

EL CONFLICTO DE INTERESES EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

MARÍA CECILIA SARMIENTO

SUMARIO

- El art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales supone una situación de conflicto estableciendo una prohibición de votar al accionista que tuviera un interés contrario al interés social. El principal inconveniente que se presente a la hora de analizar si se cumplimentado o no deber de abstención legal de voto, es la definición del concepto de interés social. Los intereses individuales de los accionistas pueden ser discordantes o concordantes, sin embargo en la mayor parte de los supuestos coinciden en la **expectativa legítima de lucro compartido**, que es lo que da sentido económico y jurídico al contrato de sociedad. Ese mínimo común denominador muchas veces se traduce en un interés común concreto, con contenido específico, definido positivamente. En los casos, cuando ese mínimo común denominador no se traduce en un interés común concreto, la situación es mucho más complicada. Tanto la maximización de la eficiencia productiva y de la rentabilidad de la empresa, como la constitución de reservas o la distribución de dividendos, podrían calificarse como resoluciones acordes al "interés social" en la medida en que exista acuerdo de los accionistas. Pero cuando no existe acuerdo, y por ende no hay

un interés común definido, ese común denominador requiere como presupuesto mínimo la no invalidación de los intereses y derechos individuales de los accionistas que no participaron en la resolución aprobada por la mayoría. Se trata entonces de la existencia de un presupuesto negativo que se constituye en el mínimo común común denominador: que la decisión adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad no implique un beneficio diferencial para los accionistas mayoritarios, ni un perjuicio para los accionistas minoritarios en su calidad de tales.

- El conflicto de intereses y la prohibición de votos en sociedades que forman parte de un grupo de sociedades reviste características especiales. La existencia de los grupos de sociedades se corresponde a una necesidad funcional del desenvolvimiento económico empresarial dirigido a satisfacer una producción en gran escala, muchas veces diversificada y asentada en espacios territoriales diversos. El entrecruzamiento del capital accionario que le permite a un accionista formar la voluntad social de más de una sociedad controlada, y la existencia de directorios similares o idénticos configuran una situación de control permitida por la ley que por sí sola no es configurativa de un "interés contrario" en cabeza del accionista controlante.
- Los medios y recursos materiales, financieros, técnicos y humanos de todas las sociedades que integran el grupo son puestos generalmente a disposición de una estrategia global y de una política societaria de conjunto. La estrategia común del grupo, y los criterios de eficiencia, economía de recursos y máximo aprovechamiento en base a los cuales son generalmente administradas las sociedades que conforman el grupo, pueden determinar que se originen situaciones de conflicto de intereses en el ámbito interno de las distintas sociedades, especialmente de las controladas, debido a que las controlantes o dominantes pueden tener en mira la realización de intereses extrasociales al ejercer el derecho de voto. Es frecuente que las sociedades del grupo, respondiendo a su elemento caracterizante "subordinación", queden postergadas en la satisfacción de su propio interés social y en consecuencia el de sus accionistas externos, frente al interés del conjunto. Considero que el llamado "interés del grupo" no puede prevalecer sobre el interés social específico de cada una de las sociedades. Bajo ningún punto de vista sería justificable la subordinación del interés de las sociedades que individualmente componen un grupo de sociedades al llamado interés del grupo.
- Consecuentemente, la política grupal debe ceder ante un conflicto

en el ámbito interno de cualquiera de las sociedades del grupo, siendo la tutela de los intereses de los accionistas externos al grupo la contrapartida imprescindible para el ejercicio de dicha política grupal. Sin perjuicio de la responsabilidad de los accionistas de acuerdo al artículo 248 de la LSC, la actuación por los accionistas controlantes de modo contrario al interés societario puede llevar a la impugnación de las resoluciones asamblearias en las cuales se plasmaron, la desestimación de la personalidad societaria, en su perjuicio, así como a la extensión de la quiebra respecto de tales controlantes.

1. INTRODUCCIÓN

La constante evolución de las instituciones de derecho privado y de la economía industrial, la multiplicación imparable de negocios jurídicos dotados de gran significación económica y social, y la constante tensión entre capital, trabajo, producción, consumo, riesgo y poder, indican la necesidad de una constante revisión de conceptos jurídicos, al igual que sus implicancias y efectos. Entiendo que para abordar el tema del conflicto de intereses en los grupos de sociedades debe ser revisado previamente el concepto de “interés social”¹, la determinación de cuándo un interés es “contrario” al interés social, y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de abstenerse de votar prevista en el art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante LSC).

La afectación al interés social” se presenta como un argumento casi necesario en toda demanda de impugnación asamblearia. Los accionistas impugnantes, con o sin razón, utilizan el argumento de la afectación al “interés social” como un comodín que reservan para jugar como última alternativa argumental para lograr el objetivo pretendido. Es muy usual invocar la afectación al “interés social” en supuestos de conflictos particulares en los que los accionistas se están reclamando recíprocamente prestaciones pendientes que nada tienen que ver con la sociedad, o en supuestos en los que se pretende revocar una decisión asamblearia con la cual un accionista ausente no está de acuerdo simplemente por no coincidir con una determinada política empresarial. ¿Cuáles son los presupuestos necesarios que deben tener lugar para que exista un conflicto de intereses que implique una prohibición legal de votar para el accionista con un interés diferente al interés social? ¿Todo interés diferente al interés social es un interés

¹ En el presente trabajo nos referimos indistintamente al “interés social” y al “interés societario” como sinónimos.

contrario al mismo?

Imaginemos la siguiente cuestión práctica: Un accionista que ejerce el control interno de derecho de una sociedad a la que denominaremos "A" adquiere el paquete accionario mayoritario de otra sociedad a la que denominaremos "B", cuyo objeto social son actividades complementarias de la actividad de la sociedad "A". Se le plantea como una alternativa con ventajas económico-financieras, comerciales, e impositivas la posibilidad de efectuar una reorganización empresarial fusionando las sociedades. En supuestos como este surge como interrogante si existe un conflicto de intereses para el accionista controlante, o en otras palabras, si existe un "interés contrario" por el sólo hecho de ser controlante de otras sociedades. ¿Puede dicho accionista mayoritario votar el compromiso de fusión de estas sociedades, o debe abstenerse de hacerlo?. Es evidente la dificultad de responder este interrogante, en especial en situaciones en las que no existiría acuerdo unánime en la decisión asamblearia, y el estatuto social exigiera mayorías especiales. El análisis de este tema es complejo y presenta innumerables aristas. Intentaré a través de esta ponencia proponer soluciones equitativas y legalmente satisfactorias, con relación a algunos de los interrogantes que se plantean en torno a este tema.

2. CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL

Adhiriendo a la teoría contractualista según la cual el interés social no es un interés abstracto, superior y distinto de los intereses de los accionistas, entiendo que dicho concepto puede definirse como el **mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta la disolución** de la misma, y como tal es una noción útil para evaluar actos concretos de los órganos societarios. Debería servir de resguardo a los intereses de los accionistas en su calidad de tales, y en especial en resguardo de los intereses de los minoritarios². Los intereses individuales de los accionistas pueden ser discordantes o concordantes, sin embargo en la mayor parte de los supuestos coinciden en la **expectativa legítima de lucro compartido**, que es lo que da sentido económico y jurídico al contrato de sociedad³. Entonces, ese mínimo común denominador muchas veces se traducirá en un interés común concreto, con contenido específico,

² A su vez el resguardo de los intereses de los accionistas individuales, inversores o minoritarios, es fundamental para estimular la utilización de las figuras societarias.

³ Quiero hacer la salvedad de que esto no ocurre en el 100% de los casos, y mencionar a título de ejemplo que en una asociación constituida bajo forma de sociedad anónima, el interés social se identificará con cumplir con la finalidad no lucrativa para la cual se haya constituido la asociación.

definido positivamente. En los casos de actividades fuertemente reguladas como ser la actividad aseguradora, en los supuestos en que como resultado de una licitación pública se otorga una licencia para la prestación de un servicio, o se concede la construcción de una obra, es más o menos sencillo advertir que se afecta el interés social cuando se pone en peligro la licencia (para operar en una determinada rama del seguro o para prestar el servicio) o se incurre en supuestos de aplicación de multas, apercibimientos, etc. Fuera de estos supuestos, tanto la maximización de la eficiencia productiva y de la rentabilidad de la empresa, como la constitución de reservas o la distribución de dividendos, podrían calificarse como resoluciones acordes al "interés social" en la medida en que exista acuerdo de los accionistas. Pero en otras ocasiones no existe acuerdo y por ende no hay un interés común definido. En estos supuestos ese común denominador requiere como presupuesto mínimo la no invalidación de los intereses y derechos individuales de los accionistas que no participaron en la resolución aprobada por la mayoría⁴.

En situaciones de conflicto de intereses heterogéneos y contrapuestos, en los que no existe o resulta difícil identificar un interés común, sólo cabe la búsqueda del equilibrio o armonización de los distintos intereses⁵. La voluntad social definida por una asamblea de accionistas con el voto de la mayoría necesaria debe ser estimada —en principio— como acorde al interés social porque la ley de la mayoría domina la vida de las sociedades anónimas y a dicha mayoría le corresponde asociar que es lo que resulta más útil al interés social. Sin embargo la decisión de la mayoría no debe perjudicar los derechos individuales ni los intereses patrimoniales de los accionistas que no votaron afirmativamente la resolución en cuestión. Es justamente en los supuestos en que no coinciden las distintas expectativas de los accionistas, cuando los accionistas minoritarios tienen menor poder efectivo. Es allí cuando el concepto de interés social adquiere mayor relevancia y debe obrar como un límite a la discrecionalidad de los accionistas mayoritarios. O sea que lo más importante para verificar si una decisión asamblearia adoptada por la mayoría es compatible con el interés social, es comprobar la existencia de un **presupuesto negativo**, cual es que la decisión asamblearia adoptada no implique un

⁴ Esta solución fue la preferida de los jueces franceses, y es una postura insinuada por JAEGER, Gier Giusto, en "L'Interesse Sociale", Universidad de Estudios de Milán, Facultad de Jurisprudencia, Dott. A. Giuffré Editores, Milán, 1972.

⁵ Con esto nos referimos a intentar armonizar, p.e.: el interés de la mayoría de adoptar una política de limitar el dividendo a fin de procurar una mejor financiación para la sociedad —con recursos propios—, y al mismo tiempo no dejar de lado el interés del accionista minoritario que legítimamente aspira a que le sean distribuidos dividendos.

perjuicio objetivo⁶ para los accionistas que están en desacuerdo con la decisión adoptada. No puede decirse que una decisión es compatible con el interés social si se deriva un perjuicio para los accionistas minoritarios. **Esta limitación negativa es el mínimo común denominador: que la decisión adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad no implique un beneficio diferencial para los accionistas mayoritarios, ni un perjuicio para los accionistas minoritarios en su calidad de tales.** Por lo tanto, la mayoría no puede imponer a los socios en minoría una decisión tomada para realizar intereses extraños a los intereses comunes en su calidad de accionistas, porque no le es lícito a la mayoría servirse de la organización societaria para actuar objetivos propios y particulares, sacrificando de este modo los intereses de los accionistas minoritarios. Luego de las disposiciones legales imperativas, el principal límite a la aplicación del principio mayoritario es la **tutela de la minoría.**

3. GRUPO DE SOCIEDADES Y POLÍTICA SOCIETARIA DE CONJUNTO

La concentración económica importa la existencia de grupos compuestos por varias sociedades⁷, y requiere un sistema de gestión específico. La existencia de un grupo de sociedades no merece objeción alguna desde el punto de vista de su licitud. El principio genérico conduce a que ni el control ni la posición dominante son, por sí mismos, generadores de responsabilidad, en tanto no constituyan el medio para la obtención de beneficios con quebrantamiento de las reglas societarias o para perjudicar o burlar negocios de terceros. Otaegui considera que la problemática del grupo societario erigido sobre la base de una dirección común a varias sociedades, engarza con la del control entendido como el poder indirecto de administración de un patrimonio societario en virtud de una influencia dominante ejercida sobre sus administradores. No puede existir grupo sin control aunque sí es factible que haya control sin que medie un grupo, supuesto este último que se presenta p.e. cuando el controlante no es una sociedad y controla exclusivamente a una sociedad⁸. Manóvil sostiene que el

⁶ En principio se trata de perjuicios de tipo patrimonial, pero también se invoca como perjuicio objetivo la variación de las condiciones de riesgo y responsabilidad previamente aceptadas.

⁷ Como definición genérica podemos decir que existe grupo de sociedades siempre que dos o más sociedades se encuentran bajo una misma unidad de dirección.

⁸ OTAEGUI, Julio C.; "Concentración- Reorganización. Grupos. Control (Dominación): Relaciones y efectos. Responsabilidad"; V Congreso de Derecho Societario, p. 409 y ss. Otaegui menciona y analiza detalladamente fallos como ParKe Davis y Cía S.A., del Tribunal fiscal de la Nación, y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la nación sobre la quiebra de

fenómeno del grupo se plantea solamente si existe y se ejerce una influencia dominante y en alguna medida, una dirección unificada⁹. Aunque no es necesario, es común que: (a) se de una relación de control interno societario que permita la prevalencia en el órgano de gobierno; (b) el directorio u órgano de administración esté incorporado en la línea de un organigrama único del grupo; y (c) la efectiva elección de la mayoría de los administradores por el grupo.

La sola pertenencia de una compañía a un grupo, o el solo hecho de que una sociedad ejerza control sobre ella, no son por sí mismos indicativos de que necesariamente se ha producido un desplazamiento automático del interés social y su reemplazo por otros intereses, externos a la sociedad. Aunque el caso será muy poco común, no cabe excluir a priori la posibilidad de que la influencia ejercida por el grupo controlante preserve en su pureza el fin social... Si no hubiera la voluntad de coordinar la actividad de la sociedad dependiente, o por lo menos aspectos substanciales de ella con la del resto del conjunto en cuya esfera se inserta, carecería de sentido como acto de concentración empresarial...¹⁰.

El punto de partida de todos los interrogantes es la determinación de si cada sociedad que forma parte de un grupo debe seguir persiguiendo solamente su interés social propio o si es admisible la actuación en interés del grupo, aunque ponga así en eventual peligro la integridad de su patrimonio social y los intereses de los socios o accionistas minoritarios —externos al grupo— y de los acreedores.

3. INTERÉS DEL GRUPO VS. INTERÉS DEL ACCIONISTA EXTERNO AL GRUPO

Dijimos que la existencia de un grupo de sociedades no merece objeción alguna desde el punto de vista de su licitud. Sin embargo a la hora de tratar la incidencia del fenómeno de concentración y agrupamiento societario en el funcionamiento de las reglas societarias, la mira debe colocarse en forma prioritaria sobre el modo en que se afectan los derechos de los socios y accionistas externos, que son aquellos que no participan como tales en la sociedad o sociedades controlantes, agotando su interés en la sociedad controlado o cauti-

la Compañía Swift de La Plata S.A.

⁹ MANÓVIL, Rafael Mariano; "Los interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos"; Congreso Argentino de Derecho Comercial 1990, Vol. II.

¹⁰ MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires; 1998; p. 579.

va¹¹. Los accionistas de la sociedad controlada que son externos al grupo suelen tolerar desvíos del interés social porque reconocen que la pertenencia al grupo brinda a la sociedad un mayor potencial de negocios, de cuyo resultado también participan. Pero los problemas se suscitan a poco que esos socios minoritarios se sientan perjudicados por algún motivo y tanto más cuando una o varias sociedades del grupo caen en insolvencia y no solo los socios sino también los acreedores ven peligrar el patrimonio social¹². De la contraposición de los intereses podemos encontrar múltiples ejemplos, como lo pueden ser la política de distribución de utilidades, el régimen de financiamiento, la política de dimensionamiento o crecimiento, la diversificación de actividades, etc.¹³.

Debemos preguntarnos en este punto si es admisible la afectación de los derechos de los accionistas externos en pro del llamado "interés del grupo". Se ha dicho que "el interés del grupo es el punto de equilibrio, el centro de convergencia, el eje de la coordinación entre el interés de la controlante y el interés de las otras sociedades del grupo", lo cual lleva a que procurar "el interés del grupo implica necesariamente una limitación del interés de las singulares controladas"¹⁴. La jurisprudencia italiana rechazó explícitamente la existencia de un interés de grupo, por lo menos para justificar desvíos patrimoniales¹⁵. Me parecen interesantes las reflexiones que a propósito del "interés del grupo" efectúan Scotti Camuzzi y André Tunc. Scotti Camuzzi sostuvo que "querer superar el problema del conflicto de intereses mediante aquella fórmula, significa reponer un nuevo 'institucionalismo

¹¹ ODRIOZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos"; La Ley, T. 1986-E, Sección Doctrina; p. 1115.

¹² MANÓVIL, Rafael Mariano; "Los interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos"; Congreso Argentino de Derecho Comercial 1990, Vol. II.

¹³ ODRIOZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos"; La Ley, T. 1986-E, Sección Doctrina.

¹⁴ MONTALENTI, Paolo; en "I Gruppi di società"; Vol. III, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18-XI.1995., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996; p. 2145. Citado por MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 582. Agrega Montalenti que "negar esta realidad significa proponer sobre el plano de la teoría jurídica un modelo de empresa que no existe".

¹⁵ "Así lo resolvió expresamente el Tribunal de Casación Civil en confirmación del fallo en igual sentido del Tribunal de Apelación de Milano del 8-IX-1988, en el caso "Accetti c/SIAC Assicurazioni". Se rechazó allí el reconocimiento de un interés del grupo que fuera superior al de las sociedades individualmente consideradas y que justificara que la sociedad controlada asumiera pasivos de su controlante. En el caso, ésta cayó en liquidación, el liquidador vendió las tenencias accionarias de la controlada a terceros, los cuales, en calidad de nuevos accionistas, dispusieron ejercer acción de responsabilidad contra los directores salientes que habían dispuesto aquellos pagos de obligaciones de la anterior controlante". Este fallo fue publicado en Cass. Civ. Sez I, 8-V-1991, N° 5123 y citado por MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 582, nota a pie de página N° 58.

externo: el viejo institucionalismo reivindicaba su derecho a oprimir a las minorías en nombre del interés de la 'empresa en sí' y el nuevo en nombre del interés del grupo"¹⁶. Por su parte André Tunc señaló que "la idea del interés del grupo ya no es útil: del mismo modo que el interés de una sociedad política podría ser sacrificar a algunos de sus miembros (solución que puede ser aceptada solamente por estados autoritarios), el interés del grupo podría ser sacrificar a una de sus subsidiarias, solución que ya no puede ser aceptable"¹⁷.

Nuestra legislación ha tenido en cuenta el fenómeno grupal, imponiendo limitaciones y estableciendo un sistema obligatorio de información. Sin embargo falta una regulación general en la materia. La falta de personalidad jurídica del "grupo" lo hace no apto para ser titular de un interés y pone en evidencia que es una falacia hacer referencia al interés del grupo. Coincido con Manóvil en cuanto a que en el derecho argentino nunca es lícita la actuación de la sociedad en desmedro del interés de la misma, ni siquiera para servir al llamado (y jurídicamente inexistente) interés del grupo¹⁸. Considera indiscutible que en realidad el interés del grupo coincide con el interés de quien domina las sociedades agrupadas¹⁹. Por lo tanto, si bien es posible afirmar la licitud genérica del agrupamiento, la misma se mantiene siempre que se cumpla con el deber de encuadrar la actuación de cada sociedad en el marco de su propio interés social.

4. HIPÓTESIS DE CONFLICTO EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

La existencia de intereses diferentes implica una situación de potencial conflicto que se concreta recién cuando se verifica que esos intereses diferentes son contrapuestos. Veamos un caso de fusión por absorción: Una sociedad anónima "X" podría obtener una importante ventaja impositiva al aprovechar el quebranto impositivo de otra sociedad anónima "Y" del mismo grupo y de la cual es accionista controlante, para lo cual analiza la posibilidad de una fusión por absorción bajo el régimen de reorganización societaria libre de impuestos²⁰. La

¹⁶ SCOTTI CAMUZZI, Sergio; "I gruppi fra diritto delle società e diritto dell' impresa"; en I Gruppi di Società; Vol. III, atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16 al 18-XI-1995, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996; p. 2145. Citado por MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 581.

¹⁷ TUNC, André; "The fiduciary duties of a dominant shareholder", en Groups of Companies, SCHMITHOFF, Clive M. WOOLDRIDGE, Frank, Sweet & Maxwell, London, 1991. pág. 5. Citado por MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 585.

¹⁸ MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 1109.

¹⁹ MANÓVIL, Mariano Rafael; "Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado"; p. 583.

²⁰ Para que una sociedad pueda aprovechar el quebranto impositivo de otra sociedad del mismo

sociedad "Y" obtendría ventajas desde el punto de vista organizacional y financiero al formar parte del organigrama funcional de la sociedad anónima "X". La existencia de intereses diferentes ¿es suficiente para afirmar la existencia de un "conflicto"? ¿o para llegar a esa conclusión es necesario además determinar si estos intereses son contrapuestos? En el supuesto señalado los intereses diferentes no son contrapuestos.

La valoración sobre la aplicabilidad de la disciplina del conflicto de intereses debe ir precedida de la verificación de que, en el caso concreto se manifiestan intereses contrapuestos. La hipótesis de conflicto se caracteriza por tratarse de una situación objetiva que autoriza a presumir, a priori, que se ha de abusar del derecho de voto. En la hipótesis de grupos, la mera situación de hecho no importa la existencia de un conflicto entre el interés de la sociedad controlante como accionista de la sociedad controlada, y sus intereses extrasociales, como cabeza del grupo. En ocasiones, la política grupal puede responder a una absoluta concordancia entre los intereses sociales de las distintas sociedades miembros del grupo. En cambio en otras circunstancias, la política grupal puede originar una verdadera situación conflictiva.

La afectación al interés social dependerá de la existencia de un interés en el accionista mayoritario, diferente al interés de las respectivas sociedades en las cuales participa y contrario al interés de los accionistas disidentes. No acreditado el interés extrasocial, o el peligro concreto de afectación al accionista minoritario, queda descartada la aplicación del disciplina del conflicto de intereses. En otras palabras, ante la situación conflictiva concreta, corresponde que el representante de la sociedad en cabeza de quien existe un interés contrario al interés de la sociedad controlada, se abstenga de votar. En el caso de fusión de sociedades antes mencionado, la sociedad "X" debería abstenerse de votar en la asamblea en la que se considerara la fusión con la sociedad "Y", al igual que en la asamblea de la sociedad "Y" que tratara el tema de la fusión, si advirtiera una contraposición de intereses que derivara en un perjuicio para una de las sociedades, o para los accionistas minoritarios de alguna de las sociedades. En el supuesto que la sociedad controlante no se abstuviese de votar corresponderá a quien impugne la decisión asamblearia fundamentar porqué el accionista controlante votó en conflicto de intereses. A su vez, el juez deberá determinar si las pautas de la política general entrañan, para el accionista controlante, una situación de conflicto con sus intereses socia-

grupo, debería llevarse a cabo una reorganización de sociedades libre de impuestos, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la Ley de Impuesto a las Ganancias.

les”²¹.

La jurisprudencia sostuvo en el fallo **“Papelera Paysandú S.A. c Lanín S.A.”**, que no cabe avasallar la autonomía jurídica propia de la personalidad que el ordenamiento reconoce a las sociedades por la sola constatación de ciertas vinculaciones, su participación en grupos, el sometimiento a unidad de decisión o su integración en unidades económicas²². En el conocido caso **“Carabassa, Isidoro de c. Canale S.A. y otra”**²³ se demandaba la nulidad de las resoluciones de una asamblea general extraordinaria de una sociedad que habían resuelto aprobar la fusión por absorción de otra sociedad, la emisión de acciones, el consiguiente aumento de capital y la entrega de acciones en canje a los accionistas de la sociedad absorbente. El accionista demandante: (i) impugnaba el procedimiento adoptado para establecer la relación de canje de las acciones de las sociedades fusionadas; (ii) afirmaba que la finalidad de la fusión era transferir a un grupo de accionistas el control de la sociedad continuadora resultante de la fusión, y (iii) atacaba la fusión por existir conflicto de intereses entre los accionistas tanto de la sociedad absorbente como los de la sociedad absorbida. El Tribunal sostuvo que “Con referencia a lo decidido por la asamblea de la sociedad absorbente, en el caso de fusión, la protección del interés social está dirigida a la concentración horizontal o vertical de las empresas que se fusionan en beneficio de la incorporante, salvo que se demuestre la existencia de un interés extrasocial en quienes, con su voto aprueban el compromiso de fusión. No acreditado dicho interés extrasocial, queda descartada la impugnación por conflicto de intereses, por cuanto prima la decisión de la mayoría que aprobó la fusión”²⁴. En el fallo **“Celcar S.A. s/ quiebra”**²⁵ se dijo que “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,

²¹ ROIMISER, Mónica G.C. de; “El Interés Social en la Sociedad Anónima”, Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1979; p. 141.

²² CNCom, Sala C, 8.3.84, DE, 108-136; idem en “*Chausovsky Rubachik, Roberto M. c. Catyc, S.A.*”, Sala D, 8.4.87, DE 125-152, con nota de Raúl A. Etcheverry: “Grupos de sociedades: algunas pautas jurisprudenciales”; idem Sala B, 20.3.87, “*Jabif, Ricardo c. Bonina y Tomasini, S.A. y otro*”, DE 125-163.

²³ CNCom, SALA B, 6.12.82; LL 1983-B, 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165.

²⁴ “*De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra*”; CNCom., Sala B, 6.12.82; LL 1983-B, 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165.

²⁵ CNCom, Sala D, 16.3.90; LL 1990-D, 242.

pues es necesario que además se den los supuestos previstos en el inc. 2º del art. 165 de la ley 19.551; 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”.

Del análisis de la doctrina de dichos fallos podemos concluir que el accionista controlante que no se abstiene de votar el compromiso de fusión de las sociedades controladas en las asambleas extraordinarias de cada una de ellas, no infringe necesariamente la prohibición legal prevista en el artículo 248 de la LSC. El hecho de que existan intereses diferentes en cabeza del accionista controlante, no es suficiente para que sea aplicable la disciplina del conflicto. En los supuestos de fusión es importante conocer los términos en que la misma se llevaría a cabo, y analizar si existe objetiva y realmente una situación contrapuesta o antagónica entre los intereses de los accionistas de las sociedades controladas. Esto equivale a analizar como afectaría este proyecto de fusión, a cada una de las sociedades, y determinar si existe o no alguna circunstancia que pudiera importar una afectación de los intereses de los accionistas minoritarios. Una situación en la cual generalmente se discute la afectación del interés social, es la determinación de la relación de canje. La determinación de dicha relación puede efectuarse con un cálculo matemático sobre la base de la valoración de los patrimonios de las sociedades que participan en la fusión. Tal valuación está excluida de discrecionalidad absoluta, ya que debe revelar una situación patrimonial efectivamente existente. Por lo tanto no necesariamente habrá un conflicto de intereses en la determinación de la relación de canje. Al respecto es fundamental la verificación de que no exista una situación perjudicial para los accionistas de alguna de las sociedades como consecuencia de la misma.

Un claro ejemplo de existencia de intereses contrarios se daría en la votación de una resolución asamblearia por la que se decidiera transferir activos de la sociedad “G”, a otra sociedad controlada por los accionistas mayoritarios de la primera a un precio inferior al de mercado. Ello es claramente afectatoria del interés social de la sociedad “G” porque disminuiría sensiblemente los beneficios derivados de las participaciones societarias minoritarias en “G”, obraría como un desincentivo a esa forma de invertir recursos, y colocaría a las minorías en un grave estado de indefensión en cuanto al valor patrimonial proporcional de sus tenencias.

5. CÓMPUTO DE VOTOS EN SUPUESTOS DE ABSTENCIONES

Analicemos un supuesto concreto de fusión por absorción: Las sociedades "M" y "N" han proyectado una fusión por absorción en la que M sería la incorporante de N. La sociedad "O" es accionista mayoritaria -70%- de "N" y tiene una participación accionaria del 51% en la sociedad "M". ¿Puede la sociedad "O" participar y votar en la asamblea de la sociedad "M" que resuelve la fusión de esta sociedad con la sociedad "N"? ¿Puede la sociedad "O" participar y votar en la asamblea de la sociedad "N" que resuelve la disolución de dicha sociedad y su incorporación a la sociedad "M"? Supongamos que el estatuto de la sociedad "M" exigieran para aprobar una fusión un quórum del 70% en primera convocatoria y del 50% en segunda convocatoria, y una mayoría del 70% de los votos presentes. Tengamos en cuenta que: (a) para resolver la fusión en la sociedad "N" es necesario el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse pluralidad de voto; y (b) para aprobar la fusión en la sociedad "M" es necesario un quórum del 70% -en primera convocatoria- y del 50% -en segunda convocatoria- y una mayoría del 70% de los votos presentes. Si afirmáramos que la sociedad "O" no puede ejercer su derecho de voto ni en la asamblea de la sociedad "M" ni en la de la sociedad "N" -que resuelven la fusión por incorporación de estas dos sociedades- ¿sería acaso imposible resolver la fusión por incorporación de estas dos sociedades?

A fin de responder correctamente el planteo efectuado, debemos determinar cual es la mayoría de cómputo. En Italia, una regla que deriva de la interpretación del artículo 2373 del Código Civil indica que las acciones por las cuales no puede ejercerse el derecho de voto a causa de la existencia de una situación de conflicto, deben ser computadas a los fines de la obtención del quórum constitutivo, pero no se las pueda tener en cuenta a los fines de la aprobación de la resolución²⁶. Ocurre en muchas ocasiones -como en la del caso concreto antes planteado- que el no cómputo de los votos de quienes se abstienen de votar, impide alcanzar alguna mayoría requerida por el estatuto social y por lo tanto ciertas propuestas no podrían ser aprobadas. Entendemos que en esos supuestos la única solución válida es la reduc-

²⁶ Esta regla se infiere de una interpretación a contrario sensu del artículo 2373 inciso 4 del Código Civil italiano: Si el legislador consideró necesario precisar que la relevancia de las acciones detentadas por los socios que se abstienen de votar debe estar circunscripta a garantizar la constitución regular de la asamblea, se entiende que las mismas acciones, fuera de este ámbito, no pueden tener relieve alguno, y por lo tanto, no se las puede tener en cuenta al momento de calcular las mayorías necesarias para la aprobación de cada propuesta individual. Ricci, en Ob. Cit., cita numerosa jurisprudencia y doctrina al respecto.

ción de la base cómputo a los votos hábiles. En los supuestos de abstención legal de voto, las acciones de quienes tienen el deber de abstenerse de votar deben ser computadas para el cálculo del quórum, pero deben ser excluidas de la base del cómputo de la mayoría. Debe reducirse el denominado quórum resolutivo, teniendo en cuenta solamente las acciones de los votantes habilitados y excluyendo los votos de los socios que se abstienen, porque de lo contrario las abstenciones al jugar como voto negativo terminarían paralizando la voluntad de los votantes. Por lo tanto p.e. el 30% de las acciones -de votantes que no tienen un interés contrario al social- se convertirían en el 100% de votos hábiles. Esta interpretación permitiría que se adopte la resolución -de fusión por absorción o cualquier otra resolución importante- en casos como el que planteáramos, en los que existen abstenciones legales por parte del accionista mayoritario, o de accionistas que sin ser mayoritarios tienen porcentajes accionario que impediría se adopte una resolución determinada.

Finalmente quiero dejar a salvo la siguiente situación: si hubieran sólo dos accionistas, y con respecto a una resolución asamblearia ambos accionistas tuvieran un interés diferente al interés social, corresponde que ambos accionistas voten a fin de que se puedan adoptar resoluciones que beneficien a la sociedad.

6. DECISIONES TOMADAS EN CONFLICTO DE INTERESES: CONSECUENCIAS

El art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales prohíbe al accionista que tuviera un interés contrario al interés social ejercer el voto privilegiando su interés individual. Constituye un deber de comportamiento al accionista que posea un interés incompatible con el de la sociedad, cual es que se abstenga de votar. Debemos plantearnos ahora cuales son las consecuencias del incumplimiento del deber de abstenerse de votar en caso de conflicto de intereses. El mencionado artículo 248 no impone como sanción expresa la anulabilidad de la decisión -si el voto en situación de conflicto contribuyera a constituir la mayoría-, sino que sólo le impone a los socios que hubieran violado la abstención, la responsabilidad por los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para la decisión adoptada. ¿Es factible la impugnación de la resolución asamblearia en la que un accionista con interés contrario no se abstuvo de votar? La doctrina mayoritaria se pronuncia por la posibilidad de impugnar judi-

cialmente la resolución lograda violando la prohibición del art. 248²⁷. También la jurisprudencia mayoritaria admite la anulabilidad de las resoluciones asamblearias adoptadas en violación al art. 248, aceptándose cada vez más el abuso de derecho²⁸ como causal de impugnación de las decisiones asamblearias. Coincido tanto con la doctrina como con la jurisprudencia mayoritaria, por lo que considero es posible la impugnación de decisiones asamblearias adoptadas en violación de la obligación legal de abstenerse de votar.

Analicemos ahora la situación en los grupos de sociedades. Otaegui considera que la solución de la nulidad de las decisiones tomadas en conflicto de intereses, resulta inconveniente en los supuestos de grupos de sociedades. "Esto es porque en determinadas circunstan-

²⁷ Otaegui considera que "Cuando el voto en conflicto de intereses afecta a la mayoría necesaria para una decisión válida, la doctrina predominante interpreta que la decisión respectiva es nula. Dicha nulidad tutela al interés particular de los integrantes de la minoría, por lo que se trata de una nulidad que debe ser declarada a pedido de parte (Cod. Civ. 1048) y en consecuencia se compurga por el transcurso del tiempo si no se deduce la acción" (OTAEGUI, Julio Cesar; "Asambleas de Sociedades por acciones. Impugnación") Odriozola, sostiene que la sanción específica de reparación de daños y perjuicios no excluye el ejercicio de la acción de nulidad por cuanto el no cumplir con la abstención de voto impuesta en el art. 248, constituye uno de los supuestos de violación de la ley que fundamenta la acción de impugnación del art. 251 (ODRIOZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos", p. 1119.) Zaldivar, Manóvil, Ragazzi, y Rovira, sostuvieron que "la decisión asamblearia lograda en violación de la prohibición de votar es susceptible de ser impugnada de nulidad" (ZALDIVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo H. y ROVIRA, Alfredo L.; "Cuadernos de derecho societario", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980 - Segunda Edición-). En el mismo sentido Manóvil (MANÓVIL, Rafael Mariano; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario); Nissen (NISSEN, Ricardo A.; "Ley de Sociedades Comerciales"; p. 604); Richard (RICHARD, Efraín Hugo; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario); Roimiser (ROIMISER, Mónica G.; "El Interés Social en la Sociedad Anónima"; p. 105); Arecha y García Cuerva (ARECHA Y GARCIA CUERVA; "Sociedades Comerciales. Análisis y Comentario de la ley 19.550 y complementarias", p. 367); Silberstein (SILBERSTEIN, Isidoro; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario). En una postura diferente a todas las antes citadas, Verón considera que la falta de abstención de voto del accionista que se encuentra en tal situación de conflicto, tiene una sanción, propia y específica, y que al no existir una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses que invalide la decisión asamblearia, debe descartarse la aplicación del art. 251 de la LSC (VERÓN Alberto Víctor; "Sociedades Comerciales. Ley 19.550, Comentada, anotada y Concordada"; Tomo 3; p. 880).

²⁸ La formulación italiana de la "Teoría del Abuso del Voto" sostuvo que el principio mayoritario tiene eficacia vinculante respecto de todos los socios sólo cuando esa mayoría, al ejercer su derecho de voto, lo hace inspirándose en el interés social. De lo contrario y en virtud de frustrarse el fin para el cual tal derecho es concedido, se incurre en una situación de abuso. Por otra parte la noción de abuso de derecho no se refiere sólo al abuso de las mayorías, sino también al abuso de las minorías. Existe abuso de minorías no sólo por medio de la oposición sistemática a las resoluciones propuestas, sino también con la obstaculización de los quórum requeridos por la ley, dando lugar a conflictos derivados de la imposibilidad de tomar una decisión.

cias es necesario tomar en una sociedad una decisión que favorece al interés del grupo pero que contraría al interés de la sociedad, caso en el cual la minoría extraña al grupo podría demandar la nulidad de la decisión por haber sido votada por una mayoría vinculada al interés del grupo, pero en conflicto con el interés de la sociedad". "En esta situación es más conveniente para el interés del grupo que el derecho de los accionistas perjudicados se ciña a una indemnización, tal como es la orientación de la ley de sociedades por acciones alemana de 1965, art. 243"²⁹. El mismo autor sostuvo luego que: "Dado que la LSC no contempla la posibilidad de grupos societarios vinculados de derecho y por lo tanto no tiene norma alguna particular para la tutela de los accionistas externos al grupo, la salvaguarda de los derechos de los accionistas externos al grupo queda regulada por las normas concernientes a la responsabilidad del controlante torpe (arts. 54 y 33 de la LSC) de los administradores de la controlada (arts. 59 y 274) y de los administradores de la controlante (arts. 1072 y 1109 del Código Civil)"³⁰. Odriozola afirma que: "Dentro de nuestro régimen societario, la defensa del accionista externo surge fundamentalmente del art. 248 de la ley de sociedades que posibilita la reparación de los daños y perjuicios y la impugnación de nulidad de aquellas decisiones aprobadas por la asamblea sin respetar la prohibición de voto de aquellos accionistas que tengan por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad. Este principio no solamente protege a la sociedad de una decisión de los accionistas mayoritarios que contraría su interés, sino también protege a los accionistas minoritarios cuando la decisión ha sido adoptada con la intención de perjudicar o afectar los derechos de los accionistas minoritarios aun cuando la misma no constituya un ataque directo a la sociedad. De tal manera, pueden explicarse las impugnaciones a aquellas decisiones, por ejemplo aumento de capital o constitución de reservas, que no afectan a la sociedad pero sí lesionan legítimos intereses de los accionistas cuando las mismas no tengan una adecuada fundamentación y estén dirigidas a procurar una ventaja indebida para algunos accionistas en detrimento de aquellos que no detentan el poder"³¹. Odriozola cita en este sentido las opiniones de Gambino, Mengoni y Ascarelli. Gambino³² sostuvo que el abu-

²⁹ OTAEGUI, Julio Cesar; "Asambleas de Sociedades por acciones. Impugnación"; Primer Congreso de Derecho Societario, Comisión III: Asambleas de sociedades por acciones.

³⁰ OTAEGUI, Julio Cesar; "Asambleas de Sociedades por acciones. Impugnación"; V Congreso de Derecho Societario, p. 422.

³¹ ODRIOZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos"; p. 1118.

³² GAMBINO, Agostino. "La disciplina del conflitto di intresni del socio", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, núms. 9, 10, set. oct., 1969). Citado por ODRIOZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos"; p. 1118.

so de la mayoría comporta necesariamente la lesión del interés común, debiendo concluirse que en tales casos se configura el conflicto sancionado en el art. 2373 del Cód. Civil italiano. Mengoni³³ afirmó que “la deliberación destinada a procurar una ventaja especial a uno o más socios a expensas del interés de los otros socios como tales, importa siempre una lesión de los intereses sociales”. Por su parte Ascarelli dijo que “El derecho de voto no ha sido conferido al accionista en su interés particular y egoísta, sino en el interés de la sociedad” y que “La prevalecía del interés común y la discrecionalidad de la mayoría en la valoración del mismo no puede importar la prevalencia del interés extrasocial del grupo de control en perjuicio de los accionistas ajenos a él”³⁴.

El fallo alemán “ITT” del BGH –1975-, leading case en materia de protección de los accionistas externos y de los acreedores³⁵. Se trataba de una GmbH, cabeza de un grupo, en el cual una subsidiaria de esa empresa multinacional poseía el 85% y un socio minoritario el 15%. La GmbH, a su vez, era comanditada y administrada de dos sociedades en comandita simple (GmbH & Co. KG), de las cuales el minoritario era comanditario con una participación del 40%. Los negocios sociales eran concluidos por un administrador puesto por el grupo ITT, que seguía las directivas de éste. Este administrador hizo que las sociedades dependientes de la GmbH celebraran sendos contratos de prestación de servicios (un *service agreement*) con otra empresa (extranjera) íntegramente perteneciente al mismo grupo ITT, a la cual se le pagaba el 1% sobre el ingreso bruto de las cinco sociedades dependientes de la GmbH en concepto de *contribución grupal*. El socio minoritario había demandado a la subsidiaria de ITT la restitución de fondos cobrados en concepto de contribución grupal, que no respondían a servicios efectivamente prestados. Revocando el fallo del tribunal de apelación el fallo del BGH hizo lugar a la demanda y dispuso indemnizar el perjuicio causado a las sociedades. El fundamento de tal decisión fue que se había usado el poder del grupo mayoritario en perjuicio de la minoría, violando el deber de lealtad que debe imperar tanto frente a la sociedad como entre los socios, y el deber de consideración a los socios minoritarios³⁶. Felicito la existencia de resolu-

³³ MENGONI, Luiggi; “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di intresni nelle deliberazioni di assemblea della societe per azioni”; p. 395 (Studio in Onori de Francesco Messino. Citado por ODRIOZOLA, Carlos S.; “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”; p. 1119.

³⁴ ODRIOZOLA, Carlos S.; “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”; p. 1119.

³⁵ Citado por MANÓVIL, Mariano Rafael; “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”; p. 536.

³⁶ MANÓVIL, Mariano Rafael; “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”; p. 537.

ciones judiciales como ésta. En especial cuando no existe un régimen global en materia de responsabilidad en los grupos de sociedades, la tutela de los intereses de los accionistas externos al grupo constituye la contrapartida imprescindible para el ejercicio de una política global.

7. RELEXIÓN FINAL

El entrecruzamiento del capital accionario que le permite a un accionista formar la voluntad social de más de una sociedad controlada, y la existencia de directorios similares o idénticos configuran una situación de control permitida por la ley que por sí sola no es configurativa de un "interés contrario" en cabeza del accionista controlante. La estrategia común del grupo, y los criterios de eficiencia, economía de recursos y máximo aprovechamiento en base a los cuales son generalmente administradas las sociedades que conforman el grupo, pueden determinar que se originen situaciones de conflicto de intereses en el ámbito interno de las distintas sociedades, especialmente de las controladas, debido a que las controlantes o dominantes pueden tener en mira la realización de intereses extrasociales al ejercer el derecho de voto. Entonces si bien es frecuente que las sociedades del grupo, respondiendo a su elemento caracterizante "subordinación", queden postergadas en la satisfacción de su propio interés social y en consecuencia el de sus accionistas externos, frente al interés del conjunto, no posible afirmar que esto siempre es así. Debe analizarse cada situación en concreto. Yendo al ejemplo al que hicimos referencia al iniciar la exposición, del accionista que ejerce el control interno de derecho de la sociedad "A", que adquiere el paquete accionario mayoritario de la sociedad "B", cuyo objeto social son actividades complementarias de la actividad de la sociedad "A", al que se le plantea como una alternativa con ventajas económico-financieras, comerciales, e impositivas la reorganización empresaria fusionando ambas sociedades, no podemos afirmar sin más la existencia de un conflicto de intereses para el accionista controlante, porque no hay un "interés contrario" por el sólo hecho de ser controlante de otras sociedades. Por lo tanto dicho accionista mayoritario podrá votar o no el compromiso previo de fusión de estas sociedades, dependiendo de las condiciones que pacten en este compromiso. En efecto, del mismo podrían surgir claras ventajas para los accionistas externos y para el accionista controlante, o podrían surgir ventajas diferenciales para el accionista controlante, o podrían significar claros perjuicios para los accionistas externos en su calidad de accionistas de la sociedad subordinada. Por lo tanto la determinación de si puede participar o no de la votación, dependerá del

análisis global de las implicancias de la resolución concreta. Y si decidiera abstenerse, como medida de prudencia o por existir un accionista externo que entiende que existe conflicto de intereses (y a fin de evitar que la cuestión derive en una controversia judicial), la base de cómputo del quorum resolutivo se modificaría, quedando integrada sólo por aquellos que estuvieran habilitados para votar. Consecuentemente, aún si el estatuto social exigiera mayorías especiales, la adopción de la resolución de reorganización y cualquier otra resolución sería posible.

Antes de concluir quisiera señalar dos cosas: (a) el llamado "interés del grupo" no puede prevalecer sobre el interés social específico de cada una de las sociedades. Bajo ningún punto de vista sería justificable la subordinación del interés de las sociedades que individualmente componen un grupo de sociedades al llamado interés del grupo; (b) la política grupal debe ceder ante un conflicto en el ámbito interno de cualquiera de las sociedades del grupo, siendo la tutela de los intereses de los accionistas externos al grupo la contrapartida imprescindible para el ejercicio de dicha política grupal.

Finalmente, quisiera destacar que sin perjuicio de la responsabilidad de los accionistas de acuerdo al artículo 248 de la LSC, la actuación por los accionistas controlantes de modo contrario al interés societario puede llevar a la impugnación de las resoluciones assemblearias en las cuales se plasmaron, la desestimación de la personalidad societaria, en su perjuicio, así como a la extensión de la quiebra respecto de tales controlantes.