

**La concentración de empresas
en grupos de sociedades
(II)
Criterios de pertenencia o vinculaciones**

*Fabio Alberto Arias**

1. De la distinta naturaleza de los vínculos societarios

La concentración de empresas en grupos de sociedades puede efectuarse a través de la fusión o integración, grado máximo de concentración en razón de que cada sociedad pierde su individualidad jurídica, sea, implica la disolución de una o varias sociedades para dar nacimiento a una nueva o incrementar el patrimonio de una existente. Sin embargo, las sociedades se agrupan sin perder esa personalidad jurídica, si bien con limitación de su independencia económica.¹

El control de las sociedades en el seno de un grupo de sociedades se logra a través de vinculaciones de diversa naturaleza. No obstante, la relación vinculación-control no es exacta, puesto que puede presentarse la primera sin llevar a la segunda. La primera se considera el género y el segundo la especie, de manera que, si bien puede haber vinculación sin control, no puede presentarse control sin vinculación.

El control por vinculación supone una íntima relación entre varias sociedades, unas que quedan sometidas a la influencia dominante de otra, la cual puede ser ejercida por diversas causas. "Criterios de pertenencia" ("criteres d'appartenance au groupe"), o como le hemos llamado, "vinculaciones", que difieren conforme con la distinta naturaleza de las actividades y explotación, ya que tal elemento puede hacer preferible el recurso a uno u otro procedimiento. Son consideraciones de oportunidad, la diversidad del grupo, la elasticidad de la estructura, el carácter pragmático de la actividad de sus dirigentes, así como la discreción y finalidad querida, características propias a cada grupo en particular, las que llevan a concentraciones de diversa índole. En los hechos, los esquemas de grupo atienden a niveles de gran complejidad,² ya que, si bien "el poder" que el control implica, normalmente supone un vínculo jurídico, lo cierto es que el mismo se configura como verdadero estado de hecho, y como tal deriva en ocasiones de vínculos extracontractuales, es predominio de hecho del que deriva una interferencia en la formación de voluntad del ente controlado efectuada en el seno del ente controlante, que hace de la controlada un

"dócil instrumento en la mano de quien ejercita el control".

ROJAS CHAVES Y MORA CARAVACA,³ estima que la vinculación puede derivar, sea de dominio financiero, o participación en el capital de las empresas o de mi nadas; dominio técnico o posesión de los procedimientos técnicos de fabricación o de las marcas o patentes' dominio comercial en razón de tener la posesión privilegiada de proveedor o cliente único o mayoritario; y de minio personal si el control es a través de la obtención de la mayoría absoluta de sus órganos de administración; esto es, la concentración puede revestir múltiple formas, algunas ostensibles, mientras que otras encubiertas.

Atendiendo a un criterio estrictamente jurídico, debe estimarse que la vinculación puede ser con instrumentos jurídicos del mismo derecho de sociedades, sea escogiendo el sistema de la participación, o bien, recurriendo a otros campos para obtener así el instrumental jurídico que hace posible el control de la empresa, como lo es el derecho de obligaciones, o bien medios extracontractuales, pues puede ir desde el contrato de sociedad hasta el simple intercambio de administradores. Señala GARRIGUES que la distinción jurídica pura se funda en la clásica contraposición entre vinculación real y personal, según que exista transferencia de propiedad o pactos de tipo crediticio, si bien en la primera se incluye no sólo la adquisición de participaciones sino también la adquisición de la empresa.⁴ Señala BRUNETTI que el término grupo industrial, "...no abarca solamente esta forma, calificada como participación financiera, sino también las llamadas uniones personales (entre empresas) que tienen en común algunos órganos (por ejemplo, el presidente o un cierto número de consejeros de administración) y los acuerdos convencionales, generalmente a largo plazo, entre varias empresas que tienen una finalidad común".⁵

3. ROJAS CHAVES, Alberto y MORA CARAVACA, Erick Rodolfo. **El método de interpretación de la realidad económica en el derecho tributario**, San José, Tesis para optar al título de licenciados en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985, p. 182-183.

4. GARRIGUES, Joaquín. Formas sociales de uniones de empresa, **Revista de derecho mercantil**, Madrid, Vol. III, No. 7, enero-febrero, 1947, p. 56-57. El autor cita a HAUSSMAN quien intenta una clasificación utilizando el doble criterio de la unión real u obligacional y de la subordinación y coordinación, mas así incluye fenómenos que nosotros excluimos del supuesto del grupo de sociedades, por quedarse en el de la colaboración entre empresas independientes, y tales vínculos no tienen interés para nosotros.

* Profesor de Derecho Comercial del Collegium Academicum de la UACA. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

1. Véase ARIAS CÓRDOBA, Fabio Alberto. La concentración de empresas en grupos de sociedades, **Acta Académica**, San José, Universidad Autónoma de Centro América, No4, 1989.

2. DURAND, Patrick y LATSCHA, Jacques. **Les groupements d'Enterprises**, París, Libraries Techniques, 1973, p. 92-93.

En realidad, estimando la naturaleza del vínculo, nos parece más conveniente utilizar la clasificación de BRUNETTI, enunciada ligeramente arriba, más consideramos que debe agregarse otro medio de vinculación, con respecto al cual, la doctrina discute si se trata de efectivo medio de vinculación en relación también con su licitud, a saber, vinculaciones estatutarias. En razón de lo anterior, consideramos tres formas de vinculaciones, sea las patrimoniales, las contractuales y las extracontractuales. Las primeras, configuran el llamado **control interno o jurídico de sociedades**, esto es, el control que deriva de la posesión de parte del sujeto controlante de acciones de la sociedad controlada. Las demás son formas de **control externo o económico de sociedades**, sea aquel que deriva no de medios jurídicos de control, sino de un **poderío económico o influencia dominante**. La diferencia entre ambos tipos de control es notable, en razón de que el interno se presenta cuando el poder de dominación que se ejerce sobre una sociedad lo es por la posibilidad que tiene un sujeto de dominar a las asambleas de socios. Esto es, el control interno supone el ejercicio de un derecho a través de la estructura de la sociedad, derecho que deriva de la posesión de todo o parte del capital social que le permite dominar la asamblea. Si bien, señala PASTERIS, ante casos extremos puede presentarse el control mixto que derive, por ejemplo, de cierto vínculo contractual con una participación minoritaria.⁶ Si bien, debemos señalar que el fenómeno del control no es exclusivo del grupo de sociedades, sino general de toda forma de dominación de una sociedad, sea que se trate de una persona física aparente u oculta, o bien de una sociedad en el marco de una concentración de empresas.

2. Participación como medio de vinculación

La participación designa la detención de acciones por una sociedad,⁷ que es posible por la ausencia de prohibición a sociedades de ser sodas de otras, sea por adquisición de acciones de una sociedad ya constituida, o que la misma concurra a constituirla, o a aumentar su capital, o que es lo mismo, posea acciones o cuotas de otra. Es más, expresamente está permitido que la sociedad concurra a la constitución de otra, de conformidad con el artículo 18 inciso

5. BRUNETTI, Antonio. *Tratado de derecho de sociedades*, Buenos Aires, UTEHA, T. II, 1960, p. 55.

6. PASTERIS, Cario. *Il "controllo" nelle società collegate a le partecipazioni reciproche*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1957, pp. 65-66.

7. CHAMPAUD, Claude, Le pouvoir de concentration de la société par actions, *Bibliothèque de Droit Commercial*, París, Librairie Sirey, Tome 5, 1962, p. 239.

"Hay participación cuando una sociedad adquiere una parte del capital social de otra sociedad por compra de partes sociales o de acciones de bolsa. La operación se realiza generalmente a precios económicos, por una sociedad que pretende constituir un grupo de sociedades que van a actuar bajo su impulso y su control". GUYENOT, Jean. *Contribuciones al estudio del derecho mercantil comparado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 99.

3) del Código de Comercio vigente, que dispone que como parte del contrato social deberá indicarse "nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación".

Se considera que la participación es uno de los más importantes criterios de pertenencia al grupo, si bien no único ni determinante, pues junto con la adquisición de las acciones debe aparecer la intención de ejercer una influencia dominante sobre la sociedad. Nos dice CHAMPAUD⁸ que control y participación dominan actualmente la vida jurídica de las sociedades por acciones, esto es, que son nociones de estrecha relación en el tanto que es más frecuente que los demás vínculos, o bien, se presenta como la forma más simple de concentración de empresas, susceptible de ser empleada universalmente por la gran difusión del sistema de acciones. Se habla de sociedad matriz-sociedad filial, de "subsidiary/ company", "société de sociétés", "affiliate", más lo cierto es que la participación es medio para ejercer la dominación de empresas, si se quiere, ofrece a la sociedad madre una posibilidad permanente y general de intervenir en la dominada, que se traduce en el ejercicio efectivo de la dominación. Por medio de la participación se establecen relaciones de la más variada naturaleza, más íntimas a mayor parte del capital poseído, más el tener mayoría no hay duda de que se traduce en el "control", y en ocasiones en la práctica se tendrá una fusión, si bien la sociedad matriz y controlada conservan inalterada su personalidad jurídica.

La adquisición de participaciones de otra sociedad permite el control de ésta, que llamaremos sociedad "hija", si bien en nivel de asamblea de accionistas y no a nivel de órganos de gestión administrativa o gerencia, más se refleja en estrados del consejo administrativo ya que debe reflejarse en la toma de decisiones para servir como criterio determinante en la formación de un grupo de empresas.

Debemos indicar que con respecto a la vinculación financiera se requiere, para la presunción de dependencia, de al menos contar con un 50% de las participaciones. Nos señalan ARCE GUTIÉRREZ Y MONTERROSO ASOFEIFA que "la tentación es fuerte por definir el grupo de sociedades como unidad patrimonial... cuando los activos son detentados por una sociedad dominante, sin embargo, debe rechazarse el principio puramente aritmético de la posesión de participaciones".⁹

En razón de ello debe señalarse la existencia de grados de participación, sea aquella reducida y limitada al ejercicio

8. CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 259. Agrega el autor que las nociones de control, participación, grupo de sociedades, sociedades madres y filiales, son enteramente solidarias y su estudio raramente es separado. Ibidem.

9. ARCE GUTIÉRREZ, Pablo y MONTERROSO ASOFEIFA, Tomás. La empresa como sujeto pasivo de la relación tributaria. San José, Tesis para optar al título de licenciados en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984, p. 243.

de los derechos de socio en sociedad con control estable; la que permite junto con otros controlar la sociedad; la que permite el control minoritario; la mayoritaria que supera el 50%; sin excluir la totalitaria o casi totalitaria. Los últimos grados no hay duda de que permiten el control de la sociedad cuyas participaciones se tienen y las cuales pueden darse por varias vías o caminos.

La suscripción de acciones puede provenir de una suscripción efectuada en el momento de la constitución de la sociedad, participando en la fundación de la misma, en razón de que la calidad de "fundador" no es reservada solamente a las personas físicas, sino que las sociedades pueden asumir un papel activo en la misma, hállese de "banques" o bien de una o más sociedades industriales o financieras que se reservan la totalidad o una parte de la propiedad de las acciones de la sociedad nueva, sea por sociedades del mismo grupo en territorio nacional o extranjero, o bien por sociedades de diversos grupos pero concurrentes, donde se acompañan generalmente diversos acuerdos. Tal vez es la forma más común y se trata generalmente de una sociedad comercial que crea una anónima, la mayoría de las veces son capital modesto, y que la controla conservando su gobierno, con lo cual se presenta qué sociedad-matriz y sociedad-filial constituyen un solo centro de intereses "ab-initio", porque lo que la sociedad matriz atribuye como capital de fundación de la filial sigue dentro del dominio de ésta, sustituyéndose por acciones de la filial.

Similar a la fundación, resulta la escisión, pues la mayoría de las sociedades que se "dividen" son controladas por una tercera sociedad, y es por el juego de las operaciones, que las participaciones sobre las cuales se fundaba el control se dividen entre las sociedades divididas. La división responde a diversas razones, de las cuales en ocasiones es la misma intención de conservar la influencia dominante en las nuevas sociedades. Se habla también del "aporte-parcial", sea el aporte -nos dice CHAMPAUD-realizado con la transferencia de una parte de los elementos del activo de una sociedad a otra¹⁰ que se puede efectuar en la fundación de la sociedad, o bien por suscripción en aumento de capital de la sociedad, caso en que se hace referencia no ya tanto a la fundación sino a la adquisición de la participación por suscripción en curso de la vida social, donde puede ser que la sociedad ejerza derechos

10. CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 249

11. En caso de ser sociedad anónima, tales derechos deben derivar del pacto social, sea el derecho de suscripción preferente. Consiste en un derecho de opción o compra preferencial que tiene por fin que el socio mantenga su posición. Es la opción a tenedores de acciones comunes u ordinarias, para que, en caso de aumento de capital por emisión de nuevas acciones, es un plazo fijado, las suscriban con prioridad en proporción a las acciones que tengan en su poder.

Distinto sucede en la sociedad de responsabilidad limitada, donde dispone el artículo 82 que "en los aumentos de capital social se observarán las mismas reglas que en la constitución de la sociedad: los socios tendrán preferencia para suscribirlo, en proporción a sus partes sociales...".

preferenciales por acciones que posea en la sociedad controlada.¹¹ Sin embargo, mayor interés presenta el caso en que es una sociedad la que renuncia a sus activos para que otra los posea, pues en tal caso nos encontramos con una verdadera "cesión del control", dado que el objeto es transferirlo a personas que en principio no figuran como participantes en la sociedad o que no participa en el control de la misma, por lo menos en el caso de ser total, pues de ser parcial lo que tiene por objeto es la relación económica de las sociedades. Distinto a la cesión del control, lo es la cesión de la participación, como medio de adquirir las acciones en curso de vida social y que se funda, como su nombre lo indica, en un acto central de cesión de acciones destinado a transferir la influencia en beneficio de la "sociedad madre".¹²

Una sociedad comercial también puede ir adquiriendo las acciones de otra sociedad por sucesivas y graduales compras o por medio de la llamada **scalata**, y no sólo la mayoría sino la totalidad de las acciones de una anónima, que asume la forma de una inversión del capital o patrimonio de una sociedad en acciones de otra sociedad. La llamada "compra de acciones en bolsa", si bien para algunos da una influencia limitada dependiendo de la pluralidad de sociedades participantes, es en la realidad bien diferente y permite adquirir un control estable.

3. Control minoritario

Manifestación de control interno lo es el control fundado en la propiedad casi total del capital social o al menos de la mayoría. Basta, pues, la posesión de más del 50% de las acciones para que las sociedades logren mantener un control estable del grupo, sin importar la existencia de socios terceros ajenos a él.

Distinto sucede, sin embargo, con el control minoritario, esto es, el ejercido con menos del 50% de las acciones, que es posible cuando para asumir la mayoría de los votos es suficiente una minoría de las acciones emitidas. Sucede ello sobre todo en aquellas sociedades donde el capital social se ha "pulverizado" entre un extenso número de accionistas.¹³

12. Debe distinguirse la cesión de acciones de las cesiones patrimoniales, pues "bajo el nombre de cesiones patrimoniales, como medio de concentración de empresas, se conoce cualquier tipo de cesión, sea temporal o definitivo de los diferentes elementos patrimoniales que tengan las empresas que se van a agrupar... Los elementos que componen la cesión pueden ser de más variada índole, desde la venta en bloque de una empresa a la cesión de marcas y patentes, e incluso contratos de arrendamiento y cesión de explotación..." SALGADO PORTUGUEZ, Jorge Fernando. ROCHA NUÑEZ Enrique José y MATEO PERALTA, Ileana María. **Las concentraciones de empresas en las sociedades anónimas**. San José, Seminario de Gradación para optar al título de licenciados en derecho, Facultad de Derecho i la Universidad de Costa Rica, 1982, p. 129-130.

13. Véase ARIAS CÓRDOBA, Fabio Alberto, **El abuso de la personalidad Jurídica de la sociedad**, San José, Tesis de grado para optar al título de licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, Tomo I, pp. 179-180.

Sociedades que presentan dos tipos de socios: ante el socio verdaderamente interesado en la gestión social se encuentra el socio ahorrante no interesado en otra cosa que los dividendos. "Frente a una mayoría heterogénea y desorganizada fácil es para una minoría organizada tomar la mayoría en sede de asamblea, aunque no corresponda a la verdadera mayoría de capital".¹⁴

El control se logra con una influencia no proporcional al capital detentado que se explica porque las acciones con derecho a voto se encuentran muy distribuidas,¹⁵ por lo cual la dominación efectiva puede ejercerse con un pequeño porcentaje de las ordinarias.

Por lo anterior, las legislaciones modernas no recurren a criterios de porcentaje en la posesión de acciones como un criterio determinante para definir la dependencia, precisamente porque la denominada "participación minoritaria" como medio de control, se convierte en la medida privilegiada de ejercerlo. Si bien el poder de elegir los administradores y controlar la sociedad exige más del 50% de las acciones con derecho a voto, es posible que en virtud de normas estatutarias o de situaciones de hecho, el control pertenezca al accionista (o accionistas) que tengan menos del 50% de las acciones con derecho al voto.

Si bien, este tipo de control siempre presentará el problema, que no es ajeno al control mayoritario, de la tutela de los accionistas ajenos al grupo de control, más aquí asume mayor relieve en tanto que el porcentaje de accionistas posiblemente afectado es mucho mayor que en el otro caso.

Lo más interesante del control minoritario lo es el carácter oculto que presenta la dominación, pues es relativamente fácil, señala PUIG BRUTAE, "que una compañía acusada de ejercer dominación sobre otras pueda demostrar que de hecho no lo ejercita; pero es sumamente difícil que un organismo que contempla el caso externamente y que conoce los hechos por lo que han declarado testigos poco dispuestos a prestar ayuda, pueda asumir la carga de probar que efectivamente se ejerce dominación. La utilización de los convenios de voto y de mandatarios y delegados que actúan por cuenta de un principal no aparente, puede mantener oculta la verdadera fuerza que ejerce la dominación".¹⁶

En este ámbito cabe citar los negocios fiduciarios y la captación de poderes de los accionistas desinteresados en el manejo administrativo de la sociedad. Entre los medios

fiduciarios, dice DOBSON,¹⁷ se puede citar el "reporte", transferencia temporal de la propiedad de títulos accionarios, normalmente a corto plazo, con posibilidad de prórrogas sucesivas. También, la política de reservas como un medio de control o autofinanciamiento como base de la constitución de grupos de sociedades, en la medida que las reservas son transformadas en participaciones.¹⁸

Algunos han creído que la exigencia de un quórum elevado es el mecanismo para impedir el establecimiento del control minoritario, más CHAMPAUD¹⁹ señala que ello es inexacto en el tanto que deviene innecesario en las siguientes convocatorias.

Por el contrario, se han establecido distintas medidas para mantener el control minoritario, como lo es la fijación estatutariamente de la posesión de un número mínimo de acciones como condición para el ejercicio del derecho de voto, que señala ALBORCH²⁰ tiene por finalidad en aquellos ordenamientos que expresamente lo facultan, de evitar aglomeraciones en las juntas generales de las grandes sociedades anónimas, y se pretende que los llamados a votar tengan un mínimo de interés en el funcionamiento de la sociedad. Sin embargo, como dice el autor, "en las grandes sociedades anónimas esta restricción, introducida por los estatutos y permitida por la ley, no contraría en absoluto al pequeño accionista, dado que, como hemos señalado anteriormente, en general se abstiene de participar en las juntas generales. Más en las medianas y pequeñas sociedades anónimas la introducción de una cláusula estatutaria en este sentido puede tener como causa, y al mismo tiempo como efecto, la realización de determinadas maniobras por parte de un grupo de accionistas, generalmente fundadores o promotores, que pretenden asegurar el dominio en la sociedad...".²¹

Se mantiene también el control minoritario por convenciones entre los miembros del grupo de control, que tienden unas a afectar el libre voto del accionista, y las otras la libre revocabilidad de administradores, y generalmente se mantienen en un plano oculto. Presentan modalidades diversas y tienen por objeto mantener el control existente, para no reemplazarlo por nuevas minorías dominantes y que presentan diversas medidas de presión como lo es el control realiza, entonces, una desposesión de sus títulos nombrando un "gerente" que ejerce sus acciones, por lo cual la práctica ha recurrido a otras medidas inserción de una simple cláusula penal. La eficacia de tales cláusulas, sin embargo, es nula con la libre cesibilidad de la de presión como es el sindicato de "bloqueo". El grupo de prerrogativas,

14. Ibid., p. 180.

15. Un "accionariado disperso" nos señala AZZINI, Lino. **I Gruppi. Lineamenti economico-aziendali**. Milano, Dott. Antonio Giuffrè-Editore, 1968, p. 45; o la "extrema diseminación de capital de capital" al decir de DURAND, Patrick y LATSCHA, Jacques. **Op. cit.**, p. 95.

16. PUIG BRUTAE, José. Comentario a la obra de SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, p. 326.

17. DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (En el derecho privado)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 363.

18. CHAMPAUD, Claude. *Op. cit.*, p. 144.

19. Ibid., p. 116.

20. ALBORCH BATALLE R, Carmen. *El derecho de voto del accionista*, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 181-183.

21. Ibidem.

llevando al resultado de una coalición permanente. Un simple mandato de voto, irrevocable, comportan pluralidad de mandatos y unidad de mandatario que no es suficiente para llevar a la constitución del sindicato de voto, pues permanece la revocabilidad, por lo cual es necesario una verdadera organización, "una transmisión de la posesión de los títulos reunidos", en que la ejecución se confía a un gerente.

CERTAD señala que "estos contratos pueden presentarse en dos configuraciones típicas (a las que debemos agregar toda una gama de configuraciones secundarias o intermedias: a) como contrato realizado entre varios accionistas que, en ocasión de sucesivos acuerdos de asamblea, se obligan a votar todos de una manera preestablecida o a establecerse sucesivamente en acuerdo de mayoría; se trata entonces de una obligación de votar en el sentido que será decidido por la mayoría de los accionistas agrupados; b) como contrato concluido entre varios accionistas quienes se obligan a otorgar -para el ejercicio del voto inherente a sus respectivas acciones- un poder a una determinada persona (generalmente "al director del sindicato") quién votará en la asamblea según su propia apreciación discrecional o de conformidad con las directivas preestablecidas por la mayoría de los accionistas congregados".²²

Para obviar los problemas de licitud o no del sindicato de voto, efecto análogo lo tiene la constitución de una sociedad en participación, una "holding". En tal caso, el sindicato, nos dice COTTINO,²³ asume la forma aparente de sociedad, que no será sino sociedad de ejercicio, que administra la acción y la cuota; o bien se confiere en copropiedad la acción o la cuota. Dichos pactos o convenciones se presentan por la posibilidad del "cambio de control por subversión", que es admisible en el control minoritario, en la medida que siempre existe el riesgo de que la mayoría o una nueva minoría se forme organizadamente y, de tal modo, obtengan el control de la sociedad.

4. Formas de participación

Según la estructura de los ligámenes financieros de las sociedades que le unen con las otras, se distinguen en participaciones "radiales, piramidales, en cadena, circulares o mixtas". Los grupos a participaciones "radiales" se pueden considerar como los de estructura más simple, que se da en el grupo industrial donde la sociedad madre irradia sus participaciones y, en principio, sus filiales no están ligadas financieramente entre ellas en forma directa.

22. CERTAD, Gastón. Nulidad e impugnaciones de acuerdos de asamblea. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, No. 28, enero-abril, 1976, p. 264-265. El autor recomienda la incorporación de una norma en nuestro ordenamiento que declare nulos semejantes sindicatos cuando el voto resulte vinculado a intereses en contraste con la sociedad. Ibidem.

23. COTTINO, Gastone. **Le convenzioni di voto nelle società commerciali**, Milano, Dott A. Giuffrè, 1958, p. 116-118. En igual sentido CHAMPAUD, Claude. Op. cit, p. 120-123.

Señala MESSINEO que le conocen como sistema "estelar" en virtud de que la sociedad domina a las otras como "otros tantos satélites, en torno a un astro mayor", donde hay una sociedad que posee la mayoría de las acciones de otras varias, pero entre éstas no existe vínculo alguno;²⁴ sea, se trata de una sociedad "A" que es la sociedad madre, la cual tiene participaciones en "B", "C", y "D", más entre esas tres últimas sociedades-filiales no hay relación o participación alguna.

Las participaciones "piramidales" se tornan algo más complejas, y se habla también de **participations en échelle o de participations en cascade**, pues en ellas las sociedades así agrupadas figuran exactamente como una "pirámide", donde la sociedad madre ocupa la cúspide y, si las participaciones son bien calculadas, ella controla los patrimonios de todas las sociedades del grupo realizando la dirección económica de las mismas. En ella, la sociedad-madre ocupa lo alto del edificio y participa en dos sociedades "A" y "B", las cuales, cada una, participa en dos sociedades a la vez, las que también participan cada una en otras dos sociedades, y así sucesivamente.

Algo diferente se toman las "participaciones en cadena", sobre las cuales hablaremos más adelante. Al respecto, VARGAS VARGAS nos cita las llamadas estructuras de cuatro pisos, que "son aquellas en que una sociedad anónima A, es matriz de una sociedad B, la que a su vez, es matriz de una sociedad C, la que, a su turno, es matriz de la sociedad D, que viene a ser la "operating company".²⁵ Tal estructura puede presentarse, en otros casos, en verdaderas participaciones recíprocas como sería cuando la sociedad-madre participa en A, ésta en B, la que sigue en C, y así hasta llegara una última filial que participa en la sociedad madre, estructura que le dedicaremos más atención luego, y que hemos denominado "participaciones circulares". Las estructuras a participación mixta, que tal vez son más frecuentes, presentan una variada gama de posibilidades, muy a menudo combinación de la estructura radial y piramidal sea que una sociedad-madre participa en A, B, C, D, pero a la vez que A participa en B, ésta en C, que participa en D, para volver a A.

Finalmente, debe indicarse que la participación de una sociedad madre en sus filiales puede tornarse como un fenómeno complejo, con combinaciones discretas, que combina una u otra de las técnicas precedentes, sea que convergen todas las filiales a una sociedad madre o bien que unen varios grupos de sociedades. La descripción de un grupo con participaciones complejas resulta casi imposible a razón de que toda combinación es posible,²⁶ así un pequeño

24. MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T.V., 1979, p. 367. Véase CHAMPAUD, Claude. Op. cit. p. 213-214.

25. VARGAS VARGAS, Manuel. La sociedad anónima en el derecho angloamericano, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1964, p. 59.

26. Así CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 219.

grupo de sociedades a participación compleja, donde A participa en B, C, D y E, pero C participa a su vez en B, D, E, y E participa también en F que pertenece a otro grupo de sociedades.

5. Participaciones recíprocas y en cadena

La participación de una sociedad en otra puede ser, además, directa o indirecta. Las relaciones de dependencia directa se presentan cuando la sociedad dominante del grupo posee en su cartera de valores participaciones de otra sociedad con la cual no tiene entre sí ninguna relación financiera, esto es, se puede afirmar que la dependencia directa se da en virtud de una intervención unilateral de una sociedad en otra sin reciprocidad. Las relaciones de dependencia indirecta entre sociedades, a diferencia del supuesto anterior, se presentan cuando una sociedad dependiente directamente de la sociedad dominante de un grupo es a su vez dominante de otra que depende directamente de ella y a su vez esta tercera lo es de una cuarta, y así sucesivamente. Tal es el caso de la **relación de dependencia indirecta simple**.

Señala BRUNETTI que, "la forma más corriente de "cadena" sobre la que la ley ha querido ahora intervenir puede ser representada por este esquema: grupos de sociedades (por ej. A, B, C, D.) que tienen cada una de ellas un capital de acciones igual a la mitad del de la sociedad que la precede en la serie, pueden coaligarse de tal forma que la que tiene en sus manos la mitad más una de las acciones de la sociedad más pequeña (última en la serie) pasa a controlarlas todas, e incluso el capital necesario puede ser posteriormente reducido cuando entre las sociedades se realice el cambio de acciones o se recurra a la artificiosa constitución de sociedades financieras, especialmente haciendo uso de las acciones privilegiadas".²⁷

Tal sistema permite a quienes controlan una sociedad forma otras al lado de la primera, sin emplear nuevos capitales. Ocurre, pues, que una sociedad constituye otra aportando parte de las propias acciones y recibiendo en cambio acciones de la nueva sociedad en número suficiente para controlarla; la que a su vez forma una tercera con el mismo método y así sucesivamente, de modo que la última tiene un capital compuesto casi exclusivamente por acciones de otras sociedades. La concentración en cadena, al conceder a grupos teóricamente mayoritarios en las sociedades dominantes el poder sobre las dominadas, donde su participación de capital constituye una ínfima minoría, no sólo rompe el principio de unión entre capital y control, sino que constituye un verdadero **círculo cerrado**.

Las participaciones recíprocas o cruzadas, además, se presentan cuando las sociedades de un mismo grupo poseen partes sociales de unas y otras de las sociedades del grupo. ALVAR EZ MELCON señala que "se denomina

propiedad recíproca de participaciones al caso en que la(s) sociedad(es) consolidable(s) posea(n) directa o indirectamente participación(es) en el capital social de la sociedad dominante del grupo... y/o en otras sociedades del mismo".²⁸

Nos encontramos ante participaciones recíprocas, siempre que una sociedad es dueña de participaciones de otra sociedad que posea participaciones en otra sociedad que es a su vez dueña de participaciones de la primera sociedad. Suponen, pues, las participaciones recíprocas, dos o más sociedades y un ligamen o "círculo cerrado" de participaciones de tal forma que "en cualquier punto de la cadena se verifique una soldadura capaz de cerrar, para todas o solamente para una parte de la cadena misma, un circuito de participación",²⁹ además de la participación en cadena, porque sólo dentro de tal sistema es posible la presencia de un ligamen circular que pueda cerrarse y configurar reciprocidad de participaciones. Las diferentes formas que pueden asumir las participaciones recíprocas lo son directas o inmediatas si existe participación de una sociedad en otra, que a su vez es socia participante en ella; a diferencia de las mediatas o indirectas que se llevan a cabo toda vez que una sociedad participa en otra sociedad participante en una tercera, a su vez socia de la primera. Una sociedad participa en otra, que no es accionista suyo, pero sí accionista de otra sociedad que es a su vez accionista de la primera; más lo mismo sucede si una sociedad intermedia de la cadena es la que se une con la primera (A en B, B en C, C en D, D en E, D en A) o bien en otra sociedad intermedia (A en B, B en C, C en D, D en E, D en B). Igual cuando dada una cadena de sociedades en participación, las dos cabezas de la misma se reúnen con las participaciones de las sociedades que constituyen el último y el primer anillo de la cadena. O bien, puede ser más indirectamente cuando de una sociedad parten dos cadenas y entre ellas se verifica un ligamento doble (A en B, B en C, y, por otro lado, A en D, D en E. Pero, por otro lado, C participa en E y D en B).³⁰

Tal tipo de participación puede dar lugar a una deformación de la voluntad social o permitir la concentración del control derivada del "voto cruzado", asumiendo las

28. ALVAREZ MELCON. Citado por ARCE GUTIÉRREZ, Pablo y MONTERROSO ASOFEIFA, Tomás. Op. cit., p. 260-262.

También FABIANI, Fabio. Le partecipazioni reciproche nel progetto di riforma delle società per azione, **La società per azione nel progetto ministeriale di riforma**, Milano, Don. A. Giuffrè Editore, 1966, p. 13.

Señala GUYENOT que hay participaciones recíprocas o cruzadas cuando una sociedad A posee determinada cantidad de participaciones sociales o de acciones de una sociedad B, mientras que la sociedad B posee una fracción de capital de la sociedad A". GUYENOT, Jean. **Curso de derecho comercial**, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1975, p. 437-438.

29. FANELLI. Citado por SALGADO PORTUGUEZ, Jorge Fernando, ROCHA NUÑEZ, Enrique José, y MATEO PERALTA, Ileana María. Op. cit., p. 360.

30. **Ibid.**, p. 362-364.

Véase PASTERIS, Cario. Op. cit., pp. 137 y ss.

27. BRUNETTI. Antonio. Op. cit., p. 56.

características de control por participación minoritaria. La participación recíproca puede mostrar dos distintos fenómenos que lo son la participación unilateral y la adquisición de las acciones de la propia sociedad. Las consecuencias de la participación recíproca son idénticas, si se quiere, a las derivadas de la adquisición parcial de las propias acciones. Se presta, pues, como procedimiento indirecto para conseguir tal finalidad.³¹

En la adquisición de las acciones por la sociedad sucede que el tradente desaparece y la sociedad que las adquiere es convertida en soda de sí misma. Los administradores, tendrían tantos votos en la asamblea como regular número de acciones adquiridas y, aparte de suponer un titular que no existe, sería el expediente fácil y apropiado para ejercer influencia decisiva en la asamblea y obtener los acuerdos deseados.

Por lo anterior, en algunos ordenamientos se establece la indisponibilidad de las acciones para los administradores y la suspensión del derecho de voto, así como determinadas condiciones o restricciones que van desde la prohibición de adquisición si ésta no está autorizada por la asamblea de socios y no es con cargo a utilidades netas, así como que debe tratarse de acciones totalmente liberadas.³²

6. Vinculación contractual

Las relaciones entre sociedades se establecen, además, por vínculos de naturaleza contractual. De tal forma lo entiende el artículo 2.359 del **Codice Civile Italiano**, que dispone que "se consideran sociedades controladas

31. Ibid., p. 157-158.

La adquisición de las propias acciones se puede presentar previo acuerdo de reducción del capital social tomado en asamblea de accionistas y a título oneroso y con cargo al capital, para ser amortizadas en ejecución del acuerdo de reducción; previo acuerdo de adquisición a título oneroso y con cargo a capital, reservas o beneficios para cualquier fin distinto de la reducción; adquisición en venta judicial; o bien a título gratuito. En cualquiera de sus formas, se trata de un medio de control para los administradores, o al decir de BRUNETTI, un medio "... que les permita crearse una cómoda mayoría a costas del patrimonio social". BRUNETTI, Antonio. Op. cit., p. 173.

32. Así el derecho italiano según artículo 2.357 del Codice Civile.

El artículo 87 del Código de Comercio dispone que la sociedad podrá adquirir sus cuotas sociales siempre que la compra la haga con utilidades efectivas y mientras estén en su poder, esas cuotas no tendrán derecho a voto. En forma similar el artículo 129 del mismo código, con respecto a las sociedades anónimas, señala que la sociedad podrá adquirir sus propias acciones en la forma y condiciones que señale la escritura social, pero en ningún caso por suma menor a su valor nominal, salvo que lo adquiera por adjudicación judicial en pago de créditos a su favor, y mientras pertenezcan a la sociedad no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas. No basta la suspensión del derecho de voto, pues nada remota sería la posibilidad de que los administradores, confabulados con accionistas complacientes o interesados, dominasen la asamblea. Si como se pretende, la sociedad podría disponer de los títulos en cualquier momento, podría utilizar un testaferrero a quien se transfiriesen las acciones con la consigna de ser empleadas en la asamblea del modo deseado, para luego recuperarlas de nuevo y seguir el juego.

33. MESSINEO, Francesco. Op. cit., T.I., p. 378.

aquellas en las que otra posea un número de acciones tal que le asegure la mayoría de los votos en las asambleas ordinarias o, aquellas que, en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad".³³

La concentración de empresas, entonces, puede realizarse mediante contratos privados entre las diversas sociedades. Señala DE SOLA CAÑIZARES, que en tal caso se trata de "un contrato que crea, según la finalidad que las partes se propongan, obligaciones diversas, y que generalmente es un contrato plurilateral de carácter normativo y con mucha frecuencia innominado".³⁴ Nos dice MISSINEO que "se da esta última situación -control por particulares vínculos contractuales-cuando una sociedad, por pacto, se someta a sufrir limitaciones en el libre desenvolvimiento de la propia actividad, o admita en el propio seno exponentes de la otra (o sea, de la controlante) que se injieran, con peso determinante, en la gestión de la primera (controlada), o sea, que participen en el órgano administrativo de ella e influyan sobre sus deliberaciones".³⁵

Generalmente asumen apariencias jurídicas muy diversas, si bien pueden presentarse con una participación accionaria, generalmente minoritaria. Nos referimos a la vía contractual como medio de vinculación de sociedades, no tanto de contratos vinculados -cuando además de la reciprocidad entre contratos, puede tenerse la subordinación unilateral de un contrato al otro-³⁶ sino de **contratos parasociales y contratos de empresa**. En cuanto a los primeros, señala MESSINEO, que "...es nota característica el ser extraños a la relación social y a la disciplina de la sociedad, pero el tener por objeto vínculos individualmente asumidos por los socios entre sí -como individuos- o también frente a la sociedad, o frente a los terceros órganos sociales, de manera que resulta de ello una vinculación entre tales contratos y el denominado contrato social; vinculación del tipo por el cual el contrato parasocial depende del denominado contrato social, o bien (menos frecuentemente) hay interdependencia entre el uno y el otro",³⁷ cuyo contenido es de lo más diverso, siendo uno de ellos la concentración de las acciones, o la atribución del cargo de administrador o presidente a un determinado socio, el derecho de proposición de un socio de los administradores, o concederle una "exclusiva" o tratamiento preferencial en sus relaciones comerciales, y similares.³⁸ En algunos casos el contrato puede asumir las características de un verdadero sindicato de voto, conforme se explicó antes, o bien, un "**share-holders agreement**". Si bien, estos tipos de contratos implican necesariamente una forma de control

34. DE SOLA CAÑIZARES, Felipe. Tratado de derecho comercial comparado, Barcelona, Montaner y Simon S.A., T. III, 1963, p. 97.

35. MESSINEO, Francesco. Op. cit., T.V., p. 367.

36. Ibid., T. IV, p. 451-452.

37. Ibid., T. V., p. 304.

38. Ibid., p. 305.

mixto, esto es, que debe existir al menos una participación minoritaria de parte de los contratantes.

Los contratos de "empresa", señala DE ROIMISER, "... son regulados por la ley alemana, que prevé los siguientes: a) el contrato de dominación; b) el contrato por el cual una empresa se obliga a transferir sus utilidades, o las de algunos establecimientos, a un "pool" al cual también concurren otras empresas, para que el fondo así constituido sea repartido según determinadas reglas; c) el contrato por el cual una empresa se obliga a transferir sus utilidades a otra; d) el contrato por el cual una empresa se obliga a transferir a otra las utilidades de uno o más de sus establecimientos; e) contrato por el cual una empresa cede o entrega su negocio a otra".³⁹ GOLDMAN los enumera como de dominación, de transferencia de beneficios, de comunidad de beneficios, de arriendo de explotación, de cesión de explotación, de asociación momentánea, de "joint venture" y agrupaciones de interés económico.⁴⁰

En realidad, no nos interesan los contratos parasociales y contratos de empresa sino cuando sirvan como medio de vinculación de sociedades, estableciendo un nexo de subordinación de una a otra que le permite a ésta ejercer el control estable y continuado sobre la primera. Esto es, aquellos contratos que se limitan a establecer una colaboración entre sociedades en condiciones de paridad y sin pérdida de su independencia económica y jurídica, es fenómeno extraño al control por vinculación. Los contratos de colaboración empresarial y la unión transitoria de empresas no salen del plano de coordinación de empresas con distintas finalidades, sea el ordenamiento de distintas actividades de diversas empresas o el someter a una dirección única diversas empresas estructuradas bajo formas societarias para someterlas a una política común, más como dice OTAEGUI, "los contratos de colaboración empresarial... son ajenos al fenómeno del grupo de sociedades, tal como los hemos caracterizado, pues este último implica subordinación y aquellos coordinación".⁴¹ Los acuerdos de cooperación, que pueden presentar las formas más diversas, pero donde las empresas conservan su propia autonomía y se reparten beneficios según un criterio fijado, se asemejan antes que al grupo, a los "carteles", "pool" o "consorcio".⁴²

39. DE ROIMISER, Momea G.D. El Interés social en la sociedad anónima, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 131.

40. GOLDMAN. Citado por DE ROIMISER, Ibid., p. 131-132.

41. OTAEGUI, Julio C. De los contratos de colaboración empresarial Revista de derecho comercial y de las obligaciones, Año 16, No. 96, diciembre, 1983, p. 861.

42. En tal sentido, BRUNETTI, Antonio. Op. cit., p. 56-57; y SALGADO PORTUGUEZ, Jorge Fernando, ROCHA NUÑEZ, Enrique José, y MATEO PERALTA, Ileana María. Op. cit. p.128-129.

Señala ASCARELLI cómo los socios a través de los pactos parasociales, terminan por unirse a través de los vínculos que asumen como socios, de modo análogo a como sucede en un consorcio con actividad externa. ASCARELLI, Tulio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Barcelona, Bosh, 1970, p. 127.

Interesan, para nosotros los "contratos de dominación o servidumbre", que "adoptan -señala POLO- muchas veces la más variada tipología, desde simples contratos de colaboración, de asistencia técnica, de arrendamiento de la actividad industrial de unas a otras, de prestación de servicios comunes, y de asistencia financiera, hasta aquellos que comportan una total dejación en manos de la sociedad madre de la organización directiva, administrativa, contable y laboral de las empresas dominadas".⁴³

Señala PASTERIS que la doctrina tanto italiana como alemana no se ha ocupado del control dependiente del vínculo contractual, si bien se citan tres contratos en particular, a saber "l'affitto di azienda", "la gestione o gerenza di azienda" y "l'esercizio di azienda".⁴⁴ Se regula por el **Código Civil** solamente el "usufructo de la hacienda" (artículo 2.561) y el "arrendamiento de la hacienda" (artículo 2.562), según los cuales se viene a ceder a otra empresa el goce de la propia hacienda, de los instrumentos para el ejercicio de la actividad empresarial, y por el cual la persona puede disponer de la hacienda del otro, dentro de los límites contractuales.

Sin embargo, resulta difícil que por tales contratos se pueda ejercer una influencia dominante sobre la formación de la voluntad de la contratante. No obstante, como señala PASTERIS,⁴⁵ en tales casos, como en todo caso de vínculo contractual, el mismo no deriva del contrato exclusiva o directamente, sino de la particular posición en que se encuentra uno* de los contratantes con respecto del otro. Será, si se quiere, un "quastio facti" el que un particular vínculo origine la situación de predominio de una en otra.

Dentro de los contratos que permiten ello, ocupan lugar importante los contratos de gestión, de administración o arrendamiento de la hacienda, por el cual quien toma la hacienda en arrendamiento, lleva a la gestión de ésta los criterios directivos que aplican a la propia (o del grupo) y el arrendador recibe una parte alícuota de las utilidades. Sea la administración de la totalidad de la hacienda de una empresa o algunas de sus haciendas, o bien la administración de la empresa ligada con el arrendamiento de todas o algunas de sus haciendas. Nos encontramos en tal caso, bajo la forma de empresas autónomas, lo que no es otra cosa que haciendas parciales del grupo.⁴⁶

La facultad contractual que una sociedad obtiene de servirse de una oficina común para la venta de productos o

43. POLO, Antonio. Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil. Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978, p. 608.

Señala el autor que en tal caso la vinculación es de tipo funcional, tales como los contratos de arrendamiento de empresa, de dirección, financiación, gestión, prestación de servicios técnicos, de exclusiva de distribución o de suministro. Ibidem.

44. PASTERIS, Carlo. Op. cit., p. 44.

45. Ibid., p. 48-50.

46. BRUNETTI, Antonio. Op. cit., p. 57.

de una oficina ejecutiva; o de aprovisionamiento de las materias primas y de otras cosas o servicios útiles a todas las empresas del grupo; así como los acuerdos de franquicia, de concesión, de subcontratista, son un excelente medio de vinculación.

La titularidad de patentes de invención que permite utilizar a terceros la prestación de tecnología de avanzada coloca a éstos que las utilizan en una situación de verdadera dependencia respecto a su titular. O bien, quienes proveen materiales o materias primas de alta sofisticación que requieren de una alta inversión de capitales; o un contrato de suministro, cuando la hacienda del suministrado está integrada por un solo producto.⁴⁷ A su vez, la titularidad de procesos de fabricación industrial, igual que los acuerdos de "licences et d'association", por medio de los cuales puede crearse un servicio común de gestión de venta o de gestión común de "stocks".

Licencias para el empleo de marcas de fábrica, de patentes de invención, de "know how", suministros de elementos indispensables para la producción, contratos de provisión, adquisición exclusiva de la producción, y contratos de distribución, llevan la mayoría de las veces a consecuencias que escapan al derecho de sociedades y facilitan el control externo de una sociedad. También un acreedor puede ejercer el control de su deudor de la manera más efectiva, así a los fines de la renovación de los créditos podrán imponerse determinadas condiciones de ejercicio de la actividad futura, estableciéndose los ramos de actividad a perseguir y también cuáles han de ser abandonadas. En general, los contratos de duración, en los cuales existe permanencia en la relación y cierta masividad o por lo menos cantidad en el número de operaciones, llevan a una práctica integración empresarial.

Cuando la relación se entabla entre dos sujetos de derecho en función primordialmente con la existencia de una cosa perteneciente a uno de ellos que el otro utiliza o explota, la relación de dominación, según DOBSON,⁴⁸ no parece que puede darse con respecto a la actividad económica de la dominada. Así, en casos de locación, el objeto de la relación jurídica lo es un bien determinado y no existe relación de dominación sobre la actividad económica del inquilino por la mera existencia del contrato; si bien puede ser el comienzo de una actitud de dominación donde en virtud del poder económico que brinda el ser titular de un bien importante se influya tiránicamente sobre las decisiones empresarias del inquilino, pero ésta tiranía debe ser comprobada y no surge por añadidura de la relación locativa según el autor. En tal sentido, AZERRAD cita la decisión de la Corte de Amiens "...que debió examinar un contrato de locación en el que se incluían diversas cláusulas inusitadas para esta clase de contratos, que tenían por fin establecer el

control contractual de una sociedad sobre otra".⁴⁹

También debemos señalar el contrato caracterizado como de "dominación", según el cual "...alguien sin llegar a ostentar la mayoría de los votos para formar la voluntad social pudiera en forma indirecta prevalecer sobre ella".⁵⁰

El control externo o económico se presenta, entonces, cuando existe la presencia de una relación contractual entre dos sujetos, pues como dice DOBSON,⁵¹ uno de ellos se halla enlazado en una situación de dominación que deriva de su relación contractual. Como dice el autor, la presencia de la relación contractual no tipifica al control, sino que "es el desvío de los efectos propios del contrato, lo que hace derivar la relación contractual en una de dominación, y su correlativa subordinación".⁵²

7. Vinculación extracontractual

Nos interesa, ahora, determinar si, tomando en cuenta que el grupo deriva generalmente de una situación extrajurídica, sea la influencia de una sociedad dominante sobre otra dominada o controlada, tal estado que hemos denominado influencia dominante puede derivar de una situación extracontractual. El grupo de sociedades presenta un estado de dependencia económica de una a otra sociedad, por lo cual particular interés tiene el determinar si la vinculación puede establecerse por vía extracontractual, y aquí nos referimos a dos medios, a saber, por medio de **cláusulas estatutarias**, o por **unión o influencia personal**.

El vínculo estatutario se presenta cuando los socios incluyen en el pacto constitutivo de la sociedad cláusulas según las cuales pueden derivar el control para algún socio; a saber, cláusulas que confieren el derecho, reservado a un socio o un tercero, que llamaremos controlante, de nominar los miembros, todo o parte, del órgano administrativo.⁵³

La posibilidad de semejante vínculo, sin embargo, depende de cada ordenamiento jurídico y, en general, la validez de semejante cláusula es discutible pues los ordenamientos reservan semejante derecho con exclusividad a la asamblea de accionistas. Así, nuestro Código de Comercio, de conformidad con el artículo 152,

49. AZERRAD, Rafael. **Extensión de la quiebra**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, p. 178.

50. BENSEÑOR, Norberto Rafael y PEREZ LOZANO, Néstor O. Régimen legal y actuación de las sociedades extranjeras, **Revista Notarial**, La Plata, Año 84, No. 834, setiembre-octubre, 1977, p. 1482.

51. DOBSON, Juan M. Op. cit., p. 368.

52. **Ibidem**.

En tales casos será necesario determinar las razones de la vinculación, pues la empresa dominante debe tener un interés económico para ejercer el poder de dominación, y ese poder debe encontrar un correlativo en el interés de la dominada en seguir la voluntad dominante. Indica el autor que la controlada realiza una opción "...si le resulta conveniente seguir con la dominación o rebelarse con ésta, sufriendo el perjuicio correspondiente". **Ibid.**, p. 370.

53. Así DURAND, Patrick y LATSCHA, Jacques. Op. cit., p. 91.

47. Véase DURAND, Patrick y LATSCHA, Jacques. Op. cit., p. 93.

48. DOBSON, Juan M. **Op. cit.**, p. 371.

dispone que **"las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia"**. Es competencia de la asamblea de accionistas, aquellos asuntos expresamente señalado; por la ley, como las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad (artículo 152, párrafo segundo). Precisamente, el nombramiento de los administradores y de los demás funcionarios que ejerzan vigilancia, así como el revocar dicho nombramiento, es competencia de asamblea ordinaria de la sociedad de conformidad con el artículo 155 inciso c) del Código de Comercio. Consecuencia de lo anterior, no es posible en nuestro ordenamiento cláusulas en el pacto constitutivo que reserven el nombramiento de los administradores a uno más socios, o bien a un tercero. Tal posibilidad sólo y mediatamente, esto es, controlando la asamblea de accionistas, lo que implica en alguna medida participada-accionaria, o bien alguna forma de control externo de la sociedad, pero no sería control estatutario. El único vínculo que podría asimilarse a un control por medio de cláusulas estatutarias, lo sería la emisión de acciones privilegiadas, sea de voto plural o restringido, por medio de las cuales el accionista o accionistas privilegiados, o los comunes, según el caso, tendrían el derecho de controlar la sociedad, controlando directamente la asamblea de accionistas, en detrimento de los demás socios. El artículo 121 del Código de Comercio dispone que además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto o a cualquier otro aspecto de la actividad social. Las acciones de voto plural, acciones sin voto y acciones de voto limitado, son de los privilegios posibles al tenor del artículo 121 del Código de Comercio visto y que reitera el artículo 139 al disponer que cada acción común tendrá derecho a un voto, por lo cual "a contrario" la privilegiada no está sujeta a tal proporcionalidad. La acción de voto plural deviene en "un cómodo instrumento de dominio"⁵⁴ y son aquellas a las que corresponde un número de votos más elevado que a otras del mismo valor nominal o parte alícuota del capital que representan. Su finalidad fundamental es asegurar la dirección y dominio de la sociedad a un accionista o grupo que en principio no disponen del capital suficiente para obtener la mayoría en las juntas, por lo cual, siguiendo a ALBORCH BATALLER⁵⁵ se les denomina "acciones de mando". Son, entonces, una derogación del principio de proporcionalidad entre el capital

54. BRUNETTI, Antonio. Op. cit., p. 45.

55. ALBORCH BATALLER, Carmen. Op. cit., p. 202-203.

Señala el autor: "En definitiva, existe voto plural en todos aquellos supuestos en los que se derogue la proporcionalidad entre el valor nominal

y el derecho de voto y una excepción al principio de igualdad entre los accionistas que son titulares de un mismo número de acciones representativas de una idéntica participación en el capital social, pues tiene la concesión, directa o indirecta, de un mayor número de votos sin que corresponda a una efectiva participación, y que se pueden dar sea creando acciones con un valor nominal igual pero con derecho de voto superior, o bien lo contrario, sea, acciones con valor nominal diferente pero que confieren el mismo derecho de voto. Con las acciones de voto plural no es necesario contar con más del cincuenta por ciento del capital social, pues su titular tiene el dominio de la misma. Razón por la cual, en los casos en que se emiten acciones de tal tipo para controlar la sociedad, se acompañan cláusulas en los estatutos según las cuales en cualquier aumento de capital las acciones de voto plural han de mantener la proporción existente entre el número de votos atribuidos en conjunto a las mismas y el correspondiente poder de decisión en la asamblea general, conocido como **"vote a glissière"** por la doctrina francesa y que se logra por varios procedimientos, sea estableciendo que la serie de acciones de voto plural tendrá en conjunto un número de votos igual o superior al correspondiente a las acciones comunes cualquiera que sea su número, o bien admitiendo que se creen y emitan acciones de ambas series, reservándose la suscripción de las acciones de voto plural a los titulares de dicha clase. Debe señalarse que el efecto de la acción privilegiada se consigue a través, también, de procedimientos indirectos, sea se concede el mismo número de votos a grupos iguales de acciones de distinto valor nominal o a grupos desiguales de acciones de distinto valor nominal; cuando cada acción de una serie confiere votos en igual medida que el concedido a un grupo o conjunto de acciones de otra serie con igual valor nominal a la primera acción; cuando el máximo de votos que puede emitir un mismo accionista se establece de forma distinta para los titulares de distintas acciones; cuando el máximo de votos afecta sólo a una serie de acciones; cuando se establece proporción según la cual a un accionista o grupo corresponde en la asamblea sea el número de acciones que tenga un número de votos igual al de los restantes; cuando se crean acciones de voto limitado para determinadas asambleas; etc. Parece que tal sería la única posibilidad de control estatutario de sociedades, si bien no es la concesión directa a un socio de nombrar los administradores, sino más bien de dominar la asamblea de accionistas y así, nombrar los administradores.

8. Vinculación personal entre sociedades

Los vínculos personales son posibles porque los titulares de los órganos administrativos de sociedades de capitales pueden serlo socios o no socios.⁵⁶ y, además, en varias sociedades.⁵⁷ Háblese de unión personal, como su nombre lo indica, para indicar un conjunto de sociedades en que la unidad de decisión resulta de una comunidad de dirigentes. SALGADO PORTUGUEZ, ROCHA NUÑEZ Y MATEO PERALTA señalan que, "por medio del concepto de unión

personal, nos referimos a aquella forma que las sociedades usan para concentrarse, en la cual por medio de colocar en los cargos directivos de diferentes sociedades a las mismas personas, se puede concentrar empresas sin que lo anterior aparezca en ningún registro, ni se encuentre señal alguna de que esas sociedades están unidas; es decir, la concentración de empresas la encuentran las sociedades en una situación de hecho y no de derecho, puesto que a través de los consejos de administración hacen una actuación semejante a la que podría conseguir por medio de cualquiera de los tipos de uniones de empresas".⁵⁸

El vínculo personal alude, pues, a la coincidencia total o parcial de los administradores de dos o más sociedades, que el administrador de la controlante lo es también de la controlada, dando origen a la más sutil forma de concentración y dirección económica y, además, el más peligroso por los abusos a que se presta al decir de aquellos autores.⁵⁹ Tal comunidad de directores, sin embargo, no basta para considerar la unión de empresas, pues puede tratarse simplemente de una persona con diferentes cargos directivos, sin que su actuación esté relacionada con las empresas. La vinculación de sociedades por comunidad de directores, además, no es generalmente aceptada por la falta de estabilidad y continuidad en el control, pues bastaría el revocamiento del nombramiento del director. Lo cierto es, que, sin consistencia jurídica propia, al decir de GUYENOT, "... estos grupos juegan, sin embargo, un rol considerable permitiendo asegurar una unidad de dirección con una estrategia que tiende siempre a la hegemonía de un grupo en una rama de actividad o en ramas conexas o complementarias".⁶⁰ Tal procedimiento sería fácilmente limitado recurriendo la ley a restringir el número de puestos de administrador que una misma persona puede acumular; más la restricción resulta fácilmente dejada de observar por medio de las personas interpuestas. En este sentido, mediante las vinculaciones personales, nos referimos a la llamada unión personal de empresas (identidad de dirigentes), así como a la vinculación por la imposición de un dirigente de confianza, hecha por una empresa a la otra, o

de la acción y el derecho de voto que confiere; cualquiera que sea el procedimiento o mecanismo utilizado para conseguir, mediante el voto, la finalidad primordial de las acciones de voto plural; el control y la dirección de la sociedad". *Ibid.*, p. 211.

56. En tal sentido dispone el artículo 181 del Código de Comercio que, en cuanto a la sociedad anónima, los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo que deberá estar formado al menos por tres miembros, quienes podrán ser o no socios".

57. Si bien, debe observarse la limitación que en tal sentido dispone el Código de Comercio, artículo 90, para las sociedades de responsabilidad limitada, según el cual "los gerentes y subgerentes no podrán realizar por cuenta propia, operaciones de las que constituyan el objeto de la sociedad, ni asumir la representación de otra persona o sociedad que ejerza el mismo comercio o industria, sin autorización expresa de todos los socios, bajo pena de perder de inmediato el cargo, y reparar los daños y perjuicios que hubiere causado con su proceder".

58. SALGADO PORTUGUEZ, Jorge Fernando, ROCHA NUÑEZ, Enrique José, MATEO PERALTA, Ileana María. *Op. cit.*, p. 134.

59. *Ibid.*, p. 135-136.

la vinculación mediante la continuidad de los contactos entre dirigentes de las empresas. Se dice que para evitar los inconvenientes de la designación de la propia sociedad madre como administradora de la filial se suele elegir el procedimiento de nombrar administradores de aquélla en su calidad de accionistas de la sociedad filial, con lo cual "cada sociedad conserva separados sus propios órganos de administración, y con ello queda más velada la intervención de la sociedad madre en los asuntos de la filial y se compromete menos ante el público la responsabilidad de aquélla en las operaciones de ésta".⁶¹ Distinto, eso sí, lo es lo que se ha llamado grupo "personal" donde las sociedades no tienen entre ellas ni lazos funcionales, ni financieros, ni de ningún otro tipo, separándose del esquema financiero para aparecer como una "yuxtaposición de empresas" de un mismo titular. La vinculación personal que resulta de la comunidad de sus dirigentes es fenómeno sensiblemente diferente al que nos referimos ahora. Vemos, pues, dos clases de lazos personales pues en las vinculaciones personales la comunidad de dirigentes es producto de la unidad económica, mientras que, en este segundo supuesto, la unidad económica es producto de la "oligarquía" de titulares, esto es, que las estructuras del grupo reposan únicamente en los lazos personales. Tal vez en este caso no pueda encontrarse el fenómeno de grupo de sociedades puesto que no hay una sociedad dependiente de otra, sino simplemente se relacionan por las personas. La cohesión económica y política del grupo no está fundada sino es en la persona, razón por lo cual se califica de grupo personal. Podemos, entonces, señalar un vínculo personal en sentido amplio para aludir a una empresa donde el aspecto familiar del grupo no altera su naturaleza esencialmente financiera, sea los controladores o administradores del grupo están unidos por "parentesco o alianza", pero se trata de una unidad económica. Por otro lado, nos encontramos con el vínculo personal en sentido estricto, que se presenta cuando la unidad de dirección no resulta más que de la identidad de dirigentes, nos encontramos con sociedades plenamente independientes desde el punto de vista financiero en donde sus dirigentes son, personalmente, "los solos hilos de unión", y al cual se le reserva el nombre de unión "personal".

60. GUYENOT, Jean. Contribuciones al estudio del derecho comercial comparado. *Op. cit.*, p. 109.

Cfr. PASTERIS, Carlo. *Op. cit.*, p. 52-42 y 57-58. Considera el autor, no sólo que la unión personal no es suficiente criterio de vinculación, sino que rechaza cualquier otro vínculo de origen extracontractual del mismo, considerando no suficiente el predominio económico para la existencia del grupo de sociedades, sino que debe existir una influencia dominante actual que sólo se da en presencia del contrato, pues de otro caso basta el cambio de interés del controlado para poner fin automáticamente a la influencia.

61. GARRIREZ, Joaquín. *Op. cit.*, p. 70.

Debe agregarse, además, que la doctrina discute la posibilidad de que el nombramiento de administrador pueda recaer en una persona jurídica. La misma, además, se rechaza por parte de nuestra doctrina de conformidad con el artículo 183 del Código de Comercio, según el cual "el cargo de consejero es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante...".