art. 54, párr. 3º, el concepto de "política empresarial en interés del grupo", admitiendo en tal caso la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una "política grupal". Ese concepto se proyecta sobre los arts. 248 y 59 para legitimar el voto en conflicto de interés y para exonerar de responsabilidad al administrador en los grupos sociales.

La aplicación e interpretación de la reforma proyectada dará lugar, en los aspectos sumariamente destacados en este trabajo, a gran-

---

<sup>21</sup> "Los grupos de sociedades y los accionistas externos" LL, Tº 1986-E, págs. 1114/22.

des dificultades y provocará una seria afectación de los derechos de los accionistas externos al grupo.

Reconocemos la dificultad en sostener la compensación de los daños y perjuicios como consecuencia de una política grupal y, por otra parte, no limitar -como lo hace el "Anteproyecto"- las posibilidades de nulidad de las decisiones assemblearias y de responsabilidad de los administradores.

Las preocupaciones expuestas y las precisiones necesarias a introducir en el texto proyectado, renuevan mi interés -expresado mucho antes de ahora- en la regulación de los grupos de derecho, por lo que considero que el debate -con proyección de futuro- se encuentra abierto.