

Responsabilidad del controlante común por acuerdos intercompanies desde la óptica del minoritario de alguna de esas sociedades.

Por Josefina Tejeda Rodríguez. Trabajo final del Premaster Semipresencial CUDES-Universidad Austral. Edición 2014.

Sumario: 1. Los grupos de sociedades. 2. El socio externo. 3. Responsabilidad de la controlante. 4. Consideraciones finales.

1. Los grupos de sociedades

La evolución de la economía y del mercado, junto con la libertad de contratación y el derecho de propiedad, dieron como resultado el fenómeno del grupo de sociedades. Se trata de una unidad compuesta de varias personas jurídicas, que interactúan entre sí mediante relaciones de dirección y coordinación empresarial, por las que existe una relación de dominación o de dependencia entre ellas.¹

El fenómeno del grupo de sociedades, o también denominado de concentración empresarial, se presenta de manera altamente beneficiosa para el ámbito económico, facilitando las relaciones de mercado entre las empresas en el marco de la libre competencia. Estos grupos buscan crecer en tamaño para conseguir un conjunto de objetivos: mayor competitividad, acceso fácil y en buenas condiciones a la financiación del mercado, reducir al mínimo de acción a los competidores. De esta manera, el grupo acelera el ritmo de crecimiento, reduce los costos y disminuye los riesgos.

Un rasgo definitorio de estos grupos es la existencia de una dirección unificada de la política empresarial a través de relaciones de control entre un controlante

¹ Roitman, Horacio y Aguirre, Hugo "Grupo de Sociedades, Coordinación y Dirección empresarial". 2010. Abeledo Perrot digital.

(persona física o jurídica) y una o más controladas.² Dentro de las técnicas de control empleadas, se destacan las estatutarias, institucionales y las contractuales -que en el marco del presente trabajo se pretende analizar-. Entre las técnicas contractuales de ejercicio de control, Raúl A. Etcheverry menciona las siguientes: 1) contratos de licencias, patentes, know how; 2) créditos vinculados; 3) créditos excesivos; 4) disociación de la titularidad de la acción y la legitimación del derecho de voto; 5) participaciones recíprocas lícitas; 6) suministros indispensables para la producción; 7) negocio fiduciario o ciertas clases de negocio indirecto; 8) arrendamiento del activo fijo de una empresa por otra; 9) convenciones de voto; 10) pactos de exclusividad; 11) pactos de sindicación; 12) contratos de dominación.³ Acuerdos estos celebrados entre las empresas que forman parte del grupo societario o entre éstas y la controlante.

Sin perjuicio de que el grupo de sociedades implica un fenómeno de concentración empresaria con importantes resultados económicos, en virtud de que permite reducir costos, optimizar beneficios y captar mercados logrando determinada economía de escala, se debe tener presente que como consecuencia de la dirección unificada del grupo, es posible que las relaciones entre las sociedades que lo conforman y de éstas con la controlante, se manejen con pautas diferentes a las del mercado, esto es, que no sean equilibradas sino que favorezcan a una de las sociedades en detrimento de la otra, atendiendo al denominado “interés grupal”, lo cual sucede en los supuestos de vaciamiento por parte de la controlante o de otra sociedad del grupo respecto del patrimonio de la controlada a través de negocios entre ellas, sin contraprestación o ruinosos para

² Del art. 33 de la LS resulta una clasificación del control societario en (i) interno, de derecho o participacional cuando el mismo resulta de la condición de socio o accionista con una participación que confiera a su titular los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias o por poseer una participación –aun porcentualmente minoritaria- determinante de una influencia dominante y (ii) externo o de hecho cuando el mismo resulta de una influencia dominante proveniente de la existencia de especiales vínculos entre las sociedades. (Odriozola, Carlos S. “El control externo y una singular interpretación de los arts. 33 y 54 de la LS – Nota al fallo- 1999. El Dial digital).

³ Raul Anibal Etcheverry, “Responsabilidad de la persona controlante”. 1988. Revista de la Asociación Argentina de Derecho comparado, nro. 7.

la segunda, por no otorgarse las debidas compensaciones por las desventajas sufridas⁴. Asimismo, pueden acordarse transferencias del uso de bienes de capital, locales y personal sin contraprestación, las ventas de insumos, mercaderías o inmuebles a precios inferiores a los del mercado, las transferencias de fondos sin interés, plazo o exigencia de devolución, y la prestación de garantías gratuitas.

El presente trabajo, tiene por objeto analizar la responsabilidad que le cabe a la empresa que ejerciendo el control efectivo sobre otra (controlante), lo utiliza torpemente desviando el interés de la controlada en favor propio, y particularmente, se pretende dilucidar los medios legales para la protección del llamado “socio externo” frente a los abusos en el ejercicio del control en que pueda incurrir la sociedad o la persona dominante.

2. El socio externo

En tanto socio minoritario de las sociedades (dependientes) integradas en el grupo, el socio externo está desvinculado respecto al interés de la sociedad controlante de ese grupo. Indica Carlos S. Odriozola que “accionistas externos o minoritarios son aquellos que no participan como tales en la sociedad o sociedades controladas: agotan su interés en la sociedad controlada o cautiva⁵”. La situación del socio externo es compleja, ya que se encuentra afectado por un doble orden de limitaciones: las derivadas de su condición de minoritario, y las provenientes de la integración de la sociedad al grupo en el cual, el poder de

⁴ La compensación se refiere a cualquier contraprestación que la sociedad dominante otorgue a favor de la sociedad dominada en compensación por las desventajas que hubiera sufrido por la actuación de la controlante, desviando su interés en beneficio de ésta o del grupo. Su fin es neutralizar los efectos nocivos de los negocios y medidas, inducidos por la empresa dominante, para que la dependiente pueda producir utilidades equiparables a las que hubiera generado sin esas medidas perjudiciales. (Rafael M. Manóvil, “Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado, Buenos Aires, 1998, Abeledo Perrot).

⁵ Los Grupos de Sociedades y los Accionistas externos, LL 1986-E-1115.

decisión de la sociedad controlada se desplaza materialmente hacia quien o quienes la controlan.⁶

Sin perjuicio de que la ley de Sociedades contempla normas de tutela al socio minoritario, se advierte una ausencia de dispositivos tendientes a tutelar la situación de los socios extragrupo de las sociedades subordinadas a la política grupal, en especial en lo que refiere a la reparación de perjuicios que puedan verificarse en su patrimonio como consecuencia de los acuerdos concertados intragrupo en el marco del ejercicio abusivo del control por parte de la controlante, que desvía el interés social de la controlada en su propio beneficio o del grupo económico del que forma parte. En tales supuestos, la situación puede devenir en neutra para los integrantes del grupo, cuando lo que no reciben por un lado, lo compensan por el otro, o beneficiosa cuando el resultado final es positivo. Sin embargo, en estos supuestos el socio externo sólo recibe un perjuicio, lo cual es manifiestamente injusto y en principio habilitaría a una acción de daños y perjuicios.

3. Responsabilidad de la controlante

En los casos descriptos precedentemente, la responsabilidad de la controlante —a que refiere el art. 54 de la LS— sólo surgirá si pudiera determinarse que el acuerdo concertado entre las sociedades del grupo, ha sido en perjuicio de los accionistas externos y en beneficio de la controlante.⁷

Sin perjuicio de lo precedentemente indicado, cabe aclarar que las acciones de responsabilidad previstas en los dos primeros párrafos art. 54 de la LS⁸, son

⁶ Paula Celina Martins Mogo, “La responsabilidad de la sociedad controlante frente al socio externo”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario 2001)

⁷ Leandro Salvatierra “Responsabilidad de la Sociedad Controlante en los Grupos Societarios”, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (San Miguel de Tucumán 2004).

⁸ “Art.54 LS: El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o

siempre sociales, ya que están previstas para reparar los daños causados a la sociedad controlada. En palabras de Manóvil, “ni los socios o accionistas en forma individual para sí por el daño sufrido personalmente, ni los terceros, están legitimados para la promoción de esta acción porque si los actos incriminados producen perjuicio directo en el patrimonio de aquellos, les corresponde el ejercicio de acciones directas de derecho común contra los responsables del daño, con total independencia de los derechos de la sociedad”⁹.

Planteado el problema y ante la ausencia de normativa específica que lo tutele, es conducente resolver la situación del socio externo sobre la base del sistema de la responsabilidad civil. Corresponde entonces analizar a su respecto, los presupuestos de la responsabilidad civil: daño, violación de un deber de conducta impuesto por la ley, relación de causalidad entre el hecho y el daño y la imputabilidad de su autor.

-Daño: para que exista deber de reparar respecto del socio éste deberá sufrir un menoscabo en su patrimonio, independientemente del que pueda operarse en relación al patrimonio de la Sociedad.

-Antijuridicidad: El ejercicio de control entre sociedades de un grupo societario, no implica en si mismo un obrar antijurídico, lo ilícito es el control torpe: el desvío del interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico de que forma parte ¹⁰.

Al respecto, se ha destacado que en los casos de control interno hay abuso de control y, consecuentemente, desvío del interés social cuando la sociedad controlada ha devenido prisionera, sometiéndose a una dirección ejercida en vista a intereses que no le son propios. La sociedad es orientada al cumplimiento

efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.”

⁹ Rafael M Manóvil, “Conflictos y Grupos de Sociedades”, Tratado de los Conflictos Societarios, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁰ CCom. Sala F. en autos “Jorge Fischetti S.A. s/Quiebra, pedido de extensión de quiebra a Fischetti y Cía S.R.L. 2/08/2012. Citado en Microjuris: MJ-JU-M-75387-AR / MJJ75387.

de su objeto hacia fines extraños y los bienes de su patrimonio orientados en la persecución de ganancias que se obtienen en otro patrimonio. En los casos de control externo, el derecho abusado no reside en la facultad otorgada por la ley de sociedades para formar la voluntad interna de la persona jurídica por medio del voto mayoritario, sino en el abuso de los “especiales vínculos” que permiten a una persona lograr el control económico de otra, ya sea mediante la desviación de las relaciones contractuales que vinculan a las partes, así, los fines previstos para el contrato (provisión de dinero, o de materias primas de alta tecnología, etc.), no se agotan en la particular y específica relación sobreviniente, sino que se prolongan a esferas no previstas por la ley, derivando en un control de zonas relativas a la política financiera, a la administración de quien hasta entonces era sólo un depositante, un proveedor, un comprador, etc.¹¹

-Relación causal: para atribuir responsabilidad a la sociedad controlante, será necesaria la verificación del momento en que se produjo el desvío del interés social, la orden dada por la controlante y el correlativo daño acaecido en el patrimonio del socio externo como consecuencia del obrar societario.

-Factor de atribución: La imputación se efectuará a título de dolo o culpa (Art. 1109, 1072 CC). En este sentido, se ha dicho que “la responsabilidad de la controlante por los daños causados a la controlada, aún por abuso de la posición de dominio o control, es de tinte subjetivo, especialmente doloso”¹². Resulta difícil imaginar en los casos de control interno, que la controlante pueda alegar desconocimiento del interés social de la controlada, y por lo tanto la imputación será a título de dolo.

En el esquema analizado, cobra relevancia el derecho de información del socio externo, en virtud de que deberá acreditar la orden impartida por los administradores de la controlante, que se dio cumplimiento a las instrucciones

¹¹ Mauricio Boretto, “Responsabilidad Civil del Sujeto Controlante por los Daños Causados a la Sociedad Controlada”, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007.

¹² Mauricio Boretto, op.cit

impartidas por la controlante, las consecuencias de tal conducta, y por último, el daño que ello generó en su patrimonio. Reunidos todos los requisitos analizados, nace la obligación en cabeza de la sociedad controlante, de reparar los daños causados.

4. Consideraciones Finales

La inexistencia de normas que contemplen la tutela de los socios externos ante el abuso de control por parte de la sociedad controlante, pone de manifiesto la necesidad de crear dispositivos tendientes a otorgarles algún grado de protección, tanto si permanecen en la condición señalada, como si pretenden desvincularse de la sociedad.

En este sentido, parte de la doctrina ha señalado, entre otras medidas las siguientes:¹³ a) establecer causales de receso en favor del socio externo, mediante la fijación de pautas objetivas que permitan determinar a partir de cuándo y en que situaciones puede ejercerse; b) dadas las políticas de transferencias y asistencia financiera que presentan los grupos de sociedades, a través de los contratos entre las sociedades que los conforman, o entre éstas y la controlante, se debería prever una suerte de derecho de receso impropio o expropiación inversa extragrupo, en el sentido de que cuente con un derecho a que la sociedad controlante adquiera su participación ya sea liquidándola en efectivo o, a opción de aquél cajeándola por acciones de la controlante o incluso de otra sociedad del grupo; c) cuando mediando ganancias no se distribuyan utilidades y ello responda a conveniencias de una política grupal y no al interés de la sociedad, debería exceptuarse de esa restricción al socio externo, reconociendo en su favor y para cada oportunidad en que ello acontezca, el derecho al dividendo de pago forzoso, a fin de que dicho socio reciba igual tratamiento que normalmente debería recibir si la sociedad no estuviera

¹³ Rossi "Grupos de Sociedades y mecanismos de tutela". Nuevas Perspectivas del Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades, Ad Hoc.

integrada en el grupo; d) respecto de la responsabilidad de la controlante, se ha dicho que los socios externos tienen pocas posibilidades de probar el contenido concreto de una política grupal y en razón de esto, se propone que la responsabilidad debería funcionar sobre la base de algunas presunciones básicas que inviertan la carga de la prueba a fin de que sea la propia controlante quien deba probar los extremos de exculpación, tales como que la política grupal no produjo desventajas a la sociedad dependiente, o que éstas fueron suficiente y oportunamente compensados, o que los daños causados lo fueron por fuera de la sujeción a la dirección unificada, etc.

Debemos tener presente que la disciplina societaria no resulta apta en la actualidad, para regular los fenómenos provenientes de los agrupamientos de sociedades, lo cual podría determinar que éstos pudiesen considerarse, en muchos supuestos ilegales o abusivos.¹⁴ La problemática planteada pone énfasis en la necesidad de que se establezcan normas propias para regular jurídicamente el fenómeno de los grupos de empresas y sociedades, particularmente que contemplen la situación de los socios externos, que como se indicó en el presente trabajo, carecen en la actualidad de herramientas que le permitan proteger de manera inmediata los perjuicios sufridos en su patrimonio como consecuencia de una política grupal, en virtud de la cual se desvía el interés de la sociedad -de la que son accionistas- en beneficio de la controlante o de las restantes sociedades del grupo.

¹⁴ Raul Anibal Etcheverry, ob cit

