

La relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada

por

MAURICIO BORETTO

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales

por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
 - 1.1. PRELIMINARES.
 - 1.2. EL DEBER JURÍDICO DE REPARAR.
 - 1.3. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD.
 - 1.4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - 1.4.1. *Aspectos que presenta:*
 - a) Causalidad a nivel de autoría.
 - b) Causalidad a nivel de extensión del daño resarcible.
 - 1.4.2. *Consecuencias reparables según el ámbito de la responsabilidad, contractual o extracontractual. Extensión del resarcimiento.*
2. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA ACTIVIDAD COMERCIAL (CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SOCIETARIO):
 - 2.1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN.
 - 2.2. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA DEL RÉGIMEN SOCIETARIO DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTROLANTE A LA CONTROLADA:
 - a) *Argumentos para no distinguir: el régimen societario es absorbido por el régimen común.*
 - b) *Argumentos para distinguir: el régimen societario no es absorbido por el régimen común.*

- 2.3. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DETERMINAR SI EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY ARGENTINA 19.550 CONSAGRA UN RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, O BIEN, ES UN CAPÍTULO MÁS DEL RÉGIMEN COMÚN U ORDINARIO DEL CÓDIGO CIVIL?
3. EL GRUPO SOCIETARIO:
 - 3.1. PRELIMINARES.
 - 3.2. CONCEPTO.
 - 3.3. CLASES DE GRUPO:
 - a) *Los grupos de hecho.*
 - b) *Los grupos de derecho.*
4. EL CONTROL SOCIETARIO Y LA INFLUENCIA DOMINANTE:
 - 4.1. NOCIÓN.
 - 4.2. EFECTOS DEL CONTROL.
 - 4.3. EL CONTROL EN EL DERECHO POSITIVO SOCIETARIO ARGENTINO.
 - 4.4. CLASES DE CONTROL:
 - a) *El «control interno».*
 - b) *El «control externo».*
 - 4.5. LA INFLUENCIA DOMINANTE —EN EL CONTROL EXTERNO Y EN EL CONTROL INTERNO— COMO ESPECIE PARTICULAR DEL CONTROL SOCIETARIO.
 - 4.6. DIFERENCIA ENTRE EL CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES POSEÍDAS Y EL CONTROL COMO EFECTIVO EJERCICIO DEL PODER.
5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO:
 - 5.1. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL DEBER DE REPARAR AL CASO PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO. PARTICULAR ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - a) *Aclaración preliminar.*
 - 5.2. AUTORÍA.
 - 5.3. ANTIJURIDICIDAD:
 - a) *Algunos casos de antijuridicidad material por violación del interés del grupo y del interés social de la controlada.*
 - 5.4. IMPUTABILIDAD.
 - 5.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN:
 - a) *Preliminares.*
 - b) *Nuestra opinión.*
 - 5.6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD:
 - a) *Preliminares.*
 - b) *Relación de causalidad y control societario.*
 - c) *Sistemas de responsabilidad en el Derecho Comparado:*
 - a') El sistema de la *entity law*.
 - b') El sistema de la *entreprise law*.
 - c') El sistema dual germánico.
 - d) *Proyección de la discusión a nuestra investigación.*
 - e) *Nuestra opinión.*
6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. PRELIMINARES

Es fundamental para comprender acabadamente el funcionamiento específico de la relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada, referirnos —aunque brevemente— a los presupuestos generales de la responsabilidad civil.

En efecto, es nuestro objetivo analizar si los presupuestos generales del deber de reparar —en especial la relación de causalidad— se proyectan al supuesto concreto de la responsabilidad de los controlantes, o bien, este supuesto de responsabilidad constituye un capítulo autónomo con regulación propia a través de principios específicos, incluida la relación causal.

1.2. EL DEBER JURÍDICO DE REPARAR

El tema relativo a la obligación de indemnizar los daños causados a otro es uno de los capítulos más importantes del Derecho Privado; así lo prueba la gran cantidad de decisiones contenidas en los repertorios jurisprudenciales y la extensísima bibliografía existente.

Los autores discrepan sobre cuáles son los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para que los daños sufridos por una persona deban ser reparados por otra. La visión sobre este tema ha experimentado cambios significativos a partir del industrialismo. En general, puede afirmarse que el eje central de la cuestión se trasladó del dañador al dañado y, consecuentemente, de la noción de sanción a la de daño. Por eso, se afirma que la llamada responsabilidad civil contemporánea, a diferencia de la responsabilidad penal, apunta o se preocupa más del «daño injustamente sufrido» (por la víctima) que del «daño injustamente causado» (por el autor o responsable).

1.3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

La expresión «presupuestos» está utilizada en el sentido de «requisitos», cuales son: la antijuridicidad, la imputabilidad, el factor de atribución, la relación de causalidad y el daño. Nos referiremos a la relación de causalidad por ser el presupuesto más problemático en el tema relativo a la responsabilidad del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada.

1.4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1.4.1. Aspectos que presenta

Además de la antijuridicidad, la imputabilidad y el factor de atribución, es necesario que el daño guarde relación de causalidad adecuada con la conducta del sujeto a la que se atribuye el daño.

La relación de causalidad presenta dos aspectos: a) La causalidad a nivel de autoría: desde esta visión, se trata de determinar el vínculo, la relación, el lazo existente entre la actuación de un sujeto y el resultado dañoso, y b) La causalidad a nivel de extensión del daño resarcible: desde esta perspectiva, se analizan cuáles son las consecuencias resarcibles (inmediatas, mediatas, casuales y remotas).

a) Causalidad a nivel de autoría

Para establecer cuál es la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad *ex post facto*, o sea, producido el hecho dañoso, considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era o no idónea para producir regular o normalmente un resultado; ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada en abstracto, hubiese podido prever como resultado de un acto.

En otras palabras, a fin de poder determinar jurídicamente el nexo causal para imputar a un sujeto un resultado, no puede prescindirse de una apreciación racional, referida a la aptitud normal de previsibilidad considerada en abstracto, es decir, objetivamente. Por ejemplo, producida la muerte de un enfermo, y acreditado el error del diagnóstico médico, hay que preguntarse si el error fue el que produjo el resultado (muerte) o si, por el contrario, aún con un diagnóstico y tratamiento correcto, el paciente hubiese muerto de cualquier modo por el tipo de enfermedad que padecía.

b) Causalidad a nivel de extensión del daño resarcible

Según el Código Civil argentino, las consecuencias de un acontecimiento (hecho ilícito, o incumplimiento contractual) pueden ser:

- a) Inmediatas: son las que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901). Por la fuerza de una experiencia constante y regular, estas consecuencias se representan necesariamente en la mente de un hombre normal; por eso, el agente debe

responder siempre por ellas. En este sentido, el artículo 903 dispone que «Las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos».

- b) *Mediatas*: son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. El grado de idoneidad del primer hecho para erigirse en causa adecuada del resultado dañoso configura un proceso mental de experiencia que constituye la previsibilidad de un hombre normal. Estas consecuencias son imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento, haya podido preverlas (art. 904), precisamente porque son previsibles en abstracto.
- c) *Casuales*: son las consecuencias mediatas que no pueden preverse. Las mismas escapan a toda previsibilidad porque corresponden a hechos que sobrevienen inesperadamente en el proceso causal e interrumpen su normal desarrollo. Al no ser previsibles en abstracto, estas consecuencias no son imputables al agente, salvo que las hubiera previsto concretamente, dadas ciertas condiciones particulares del sujeto y hubiese obrado teniendo en miras ese resultado (art. 905), es decir, si ha actuado con dolo.
- d) *Remotas*: estas consecuencias, por no tener un nexo adecuado de causalidad con el hecho, jamás son imputables al autor (art. 906); si bien son mediatas, están tan distantes del hecho considerado que, por ello mismo, no pueden preverse.

1.4.2. Consecuencias reparables según el ámbito de la responsabilidad, contractual o extracontractual. Extensión del resarcimiento

¿Qué consecuencias debe reparar el autor del hecho dañoso? La respuesta a este interrogante es el relativo a la «extensión del resarcimiento».

Se dice que la reparación debe ser integral. Ahora bien, esta expresión no quiere decir que se deba reparar todo daño ocasionado sin límite alguno. Por el contrario, sólo son resarcibles los daños que son consecuencia adecuada del hecho.

En el régimen argentino, la extensión del resarcimiento difiere según se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual.

En la órbita contractual, si el incumplimiento fue meramente culposo, sólo se reparan las consecuencias inmediatas (art. 520 del Código Civil argentino); en cambio, si fue doloso, el deber de reparar se extiende hasta las consecuencias mediatas (art. 521 del Código Civil argentino). Nunca se reparan las consecuencias casuales y mucho menos las remotas.

En el ámbito extracontractual, si hubo cuasidelito, o sea, si el hecho se imputa a culpa del autor, el resarcimiento se limita a las consecuencias inmediatas y mediatas del acto ilícito (arts. 901, 903 y 904 del Código Civil argentino). Si el agente cometió un delito, pues obró con dolo (art. 1072 del Código Civil argentino), la reparación del daño se extiende hasta las consecuencias casuales, pero sólo en tanto y en cuanto el autor las previó en el caso concreto, al actuar teniéndolas en mira (art. 905 del Código Civil argentino).

En suma, tratándose de actos dolosos (incumplimiento contractual doloso o hecho ilícito doloso), el código abandona la causalidad abstracta y adhiere a un criterio subjetivo concreto. Sólo así se explica que las consecuencias casuales, que objetivamente no son previsibles, pueden serlo en concreto. En otras palabras, según el propósito del autor del daño, según las miras tenidas en cuenta por él, esas consecuencias, para él, debían ser previsibles.

2. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA ACTIVIDAD COMERCIAL (CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SOCIETARIO)

2.1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Trataremos de responder el siguiente interrogante:

¿Si el tratamiento de los daños causados en la actividad comercial —especialmente en el ámbito del Derecho Societario y en el marco de las relaciones de control— exigen una normativa especial o, al menos, un estudio particular, de alguna manera separado de la teoría general de la responsabilidad civil; o bien, se le deben aplicar los principios generales de la responsabilidad por daños?

Tomaremos como punto de reflexión el artículo de la ley societaria argentina que se erige en «piedra de la discordia». Nos referimos al artículo 54, primer párrafo, de la Ley 19.550 de sociedades comerciales (en adelante LSC), que expresa: «Dolo o culpa del socio o controlante. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituyen 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 aplicare los fondos o 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 cuenta exclusiva».

El *quid* de la cuestión consiste en tratar de hallar una respuesta a los siguientes interrogantes: 1. ¿Constituye, la normativa societaria transcrita, una ley especial con principios autónomos a los efectos de determinar la reparación de los daños causados por el controlante a la controlada en el marco de las

relaciones de control societario?, o bien, 2. ¿El artículo referenciado se subsume y es absorbido por el régimen general?

2.2. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA AUTONOMÍA DEL RÉGIMEN SOCIETARIO DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTROLANTE A LA CONTROLADA

En abstracto, creemos que existen razones que brindan apoyo a una y a otra postura. La presente investigación intentará determinar a cuál le asiste razón.

a) *Argumentos para no distinguir: el régimen societario es absorbido por el régimen común*

1. Hay una vocación «universal» de las reglas de la responsabilidad civil común u ordinaria. Ante la duda que puede generar la norma del artículo 54 LSC, acerca de su «real» autonomía, hay que recurrir al Derecho Común, es decir, el Código Civil y su normativa sobre la responsabilidad civil. Si la ley no distingue claramente, el operador no debe distinguir y deberá recurrir y guiarse por los presupuestos de la responsabilidad civil común u ordinaria.

2. La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales (art. 54 LSC) tienen —en última instancia— naturaleza indemnizatoria, por lo que deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el *quantum* que la controlante deberá pagar a la controlada por el daño que le ha provocado por su obrar antijurídico; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa de la sociedad controlada, o, dicho en otros términos, para evitar que ésta saque provecho de un acto ilícito.

3. La palabra sanción no sólo es sinónimo de punición. Las sanciones pueden ser caracterizadas también como medidas que se imponen para reforzar la observancia de las normas del sistema y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia. Aparece así la relación de responsabilidad civil mediante la cual el ordenamiento jurídico societario busca de alguna manera acordar una reparación al damnificado, sin que ello descarte el carácter de sanción que el deber de reparar significa para el opresor.

4. Por ello, para reparar los daños causados por la controlante —con lo cual se persigue «resarcir» a la víctima controlada de los efectos del daño sufrido por el control «patológico»— hay que echar mano al régimen común (arg. art. 1109 y ctes. del Código Civil argentino) en función de la antijuridicidad consagrada en el mentado artículo 54 LSC.

b) *Argumentos para distinguir: el régimen societario no es absorbido por el régimen común*

1. La prohibición de compensación y la obligación de llevar las ganancias personales a la sociedad permiten concluir, por contrapartida, en la existencia de un régimen específico indemnizatorio en la materia que se aparta del régimen común u ordinario. En efecto, dichas consecuencias jurídicas previstas en la norma parecen funcionar «a la manera» de los «daños punitivos» con tinte sancionatorio y no indemnizatorio, por lo que no deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el *quantum* que la controlante deberá pagar a la controlada por el daño que le ha provocado por su obrar antijurídico.

2. La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales (art. 54 LSC) tienen el carácter de «sanciones» que persiguen la finalidad de evitar en el futuro el abuso de control. No procuran —precisamente— reparar el daño causado por lo que deben interpretarse como un régimen específico.

3. Los efectos mencionados en el párrafo precedente tienen un doble objetivo: 1. Afianzar la existencia de una reparación a la víctima, asegurándole a la sociedad controlada que los daños sufridos serán bien compensados; y 2. Una sanción a la controlante, para disuadir conductas abusivas en el futuro.

4. Así las cosas, se persigue sancionar y disuadir a los controlantes que han violado la «regla» que prohíbe abusar de su posición de dominio en las relaciones de control societario; obligándolos a restituir lo ilegítimamente ganado o prohibiéndole compensar el lucro obtenido con la obligación de indemnizar a la sociedad controlada.

2.3. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA PRÁCTICA DE DETERMINAR SI EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY ARGENTINA 19.550 CONSAGRA UN RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, O BIEN ES UN CAPÍTULO MÁS DEL RÉGIMEN COMÚN U ORDINARIO DEL CÓDIGO CIVIL?

Creemos que existe una evidente importancia «práctica» en desvelar el interrogante acerca de si la reparación de los daños causados por el sujeto «controlante» al sujeto «controlado» por el abuso de su posición de dominio —nacida de las relaciones de control existentes entre ambos— se rige por los mismos principios de la responsabilidad civil según los parámetros del Código Civil, o bien, se encuentra informada por principios propios del Derecho Societario que gozan de autonomía frente a aquellos otros y, por tanto, conducen a resultados diversos.

Así las cosas, nada impide que nos preguntemos si es posible, a la luz del Derecho Societario argentino (conf. art. 54 LSC), consagrar la responsabilidad del «controlante» conforme al sistema llamado *enterprise approach*, en virtud del cual el control ejercido por la sociedad dominante sobre sus filiales califica a dicha estructura como grupo (un todo unitario) y determina la responsabilidad automática de la subordinante frente a terceros por las deudas de sus filiales.

En nuestro caso, trasladando esta teoría a nuestra hipótesis de trabajo, se tratar de saber si la sola existencia del grupo hace responsable, sin más, al controlante frente a la controlada por los daños sufridos por ésta.

En efecto, según la *enterprise approach* no existe un análisis acerca de la existencia de una «relación de causalidad adecuada» entre la «relación de control», la «situación de dominación», el «daño sufrido por la controlada con motivo de la relación de control» y la «responsabilidad del dominante por el abuso de su posición».

Bastaría, consecuentemente, la mera existencia del «grupo» para el nacimiento de la responsabilidad.

Cabe preguntarse, entonces, si a la luz del artículo 54 LSC y el artículo 906 del Código Civil argentino es posible arribar a la misma conclusión en nuestro país, o deben indagarse acerca de posibles soluciones diferentes.

Con respecto a la responsabilidad de la controlante por las deudas de la controlada, hay quienes ya han arriesgado opinión y han concluido que una excesiva extensión del principio de responsabilidad derivado del control por el cual la controlante responda por las deudas de la controlada podría llevar, en nuestro sistema jurídico, a una derogación importante de los principios de responsabilidad contractual, y a la vez, a hacer peligrar las bases mismas del régimen de responsabilidad limitada.

3. EL GRUPO SOCIETARIO

3.1. PRELIMINARES

Se ha sostenido, con razón, que la estructura económica moderna ha producido la fractura entre el Derecho Societario tradicional, regulador 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 societaria actual. Se destaca como rasgo tipificante del grupo la unidad de decisión.

Sin embargo, en el Derecho argentino no existe una regulación sobre los grupos societarios. No hay un régimen especial de agrupamiento societario.

No hay prohibiciones de ninguna índole para el funcionamiento de grupos de sociedades.

3.2. CONCEPTO

La premisa que servirá de punto de partida para conceptualizar al grupo societario es la existencia de una relación de control.

En efecto, el grupo societario es un tipo de concentración societaria en el que las sociedades intervinientes están sujetas a una administración o dirección común, y guardan entre sí vínculos de subordinación. Ciertamente, es necesario que una de las sociedades actúe dando instrucciones y determinando la conducta de los administradores y el desenvolvimiento de los negocios de la otra.

Justamente, la unidad de decisión es el carácter más relevante del grupo de sociedades. Una de las sociedades del grupo toma las decisiones, las que son acatadas por las demás entidades. Por ello se habla de sociedades dominantes y sociedades dominadas, o bien, controlantes y controladas; o, en fin, sociedad matriz y sociedad filial.

Sobre esta plataforma fáctica es que, en materia de responsabilidad, se hace responsable al cappo grupo —«cabeza del grupo», dicen los italianos— fundándose en el ejercicio efectivo del control y de la dirección unificada para la conformación de un grupo de intereses que pueden ser diversos a los de las sociedades subordinadas.

En sí mismo, el fenómeno del grupo no es ilícito ni merece sanción por parte del ordenamiento jurídico. Aún cuando exista dirección unificada, y una sociedad determine la conducta de las demás sociedades y el desenvolvimiento de sus negocios; no por ello hay abuso o un obrar antijurídico a la luz del artículo 54 LSC.

Por ello es relevante que las relaciones de control se transparenten en la contabilidad de cada una de las sociedades de conformidad a la manda del artículo 62, tercer párrafo LSC, y en las correspondientes notas complementarias regladas en el artículo 65 de la LSC.

Un buen parámetro a tener en cuenta para determinar cuándo se ha desviado el control, degenerando en algo patológico —lo que sí es antijurídico (arg. art. 1109 del Código Civil argentino)— es el concepto de interés social. Éste radica en la realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social y que se refleja en una satisfacción proporcional del interés de cada socio.

Consecuentemente, el desvío del interés se presenta cuando la sociedad madre o controlante causa una disminución o retaceo de las posibilidades de la sociedad controlada o filial de cumplir con su objeto propuesto: la producción de bienes o servicios en forma apta para generar beneficios con su actividad.

3.3. CLASES DE GRUPO

Básicamente, existen dos especies de grupo: el grupo de hecho y el grupo de derecho.

a) *Los grupos de hecho*

Los grupos de hecho son aquellos que resultan del hecho social y económico de la realidad consistente en la concentración económica y jurídica de empresas, en la cual una de ellas detenta el poder de determinar la voluntad social de la otra con rasgos de continuidad y permanencia. En consecuencia, como resultado de las participaciones en el capital y votos, o por relaciones contractuales, se articulan los grupos de hecho desde la perspectiva societaria.

Puede ocurrir que este poder tenga por fuente la existencia de una relación de control interno en la cual un sujeto —llamado «controlante»— posee las participaciones sociales necesarias (acciones, cuotas o partes de interés) para formar la voluntad social de la sociedad «controlada» o para ejercer sobre ella una influencia dominante. Sin embargo, el poder para establecer la voluntad social puede surgir también de una relación de control externo en virtud de los especiales vínculos existentes entre ambos sujetos de derecho (v.gr.: uno de ellos es el único proveedor en el mercado de la materia prima que el otro necesita para llevar a cabo su producción) (arg. art. 33 LSC).

El fenómeno del grupo de hecho es captado por la ley argentina de sociedades comerciales, lo que resulta de las siguientes disposiciones normativas: 1. Se establece el concepto de sociedad controlada (art. 33); 2. El artículo 54 alude a la responsabilidad del controlante y a la desestimación de la personalidad societaria, dos vertientes muy ricas para acotar el abuso en el ejercicio del control y sus consecuencias económicas; 3. En el artículo 63 se prevé que en el balance general deberá suministrarse la información de la cual resulten los créditos, inversiones y deudas existentes entre las sociedades controlantes y controladas —art. 63.1.º, activo, incisos *b*) y *d*), y 2.º, pasivo, I, inciso *a*)—; 4. En el artículo 64 se expresa que el estado de resultados o cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio deberá exponer los intereses pagados o devengados provenientes por deudas con sociedades controladas o controlantes, y 5. El artículo 66, relacionado a la memoria de los administradores, dice que éstos deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar «las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en créditos y deudas».

Se advierte, a través de esta normativa, la relevancia que el legislador le ha dado al fenómeno grupal y de control entre sociedades pues se ha preocupado por: *a)* definir lo que es una sociedad controlada; *b)* dar publicidad contable a las relaciones de control para información de los socios y terceros; *c)* aclarar que el control se puede ejercer de manera directa o por interpósita sociedad, a su vez controlada; *d)* que el mentado control puede ser interno (o en función de la prevalencia de votos en las asambleas o reuniones sociales ordinarias como para formar la voluntad social o para ejercer una influencia dominante) o externo (o económico).

b) Los grupos de derecho

Por otro lado, nos encontramos también con los grupos de derecho que son aquellos en los cuales el grupo es creado en función de la existencia de un contrato de agrupamiento. En otros términos, se trata de verdaderos «modelos contractuales» por cuanto esos grupos reconocen subordinación y dirección unitaria a partir de un contrato de dominación regulado por la legislación y con publicidad registral.

Esta especie de grupo es ajena al Derecho argentino. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce la existencia de un contrato o convención en virtud de la cual se crea un «grupo» sobre la base de la existencia de una relación de subordinación entre diversos sujetos de derecho.

Según la legislación argentina, sólo se admite el fenómeno grupal *de facto* (conf. art. 33 de la Ley 19.550) que resulta espontáneamente de la realidad negocial (v.gr.: porque existe un sujeto que detenta el paquete accionario de otra sociedad o ejerce sobre ésta una influencia dominante, etc.). No se reconoce, en cambio, el fenómeno grupal de derecho que es estructurado a partir de un contrato de dominación de grupo que tiene como causa fin —precisamente— constituir el grupo.

Otra es la realidad en el Derecho Comparado.

Por ejemplo, en Brasil, la Ley 6404 del 15-12-1976, en su artículo 265 (capítulo XXI), establece que pueden constituir un grupo de sociedades la sociedad controlante y sus controladas. A tal efecto, deben celebrar una convención por la cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetos, o a participar de actividades o emprendimientos comunes. Según el ordenamiento brasileiro es condición que el dominio pre-exista a la celebración del convenio. Se excluye la posibilidad de que el propio convenio sea la fuente de control. El control que debe preexistir al convenio debe ser ejercido en forma permanente y sólo puede derivar de derechos de socio o de accionista, o configurarse mediante acuerdo con otros socios o accionistas de la controlante. Está excluida toda forma de control externo, pero

no es necesario que la participación de la controlante constituya la mayoría absoluta, sino que basta que, de hecho, sus votos le permitan prevalecer en forma permanente. La convención formativa del grupo debe ser aprobada por la asamblea con las mismas formalidades (y mayorías) requeridas para la modificación del contrato social o del estatuto, y debe inscribirse en el Registro de Comercio y publicarse. El grupo queda constituido a partir de la registración. Puede tener un plazo de duración determinado, o no tenerlo, pero en todo caso deben preverse las condiciones de su extinción.

Finalmente, cabe destacar que la consecuencia primordial del grupo de Derecho en Brasil es que «a los administradores de las sociedades afiliadas, sin perjuicio de sus atribuciones, poderes y responsabilidades de acuerdo a sus respectivos estatutos o contratos sociales, compete observar la orientación general establecida y las instrucciones expedidas por los administradores del grupo que no importen violación de la ley o de la convención del grupo» (art. 273).

Como se puede advertir, la sujeción que deben observar los administradores de las sociedades controladas con respecto a las directivas impartidas por los administradores de la sociedad controlante es propio de la dirección unificada que caracteriza también a los grupos de derecho.

4. EL CONTROL SOCIETARIO Y LA INFLUENCIA DOMINANTE

4.1. NOCIÓN

Hay control societario cuando un sujeto de derecho detenta —con carácter continuo y permanente— el poder de dirigir la voluntad social de otro ente y, consecuentemente, de gestionar la «empresa» de la cual es titular.

En suma, existe control cuando el sujeto de derecho subordinado encuentra «condicionada» su conducta por la voluntad del controlante.

La existencia de una relación de control es la que sirve de sustento para la formación de grupos societarios, que reflejan la centralización económica y jurídica entre una de las sociedades miembro con respecto a las otras que componen el grupo.

Finalmente, es menester destacar que la relación de control no tiene carácter estático. Por el contrario, es fundamentalmente dinámica en virtud de los vínculos especiales que se van generando en el marco de la organización y de las relaciones empresariales existentes entre el sujeto controlante y los entes sociales controlados; todo lo cual culmina con la existencia de una dirección unificada.

En este escenario, es en el que puede desarrollarse en forma patológica la relación de control; incurriendo la controlante en posibles «abusos» que decanten en un desvío del interés social de las sociedades controladas.

La dinámica «normal» del control societario se puede proyectar en diferentes sentidos. Básicamente, existe una relación de reciprocidad económica.

Por ejemplo: 1. No hay visos de abusos cuando la controlada suministra a la controlante materias primas que esta última retribuye económicamente a precio de mercado, y que utiliza de insumo para la elaboración de su producto final. 2. De igual modo, la sociedad subordinada puede «asistir» a la que ejerce el control a través de un servicio de entrenamiento para el personal, adiestramiento informático, auditorías contables, etc.; siempre y cuando se verifique la existencia del correspondiente contravalor (v.gr.: pago de los honorarios respectivos), y 3. A su turno, refleja también esta dinámica «normal» del control, el otorgamiento de cartas de recomendación, cartas de patrocinio y cartas de patronage por la controlante a favor de la controlada para generar confianza ante terceros que deseen contratar con esta última.

Por el contrario, la dinámica del control societario es «patológica» cuando la controlada es utilizada como sociedad «cenicienta» que subvenciona a los demás miembros del grupo sin la correspondiente contraprestación. Se verifica claramente un desequilibrio patrimonial a favor de la controlante y en detrimento de la controlada. En efecto, se advierte una desatención del interés social de la sociedad subordinada, pues se comprueba una transferencia patrimonial que emigra de su peculio sin compensación adecuada, haciéndose cargo de las pérdidas y del riesgo de las operaciones del grupo.

Tal es el caso, por ejemplo: 1. De la utilización de los recursos humanos (v.gr.: un caso común es el de los empleados designados y pagados por la controlada que trabajan para la controlante); 2. Operaciones de garantía de las controladas a favor de otras controladas o de la controlante que toman créditos en su exclusivo beneficio (v.gr.: fianzas, garantías principal pagador, avales, etc.), y 3. Transferencia de bienes de la sociedad subordinada a favor de la subordinante sin contrapartida; provocando un «vaciamiento» de la empresa de titularidad de la primera.

4.2. EFECTOS DEL CONTROL

Cabe preguntarse qué quiere decir «en los hechos» que un sujeto tiene el «control» de una sociedad. Esto nos permitirá determinar, en el caso concreto, cuándo ha existido abuso de ese control y analizar la consiguiente responsabilidad.

Podríamos contestar al interrogante formulado precedentemente en el sentido de que el «control» importa, en definitiva, detentar el «gobierno» del ente social. Traducido a la realidad societaria, quiere decir que el controlante tiene: 1. El manejo patrimonial de la sociedad controlada (poder decidir sobre el destino de los bienes sociales). 2. La posibilidad de aumentar su capital

social (que permite el temido «licuamiento» de la participación de los socios minoritarios). 3. El poder de designar y remover a los miembros del órgano de administración y fiscalización, fijar su remuneración y aprobar su gestión. 4. Determinar la política de dividendos (distribuirlos o no, y si se distribuyen, cómo y en qué medida). 5. Reformar los estatutos, y 6. Aprobar los estados contables (que exterioriza la «rendición de cuentas» del órgano de administración por su gestión).

4.3. EL CONTROL EN EL DERECHO POSITIVO SOCIETARIO ARGENTINO

La norma «clave» que debemos tomar como punto de partida para el análisis del control societario es el artículo 33 LSC, que reza: «Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por medio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. 2. Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».

Huelga destacar que si bien el artículo transcrito atribuye la calidad de controlante únicamente a las sociedades, las restantes normas que involucran ese tipo de relaciones no son limitativas. Los tres párrafos del artículo 54 LSC hacen mención del controlante a secas, sin discriminación alguna. El artículo 161, inciso 2.º, ley de concursos y quiebras (en adelante LCQ) al tratar de la extensión de la quiebra al controlante caracteriza a éste como toda persona que se halle en la situación que describe la norma. Con lo cual, la conclusión es que no sólo sociedades, sino también personas físicas y, de modo más general, cualquier otra clase de persona jurídica, pública o privada, puede asumir la condición de controlante si de hecho ejerce o está en condiciones de ejercer el poder inherente a esa condición.

4.4. CLASES DE CONTROL

Básicamente, podemos clasificar el control societario en dos subespecies:

a) *El «control interno»*

Es el desarrollado desde adentro de la sociedad —por las participaciones sociales (acciones, cuotas o partes de interés) que se detentan— a través de la formación de las mayorías necesarias en las reuniones sociales (art. 33, inciso 1.º e inciso 2.º, primera parte, LSC). Existen tres vías para consolidar

esta especie de control: 1. Porque se posee la «mayoría» de los votos. En este caso, los socios reúnen la mayoría estatutaria o, lo que es lo mismo, una cantidad de votos igual o mayor a los que exige el estatuto para aprobar resoluciones en las reuniones sociales (conf. art. 33, inciso 1.º LSC). Es el control interno mayoritario. 2. Porque aunque el controlante no posee la mayoría de los votos, detenta los «suficientes» para adoptar las decisiones en las reuniones o asambleas ordinarias del ente social controlado. Esta forma de control interno es común en aquellas sociedades en las cuales existe una gran dispersión de los socios (v.gr.: sociedades anónimas «abiertas») lo que, sumado al desinterés de muchos de ellos por el gobierno de la entidad (v.gr.: que se traduce en reiteradas inasistencias en las asambleas, etc.), permite que un grupo reducido de socios que detentan un número no mayoritario de participaciones sociales pueda controlar la formación de la voluntad social. En otros términos, la controlante ejerce una influencia dominante (control interno minoritario), el cual se caracteriza por que el o los socios —sin tener la mayoría estatutaria— se impone/n habitualmente en las reuniones sociales (conf. art. 33, inciso 2.º, primera parte, LSC). Es el control interno minoritario, y 3. Cuando los socios a través de pactos acuerdan una forma de votar en las reuniones o asambleas ordinarias de la sociedad controlada, que permite formar la voluntad social. Estos pactos o convenios pueden adoptar —en las sociedades anónimas— la forma de «sindicación de acciones». Aunque cuestionado, pues atentaría contra el principio deliberativo que es inherente y esencial al órgano de gobierno de la sociedad, se trata de un acto jurídico contractual de naturaleza «parasocietaria» a través del cual determinados socios convienen votar en las asambleas en un mismo e idéntico sentido, inhibiéndose de disponer sus títulos por un determinado período, a los fines de dar mayor coherencia a la política de gestión o de oposición que pretendan llevar a cabo en la sociedad.

Asimismo, la doctrina distingue dentro del control interno en «control interno de hecho» y «control interno de derecho». El primero —regulado en el art. 33, inc. 2.º, primera parte, LSC— se verifica cuando la controlante no posee la mayoría del capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones; ejerciendo una influencia dominante. El segundo —regulado en el art. 33, inc. 1.º, LSC— se verifica cuando la controlante sí posee la mayoría del capital o de los votos que permite que predominen sus decisiones.

b) *El «control externo»*

Es el que proviene desde afuera de la sociedad (art. 33, inc. 2.º, segunda parte, LSC) con motivo de obligaciones que asumió en contratos celebrados con otros sujetos de derecho que ejercen una influencia dominante (vgr.: con-

trato de agencia, concesión, franquicia, etc.) generándose, básicamente, una situación de poderío económico capaz de imponer determinada conducta a la controlada.

Sin embargo, no debemos creer que la sola existencia de la relación contractual configura «control». Es necesario que se produzca un desvío de los fines propios del contrato que sirve de base a la relación de control; provocando una situación de dominación.

En suma, el control no depende de vínculos accionarios sino del influjo de otras relaciones económicas que determinan a la sociedad a tomar decisiones en el sentido que lo desea la sociedad o la persona dominante, que no ejerce por sí ese dominio mediante los votos en las decisiones sociales.

Por ejemplo, la situación de proveedor o comprador monopólico por parte del controlante (v.gr.: único suministrador de insumos, materias primas, etc.); o también, la relación de dependencia que puede generarse en el marco de los contratos de «distribución» (agencia, distribución, concesión y franquicia); la titularidad de patentes de inventos industriales que permite utilizar a terceros la prestación de tecnologías de avanzada, procedimientos industriales que colocan a terceros que los utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto de su titular.

4.5. LA INFLUENCIA DOMINANTE —EN EL CONTROL EXTERNO Y EN EL CONTROL INTERNO— COMO ESPECIE PARTICULAR DE CONTROL SOCIETARIO

El artículo 33, inciso 2.º, LSC, al referirse al control interno y externo, utiliza la expresión «influencia dominante».

Preciera una cuestión meramente teórica considerar si son sinónimos las expresiones «relación de control» e «influencia dominante» toda vez que, en abstracto, hablar de dominación y control aparentaría ser lo mismo o, por lo menos, daría la impresión de que un término presupone al otro. Pero ello no es así.

En efecto, es significativo dilucidar porqué la influencia dominante —en el marco de las relaciones de control societario— ha merecido una consideración especial por el legislador. De lo contrario, no la hubiera mencionado.

No hay dudas que la posición de dominio puede generar una situación de dependencia en el sentido de que la dominante puede «condicionar» la conducta de la dominada (v.gr.: sus políticas financieras, económicas, empresariales, etc.). Por ello hablamos también de «control» pues, de alguna manera, está implícita la posibilidad de «influir» o de «intervenir» con carácter permanente en la formación de la voluntad social de la «dominada».

Sin embargo, el hecho de que una sociedad se encuentre emplazada en una situación de dominación tiene como rasgo peculiar que la entidad social

controlada «puede» siempre realizar una opción: si le resulta conveniente seguir con la dominación o rebelarse contra ésta, sufriendo el perjuicio correspondiente. Si esta opción no existe, porque la dominante lisa y llanamente forma la propia voluntad de la controlada, es decir, no «influye» meramente las conductas de ésta sino que las «determina», se verifica una relación de control pura que no se circunscribe a una mera «influencia» sobre el otro sujeto de derecho sino que «forma» su propia voluntad. De ahí que la «influencia dominante» no puede ser tan absorbente y totalizadora como para someter a la controlada a un estado de pasividad tal que ella actúe en contra de sus propios intereses. La relación debe traducirse en cierta conveniencia para la controlada y no solamente para la controlante, aún cuando se siga que —de no existir la relación de control— la actividad pudo haber sido presumiblemente más conveniente que la efectivamente desarrollada. Se verifica cierto margen de libertad para actuar por parte de la dominada, que puede no seguir las directivas de la dominante.

En suma, en nuestra opinión, la relación de control «pura» da un poder de decisión contundente sobre los destinos de la controlada, superior a aquel que confiere la «influencia dominante». En la primera, hay una determinación clara y concluyente de la conducta de la controlada; en la segunda, se verifica la existencia de una vinculación de tal intensidad que es capaz de afectar la libertad con que cuenta esta última para actuar, pero siempre existe la posibilidad de «rebelión» contra la controlante, aunque ello no sea conveniente para la controlada. En este caso, está latente siempre la posibilidad de adoptar «políticas» contrarias a la voluntad de la dominante pero, eso sí, a costa de alguna eventual «represalia» proveniente de esta última.

4.6. DIFERENCIA ENTRE EL CONTROL COMO CONSECUENCIA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES POSEÍDAS Y EL CONTROL COMO EFECTIVO EJERCICIO DEL PODER

Cabe precisar en el Derecho argentino cuándo estamos en presencia de un sujeto «controlante».

Efectivamente, para el inciso primero del artículo 33 LSC, la relación de control surge de un dato objetivo: la tenencia de participaciones sociales que autoricen a predominar en las decisiones de la asamblea ordinaria (control interno mayoritario), sin importar si se ejerce o no ese poder, ni cómo se ejerce. En cambio, para el inciso segundo de la norma citada, la relación de control se configura cuando se ejerce una influencia dominante; sea por la participación societaria poseída (control interno minoritario) o por virtud de los particulares vínculos existentes (control externo).

Ahora bien, aún cuando existe diferencia entre ambos supuestos a los efectos de determinar cuándo el sujeto es controlante, si se trata de respon-

sabilizarlo por los daños causados a la controlada, en los dos casos será necesario que exista una relación de causalidad adecuada entre el daño y el efectivo desvío del control, lo que se traduce —en definitiva— en un ejercicio patológico del mismo.

No obstante la diferencia señalada entre ambos incisos del artículo 33 LSC para determinar si existe o no control (mera existencia mayoritaria de acciones —inciso 1.º— o ejercicio efectivo del poder —inciso 2.º—), la misma es relevante también desde otra óptica.

Por ejemplo, desde el punto de vista contable, según el artículo 63, el balance general debe suministrar cierta información (v.gr.: los créditos con sociedades controlantes o controladas). Así las cosas, cuando estamos en presencia de un control interno mayoritario, este dato de la realidad económica debe necesariamente reflejarse; en cambio, creemos que ello no debe ser así en el caso del control interno minoritario o del control externo, salvo que se configure con carácter de permanencia y continuidad una influencia dominante entre ambas sociedades, momento a partir del cual se hace patente la existencia del control.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO

5.1. APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL DEBER DE REPARAR AL CASO PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD CONTROLADA EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONTROL SOCIETARIO. PARTICULAR ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En los próximos acápites analizaremos la aplicación de los presupuestos generales de la responsabilidad al caso particular de nuestra investigación, referido a la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños causados a la sociedad controlada en el marco de la relación de control societario y, en especial, las características de la relación de causalidad.

a) *Aclaración preliminar*

Previo a continuar con el análisis de los presupuestos de la responsabilidad debemos precisar que la temática de la cual nos ocuparemos, y que ya hemos puesto de manifiesto en el título del presente trabajo, se circunscribe exclusivamente a la reparación de los daños producidos por el obrar antijurídico descrip-

to en el artículo 54 LSC por parte del sujeto de derecho controlante —socio (control interno) o no (control externo)— con respecto a la sociedad controlada; haciendo particularmente hincapié en la relación de causalidad.

No nos referiremos, en consecuencia, a la reparación de los daños que puedan haber sufrido terceros mediando relaciones de control, por ejemplo, por la manipulación de la sociedad controlada llevada a cabo por el controlante para encubrir la consecución de fines extrasocietarios para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros.

5.2. AUTORÍA

Según el artículo 54 LSC, el autor del daño puede ser el «socio» o el «controlante no socio» que realice las maniobras antijurídicas descritas en la norma precitada. Ello no quiere decir que quede excluido de la legitimación pasiva el «socio controlante», que bien podría estar comprendido en el primer supuesto («socio»).

En nuestro caso, nos interesa exclusivamente el supuesto del «controlante», socio o no. Éste puede ser una persona jurídica o física. Si es «socio» habrá control interno; si no lo es, será control externo.

En ambos casos, el responsable es el sujeto de derecho controlante que ha obrado antijurídicamente a la luz del artículo 54 LSC: 1. Por el daño ocurrido a la sociedad controlada por su dolo o culpa (sin que pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios) (art. 54, primer párrafo, primera parte, LSC); 2. Por haber aplicado fondos o efectos de la sociedad controlada a uso o negocio de cuenta propia o de tercero (que obliga a traer a la sociedad controlada las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva de la controlante) (art. 54, segundo párrafo, primera parte, LSC), y 3. Por haber inducido la actuación de la sociedad controlada que encubra la consecución de fines extrasocietarios que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros (art. 54, segunda parte, LSC).

Así las cosas, para determinar quién ha sido el autor responsable de los daños referidos en el mentado artículo 54 LSC, y si lo ha sido la controlante, es menester, haciendo retrospectiva, determinar si ha existido un vínculo que enlace la actuación del controlante y el resultado dañoso sufrido por la controlada.

En otras palabras, habrá que verificar si ha existido una acción u omisión de la controlante en el ejercicio del control, que haya sido idónea para producir el resultado dañoso según un juicio abstracto, por el hecho de ser semejante a conductas comisivas u omisivas que normalmente lo producen; todo ello en función de la previsibilidad que es dable esperar de un sujeto

controlante —no de un hombre común— en el marco de las relaciones de control societario interno o externo (arg. art. 902 del Código Civil argentino).

Por ejemplo, es normalmente idónea en el marco de las relaciones de control para causar un daño a la sociedad controlada, la conducta reiterada de la controlante consistente en obligar a aquélla para beneficio propio a: 1. Asumir deudas ajenas. 2. Realizar préstamos por debajo del costo de captación. 3. Ventas de productos o prestación de servicios por debajo del precio de mercado, etc. Todo ello sin ningún tipo de contraprestación a cargo de quien detenta el control.

A mayor abundamiento, para tener al controlante por autor responsable del daño es necesario que éste haya ostentado cierto «gobierno» o «dirección» sobre lo actuado; de tal modo que, si ha mediado una «causa ajena» capaz de quebrar el vínculo causal entre el controlante y el daño, la autoría sufrirá un desplazamiento trasladándose de manos de quien ejercía el control —quien no habrá sido la causa adecuada del perjuicio— a manos de la víctima, del tercero por el cual no se debe responder o al caso fortuito ajeno a la relación de control.

5.3. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad de la conducta es también un presupuesto de la responsabilidad civil de la controlante por los daños ocasionados a la controlada. Ésta puede ser formal, cuando la conducta es contraria a una norma jurídica expresa, o material, cuando se ha causado un daño a la controlada (trasgresión al *alterum non laedere*) sin causa de justificación. Es decir, aún cuando no haya una norma expresa que prohíba una determinada conducta, para que exista antijuridicidad es suficiente que se ocasione un daño sin justificación.

Debemos recordar que el *alterum non laedere* puede surgir de normas expresas —en cuyo caso la antijuridicidad es formal— como ocurre, por ejemplo, cuando: 1. La controlante ha aplicado fondos o efectos de la sociedad controlada a uso o negocio de cuenta propia o de tercero (art. 54, segundo párrafo, primera parte, LSC), o 2. Cuando ha inducido la actuación de la sociedad controlada para encubrir la consecución de fines extrasocietarios que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros (art. 54, segunda parte, LSC).

Pero el *alterum non laedere* también puede deducirse sistemáticamente —en tanto principio general del Derecho— del ordenamiento jurídico (arg. art. 15 del Código Civil argentino); en este aspecto nos movemos en el ámbito de la antijuridicidad material, donde cobra importancia el concepto normativo del «interés social».

Recordemos que el «interés social» señala el sentido en el cual se deberá desarrollar la actividad social de la sociedad y, a través de ello, funciona

como un «escudo protector» en pos de los socios y de todas aquellas personas que tengan un «interés jurídicamente protegido» para con la sociedad. Así, entre estas personas «interesadas» que no son socios de la controlante, pero que están protegidas por el concepto de «interés social», puede quedar comprendida —precisamente— la sociedad controlada.

Desde esta óptica, por ejemplo, el anteproyecto argentino de reforma a la Ley General de Sociedades elaborado por la Comisión creada por la resolución MJDH, 112/2002, en su artículo 59 ubica en forma explícita al interés social como fundamento del sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Su último párrafo se refiere a los grupos societarios y a las implicancias que tiene el interés social de cada sociedad miembro del grupo y el interés de éste a los efectos de enmarcar la responsabilidad de los administradores de la sociedad madre que «comanda» al grupo.

Reza la disposición normativa proyectada: «i) Diligencia del administrador: responsabilidad. Contratos con la sociedad. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deben hacer prevalecer el interés social sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la sociedad y en las de ésta con otras personas a las que estén vinculadas. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la reunión de socios o asamblea. Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales, aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para beneficio propio o de terceros, ni realizar cualquier otra operación que pueda generar conflicto de intereses con la sociedad. El administrador o representante que tuviere un interés contrario al interés social deberá hacerlo saber al órgano que integre, si fuere colegiado y al de la fiscalización en su caso. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación o de resolver por sí cuando su función fuese personal. Los que faltaren a estas obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. ii) Contratos con la sociedad. Los administradores y los representantes podrán celebrar con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal, en las mismas condiciones que los terceros. Los contratos no comprendidos en el párrafo anterior, el anticipo de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías o asistencia financiera sólo podrán ser celebradas con la autorización previa de los socios en cada caso. Los otorgados en violación de esta norma hacen responsable al infractor por los daños y perjuicios y le obligan a traer a la sociedad las ganancias que haya obtenido. iii) Los administradores en los grupos. En los grupos societarios la afectación del interés social por parte de los administradores de cada sociedad componente a los fines de la atribución de responsabilidad deberá juzgarse tomando en consideración la política ge-

neral del grupo con el criterio del tercer párrafo del artículo 54, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran».

La atenta lectura del nuevo texto del artículo 59 del anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales, nos conduce a realizar algunas reflexiones, pues muchas de las pautas aquí consagradas —aunque no están en el texto expreso de la vigente ley de sociedades comerciales núm. 19.550— deben ser tenidas en cuenta, pues informan actualmente de la actuación funcional de los administradores, particularmente en materia de grupos:

1. El texto proyectado mantiene —en relación al actual art. 59 LSC— el parámetro en función del cual se juzgará la actuación funcional de los administradores con el fin de determinar la responsabilidad por los daños producidos en sus desempeños, esto es, el deber de obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. El administrador societario, no olvidemos, tiene a su cargo la conducción y manejo de intereses y bienes ajenos de la sociedad que administra. Además, ha sido elegido por el órgano de gobierno sobre la base de la confianza depositada en él por los socios que integran la reunión social o asamblea. Es lógico, entonces, que se juzgue severamente su actuación en relación a los especiales conocimientos que se supone posee para desempeñar el cargo social.
2. Consagra expresamente la vara que permitirá meritarse la actuación diligente: el interés social. Éste será como la sombra que seguirá permanentemente el ejercicio funcional. No sólo deberá priorizar el interés social con respecto al propio o de terceros, una vez establecido el conflicto, sino que también deberá tenerlo en cuenta para evitar la generación de conflictos societarios.
3. Se incorporan las denominadas «reglas de buen gobierno», o *corporate governance*, de conformidad con los lineamientos que campean en el Derecho anglosajón y europeo y que se concretan en el conocido informe de Olivencia en España y en los principios establecidos por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). De esta manera, el texto proyectado procura implementar esquemas de solución de controversias que eviten el conflicto societario. A mayor abundamiento, y siguiendo el destacado trabajo de Mariano GAGLIARDO, cabe recordar que el Código de Olivencia tiene su origen en un encargo del gobierno español y, si bien se dirige a todas las sociedades, centra su atención en aquellas que apelan a los mercados financieros aún cuando sus acciones no coticen en Bolsa. No se dirige a los poderes públicos, por la vía de las reformas legislativas, como a las propias sociedades, para que al amparo de la autonomía de la voluntad privada y de la autorregulación de sus órganos, adopten decisiones conducentes a su mejor gobierno. Las recomenda-

ciones del Informe de Olivencia en lo que a la organización societaria aluden, podrán ser incorporadas sin necesidad de reformas legislativas y según el mecanismo de la autonomía estatutaria. Trata de una manera específica el obrar de los administradores, dedica al tema de un modo genérico veintitrés recomendaciones, entre las que se destaca la número dieciséis al disponer: «que la normativa interna de la sociedad detalla las obligaciones que emanan de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales». Finalmente, en el capítulo relativo al conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad administrada, se destaca que la actuación del representante anteponiendo intereses propios o ajenos al interés del representado en una situación de conflicto configura abuso de poder.

4. Constituye aplicación concreta de este mandato normativo del artículo 59 del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales: *a)* que el administrador se abstenga de competir con la sociedad, salvo que previamente haya gestionado y obtenido autorización expresa de la reunión de socios o asamblea; *b)* cuando tuviere interés contrario al social debe ser cauto y hacerlo saber de inmediato al órgano de administración que integra o al órgano de fiscalización para que tomen conocimiento de ello y, en su caso, actúen en consecuencia; *c)* no puede, ni siquiera con autorización de los socios, utilizar o afectar activos sociales o aprovechar informaciones u oportunidades de negocios sociales para beneficio propio o de terceros; *d)* pueden contratar con la sociedad, siempre que ello se vincule con la actividad normal de ella y en las mismas condiciones que los terceros. Se presume que, en tal caso, no habrá perjuicios para el ente social, pues el acto jurídico se habrá celebrado en condiciones normales de mercado. En cambio, en los demás casos (anticipo de fondos, concesión de créditos o préstamos, prestación de garantías, etc.) deberá obtenerse la autorización previa de los socios, la que no podrá ser en blanco o genérica, sino concreta y en cada caso y
5. Finalmente, tratándose de grupos societarios —que presuponen una pluralidad de sociedades que operan bajo una dirección unificada— el interés social también está presente para juzgar la responsabilidad de los administradores. La actuación funcional se analiza no sólo en función del interés social del ente administrado, sino también de la política general del grupo al cual pertenece. Ocurre que, si bien en principio el administrador lo es de una de las sociedades, al formar parte ésta de un grupo, la diligencia del buen hombre de negocios

implica contemporizar el interés social particular y su ensamble con la política general del agrupamiento.

A tal efecto, es necesario ponderar la directiva impuesta por el párrafo cuarto del artículo 54 proyectado, según el cual: «(...) en la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada (...)».

a) *Algunos casos de antijuridicidad material por violación del interés del grupo y del interés social de la controlada*

Los supuestos de antijuridicidad material en que puede incurrir la controlante por daños ocasionados a la controlada están vinculados al concepto más amplio de abuso de control; lo que excede el concepto de ilicitud formal consagrado en el artículo 54, LSC, segundo párrafo, primera parte (aplicación de fondos de la controlada en provecho propio), y segunda parte (inoponibilidad de la persona jurídica).

La antijuridicidad material fluye —desde la óptica societaria— del propio artículo 54, LSC, primer párrafo, el cual, combinado con el artículo 1109 del Código Civil argentino, permite aseverar que es antijurídico todo daño causado por la controlante a la controlada por dolo o culpa sin que medie una causa de justificación. Generalmente, esto ocurrirá cuando la controlante abuse y manipule la relación de control.

Ahora bien, ¿cuándo la controlante «abusa» de su poder de control? A guisa de ejemplo podemos mencionar: a) cuando orienta a la controlada hacia fines extraños al objeto social; b) aprueba o hace aprobar gestiones irregulares de los administradores de la controlada para beneficio personal en perjuicio de esta última; c) promueve modificaciones estatutarias o la adopción de políticas o decisiones que no tenga por fin el interés de la controlada y/o dominada o fuesen a causar daño a los socios minoritarios o a los trabajadores o inversores de la sociedad controlada y/o dominada; d) induce al administrador de la sociedad subordinada a practicar actos ilegales o a incumplir sus deberes funcionales, y e) contratar con la controlada y/o dominada directamente o a través de interpósita persona o de sociedades en la que la controlante y/o dominante tenga intereses personales en condiciones de favorecimiento o no equitativas.

5.4. IMPUTABILIDAD

Este presupuesto de la responsabilidad puede adquirir relevancia cuando se trata de personas físicas controlantes, únicas susceptibles de imputabilidad.

Tratándose de personas jurídicas, éstas carecen de la capacidad necesaria para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que se desenvuelven; razón por la cual no se puede afirmar que sean «sujetos imputables». En efecto, las personas jurídicas expresan su voluntad a través de sus agentes y éstos actúan como órganos suyos. De esta manera, lo actuado jurídicamente por los administradores se imputa (o sea, se atribuye) a la persona jurídica; lo que viene a explicar también la responsabilidad de éstas por los actos de sus administradores —órganos del ente ideal— cometidos en el desempeño funcional. El ordenamiento jurídico las hace responsables a las personas jurídicas en tanto sujetos de derechos y por haber causado un daño injusto; tanto en la esfera contractual como en la extracontractual (arts. 41 y 43 del Código Civil argentino). Se trata de un supuesto en que el ordenamiento jurídico atribuye efectos a un centro imputativo. En suma, si las personas jurídicas responden por los daños y perjuicios que causan es debido al hecho ajeno de las personas físicas que concurren a realizar el objeto de la entidad, por cuanto no pueden realizar ni ejecutar por sí misma acto alguno. Existe, entonces, una disociación entre la autoría (el administrador y/o el dependiente) y la responsabilidad (de la persona jurídica).

Retornando al análisis de las personas físicas, entendemos que el artículo 54 LSC cuando pretende responsabilizar al controlante parte de la base de que la actuación de éste ha sido voluntaria. Sólo así es posible achacarle un obrar abusivo desencadenante de la responsabilidad; el que, por otro lado, la mayor parte de las veces será absorbido por el dolo. De esta manera, no vemos que sea posible un supuesto de abuso de control societario en el cual no haya mediado un obrar con discernimiento, intención y libertad. Prácticamente, el obrar abusivo estará casi siempre teñido de cierta intencionalidad o dolo en la producción misma del daño, aunque no descartamos de plano la presencia de la culpa.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aunque se trata realmente de una hipótesis de «laboratorio», si la controlante, persona física, causa un daño a la controlada en virtud de una actuación involuntaria —v.gr., demencia— la regla es que no será responsable a la luz del artículo 900 del Código Civil argentino. Excepcionalmente será pasible del deber de indemnizar conforme al artículo 907 del Código Civil argentino, ya sea porque se enriqueció sin causa, o bien por razones de equidad. Nada tiene que ver aquí el artículo 54 LSC.

Por su parte, la persona jurídica controlante también podrá ser pasible de responsabilidad si es que se enriqueció sin causa —de acuerdo al mentado art. 907— sin que tenga que ver el artículo 54 LSC.

5.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

a) *Preliminares*

Cabe indagar si existe, en materia de control societario, una presunción de culpa en cabeza de la controlante que engendre responsabilidad respecto de la controlada.

Pareciera que la respuesta debe ser negativa. En efecto, el interés de la controlante no se identifica con el de la sociedad controlada, ni este último desaparece por el mero hecho del control. El interés social de la controlada puede desviarse, no obstante, cuando se utiliza a esta última en beneficio de la primera, mediante el abuso de poder contrario a la buena fe.

Podría afirmarse que una presunción absoluta de culpa debe surgir necesariamente de la ley de fondo, única capaz de consagrar una atribución de responsabilidad, la que no existe en el Derecho argentino. Tampoco esa presunción podrá ser considerada como una presunción *hominis* o judicial, ya que esa desviación del control no es una consecuencia misma de la relación, en forma necesaria.

b) *Nuestra opinión*

Para nosotros no existe una presunción de culpa, la que debe surgir de una norma legal, que no existe en materia societaria con respecto a la responsabilidad de la controlante por los daños sufridos por la controlada.

Así las cosas, no hay presunción de culpa en cabeza de la controlante por la mera existencia de control. Hay que acreditar la culpa y/o el dolo en que haya incurrido para responsabilizarla por el control patológicamente ejercido.

Sin perjuicio de lo anterior, la culpa, si bien receptada en el párrafo primero del artículo 54 LSC, no será el factor de atribución que normalmente se le achacará a la controlante. Entendemos que, por regla, la responsabilidad del controlante será atribuible generalmente al obrar doloso de ésta.

De este modo, en materia de responsabilidad por los daños que sufre la controlada en el marco de las relaciones de control societario cobra especialmente relevancia este factor subjetivo de atribución.

Al dolo lo concebimos como inexecución maliciosa de los deberes de la controlante (arg. art. 521 del Código Civil argentino). Es decir, no creemos que sea necesaria la intención de perjudicar a la controlada (dolo aquiliano, art. 1072 del Código Civil argentino); bastando la conciencia del incumplimiento de los deberes que nacen de la relación de control.

Sin embargo, no descartamos la presencia del dolo delictual cuando se responsabiliza a la controlante —a la luz de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, art. 54, tercer párrafo, LSC— por haber inducido y

manipulado la actuación de la sociedad controlada para la consecución de fines extrasocietarios, perjudicar los derechos de terceros, etc.

Es una realidad innegable que, generalmente, la conformación de los grupos societarios permite alcanzar objetivos empresariales que cada sociedad, por sí sola, no alcanzaría, entablándose verdaderas relaciones de cooperación y de control. Ello así, creemos que es un argumento de peso el que —como regla— sean las conductas dolosas las que obliguen a la controlante a reparar los daños sufridos por la controlada con motivo de la relación de control existente, pues podría erigirse en un factor «desalentador» del fenómeno de «agrupación de sociedades» el que se les achaque responsabilidad por la mera culpa.

No obstante lo manifestado anteriormente, lo cierto es que el factor de atribución culpa está contemplado en el artículo 54 LSC, razón por la cual es viable responsabilizar a la controlante desde esta óptica cuando —conforme al art. 512 del Código Civil argentino— omitió adoptar los cuidados que le imponían las circunstancias de persona, tiempo y lugar, y causó un daño a la controlada. En este caso, el juez deberá ser muy cuidadoso a la hora de analizar las «circunstancias del caso» para juzgar si hubo o no culpa, so riesgo de responsabilizar injustamente a la controlante y producir el efecto desalentador del que nos venimos haciendo eco.

Finalmente, la controlante responde también frente a la controlada por abuso del poder de control.

De los diversos párrafos del artículo 54 deducimos que siempre es necesario una presencia «subjetiva»: *a)* el primer párrafo claramente habla del dolo y la culpa. En esta disposición quedan comprendidos múltiples supuestos de actos antijurídicos atípicos; *b)* el segundo párrafo prevé un caso particular del supuesto contemplado en el primer párrafo. Supone también una conducta dolosa o culposa. De hecho el título de la primera parte del artículo 54 reza «dolo o culpa del socio o del controlante», y *c)* el tercer párrafo contempla claramente conductas dolosas que dan pie a la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.

Así las cosas, entendemos que la responsabilidad de la controlante por los daños causados a la controlada, aún por abuso de la relación o posición de dominio o control es de tinte subjetivo, especialmente doloso.

5.6. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) Preliminares

Este presupuesto de la responsabilidad cobra especial relevancia a la hora de analizar la responsabilidad de la controlante por los daños causados a la controlada por abuso de control.

En nuestro Derecho se trata de saber si es aplicable, en este sentido, la teoría de la relación de causalidad adecuada (arg. art. 906 del Código Civil argentino), o bien, no rige para este específico supuesto.

b) *Relación de causalidad y control societario*

Huelga destacar que, ni en el Derecho argentino ni en el Comparado, se ha planteado tan claramente el interrogante referido acerca de cómo debe juzgarse la relación de causalidad para responsabilizar a la controlante por los daños producidos a la controlada. Sí se ha tratado, en cambio, lo relativo a la responsabilidad de la controlante frente a terceros por las deudas de la controlada, existiendo diversas opiniones al respecto.

Si bien la plataforma fáctica no es la misma, utilizaremos el debate y las ideas planteadas en el Derecho Comparado en torno a la responsabilidad de la controlante frente a terceros por las deudas de la controlada, para «aproximarnos» acerca de cómo debe juzgarse la relación de causalidad para achacarle responsabilidad a la controlante por los daños inferidos a la controlada en el marco de la relación de control societario.

c) *Sistemas de responsabilidad en el Derecho Comparado*

El panorama en el Derecho foráneo presenta peculiares características, debiendo destacarse que la tendencia es desechar la existencia de una responsabilidad objetiva por la insolvencia o los pasivos de las sociedades dependientes en las sociedades o en los sujetos dominantes, derivada de la generalizada visualización de estos últimos como entidades de dimensión y capacidad económica mayor que la sociedad dependiente.

a') El sistema de la *entity law*

Esta corriente de opinión parte de la premisa que las sociedades son personas jurídicas independientes, de tal modo que la comunicación de la responsabilidad entre ellas no funciona como criterio general. Por excepción, cabe la transmisión de la responsabilidad mediante la técnica del levantamiento del velo en los casos de fraude a la ley. Es el sistema del *common law*.

b') El sistema de la *enterprise law*

Este sistema no ha tenido recepción normativa —ni el Derecho Comparado ni en el nuestro— a causa de las críticas del sector empresario.

Contempla a la empresa de grupo como un todo unitario conforme al cual el control ejercido por la sociedad controlante sobre las filiales califica dicha estructura de grupo y determina la responsabilidad de aquélla por las deudas de sus filiales, sin más.

c') El sistema dual germánico

Recordemos que el sistema alemán se caracteriza por la articulación legal del grupo a través de un contrato de «dominio» que supone el sometimiento de la filial a la dirección de la matriz en virtud del mencionado acuerdo entre las sociedades. El reverso de la sujeción lo constituye el establecimiento de una responsabilidad de la dominante expresada —en líneas generales— en la asunción por la matriz de las pérdidas que tuviera la filial.

Puede no existir contrato de dominación y estamos en presencia de un grupo fáctico. En este caso, se debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

En ausencia de la mencionada compensación, se impone la indemnización de la sociedad dominante a la dominada por los daños y perjuicios causados, salvo que las directrices lesivas hubieran sido igualmente emitidas por un «director de negocios ordenado y leal».

La mencionada responsabilidad se extiende solidariamente a los representantes legales de la dominante, siendo posible también que se amplíe a los de la dominada.

d) *Proyección de la discusión a nuestra investigación*

La cuestión a resolver es, en definitiva, si la mera existencia del grupo y de la relación de control justifica la responsabilidad de la controlante por el daño sufrido por la controlada, inmersas ambas en esa situación jurídica de subordinación; o bien, si es necesario, además, que haya existido una conducta de parte de la controlante que —en relación de causalidad adecuada y conforme a lo que acostumbra suceder de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas— haya sido susceptible de producir el daño sufrido por la sociedad subordinada.

En otras palabras, pretendemos determinar si basta la mera «condición» de la existencia del grupo y de la relación de control para achacarle responsabilidad a la controlante, o es ineludible que haya existido una «causa adecuada» (v.gr.: abuso de control) puesto por la controlante que —de acuerdo al criterio de previsibilidad de un sujeto controlante medio (que no deja de ser un experto, arg. art. 902 del Código Civil) y según la común experiencia— haya sido idónea para producir el daño a la subordinada.

En suma, se trata de saber si en materia societaria y, particularmente, tratándose de la responsabilidad civil desencadenada ante situaciones de control, rige la teoría de la «causalidad adecuada»; teoría que informa —en función del art. 906 del Código Civil— otras materias de la responsabilidad civil (v.gr.: accidentes de tránsito, mala praxis profesional, relaciones de familia, ambiental, administradores societarios, etc.).

e) *Nuestra opinión*

En nuestro concepto, el Derecho Societario argentino —especialmente a la luz del art. 54 LSC— no es ajeno a la teoría de la relación de causalidad adecuada receptada por nuestro ordenamiento jurídico civil (arg. art. 906 del Código Civil argentino y art. 16 del Código Civil argentino). El principio consagrado por el mentado artículo 906 y las disposiciones normativas concordantes (arts. 903 a 905, 520 y 521 del Código Civil), determinan la extensión de la responsabilidad civil en diversas materias (v.gr.: responsabilidad por dolo, culpa, por la intervención activa de las cosas, etc.).

Sin embargo, si bien la teoría de la causalidad adecuada es aceptada por nuestra ley civil —en las normas de los arts. 901, 903, 904 y 906 del Código Civil vigente— para establecer el límite de las consecuencias por las que un sujeto de derecho responde, en materia de imputación no hay ninguna teoría en particular receptada.

Así las cosas, la ley puede determinar la aplicación de una teoría distinta a la de la relación de causalidad «adecuada» a los efectos imputativos. Por ejemplo, en materia de responsabilidad por el hecho del otro en el ámbito extracontractual y de los padres por el hecho de sus hijos menores de edad, el deber de indemnizar se aplica sobre la base de la equivalencia de las condiciones. En efecto, la dependencia y la patria potestad aparecen como una «mera condición» para la imputación de la responsabilidad al principal y a los padres por los daños causados por el dependiente civil y el hijo, respectivamente.

Conforme a lo expuesto podemos concluir, entonces, que es la ley exclusivamente la que define cómo se va a juzgar la relación de causalidad, como así también, la única que puede provocar el apartamiento —excepcional por cierto— de la teoría de la «relación de causalidad adecuada».

Volviendo a la materia societaria, y a diferencia de lo que ocurre en las esferas precitadas de la responsabilidad (responsabilidad por el hecho del otro y responsabilidad de los padres), no vemos que la ley de sociedades se aparte del principio consagrado en el Código Civil argentino (arg. art. 906).

Consecuentemente, solo será responsable la controlante ante la controlada cuando haya «puesto» la condición idónea y adecuada para producir el daño, acorde con las reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente, capaz de erigirse en causa jurídica.

No bastará la mera existencia de un grupo y de las relaciones de control para imputarle responsabilidad a la controlante, las que si bien son condiciones necesarias del daño, no son la causa adecuada de éste. A tal efecto, será indispensable además la concurrencia de un obrar de la controlante —v.gr.: abuso de control— acorde con las reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente para que se constituya en «causa jurídica» del daño.

Consecuentemente, no es la sola existencia del control el elemento determinante en la atribución de responsabilidad. La desviación en el control no se halla presumida por la ley ni es una consecuencia obligada de los hechos; deberá ser demostrada en cada caso. Será el sentido con que se ejerza el control y el resultado del mismo —y no la mera existencia— lo que interesará establecer a los fines de atribuir responsabilidad.

De lo contrario, de existir comunicación de la responsabilidad entre los miembros del grupo por su sola existencia, sería como admitir la ilicitud de éste —que no surge del ordenamiento jurídico argentino— y ello se traduciría en el seguro abandono por los sectores empresariales que han optado por la «empresa de grupo» para configurar su actividad económica.

De este modo, a guisa de ejemplo, para achacarle responsabilidad a la controlante —en el marco de un contrato de distribución— en un supuesto de abuso de control externo en virtud del cual el «distribuido» condujo a la quiebra al «distribuidor», unidos ambos por un pacto de exclusividad; habrá que ponderar diversas circunstancias.

Si se trata de cargar sobre las espaldas de la controlante el pasivo concursal de la controlada, habrá que concluir que éste se traduce en una consecuencia —por lo menos— mediata del incumplimiento contractual y, además, que hubo dolo en la inexecución de la obligación (arg. art. 521 del Código Civil argentino).

Así, por ejemplo, deberá meritarse si en forma unilateral y sin previo aviso, el «distribuido»: 1. Le excluyó al distribuidor zonas de distribución previamente asignadas. 2. Le disminuyó márgenes de ganancias. 3. Le acortó al distribuidor los plazos del pago del precio de los productos comprados —al propio distribuido— para luego revenderlos al público. 4. Le impuso cupos mensuales de compra. 5. Le impuso la adquisición de productos próximos a vencer (lo que dificultó luego para el distribuidor la reventa al público atento a la cercanía del vencimiento). 6. Utilizó empleados del distribuidor, usufructuando formación, cartera y experiencia. En otras palabras, habrá que analizar si el distribuido prácticamente se «apropió» de gente que fue formada por el distribuidor para luego —con su *know how*— aplicarlo a las mismas zonas asignadas a este último y que previamente le habían sido quitadas sin causa justificada.

En suma, habrá que comprobar si dada las características —antes descritas— que rodearon la ejecución del contrato de distribución, el distribuidor, no

solo experimentó una subordinación técnica y económica hacia el distribuido, sino que también «sufrió» un control patológico por parte de la misma en perjuicio hacia él; todo ello dada la posición de parte contratante más débil a la que fue reducida el distribuido por la posición dominante de su co-contratante.

Además, para cargarle al distribuido el pasivo concursal del distribuidor fallido, será necesario concluir que la falencia era una consecuencia previsible —aunque mediata— para la controlante; y que éste actuó con dolo (arg. art. 521 del Código Civil argentino). Este daño será resarcible, a pesar de no quedar comprendido en el trama obligacional, si es que el distribuido igualmente lo previó o lo pudo prever obrando con cuidado y previsión. A tal efecto, habrá que cuestionarse si acaso el distribuido no previó las consecuencias económicas que traería aparejadas en el patrimonio del distribuidor la quita de zonas, clientes, apropiación de empleados, disminución de márgenes de ganancias, etc.; todo ello decidido en forma unilateral, sin previo aviso y en forma injustificada, máxime cuando sabía que el actor dependía económicamente de su persona, pues el propio distribuido le impuso el «pacto de exclusividad», razón por la cual no podía ser «distribuidor» de otros empresarios.

Así las cosas, ¿no estamos en presencia de una actuación dolosa?

Creemos que la falencia aparece como una consecuencia que si bien no es necesaria, inmediata y fatal del incumplimiento contractual —pues no acostumbra suceder necesariamente según el curso ordinario de las cosas que un distribuidor caiga en cesación de pagos por el incumplimiento contractual del distribuido— sí ha sido para éste, o lo debió ser, un efecto previsible pues «sabía» (arg. art. 902 del Código Civil argentino) que el distribuidor dependía económicamente de la firma en forma exclusiva; pues no otra consecuencia podía inferirse del hecho de haberle impuesto el pacto de exclusividad.

Se habla así de «consecuencia mediata». En efecto, el incumplimiento contractual (hecho puesto por el autor del daño —el distribuido— a través del cercenamiento de zonas, clientes, etc.) conectado con otro hecho (la falta de pago a proveedores, fisco, empleados, etc. —*rectius*: acreedores— del distribuidor) produjo una consecuencia mediata que debe ser imputada al accionado: el pasivo falencial efectivamente generado por la mentada conexión.

6. CONCLUSIÓN

La temática que abordamos en la presente monografía constituye, en nuestros días, una de las más candentes. Hoy por hoy, no es posible ignorar que uno de los grandes protagonistas de la economía moderna son los «grupos», cuya característica principal es la existencia de «relaciones de control».

Analizar la responsabilidad de la controlante por abuso de control en el marco de las relaciones intrasocietarias es todo un desafío, que puede traer

aparejado como efecto negativo que los empresarios se sientan amedrentados para encarar actividades económicas bajo la forma de grupo. En efecto, si bien los beneficios pueden ser cuantiosos para las personas agrupadas al poder distribuirse el riesgo generado por la actividad entre los diversos sujetos que la han ejecutado, los perjuicios también pueden ser importantes si se establece una responsabilidad severa para quien detenta el control dentro del «grupo». Por ello, a través de estas modestas líneas, hemos querido hacer una contribución en el sentido de fijar las pautas necesarias para juzgar cuándo y cómo debe responder la controlante por su obrar antijurídico en el marco de las relaciones de control societario.

En tal sentido, luego de nuestra investigación, hemos concluido que la responsabilidad de la controlante —en el Derecho argentino y, al parecer, también en el Derecho Comparado— carece de autonomía al no ser informada por principios propios. Por el contrario, debe juzgarse, a la luz de los presupuestos de la responsabilidad del Derecho común, lo que no obsta a que presente peculiaridades que deben ser ponderadas en el caso concreto. Así las cosas, la controlante incurrirá en responsabilidad civil cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos por todos conocidos: *a)* autoría, *b)* imputabilidad, *c)* relación de causalidad, *d)* factor de atribución, y *e)* daño.

Ninguno de estos recaudos pueden faltar a la hora de responsabilizar a la controlante frente a la controlada en los términos del artículo 54 LSC, aunque serán aplicados con las salvedades que en cada caso hemos hecho en esta investigación, debiendo tenerse en cuenta, además, la peculiar impronta que el Derecho comercial le da al tratamiento de la responsabilidad civil.

En suma, esperamos haber contribuido, desde la doctrina, a una mejor comprensión de la mecánica del responder de la controlante por abuso de su posición de dominio frente al sujeto controlado.

RESUMEN

GRUPO SOCIETARIO. ARGENTINA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad de la controlante —en el Derecho argentino y, al parecer, también en el Derecho Comparado— carece de autonomía al no ser informada por principios propios. Por el contrario, debe juzgarse, a la luz de los presupuestos de la responsabilidad del Derecho Común, lo que no obsta a que presente peculiaridades que deben ser ponderadas en el caso concreto. Así las cosas, la

ABSTRACT

CORPORATE GROUP. ARGENTINA CIVIL LIABILITY

The liability of the controlling company (in Argentinean law and seemingly in comparative law as well) lacks autonomy, whereas it is not shaped by any principles of its own. On the contrary, it must be judged in the light of the events of liability defined in common law, a constraint that does not mean controlling company liability does not present peculiarities that must be weighed in

controlante incurrirá en responsabilidad civil cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos por todos conocidos: a) autoría, b) imputabilidad, c) relación de causalidad, d) factor de atribución, y e) daño. Ninguno de estos recaudos pueden faltar a la hora de responsabilizar a la controlante frente a la controlada en los términos del artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, aunque serán aplicados con las salvedades de cada caso, debiendo tenerse en cuenta, además, la peculiar impronta que el Derecho Comercial le da al tratamiento de la responsabilidad civil.

each particular case. So, the controlling company will incur civil liability when the concurrent circumstances known to all are found to exist: a) perpetration, b) responsibility, c) cause/effect relationship, d) attribution factor and e) damage. None of these terms can be missing if the controlling company is to be held liable vis-à-vis the controlled company under section 54 of the Argentinean Law on Business Partnerships, although the terms will be applied with the exceptions pertinent to each case. Account must in addition be taken of the unique stamp that business law imparts to the treatment of civil liability.

(Trabajo recibido el 13-4-2010 y aceptado para su publicación el 8-2-2011)