

Comisión I.

LA MODERNA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El Proyecto francés Cousté y la ley brasileña. La "omisión" de la ley italiana y la nueva regulación en materia de consorcios

MÓNICA G. C. DE ROIMISER.

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 actual¹.

La conceptualización y descripción de las innumerables variantes posibles ha originado copiosa e invalorable bibliografía que nos releva de insistir sobre el tema². Nos limitaremos así a destacar que

¹ Dice al respecto Ferro Astray en *Participaciones societarias. Sociedades controladas y vinculadas. Joint ventures. Sociedad de sociedades. Legalidad. Personalidad*, en "La Información", abril 1975, p. 471: "Pocos temas existen hoy tan apasionantes como el de las participaciones sociales, pero tan difícil, también, de solución legislativa. El problema además de complejo es explosivo: sus efectos y repercusiones no se detienen en el campo del derecho sino que avanzan en el área de la economía política".

Ver asimismo: Carlos Juan Zavala Rodríguez, *El derecho comercial actual*, en "R.D.C.O.", 1975, p. 523; íd., *Técnica, empresa y derecho comercial*, en "J.A.", 1970-456.

² Ver, entre las más modernas, las obras de: Lagrande, *Problèmes posés par la concentration des entreprises*, en "Journal Officiel", 10/12/67, p. 209; Würdinger, *Aktien und Konzernrecht*, 2ª ed., Karlsruhe, 1966; Brachvogel, *Aktiengesellschaft und Gesellschaftsgruppe im französischen Recht*, Stuttgart, 1971; Rodière, *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*, Collection "Études", Série Concurrence, nº 5, Bruselas, 1967; Sinay, *Groupes de sociétés*, en "Répertoire de Sociétés", Dalloz, t. I, París, 1970; Pailluseau, *Faut-il en France un droit des sociétés?*, en "J.C.P.", 1971, ed. G, I, 2.401 bis; Contin-Houasse, *L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes*, en "Recueil Dalloz", 1971, 197; Petitpierre-Sauvain, *Droit des sociétés et groupe*

el grupo de sociedades es un conjunto de sociedades unidas por vínculos jurídicos diversos mediante los cuales se establece una relación de coordinación o de subordinación³. En general se ha destacado como rasgo tipificante del grupo la unidad de decisión⁴.

Resulta de interés la distinción de Ferro Astray⁵ entre "grupo de sociedades" y "sociedad de sociedades". En el primero, reviste importancia predominante el control (en el sentido de posibilidad de imponer con cierta continuidad y permanencia la voluntad y dictar las normas directrices de la gestión social) y la jerarquía. En la hipótesis de sociedad de sociedades no existen ni el control ni la jerarquía, sino meramente la coordinación.

Para Verrucoli⁶, de la vinculación de las sociedades del grupo surge una empresa. Ella resulta de las conexiones y de la coordinación funcional entre las actividades de las varias sociedades y de los elementos que componen el grupo. Si la empresa es organización, dice, la organización de las sociedades que constituyen el grupo es empresa ella misma. Cabe agregar que acepta la posibilidad, criterio con el cual disentimos, de que exista la empresa sin el empresario. En el caso de los grupos se daría la hipótesis de empresa sin titular,

de sociétés, Ginebra, 1972; y las ya clásicas y difundidas obras entre nosotros de Vanhaecke, *Les groupes de sociétés*, París, 1959, y Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París, 1962, y Champaud, *Los métodos de agrupación de sociedades*, en "R.D.C.O.", 1969, 121. Para "holding" ver la magnífica obra de Libonati, *Holding e investment trust*, Milán, 1969. Dentro de la bibliografía nacional ver, entre otras: Le Pera, en *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Bs. As., 1974; Halperin, *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1975; Christensen, *Empresa multinacional y Estado-nación. Tortuosa convivencia*, Depalma, Bs. As., 1976; Aftalión, *Monopolios y sociedades multinacionales*, en "J.A.", 1970; Zaldívar-Manóvil-Ragazzi-Rovira, en *Cuadernos de derecho societario*, t. III, vol. cuarto, y nuestra breve sinopsis: *La concentración de empresas: fenómeno de nuestro tiempo*, en "L.L.", 23/12/71 (t. 144).

³ Ver: Safer, en "R.T.D.C.", 1963, p. 41.

⁴ Ver: Rodière, *La protection des minorités dans les groupes de sociétés*, en "Rev. Soc.", abril-junio 1970, p. 246; entre nosotros, Palmero, en *Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales*, en "R.D.C.O.", junio 1977, p. 365, señala que "existe grupo siempre que dos o más sociedades se reúnen bajo una misma unidad de dirección, sea espontáneamente mediante la colaboración o compulsivamente mediante la subordinación". Ver también Le Pera, *La estructura jurídica de la empresa multinacional*, en "R.D.C.O.", 1974, p. 401, y *Reflexiones sobre el agrupamiento de sociedades en el derecho argentino y comparado*, en "Derecho Empresario", t. III-B, p. 676; y Würdinger, ob. cit., ps. 271-272.

⁵ Ferro Astray, ob. cit., ps. 479-481. En igual sentido: Guyénot, *Los grupos de sociedades*, en "Riv. delle Società", fasc. 1-2, 1974, p. 35.

⁶ P. Verrucoli, *El concepto de agrupamiento de sociedades*, en "Derecho Empresario", t. III-B, ps. 668-689.

aun cuando plantea la variante de que el sujeto podría surgir de la conjunción de las sociedades que forman el grupo entre las que se constituiría una sociedad de hecho.

La intensificación del fenómeno y la fecunda labor doctrinal determinaron que las modernas legislaciones societarias dejaran de ignorarlo. No obstante, ello no significa que lo han regulado, sino que en general se han ceñido a describirlo obviando normar sus consecuencias. No otra ha sido la técnica legislativa de la ley francesa de 1966, de la ley italiana de reformas de las sociedades por acciones de 1974 y de nuestra ley 19.550⁷. La ley alemana de sociedades por acciones de 1965 ha sido hasta el presente una significativa excepción que la han constituido, juntamente con el Anteproyecto Sanders de Estatuto de Sociedad Anónima Europea de diciembre de 1966⁸ y con la Propuesta de la Comisión de la CEE para la creación de la Sociedad Anónima Europea del 24/6/70, en modelos legislativos⁹.

Esta orfandad normativa ha sido la causa de que los más acuciantes problemas que la agrupación de sociedades plantea, primordialmente el de la responsabilidad y el de la situación de los socios externos, hayan sido resueltos por los jueces conforme a las más diversas y hasta a veces contradictorias pautas según las circunstan-

⁷ Conf.: Halperin, ob. cit., p. 662; Zaldívar, ob. cit., p. 478; Le Pera, en "Derecho Empresario", t. III-B, p. 682.

⁸ Sobre el Proyecto de S.A. Europea ver: Van Ryn, *La société européenne, en L'harmonisation dans les communautés*, Bruselas, 1968; R. Houin, *La société européenne*, en "Annales de la Faculté de Droit de Toulouse", 1967, XV, fasc. 2, 23; J. Renauld, *Droit européen des sociétés*, Bruselas, 1968, 9.01; G. Ferri, *La società comune europea*, Nápoles, 1968; H. Van der Groeben, *Vers des sociétés anonymes européennes*, en "Rev. Trim. Dr. Européen", 1967, 224; Loussouarn, *La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé*, en "Revue Critique de Droit International Privé", 1971, 383, y Karl Gleichmann y Th. Cathala, en "Rev. Soc.", 1972, ps. 1 y ss.

⁹ En el derecho estadounidense se elaboró doctrinal respecto de los problemas que los grupos de sociedades plantean no ha tenido el mismo desarrollo que en derecho continental. Ello en virtud de que toda la materia de la responsabilidad ha sido solucionada sobre la base de la teoría del "disregard of the legal entity". En este sentido dice Lattin, en *The law of corporations*, N. York, 1971, p. 103, que la mera existencia del control no autoriza a hacer responsable a la sociedad controlante. La razón que sí es determinante es que la filial sea usada como "agency". Se recurre así al concepto de instrumentalidad para responsabilizar a la controlante por el pasivo de la controlada insolvente. Cabe señalar que no sólo se tiene en cuenta la unidad patrimonial para proceder al "disregard", sino que también se considera la unidad administrativa, que se refiere a si la subsidiaria está dotada de organización empresarial suficiente para el logro de su objeto. En cuanto a la protección de los accionistas externos, ella incumbe grandemente a la Securities and Exchange Commission.

cias de tiempo y lugar. A la vez, la complejidad del fenómeno ha llevado a un importante sector doctrinal a considerar inconveniente su regulación¹⁰. Se ha sostenido así que su formalización y reducción a esquemas ciertos determinaría que la disciplina normativa fuera incompleta. El grupo, agregan estos autores, puede surgir de tal multiplicidad de situaciones diferentes que sólo cuando se consigue captar la actuación concreta de sus componentes puede percibirse la instrumentalidad de las relaciones de dependencia y la interacción de los distintos elementos. Otro sector doctrinal, al contrario, no sólo considera conveniente la regulación positiva de los grupos sino que es de la opinión que ella es urgente¹¹.

Las controvertidas opiniones que en Francia, y en Europa en general, ha suscitado el Proyecto Cousté, la sanción de la ley italiana de reformas a las sociedades por acciones y más recientemente la modificación introducida en el régimen de consorcios y la vigencia de la nueva ley brasileña de sociedades por acciones, nos han impulsado al análisis de las disposiciones pertinentes en la seguridad de que de su conocimiento pueden extraerse valiosas conclusiones.

I.

A) *El régimen francés. El Proyecto Cousté.*

Durante los últimos años el fenómeno de concentración económica ha experimentado en Francia un crecimiento constante. Ello se ha debido no sólo a la exigencia de las empresas de adaptar sus estructuras a las necesidades de un mercado de 250 millones de consumidores y a las que impone el ininterrumpido proceso de racio-

¹⁰ Ver: Verrucoli, ob. cit., p. 687; y J. Guyénot-Ch. P. D'Evegnée, *Los regímenes jurídico e impositivo franceses en materia de constitución de subsidiarias el ámbito europeo*, en "The International Lawyer", enero 1975, vol. 9, n° 1, p. 102, quienes señalan: No obstante que la ley francesa no hace referencia a la noción de "grupo de sociedades", ellos son tenidos en cuenta por dicha ley como un hecho de la realidad. En consecuencia, las sociedades actúan libremente formando grupos y respetando las normas de la legislación económica en materia de competencia. Desde este punto de vista práctico, la libertad de acción que permite la ley de 1966 constituye una ventaja considerable: las sociedades pueden así unirse de la manera que les resulte más conveniente, y ello ha dado origen a múltiples grupos de los tipos más variados. En igual sentido se han pronunciado numerosos sectores empresarios: ver Pailluseau, *Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme*, en "R.T.D.C.", 1972, II, p. 814.

¹¹ Conf.: Pailluseau, ob. cit., p. 815, y Rodière, *La protection...*, p. 245, que al referirse a la carencia del derecho francés en materia de grupos dice que en virtud de ello el derecho gallo tiene, en ese aspecto, carácter infantil.

nalización de la producción, sino también al hecho de que el Estado ha prestado constante apoyo al proceso concentracionista. Es así como en 1967 se creó el "Bureau de Fusion et Réagroupement d'Entreprises" (BFRE), y en julio de 1970 el "Institut de Développement Industriel" (IDI). El examen de la evolución seguida por la economía francesa en los últimos años pone de relieve que en la etapa actual de la aceleración de la concentración el fenómeno de los grupos está adquiriendo mayor importancia que el de las fusiones¹², situación, ésta, totalmente novedosa. El complicado proceso jurídico a que están sometidas las operaciones de fusión y los elevados costos fiscales suelen citarse como los factores determinantes del interés decreciente por las fusiones¹³.

Desde el punto de vista jurídico la situación francesa se caracteriza por la existencia de un derecho positivo dominado por la concepción tradicional de la sociedad, totalmente opuesta, según Pailluseau¹⁴, a la realidad económica. La teoría que inspira el régimen vigente se basa en la autonomía societaria, que postula que a cada sociedad le cabe un interés propio e independiente del de las sociedades con las cuales se vincula, debiendo los órganos de gestión velar por su cumplimiento. Los imperativos económicos, a su vez, se oponen a tal independencia imponiendo la realización de una estrategia general de grupo. Ésta es una de las principales razones, por lo menos en el plano teórico, de la falta de regulación de los grupos¹⁵.

¹² Conf.: Lagrande, ob. cit., ps. 209 y 215.

¹³ Este fenómeno de regresión de las fusiones también se observa en Gran Bretaña: ver Zatz, *Mergers and take-overs in Britain*, en "The Law Society's Gazette", 1970, p. 111.

¹⁴ Pailluseau, *Les groupes de sociétés...*, p. 817.

¹⁵ Pailluseau, *Les groupes de sociétés...*, ps. 815-816. Cabe señalar que el derecho francés, al no definir el grupo ni regular su funcionamiento, ha seguido una orientación totalmente distinta del criterio que ha inspirado al derecho fiscal. En este sentido, ya el Plan Contable General de 1947 daba una elaborada definición de sociedades afiliadas integrantes de un grupo. Para este aspecto, ver: V. R. Sinay, *La définition comptable de la filiale et le droit des sociétés*, en "Rev. Soc.", 1973, p. 230, y A. Moreau-J. Guyénot-M. Coffy, en *Traité pratique des sociétés commerciales*, París, 1974, t. I. Brevemente, el régimen fiscal francés responde a las siguientes pautas:

En primer término, apartándose de toda concepción dogmática y ateniéndose a una noción de control de carácter más económico que jurídico, considérase en derecho fiscal que una sociedad puede controlar a otra aun cuando tenga un porcentaje de participación escaso en el capital de la segunda, siempre que disponga de medios de injerencia en la organización interna de la sociedad controlada. De lo antedicho surge que la concepción del derecho fiscal, en lo que a filiales se refiere, es más amplia que la del derecho común. Así, el art. 145 del Código General de Impuestos considera que en el caso que una sociedad posea el 10% de

Señala Guyénot¹⁶ que al mismo tiempo que la ley ignora a los grupos, regula a las sociedades que individualmente lo componen, teniendo en cuenta el grado de vinculación o dominación que existe entre ellas. A tales efectos, según el autor, se hace preciso distinguir entre "agrupación de sociedades" y "grupos de sociedades". En la primera categoría, el vínculo que se crea entre las sociedades es a los fines de la cooperación recíproca, manteniéndose el principio de

participación en el capital de otra sociedad se considerará a la segunda filial de la primera.

Asimismo, el derecho fiscal considera que si bien en ciertas categorías de grupos las filiales gozan de cierta autonomía, en otras se produce una confusión casi total de patrimonios, debido a que la participación de la sociedad madre es tan amplia que alcanza prácticamente a la totalidad del capital de las filiales. Así, la personalidad jurídica de que gozan las últimas reviste un carácter ficticio, ya que ellas no constituyen más que establecimientos descentralizados de la sociedad madre.

A los efectos de regular este tipo de situaciones, el derecho fiscal prevé un régimen especial, aplicable a los grupos homogéneos, en los cuales la gestión social de las sociedades miembros está sujeta a las directivas que emanan de un centro de decisiones constituido por una sociedad holding, la cual posee una participación mayoritaria en el capital de las filiales. A la vez, la sociedad madre posee una participación mayoritaria en el capital de la mencionada sociedad holding. La ley 71-1025, del 24 de diciembre de 1971, que prevé el citado régimen, asimila las filiales a los simples establecimientos. Al mismo tiempo, estructura un sistema de consolidación fiscal en los casos en que la sociedad madre posee, directamente o por medio de una sociedad interpuesta, una participación que represente el 95 % del capital de las sociedades filiales, pudiendo el fisco autorizar a la primera, bajo ciertas condiciones, a computar sus beneficios como si ellos provinieran de una única fuente.

En cuanto al régimen especial de las sociedades madres, su finalidad ha sido la de suprimir la doble imposición (art. 216 del Cód. General de Impuestos) de los dividendos que ellas perciben y que luego redistribuyen entre sus asociados. En cuanto a sus condiciones de aplicación, ellas se refieren: 1) al tipo societario de las sociedades beneficiarias y a la naturaleza de los títulos que ellas poseen; 2) al porcentaje mínimo de participación.

1) Conforme al art. 145 del Cód. General de Impuestos, este régimen es sólo aplicable a las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada que posean una participación en el capital de otra sociedad. Además, la sociedad madre debe ser francesa, siendo indiferente la nacionalidad de las filiales. En cuanto a los títulos de participación, ellos no sólo deben pertenecer en propiedad a la sociedad madre, sino que también deben ser nominativos o, en su defecto, estar depositados en un establecimiento designado por la administración.

2) El porcentaje mínimo exigido por el art. 145 es del 10 %.

Para el panorama del derecho fiscal francés ver: Guélot, *Apparition et évolution de la notion de groupe en droit fiscal. Obstacles et aménagements*, en "J.C.P.", 1969, ed. C. I. 87.102; Roelans, *Régimes fiscaux applicables aux fusions de sociétés dans les États membres de la C.E.E. et perspectives communautaires*, Bruselas, 1970, y Guyénot, *Les groupes de sociétés*, en "Riv. delle Società", fasc. 1-2, 1974, ps. 55-65.

¹⁶ Guyénot, "Rivista delle Società", p. 35.

igualdad entre ellas. En la segunda, se establece una situación de dependencia. En esta última hipótesis la fractura entre la realidad y el sistema jurídico atomista, que sólo toma en consideración a las sociedades individualmente, es total, ya que la unidad del grupo interfiere con el estatuto orgánico de las sociedades-miembro.

Por otra parte, la ley de 1966 no ha impuesto la consolidación de los balances de las sociedades de grupo, si bien el decreto del 23 de marzo de 1967 lo prevé, pero con carácter facultativo, sin que constituya una obligación como en los países anglosajones¹⁷.

Es así como en derecho francés de los tres principales problemas que plantean los grupos societarios: el de la responsabilidad, el de la situación de los socios externos y el de la participación de los trabajadores en los frutos de la expansión empresarial, sólo el último ha sido parcialmente regulado, mientras que los dos primeros han debido ser resueltos en cada caso particular por la jurisprudencia, salvo las expresas disposiciones de la ley de quiebras de 1967. En lo atinente a las relaciones laborales, y para evitar situaciones de desigualdad, las sociedades miembros de un grupo pueden convenir otorgar a su personal una participación calculada sobre la base del estado económico del grupo y sin tener en cuenta la de cada sociedad individualmente¹⁸. A la vez, las opciones para la suscripción o compra de acciones¹⁹ ofertadas por la sociedad madre pueden ser ejercidas por los trabajadores de las filiales, y viceversa²⁰.

En materia de responsabilidad el régimen de protección de los socios y de los terceros ha sido obra exclusiva de la jurisprudencia²¹.

En líneas generales puede decirse que toda la construcción jurisprudencial tiende a fundamentar, mediante distintas teorías, la responsabilidad patrimonial de las sociedades dominantes como un correlato del ejercicio de su poder de dirección²².

¹⁷ Para el derecho inglés, ver: S. N. Frommel, *L'adaptation de droit anglais au droit européen*, en "Rev. Soc.", 1973, 1.

¹⁸ Instrucción de la Dirección General de Impuestos del 30 de mayo de 1968, párrafo 163, interpretativo de la ley del 27 de diciembre de 1968, art. 62, V, y art. 62, VI. Para un panorama del problema ver: B. Oppetit, *Groupe de sociétés et droit du travail*, en "Rev. Soc.", 1973, 69.

¹⁹ Instituidas por la ley 70-1322, del 31 de diciembre de 1970, completada por el decreto del 7 de junio de 1971.

²⁰ Ver: Hémond, *La 13e. réforme du droit des sociétés commerciales*, en "Rev. Soc.", 1971, 302.

²¹ La noción de "*groupe de sociétés*" ha sido recogida en distintas decisiones judiciales. Entre las más recientes cabe mencionar las siguientes: Trib. Corr. Paris, 26/11/68, en "Gaz. Pal.", 1969, 1, 309; Cass. Com., 102, 1969, en "Bull. Cass.", 1969, 4, 53; Trib. Paris, 9/5/69, en "Gaz. Pal.", 1969, 1, 333.

²² Sobre este punto nos ha llegado noticia de un trabajo realizado en 1971 por encargo de la fundación March, inédito, cuyo título es *Poder de dirección y*

Una primera orientación sostiene que en los casos en que, bajo formas jurídicas distintas, se persiguen intereses análogos e incluso idénticos, creándose una realidad económica única, no es posible apelar a la independencia jurídico-formal de las entidades agrupadas si de ello deriva un peligro para los intereses de los terceros o de la seguridad del tráfico. Ante estas situaciones los tribunales han afirmado que la sociedad filial se transforma en sociedad ficticia tras de la cual se oculta la sociedad madre²³.

En otras ocasiones, los tribunales han recurrido a la figura de la sociedad de hecho para hacer a una de las sociedades de un grupo responsable de las deudas de la otra y partiendo de la distinción entre sociedad de hecho (*société de fait*), en que las partes están unidas por un contrato social, y sociedades creadas de hecho (*société créée de fait*), en las que el comportamiento y carácter de socios y las vinculaciones de unos con otros tienen lugar al margen de esta relación contractual²⁴.

También se ha elaborado la doctrina del interés común, que tiende a considerar como idénticas a las sociedades con una existencia jurídica separada cuando se crea entre ellas una comunidad económica²⁵.

Junto a las construcciones enunciadas cabe destacar la teoría de la apariencia, que fundamenta la extensión de la responsabilidad entre las sociedades agrupadas en virtud de la situación de hecho o apariencia que esta vinculación origina en el tráfico mercantil. La necesidad de transparencia de éste y la protección de la buena fe de los terceros contratantes justifica que el sistema de responsabilidad corresponda a la imagen que la agrupación ha creado.

Este cuadro sumario de la fundamentación de la jurisprudencia francesa²⁶ para extender la responsabilidad y proteger los intereses

responsabilidad en los grupos de sociedades. El autor parece ser un profesor del Max-Planck-Institut de Hamburgo.

²³ Ver: Brédin, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, en "R.T.D.C.", 1956, 261.

²⁴ Ver: Rives, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, en "R.T.D.C.", 1969, 407.

²⁵ Conf.: Despax, *L'entreprise et le droit*; París, 1957, ps. 157 y 162.

²⁶ En nuestro derecho, Palmero, ob. cit., dice que la responsabilidad del grupo ha sido estructurada, en todo o en parte, sobre la base de tres sistemas: a) la teoría del riesgo, cuyo fundamento puede resumirse en que quien percibe las ganancias soporta las pérdidas. Es así como algunas veces, sobre todo en los casos de control por subordinación, se las ha considerado como situaciones de responsabilidad objetiva; b) teoría de la superación de la personalidad, de sobrada difusión; c) soluciones de derecho común, recurriéndose a la simulación y el fraude como vicios constitutivos o sobrevinientes.

de los accionistas externos y de los acreedores sociales, pone de relieve cómo los esfuerzos realizados hasta ahora no han servido para crear una regulación uniforme de la materia en lo que a grupos se refiere.

Uno de los problemas de más difícil solución para la jurisprudencia ha sido la cesión de control, que ha venido planteando dificultades cada vez mayores. Ella puede ser definida como la cesión por las personas que ejercen el poder en una sociedad de las acciones que le permiten ejercerlo²⁷. La reticencia judicial a conceder a los accionistas afectados la anulación de la cesión o la designación de un administrador judicial ha creado situaciones de injusticia que exigen su inmediata regulación legislativa²⁸.

En materia de conflicto de intereses en los grupos, el caso que mayor difusión ha alcanzado es el de "Fruehauf-France", en el que la casa matriz radicada en el exterior prohibía la exportación de camiones producidos por la filial francesa a China²⁹. La Corte de París se opuso a la excesiva injerencia de la casa matriz.

Otro caso interesante fue resuelto por el Tribunal Correctionnel de Seine en un fallo del 26 de noviembre de 1968, en el cual se estableció que los administradores no habían incurrido en el delito previsto por el art. 437 de la ley de 1966 (que establece sanciones penales para los directores que de mala fe usen de los bienes sociales o del crédito de la sociedad o de los poderes de que disponen, en forma contraria al interés social o para fines personales o para favorecer a una sociedad en la cual directa o indirectamente tengan intereses), y sostuvo que dentro de un grupo cada operación pierde individualidad y debe ser apreciada dentro del marco y a la luz de la política del grupo trazada por la sociedad que está a la cabeza, siempre que no se excedan las posibilidades financieras de la sociedad que soporta la carga económica y que no se rompa el equilibrio de las relaciones intersocietarias³⁰.

²⁷ Pailluseau, *Les groupes...*, p. 819.

²⁸ Pueden mencionarse como los casos más significativos los siguientes: "Société Anonyme des Cafés Biard", resuelto por la Cour de Paris el 15 de marzo de 1968, y los fallos de la Corte de Rouen del 25 de mayo de 1972 y del Trib. de Comm. de Toulouse del 24 de mayo de 1972, reseñados todos en Pailluseau, ob. cit., ps. 821-823. Ver asimismo el caso "Saupiquet-Cassegrain", en "Rev. Soc.", 1970, p. 292, y el de la "Société Normande de Presse", en Guyénot, "Riv. delle Società", p. 54.

²⁹ Ver: Contin y su nota al fallo en "Rev. Soc.", 1968, p. 363. Verlo también en "Gaz. Pal.", 1965-II, p. 86, y en "R.T.D.C.", 1965, p. 619, con nota de Rodière.

³⁰ Pailluseau, ob. cit., p. 840.

Para la aplicación del "*procédure spéciale de suspension provisoire de poursuites*" instituido por la ordenanza del 23 de setiembre de 1967, la jurisprudencia, al considerar la existencia de una de las condiciones a la cual su aplicación está subordinada (y que consiste en que la sociedad no se halle en estado de cesación de pagos) ha tenido en cuenta la existencia del grupo. Así, el Trib. de Commerce de Lille, en una decisión del 20 de mayo de 1970, consideró que no existía cesación de pagos, ya que la solvencia de ciertas sociedades del grupo impedían considerar que la situación de las otras fuera irremediabilmente comprometida³¹.

Finalmente, cabe señalar que una muy reciente decisión de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, del 15 de octubre de 1974³², consideró que la mera comunidad de dirigentes no era suficiente para presumir la confusión de personalidades. Agregó que la noción misma de grupo implica la separación de la personalidad moral de las sociedades que lo constituyen³³.

Por último, cabe hacer referencia a las disposiciones de la ley de quiebras del 13 de julio de 1967, cuyos arts. 99, 100 y 101 reglamentan la materia de la responsabilidad. Conforme a ellos, la quiebra se extiende a todo aquel que se haya valido de la sociedad para realizar actos de comercio en su interés personal o dispuesto de los derechos sociales como propios. Al mismo tiempo, en caso de insuficiencia del activo el tribunal de comercio puede, a solicitud del síndico o del liquidador judicial o de oficio, decidir la extensión de la responsabilidad a todos los dirigentes sociales, de derecho o de hecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, o a algunos de entre ellos. Para solicitar la extensión de la quiebra también están legitimados los acreedores de la sociedad (art. 2, II, de la ley de 1967).

Por tanto, cuando en el seno de un grupo, una de las sociedades se halla en estado de cesación de pagos, los tribunales pueden disponer, en su caso, la liquidación de los bienes, no sólo de la sociedad de que se trata, sino de todas las sociedades del grupo³⁴. Asimismo, se ha admitido la quiebra común de la sociedad madre y de sus filiales,

³¹ Pailluseau, ob. cit., p. 828.

³² Ver: "Rev. Soc.", 1975, 495, con nota de Y. Guyon.

³³ Sobre el problema, ver: Contin-Houasse, *L'autonomie patrimoniale des sociétés*, 1971, p. 197. Sobre confusión total de actividades y de patrimonios, ver "R.T.D.C.", julio-set. 1975, ps. 530-531, y Cass. Com., 27 de abril de 1970, en "R.T.D.C.", 1971, p. 364.

³⁴ "J.C.P.", 1956-II, 9514, fallo, como se ve, aun anterior a la ley nueva.

en razón de la confusión de sus patrimonios³⁵. Los tribunales también se han pronunciado por la quiebra común de dos sociedades afiliadas como si ellas formaran una verdadera entidad jurídica³⁶.

Debido a la confusión patrimonial también se ha admitido, en caso de quiebra de sociedades de un grupo, la constitución de una masa de acreedores única³⁷. Finalmente, cabe señalar que, derogándose un principio general, el legislador admite que una sociedad madre y sus filiales puedan ejercer su actividad en un local común³⁸.

*El Proyecto Cousté*³⁹.

Este Proyecto, presentado a la presidencia de la Asamblea Nacional el 2 de abril de 1973⁴⁰, ha intentado ir más allá de consideraciones parciales y ha elaborado una disciplina general de los grupos de sociedades. Como se señala en la exposición de motivos, los redactores han tenido como modelo la Aktiengesetz de 1965 y el Anteproyecto Sanders de Estatuto de S. A. Europea, y guarda estrechos puntos de contacto con la Propuesta de la Comisión de la CEE para la creación de la S. A. Europea del 24/6/70.

El Proyecto Cousté consta de 36 artículos, distribuidos en nueve títulos.

En el título I (arts. 1 a 5) se formulan las definiciones de "*société dominante*", "*société affiliée*", "*société dépendante*", "*groupe*" y "*actionnaires ou associés externes*".

En el título II (arts. 6 a 10) se regulan los conflictos relativos a la existencia del grupo o a la pertenencia de una sociedad.

³⁵ "Gaz. Pal.", 1958, I, 150. Para doctrina anterior a la ley, ver: Légeais, *L'extension de la faillite sociale, une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés*, en "R.T.D.C.", 1957, 289 y ss.

³⁶ En "R.T.D.C.", 1966, comentado por Houin, p. 1006.

³⁷ En "R.T.D.C.", 1970, 505. Sobre las consecuencias en general en materia de quiebras, ver: Houin, en *Faillite, règlement judiciaire*, en "Répert. Dalloz Sociétés", 2ª ed., nos. 325 y ss. Sobre la distinción entre el patrimonio de una sociedad y el de la sociedad que posee más del 99 % del capital, ver: Cass. Civ., 10 de diciembre de 1965, en "R.T.D.C.", 1966, p. 614, y "R.T.D.C.", 1970, p. 141.

Señalamos como obra general para la moderna fundamentación de la extensión de la quiebra: A. Nigro, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, ed. Giuffrè, Milán, 1974.

³⁸ Decreto 67-237, del 23 de marzo de 1967, art. 20.

³⁹ Otros proyectos franceses de importancia son el del "Groupe Droit et Financement de Entreprises" y el del Groupe "Sociétés" de la Association Française de Juristes d'Entreprises: se los puede ver en Pailluseau, ob. cit., ps. 841 y ss.

⁴⁰ Cabe destacar que anteriormente había sido presentado el 19 de febrero de 1970.

El título III (arts. 11 a 13) contiene las normas reguladoras de la publicidad del grupo.

En el título IV (arts. 14 a 23) se regula la protección de los accionistas externos.

En el título V (art. 24) se establece el régimen aplicable para tutelar los intereses de los trabajadores que participen en los beneficios de expansión de la empresa.

En el título VI (arts. 25 y 26) se disciplina la protección de los acreedores de las sociedades afiliadas.

En el título VII (arts. 27 a 30) se refiere a las instrucciones impartidas por la sociedad dominante (*ordres de direction*), señalando el alcance y condiciones bajo las cuales tienen efecto vinculante para las sociedades dependientes.

El título VIII (arts. 31 a 33) se refiere al tribunal especial de grupos y concentraciones.

Finalmente, el título IX (arts. 34 a 36) contiene disposiciones generales.

Pasamos a su análisis:

Según el art. 1, cuando una sociedad tiene sobre otra una influencia tal que le permite ejercer sobre ella, directa o indirectamente, por medios jurídicos o de hecho, su poder de decisión, se denomina a la primera sociedad dominante y a la segunda sociedad afiliada. Se presume que una sociedad depende de otra (sociedad dependiente) cuando esta última es titular, al menos, del 25 % de los votos de aquélla (art. 2)⁴¹.

⁴¹ Cabe señalar que tanto en la Aktg. de 1965 (art. 17) como en el Anteproyecto Sanders (arts. VII-1-2) y en la Propuesta de la CEE (6, n° 2a) se requiere, para la presunción de dependencia, por lo menos, la mitad de las participaciones. En este sentido, para la ley alemana la empresa dependiente es aquella sobre la cual otra empresa puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante. Tal situación de dependencia es presumida siempre que la mayoría de los derechos de voto de la empresa dependiente correspondan a otra. En derecho alemán, y debido a la inexistencia de acciones de voto plural, en principio, la participación en el control político corresponde proporcionalmente a la participación en el capital. Por ello se habla, en forma relativamente indistinta, de derechos de voto y derechos de participación.

En un fallo alemán reciente se planteó si varias empresas juntas podían ser consideradas "sociedad controlante" de otra sociedad y de este modo hacer aplicable la regulación de la ley en materia de grupos. Se determinó que el control de una empresa por otra implica una serie de peligros para los accionistas externos que las prescripciones legales tratan de evitar y, por tanto, existe control aun cuando la mayoría accionaria corresponda no a una sino a varias empresas que expresa o implícitamente sigan una estrategia comercial común. Ver: M. Lutter, en "Neue Juristische Wochenschrift", 21 enero 1973, reseñado por F. Oyuela en "R.D.C.O.", 1973, p. 275.

El art. 3 establece que el vínculo de dependencia puede establecerse mediante un contrato de afiliación⁴² que deberá ser aprobado por las asambleas extraordinarias de la sociedad dominante y de la sociedad afiliada.

En cuanto a las empresas integradas se dispone (en la ley alemana) que si todas las acciones de una sociedad son tenidas por otra, las asambleas de accionistas pueden disponer la integración de las sociedades. Esta decisión puede adoptarse aunque las participaciones alcancen sólo al 95 %. Las acciones restantes pasan automáticamente a ser propiedad de la que tiene el paquete mayoritario contra entrega de sus propias acciones u otra indemnización al accionista externo (arts. 319 y 320, Aktg.). En caso de integración, la sociedad principal adquiere el derecho de dar directivas en forma análoga a si existiera un contrato de dominación. Ver nota 43.

La empresa que tiene tal influencia dominante es responsable frente a la dominada por los daños que le cause si intencionalmente determina que un administrador o representante actúe en perjuicio de la sociedad o de sus accionistas, salvo que la empresa dominante tenga un derecho de dirección que resulte de un contrato de dominación o se trate de una sociedad integrada.

Si se ha producido la integración, la sociedad principal es responsable solidaria e ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad integrada, sean las deudas anteriores o posteriores a la integración.

⁴² El contrato de afiliación se caracteriza en todo o en parte porque la sociedad afiliada no se administra por su cuenta, sino en todo o en parte para beneficio de un tercero y se limita a percibir un rédito fijo. Conf.: M. Lutter, *Vers un Konzern contractuel européen*, en "Riv. delle Società", diciembre 1971, ps. 849 y ss. La Aktg. (art. 291) y el art. VII-1-2 del Anteproyecto Sanders también prevén este contrato como modalidad típica de establecer la relación de dependencia.

Cabe señalar que el Proyecto Cousté no regula el contrato de afiliación ni ningún otro contrato de empresa, como lo hace la ley alemana que disciplina los siguientes:

a) contrato de dominación; b) contrato por el cual una empresa se obliga a transferir sus utilidades a otra; c) contrato por el cual una empresa se obliga a transferir sus utilidades (o las de algunos de sus establecimientos) a un "pool" al cual también concurren otras empresas, para que el fondo así constituido sea repartido según determinadas reglas; d) 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.

Estos contratos deben ser aprobados por las asambleas de accionistas de las sociedades comprendidas con mayorías especiales y deben ser inscritos, como condición de validez, en el Registro. Se establecen garantías para las sociedades comprendidas, para los acreedores y para los accionistas externos.

Debe destacarse que el contrato de dominación faculta para que se impartan directivas que sean desventajosas para la empresa dominada, si ellas responden a los intereses de la empresa dominante o de las empresas vinculadas debiendo los órganos de la dominada acatarlos. Como contrapartida, la empresa dominante debe garantizar a los accionistas externos un monto fijo de dividendos (arts. 308 y 304, Aktg.). En materia de responsabilidad, mediando un contrato de dominación, la controlante debe compensar toda pérdida anual a la controlada mientras dure la vigencia del contrato. Ver, para los contratos regulados en la ley alemana: Lutter, ob. cit., en "Riv. delle Società", p. 856; y entre nosotros:

Conforme al art. 4, las sociedades dominantes y afiliadas reunidas bajo una dirección única constituyen un grupo. El grupo carece de personalidad jurídica.

En los casos en que la existencia del grupo o la pertenencia a él de una determinada sociedad resultara dudosa, podrá interponerse ante el tribunal de grupos y concentraciones una acción declaratoria para cuyo ejercicio están legitimados, según el art. 7, las sociedades cuya adscripción al grupo se discute, los socios o accionistas de cada una de estas sociedades que representen, por lo menos, un décimo del capital social y el procurador general.

Revisten el carácter de socios o accionistas externos los socios o accionistas que carecen de intereses en la sociedad dominante (art. 5)⁴³.

En materia de publicidad⁴⁴ se les impone a las sociedades miembros de un grupo la obligación de dirigir una nota al Registro de Comercio, dentro del mes de la fecha de constitución del grupo para que en nota marginal a la inscripción de la sociedad se haga constar su pertenencia al grupo. Lo mismo sucederá en caso de disolución del grupo (art. 11). Al mismo tiempo, las sociedades deberán mencionar en su informe anual su pertenencia a un grupo y sus relaciones de dominación o dependencia con otras sociedades. De no existir este tipo de vinculación, ello también deberá hacerse constar (art. 12).

Le Pera, en "R.D.C.O.", 1978, p. 305, y Halperin, ob. cit., nota 11, p. 664, quien cita a B. Goldmann que al referirse a los contratos entre sociedades enumera los siguientes: a) de dominación; b) de transferencia de beneficios; c) de comunidad de beneficios; d) de arriendo de explotación; e) de cesión de explotación; f) de asociación momentánea; g) de *joint venture*; h) agrupación de interés económico.

⁴³ La ley alemana considera socios externos a aquellos que permanecen fuera de su esfera de control.

⁴⁴ En la ley alemana existe la figura del "Konzern de hecho", que es aquel en el cual la dirección unificada no surge de los procedimientos que la ley regula y en el que no se cumplen los requisitos de publicidad exigidos. Como consecuencia, la empresa controlante no puede ejercer su influencia dominante en perjuicio de la dominada; si lo hiciera, y de ello resultara un perjuicio para la sociedad dominada, ella tiene una acción de indemnización. Esta acción puede ser ejercida por los acreedores de la dominada en la medida de su propio perjuicio. Si el grupo se legitima, la empresa controlante está facultada para ejercer una influencia dominante del modo que estime conveniente, y a ese derecho corresponde la correlativa obligación de los administradores de la dominada de seguir las instrucciones que le imparte la controlante. A estos grupos se los denomina de derecho.

La propuesta de sociedad europea no distingue entre grupos de derecho y de hecho, aun cuando consagra la posibilidad de impartir instrucciones a las controladas aun en contra de sus propios intereses, proveyendo las garantías adecuadas.

El art. 13 establece la obligación para la sociedad dominante de redactar cuentas consolidadas y un informe anual sobre la marcha del grupo⁴⁵.

Respecto de las garantías que regula el Proyecto para proteger los intereses afectados por la existencia del grupo, el sistema se estructura sobre la base de la atribución a los socios externos del derecho de recibir una indemnización que le sirva de compensación equitativa frente a los perjuicios que les ocasiona la incorporación de su sociedad al grupo.

Se establece así que siempre que una sociedad entre a formar parte de un grupo, la sociedad dominante deberá conceder a los accionistas externos, dentro del mes de la inscripción de su incorporación, el derecho de receso acompañado de la correspondiente indemnización (art. 14)⁴⁶.

Cuando la sociedad dominante sea una S.A. o una S.C.A. que tenga su domicilio social en Francia (en la metrópoli o en territorios de ultramar), y no dependa a su vez de ninguna otra sociedad, la indemnización consistirá en el ofrecimiento a los accionistas externos de la sociedad filial de acciones de la sociedad dominante en cambio de las propias acciones⁴⁷. Si la sociedad dominante depende de otra sociedad que sea una S.A. o S.C.A. y que tenga su sede social en Francia, la indemnización consistirá, a elección de los interesados, en el canje de acciones previsto en el supuesto anterior o en una compensación en efectivo.

Si la sociedad dominante fuera una S.A. o S.C.A. que tuviera su sede social en el extranjero o si se tratara de una sociedad de personas, la indemnización consistirá en una compensación en efectivo que podrá concederse a cada socio individualmente o en forma colectiva a todos ellos (art. 15).

⁴⁵ En la Aktg. también se establece la obligación de balances consolidados para la empresa cabeza de grupo, reglándose la hipótesis en que la dirección del Konzern estuviera fuera del territorio (arts. 329 y 330).

⁴⁶ La ley alemana prevé en los casos de contratos de empresa una compensación de modo de colocar a los accionistas en la misma situación en que se hubieran encontrado de haber actuado la empresa independientemente. El otro procedimiento que regula es la opción de venta de las acciones del socio externo a la controlante y la correlativa obligación de compra por parte de la empresa dominante. En los casos de integración, se dispone la eliminación de las minorías contra indemnización a cargo del accionista mayoritario.

Cabe señalar que el Proy. Cousté ha seguido, en este aspecto, las pautas del Anteproy. Sanders.

⁴⁷ La Propuesta de Sociedad Europea prevé una opción en favor del accionista minoritario para canjear sus acciones por otras de la sociedad que esté más en el centro del sistema.

Se concede a los socios externos el derecho de impugnar la indemnización dentro del mes de su publicación (art. 16) ⁴⁸.

El art. 18 establece que los socios externos reclamarán la indemnización directamente a la sociedad dominante⁴⁹.

Los accionistas externos de la sociedad dependiente que no hubieran optado por la indemnización en el plazo de tres meses contados a partir de su publicación, tendrán derecho a recibir, en lugar de los dividendos o de la participación en los beneficios, o como complemento, una cantidad compensatoria anual fija, determinada conforme a la rentabilidad de la sociedad dependiente hasta ese momento y sus expectativas de ganancias para el futuro. Este pago compensatorio podrá ser estipulado en proporción a los dividendos o beneficios futuros de la sociedad dominante (art. 21)⁵⁰.

Cada socio tiene derecho de impugnar la compensación que consagra el art. 20 en la forma prevista en el art. 16 (art. 22).

El art. 23 establece que la sociedad afiliada es la única deudora ante el accionista externo, por esta compensación. Los fondos necesarios para el pago compensatorio le serán proporcionados, obligatoriamente, por la sociedad dominante.

Para garantizar la protección de los trabajadores que participan de los beneficios de las sociedades afiliadas, en los casos que éstas se incorporen a un grupo, el art. 24 dispone que les serán aplicables las normas que regulan la situación de los socios externos; es decir, el título IV.

El título VI dedica dos artículos a la protección de los acreedores de la sociedad dependiente.

El art. 25 establece que cuando la filial cierre el ejercicio anual con déficit, la sociedad dominante deberá compensarlo facilitando la cantidad necesaria en efectivo para nivelar el saldo deudor en el tér-

⁴⁸ La Propuesta de la CEE establece, en el art. 234, la necesidad de que los accionistas externos aprueben en una asamblea general de la sociedad dependiente la oferta de indemnización realizada por la sociedad dominante. El art. 235 impone, asimismo, la obligación de que este acuerdo se adopte por mayoría que represente, por lo menos, tres cuartas partes del capital presente en la asamblea, careciendo de voto las acciones que pertenecen a la sociedad dominante.

⁴⁹ El principio de responsabilidad directa de la sociedad dominante contrasta con las reglas de responsabilidad solidaria del art. VII-3-3 y 3-5 del Anteproy. Sanders. La Propuesta de la CEE consagra el principio de la solidaridad entre la sociedad dominante y la filial en cuanto al pago de la indemnización en efectivo, e impone la responsabilidad patrimonial exclusiva a la sociedad dominante cuando la indemnización se realiza por el sistema de canje de acciones (art. 237, 3).

⁵⁰ Lo dispuesto en los arts. 20 y 21 se aparta del criterio del Anteproy. Sanders, que no prevé rentas fijas.

mino de un mes a partir de la fecha en que la asamblea haya aprobado las cuentas⁵¹. Al mismo tiempo, la sociedad dominante responde solidariamente con la afiliada por todas las deudas ciertas y líquidas contraídas con terceros que hayan vencido antes del cierre del ejercicio precedente y que no hayan sido satisfechas dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de las cuentas (art. 26)⁵².

El poder directivo de la empresa dominante se ejerce mediante instrucciones que los órganos de la sociedad afiliada están obligados a seguir, dentro de determinados límites. Esta disciplina está regulada en el título VII, cuya primera disposición (art. 27) consagra la obligación común a toda sociedad afiliada de cumplir las instrucciones recibidas cuando ellas se ajustan a lo dispuesto en los títulos IV, V y VI. La afiliada puede rehusar el cumplimiento de aquellas instrucciones cuya ejecución constituya una infracción a leyes de orden público o de carácter penal o una violación del contrato de afiliación, en los casos en que éste se hubiera celebrado (art. 27, 2ª parte).

Estas instrucciones sólo podrán ser impartidas por los órganos calificados de la sociedad dominante a los órganos calificados de la sociedad afiliada (art. 28).

En los casos en que el cumplimiento de las instrucciones requiera el consentimiento del consejo de vigilancia de la asamblea o de otro órgano de la sociedad afiliada y este acuerdo sea denegado o no se otorgue en un plazo razonable, la sociedad dominante tiene el derecho de reiterar las instrucciones, que deberán ser ejecutadas aun que falte tal consentimiento (art. 29).

Fuera de los casos previstos en el art. 27, los dirigentes de la sociedad afiliada no contraen ninguna responsabilidad por el cumplimiento de las instrucciones recibidas, aunque su ejecución determine un perjuicio para la sociedad afiliada (art. 30)⁵³.

Los arts. 31 a 33 regulan la constitución del Tribunal de Grupos y Concentraciones.

⁵¹ En la ley alemana, tratándose de grupos de hecho, los acreedores están facultados para ejercer, en la medida de su interés, la acción correspondiente a la sociedad controlada por ejercicio desviado de la influencia dominante. Ver el sistema de responsabilidad de la Aktg. en notas 41 y 43.

⁵² El Anteproy. Sanders prevé una responsabilidad solidaria (art. VII-3-7). En la Propuesta de la CEE se establece la posibilidad de demandar a la sociedad dominante cuando el acreedor demuestre haber intentado, sin éxito, satisfacer su crédito en la sociedad afiliada.

⁵³ Para el derecho alemán, ver notas 41 y 43.

En cuanto a la valoración crítica del Proyecto Cousté, señala Rodière⁵⁴ que se trata de un ordenamiento que adolece de un vicio de origen: es una construcción de laboratorio sin que le haya precedido un estudio económico-social riguroso sobre la situación de los grupos de sociedades en la vida económica francesa actual.

Personalmente, considera que una de las mayores carencias del proyecto consiste en que quedan desprovistos de regulación específica no sólo los grupos de hecho sino las distintas modalidades contractuales que dan lugar a la constitución de los grupos, marginándose así de la ley un aspecto importantísimo del proceso de constitución y funcionamiento de grupos.

Resulta de interés la proposición de Lutter⁵⁵ para el ámbito europeo, que tiene por fin estimular la concentración y solucionar los problemas que se plantean a causa de la disparidad de los regímenes positivos de los distintos países. Propone, como instrumento jurídico concentracionista, el "*Konzern de parité*", cuya traducción conceptual, más que literal, sería la de "*Konzern contractual igualitario*". El grupo se estructuraría por vía contractual y las siguientes serían sus características principales:

- a) dirección unificada para poder llevar a cabo una estrategia económica común;
- b) unidad de ganancias y pérdidas;
- c) responsabilidad patrimonial del conjunto de sociedades que integran el grupo.

Considera Lutter que a la unidad de dirección debe corresponder inexorablemente la unidad de responsabilidad. La unidad del grupo, desde el punto de vista jurídico, no es esencial, pero sí es imprescindible que actúen económicamente como si fueran una sola sociedad. En otras palabras, agrega Lutter, no es que la fusión en sentido jurídico sea necesaria, pero sí se requiere la "*quasi-fusión*" de las sociedades del grupo.

II

B) *El régimen brasileño.*

La flamante ley brasileña de sociedades por acciones, n° 6404, del 15 de diciembre de 1976, incluye un capítulo consagrado a la regulación del grupo de sociedades. Antes de examinar el contenido

⁵⁴ Rodière, *La protection...*, p. 260.

⁵⁵ Lutter, ob. cit., en "*Riv. delle Società*", ps. 865-868.

de sus disposiciones consideramos pertinente detenernos en el análisis de las normas del capítulo XX, en donde se enuncian los conceptos a que responden las sociedades vinculadas, controladas y controlantes.

Establece el art. 243, inc. 1, que las sociedades vinculadas son aquellas en que una participa en el 10 % o más del capital de otra.

Considérase controlada a la sociedad en la cual la controlante, directamente o a través de otras controladas, es titular de derechos de socio que le aseguren en forma permanente preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir la mayoría de los administradores (art. 243, inc. 2).

La administración deberá presentar, anualmente, información acerca de las inversiones de la sociedad en otras vinculadas y controladas, destacando las modificaciones en la participación ocurridas durante el ejercicio (art. 243, párrafo primero).

Asimismo, establece la ley que las sociedades abiertas⁵⁶ deberán suministrar las informaciones adicionales relativas a sociedades vinculadas y controladas que exija la Comisión de Valores (art. 243, inc. 3).

Cabe señalar que el art. 116 establece el concepto de accionista controlante, que es la persona natural o jurídica o el grupo de personas vinculadas por acuerdo de voto o sujetas a subcontrol común que:

- a) es titular de derechos de socio que le aseguran de modo permanente la mayoría de votos en las deliberaciones de la asamblea general y el poder de elegir la mayoría de los administradores; y que
- b) usa efectivamente su poder para dirigir las actividades sociales y orientar el funcionamiento de los órganos de la sociedad.

El accionista controlante debe usar su poder con el fin de hacer cumplir a la sociedad su objeto y su función social, y tiene deberes y responsabilidades para con los demás accionistas, para con quienes trabajan en la sociedad y para con la comunidad, cuyos derechos e intereses debe lealmente respetar y atender.

El art. 244 prohíbe las participaciones recíprocas entre una sociedad y sus vinculadas o controladas.

El art. 245 establece que los administradores no podrán, en perjuicio de la sociedad, favorecer a sociedades vinculadas, controlantes o controladas, debiendo velar por que en las operaciones entre las sociedades se observen condiciones estrictamente conmutativas o se

⁵⁶ La ley brasileña distingue entre sociedades abiertas o cerradas según que sus títulos coticen o no en bolsa (art. 4).

haga efectiva la compensación adecuada, respondiendo ante la sociedad por las pérdidas y daños resultantes de los actos practicados en infracción de lo dispuesto en este artículo.

A su vez, el art. 117 preceptúa que el accionista controlante responde por los daños causados por actos practicados en virtud de abuso de poder. Son modalidades de ejercicio abusivo de poder:

a) orientar a la sociedad para fines extraños al objeto social o lesivos del interés nacional, o favorecer a otra sociedad, brasileña o extranjera, en perjuicio de la participación de los accionistas minoritarios en las ganancias de la sociedad o de la economía nacional;

b) promover la liquidación de una sociedad próspera o su transformación, incorporación, fusión o escisión con el fin de obtener, para sí o para otros, ventajas indebidas en perjuicio de los demás accionistas, de quienes trabajan en la empresa o de los inversores;

c) promover reformas estatutarias, emisión de valores mobiliarios o la adopción de políticas o decisiones que no tengan por fin el interés de la sociedad y que tiendan a causar perjuicio a los accionistas minoritarios, a quienes trabajan en la empresa o a los inversores;

d) elegir administrador o síndico que sepa inepto, moral o técnicamente;

e) inducir o tratar de inducir al administrador o síndico a practicar actos ilegales infringiendo deberes que esta ley y el estatuto imponen; promover, contra el interés de la sociedad, su ratificación por la asamblea general;

f) contratar con la sociedad, directamente o por intermedio de otro o de sociedad en la cual tenga intereses, en condiciones que lo favorezcan y que no sean equitativas;

g) aprobar o hacer aprobar cuentas irregulares de administradores para beneficio propio, o dejar de interponer denuncia que supiera o debiera saber procedente o que justifique fundada sospecha de irregularidades.

El art. 246 determina que la sociedad controlante está obligada a reparar los daños que causara a la sociedad por los actos practicados en infracción de los arts. 116 y 117. Pueden promover la acción de reparación:

a) accionistas que representen el 5 % o más del capital social;

b) cualquier accionista que preste caución por las costas y honorarios de abogado debidos en el caso de que su acción sea juzgada improcedente.

El art. 247 establece que las notas explicativas de las inversiones relevantes deben contener informaciones precisas acerca de las sociedades vinculadas y controladas y de sus relaciones con la sociedad. Se considera relevante la inversión: a) en cada sociedad vinculada o controlada, si el valor contable es igual o superior al 10 % del valor del patrimonio líquido de la sociedad; b) en el conjunto de sociedades vinculadas o controladas, si el valor contable es igual o superior al 15 % del valor del patrimonio líquido de la sociedad.

El art. 248 establece las pautas para la evaluación de la inversión en las sociedades vinculadas y controladas.

El art. 249 determina que la sociedad abierta que tuviera más del 30 % del valor de su patrimonio líquido representado por inversiones en sociedades controladas deberá elaborar y difundir, juntamente con sus demostraciones financieras, demostraciones consolidadas, reguladas en el art. 250.

En el art. 251 se contempla la sociedad de un solo socio, que es denominada "subsidiaria integral". Ella puede ser constituida teniendo como único accionista a una sociedad brasileña. Una sociedad puede ser trasformada en subsidiaria integral mediante la adquisición, por sociedad brasileña, de todas sus acciones en los términos del art. 252, que regula el procedimiento. Es minuciosamente normada la cesión de control. Ella debe ser previamente autorizada, según el art. 254, por la Comisión de Valores. También prevé la ley (art. 264) la incorporación de sociedad controlada.

El capítulo XXI está consagrado a los grupos de sociedades.

El art. 265 establece que la sociedad controlante y sus controladas pueden constituir, en los términos de ese capítulo, grupo de sociedades mediante contrato por el cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de sus respectivos objetos o a participar en actividades o empresas comunes.

La sociedad controlante o cabeza de grupo deberá ser brasileña y ejercer, directa o indirectamente y de modo permanente, el control de las sociedades afiliadas como titular de derechos de socio o accionista o mediante acuerdo con otros socios o accionistas.

Las relaciones entre las sociedades, la estructura administrativa del grupo y la coordinación o subordinación de los administradores de las sociedades afiliadas serán establecidas en el contrato de agrupación, pero cada sociedad conservará personalidad y patrimonios distintos (art. 266).

El grupo de sociedades tendrá una denominación en la cual constarán las palabras "grupo de sociedades" o "grupo". Sólo los

grupos organizados con arreglo a la ley podrán usar en la denominación las palabras anteriormente indicadas (art. 267).

La sociedad que en razón de su objeto dependa de autorización para funcionar, sólo podrá participar de un grupo de sociedades después de la aprobación del convenio de grupo por la autoridad competente para aprobar sus modificaciones estatutarias (art. 268).

El art. 269 establece las formalidades de constitución, correspondiendo destacar que el inc. VII incluye entre los datos que deberá contener el convenio la declaración de nacionalidad del control del grupo. Para estos efectos se considerará al grupo sujeto al control brasileño si la sociedad cabeza del grupo está bajo control de:

- a) personas naturales residentes o domiciliadas en el Brasil;
- b) personas jurídicas de derecho público interno; o
- c) sociedad o sociedades brasileñas que directa o indirectamente estén bajo control de las personas referidas en a y b.

El contrato de grupo debe ser aprobado con la observancia de las normas para la modificación del contrato social o del estatuto. Los socios o accionistas disidentes tienen derecho al reembolso de sus acciones o cuotas (art. 270).

El contrato debe especificar la estructura administrativa del grupo, pudiendo crearse órganos de deliberación colegiados y cargos para la dirección general. La representación de los socios ante los terceros, salvo disposición expresa en el contrato, sólo le cabrá, en forma exclusiva, a los administradores de cada sociedad conforme a los estatutos o contratos sociales (art. 272).

Los administradores de las sociedades afiliadas, sin perjuicio de sus atribuciones, poderes y responsabilidades según los respectivos estatutos o contratos sociales, deben observar la orientación general establecida y las instrucciones expedidas por los administradores del grupo que no importen violación de la ley o del convenio del grupo (art. 273).

El grupo de sociedades publicará, además de las demostraciones financieras referentes a cada una de las sociedades que lo componen, demostraciones consolidadas que comprendan a todas las sociedades del grupo (art. 275).

El art. 276 establece que la combinación de recursos y esfuerzos, la subordinación de los intereses de una sociedad a los de la otra, o al grupo, y la participación en gastos o resultados o resultados de actividades, sólo pueden ser opuestos a los socios minoritarios de las sociedades afiliadas en los términos que el contrato de grupo establezca.

Considérase minoritarios, para los efectos de este artículo, a todos los socios de la sociedad afiliada, con excepción de los de la sociedad cabeza de equipo y de los de las demás sociedades afiliadas al grupo.

La distribución de gastos y beneficios y las compensaciones entre sociedades previstas en el contrato deberán ser precisadas y registradas en el balance de cada ejercicio social de las sociedades interesadas.

Los socios minoritarios de la sociedad afiliada tendrán acción contra sus administradores y contra la sociedad cabeza de grupo para obtener la reparación de los perjuicios resultantes de actos realizados en infracción de las normas de este artículo.

El capítulo XXII está consagrado a los consorcios. El art. 278 establece que las sociedades anónimas y las otras sociedades, independientes o no, podrán constituir consorcio para ejecutar determinada actividad observando lo dispuesto en este capítulo.

El consorcio no tiene personalidad jurídica, y las consorcistas sólo se obligan en las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada una por sus obligaciones, sin presunción de solidaridad.

La quiebra de una consorcista no se extiende a las demás, subsistiendo el consorcio entre las otras contratantes; los créditos que tuviera la fallida serán cumplidos en la forma prevista en el contrato de consorcio.

Por disposición del art. 279, el consorcio será constituido por contrato aprobado por el órgano social competente para autorizar la enajenación de bienes de activo fijo, debiendo ser registrado y publicado. En este contrato se especificarán: *a)* la denominación del consorcio; *b)* su objeto; *c)* plazo; *d)* las obligaciones y responsabilidades de cada sociedad; *e)* el régimen de distribución de las ganancias y las pérdidas; *f)* el sistema de administración; *g)* la forma de deliberación; y *h)* la contribución de cada miembro en las expensas comunes.

Resulta difícil formular la valoración crítica aislada de la disciplina que en materia de grupos de sociedades ha establecido la ley brasileña, en la medida que amén de las connotaciones que en relación a la materia estrictamente específica la caracterizan, y cuya evaluación técnica parcializada es posible, ella se inserta en el amplio texto de una ley de sociedades por acciones.

No es ésta la oportunidad para apreciaciones de carácter general, pero no queremos dejar de señalar que la política de la ley res-

ponde a una concepción filosófica de raíz institucionalista, que personalmente no compartimos, y que dista en mucho de la que ha inspirado a quienes redactaron nuestra ley de sociedades.

En cuanto a la regulación en particular, cabe destacar que pareciera que el concepto de grupo responde a un esquema netamente formal, y no conceptual. Para que él exista se requiere la celebración del contrato pertinente. Ello significa que la dirección unificada, no formalizada por vía contractual, no es, en los términos de la ley, su característica definitoria. El Proyecto Cousté omite la regulación de los grupos de hecho, pero ellos no quedan fuera del concepto general, establecido en el art. 4.

No resultan del todo claras las disposiciones relativas a la posibilidad de existencia de grupos no sujetos a control brasileño, ya que mientras, por un lado, se exige que la sociedad cabeza de grupo lo sea (art. 265), el art. 269, VII, requiere que se establezca en el contrato constitutivo cuál es la nacionalidad del control del grupo, fijando las pautas para determinar cuándo es brasileño, lo que llevaría a pensar que podrían existir grupos que no lo fueran. No obstante la falta de claridad en la redacción, rasgo común a toda la ley, de su espíritu surge que ella sólo faculta la constitución de grupos internos.

En cuanto a la sociedad controlante que puede constituir un grupo, del art. 265, 2º párrafo (y en el mismo sentido, del art. 116, 1er. párrafo), se concluye que ella puede revestir tal carácter aun cuando sola no pueda ejercer el control de las afiliadas si puede hacerlo efectivo por medio del acuerdo con otros socios, disposición que consideramos acertada.

Asimismo, estimamos que no es adecuado que en el caso de constitución del grupo, a los socios externos disidentes no se les otorgue derecho a compensación alguna (art. 270).

En cuanto al poder de dirección, pareciera que el criterio del legislador ha sido el de conferir a las sociedades miembros de un grupo la más amplia libertad para convenir si la sociedad cabeza de grupo puede o no impartir directivas que determinen un perjuicio para las afiliadas (arts. 273 y 276, 1er. párrafo), omitiéndose también regular, para el caso que ello fuera pactado (posibilidad que se infiere del art. 276, 1er. párrafo, que se refiere a la "subordinación de intereses"), la protección de los accionistas externos.

Tampoco regula la ley las distintas modalidades contractuales por las que el grupo puede constituirse⁵⁷, pero consideramos que la más

⁵⁷ Ver nota 42.

grave omisión en que ha incurrido el legislador, que constituye, a nuestro juicio, el punto más vulnerable de toda la regulación en materia de grupos, se vincula a la ausencia de disposiciones normativas de la materia de la responsabilidad, que en definitiva es una de las razones determinantes de la disciplina misma.

III

Las consideraciones finales de este trabajo no podían sino estar consagradas a nuestro país. Contamos con una moderna ley de sociedades; ello no obstante, y a semejanza de la ley francesa de 1966 y del régimen italiano, existe un vacío legislativo en materia de grupos de sociedades. En este sentido, la ley 19.550, ratificando una vez más el carácter de categoría histórica del derecho comercial, ha significado un notable avance respecto del Código de Comercio, en cuanto a la consideración y descripción de un fenómeno que aquél omitía debido a su inexistencia en el siglo pasado, imponiendo limitaciones (arts. 30 a 33) y estableciendo un sistema obligatorio de información (arts. 63 a 66). Falta, sin embargo, la estructura específica que lo discipline.

En el ámbito del derecho tributario tampoco encontramos la regulación adecuada. En este sentido, cabe señalar que la legislación argentina ha incorporado, ya desde hace tiempo, el principio de la realidad económica como método de interpretación de las leyes financieras. En efecto, el art. 11 de la ley 11.683, t.o. 1974, contiene los siguientes principios: a) en la interpretación de las normas fiscales "se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica"; b) debe estarse a los conceptos específicos contenidos en las leyes impositivas y únicamente "cuando no sea posible fijar, por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de ellos, podrá recurrirse a los del derecho privado". El art. 12, por su parte, dispone que se tendrán en cuenta "los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes", prescindiendo de las formas o estructuras jurídicas inadecuadas. Parecidos conceptos contiene el Código Fiscal de la provincia de Bs. As. (art. 7, t.o. 1974)⁵⁸.

En el ámbito de los grupos de sociedades el criterio interpretativo de la realidad económica encuentra su fundamentación en lo que en la doctrina francesa y suiza se ha dado en llamar "la transparencia

⁵⁸ Ver: Martínez, *El criterio económico. La importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica y la intención jurídica*, en *Estudios de derecho fiscal*, ed. Contab. Moderna, Bs: As., 1973, p. 169.

fiscal" y que se conoce en derecho tributario alemán como la teoría del órgano (*Organtheorie*), según la cual cuando existe dependencia económica, financiera u organizativa se considera que la entidad dominada es un órgano de la dominante, con la cual se integra en un solo ente orgánico. Tal es lo que establece el art. 15, n° 2, de la ley de adaptación impositiva alemana (*Steueranpassungsgesetz*)⁵⁹.

Señala Giuliani Fonrouge⁶⁰ que la jurisprudencia argentina ha hecho abundante uso de la doctrina de la realidad económica, pero sin discriminación alguna y, en muchos casos, con un criterio simplista, con olvido de que es un principio para casos de excepción, cuando hay manifiesto abuso de las formas. Agrega que numerosas decisiones judiciales y del Tribunal Fiscal han seguido la interpretación de la realidad económica, sin una clara apreciación del peligro que se cierne sobre los administrados por tanta incertidumbre.

Respecto de la capacidad para ser sujeto pasivo de la obligación tributaria por parte del grupo de sociedades, la situación varía según la naturaleza de la unión o concentración. La simple asociación, por sí sola, no basta, siendo necesario que el ente constituya un todo orgánico, disponga de autonomía funcional y tenga una voluntad propia, es decir, que aparezca una verdadera persona, entendiéndose la expresión en sentido lato de ente con vida propia, aunque no disponga de personalidad jurídica de derecho privado. Los simples acuerdos, horizontales o verticales, que no se traducen en un ser jurídico orgánico, sino que tienen por fin la regulación del mercado, no ofrecen los caracteres exigidos al efecto indicado⁶¹.

En cuanto a la figura de la "unidad económica" o "conjunto económico" del derecho tributario argentino, la legislación lo menciona en forma oscura e imprecisa y se aplica, según Giuliani Fonrouge, confusamente⁶². En el orden nacional aparece con especial significación en el art. 15, inc. 3, de la ley 11.683 (t.o. 1974), y también en las de impuestos a las ganancias e impuestos internos. Es considerada genéricamente por el Código Fiscal de la provincia de Bs. As. "Los hechos imponible —dice el art. 14, párr. 2º— realizados por una persona o entidad se atribuirán también a otra persona o entidad con la cual aquélla tenga vinculaciones económicas o jurídicas, cuando de la naturaleza de esas vinculaciones resultare que ambas personas

⁵⁹ Ver traducción española editada por Depalma, 1964, ps. 27-28 del texto legal.

⁶⁰ Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, ed. Depalma, Bs. As., 1976, p. 77.

⁶¹ Giuliani Fonrouge, ob. cit., p. 377.

⁶² Giuliani Fonrouge, ob. cit., p. 379.

o entidades pueden ser consideradas como constituyendo una unidad o conjunto económico"; y agrega: "En este caso, ambas personas o entidades se considerarán como contribuyentes codeudores de los impuestos, con responsabilidad solidaria y total".

En cuanto a las diversas acepciones con que la legislación nacional utiliza la expresión "conjunto económico" cabe mencionar las siguientes:

a) Impuesto a las ganancias: el art. 76 de la ley 20.628 y el art. 92 de la reglamentación se refieren a la materia con motivo de la reorganización de sociedades, y el último determina que existe "conjunto económico" cuando una parte sustancial (80 % como mínimo) del capital de la nueva entidad pertenezca al dueño o socios de la empresa que se reorganiza. En un fallo relacionado con el impuesto a los réditos se estableció que el concepto de "conjunto económico" es análogo al de "significación económica" empleados por los arts. 11 y 12 de la ley 11.683 (t.o. 1974), y que para establecer la existencia de la vinculación entre empresas era necesario determinar si existía identidad de capital, de medios de producción y de objeto⁶³.

b) Impuestos internos: esta ley (t.o. 1973, art. 74) se refiere a operaciones realizadas en favor o por intermedio de personas o entidades "vinculadas económicamente", pero recurre a un criterio diferente del tenido en cuenta en el caso anterior.

El régimen del impuesto a los beneficios extraordinarios, derogado en 1964, tuvo gran trascendencia en cuanto al desarrollo del concepto que nos ocupa, y la jurisprudencia estableció algunas pautas de interés: a) para que dos o más empresas pertenecientes a una misma persona o grupo económico puedan considerarse como un solo contribuyente, es menester que exista entre ellas una relación directa y necesaria y que de sus elementos de constitución y funcionamiento resulte cierta amalgama⁶⁴; b) si conforme a los usos y costumbres del comercio no existe razonable vinculación económica entre las distintas actividades de una firma comercial, es improcedente la reunión de sus resultados⁶⁵; c) la unidad o independencia de las empresas o explotaciones depende de la naturaleza de los negocios: ni el contribuyente puede hacer fusiones artificiales, ni el Estado pretender desdoblamientos allí donde, según la realidad de las cosas, existe unidad económica o de negocios⁶⁶; d) si una empresa extranjera posee una

⁶³ Ver: "L.L.", 80-403.

⁶⁴ Ver: "L.L.", 58-262; "L.L.", 75-155; "L.L.", 76-310.

⁶⁵ Ver: "L.L.", 75-155 y 76-310.

⁶⁶ Ver: "L.L.", 68-507; "L.L.", 71-151.

parte preponderante en el capital de una empresa argentina (más del 96 % en los casos fallados), aquélla no puede ser considerada como un tercero, sino como integrante de un solo conjunto a pesar de que jurídicamente sean independientes, de modo que no puede existir un contrato entre ellas, pues requeriría dos voluntades⁶⁷.

En cuanto al aspecto enunciado en el apartado *d*, resulta interesante un fallo del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, del 24 de marzo de 1970, que rechazó como pasivo las regalías pagadas por la S. A. argentina a la sociedad extranjera, propietaria del 99,5 % de su capital. El tribunal, fundado en el principio de la "realidad económica", resolvió el caso como si se tratara de la relación entre una casa matriz y su sucursal. La altísima proporción del capital propiedad de la sociedad extranjera impidió que se considerara la situación como pago de regalías entre sociedades económicamente independientes⁶⁸.

Más recientemente, la Corte Suprema, en la causa "Parke Davis"⁶⁹, estableció que no son deducibles en el balance impositivo de una sociedad argentina las sumas pagadas o acreditadas a una sociedad extranjera, titular del 99,95 % del total de las acciones de la sociedad local, en concepto de regalías convenidas por servicios y uso de fórmulas en virtud de la efectiva unidad económica y de intereses que las une.

En el caso "Ford Motor"⁷⁰ la Corte declaró que los intereses pagados por una subsidiaria a su controlante en el exterior debían considerarse a los fines impositivos como remesas de utilidades.

En un fallo del Tribunal Fiscal del año 1976 se estableció que la ley 11.682 no contiene disposición alguna que permita aplicar a empresas nacionales vinculadas un tratamiento distinto al de las empresas nacionales que carecen de tal vinculación. Agregó que el criterio de interpretación sentado por la Corte en el caso "Parke Davis" resulta aplicable en el caso de una filial argentina de una sociedad de capital extranjero⁷¹.

Finalmente, cabe agregar que el art. 14 de la ley 21.481, del 30 de diciembre de 1976, establece que los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior que directa o indirectamente la

⁶⁷ Ver: "L.L.", 112-723 y 109-39.

⁶⁸ Ver el fallo en "J.A." del 22/10/70.

⁶⁹ "L.L.", 151-353.

⁷⁰ "L.L.", 155-163.

⁷¹ Fallo 293 del 16/9/76.

controle, serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes, con las siguientes limitaciones:

a) los préstamos deberán ajustarse a las disposiciones del inc. 1 del art. 20 de la ley 21.376;

b) los contratos regidos por la ley de transferencia de tecnología deberán ajustarse a lo que al efecto establezca ese régimen legal.

En resumen, en nuestro país, ausente la regulación legal, la agrupación queda sujeta a la libre contratación, dentro de los límites de la licitud genérica (art. 953, C.C.) o específica (ley 12.906). Intimamente vinculado el problema de la responsabilidad grupal a la teoría de la desestimación de la personalidad⁷², ella ha sido el único recurso técnico con que ha contado la justicia para la solución de los distintos planteos, aun cuando después de la sanción de la ley 19.550 pueda recurrirse a su art. 2 y a lo dispuesto por la ley de quiebras en su art. 165. Pero antes y ahora las soluciones posibles distan de ser ideales. La certeza jurídica, aun cuando no sea el mayor valor del derecho, es sí uno de sus requisitos, y ella sólo podrá lograrse mediante la adecuada disciplina del fenómeno de los grupos de sociedades.

APÉNDICE

La "omisión" de la ley italiana del 7 de junio de 1974 y el nuevo régimen en materia de consorcios

El régimen italiano.

La ley italiana de reforma de las sociedades por acciones del 7 de junio de 1974, n° 216, no prevé la regulación de los grupos de sociedades. Las modificaciones introducidas son, esencialmente, descriptivas del fenómeno, omitiéndose disciplinarlo. No obstante, y en virtud de resultar conveniente su conocimiento, reseñamos a continuación las disposiciones pertinentes.

La ley crea la "Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa", y entre las facultades que le son atribuidas figura la de ordenar a las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa y a los entes cuyo objeto exclusivo o principal sea el ejercicio de actividades comerciales y cu-

⁷² Ver nota de sistematización relativa a la aplicación de esta teoría en "E.D.", t. 48, p. 885, y *El caso Swift-Deltec. La reparación judicial de una agresión económica foránea*, recopilación de C. Alconada Aramburú, ed. Fedyc.

yos títulos coticen en bolsa, la redacción de balances consolidados de grupo, aun para sectores homogéneos (art. 3).

A su vez, el art. 5 dispone que las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada que participen en una sociedad cuyas acciones coticen en bolsa, en proporción superior al 2 % del capital de ésta, y las sociedades por acciones que coticen en bolsa y que participen en una sociedad cuyas acciones no cotizan en bolsa o en una sociedad de responsabilidad limitada en proporción de más del 10 % del capital de ésta, deberán comunicarlo por escrito a la otra sociedad y a la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa dentro de los treinta días desde aquel en que la participación ha superado dicho límite. Las sucesivas variaciones de participación deberán ser comunicadas dentro de los treinta días a partir de aquel en el cual la participación haya superado la mitad del porcentaje indicado o se haya reducido a los límites fijados.

La sociedad que no cumpla con las comunicaciones indicadas no podrá ejercer el derecho de voto inherente a las acciones o cuotas acerca de las cuales se haya omitido la comunicación.

En el caso de participaciones recíprocas que excedan por ambas partes los límites establecidos en el primer apartado, la sociedad que efectúe la comunicación después de recibida la de la otra sociedad no podrá ejercer el derecho de voto inherente a las acciones o cuotas en exceso y deberá enajenarlas dentro de los doce meses, desde aquel en que recibió la comunicación.

En caso de no enajenarlas, la suspensión del derecho de voto se extenderá a la participación total. Si ambas sociedades recibieran la comunicación en el mismo día, la suspensión del derecho de voto y la obligación de enajenación se aplicará a las dos, salvo acuerdo en contrario entre ellas, que deberá ser inmediatamente comunicado a la Comisión.

Para las participaciones existentes a la fecha de entrada en vigor del presente decreto, las comunicaciones previstas en el primer apartado deberán ser cumplidas hasta el 30 de setiembre de 1974. En el caso de participaciones recíprocas, la sociedad que menos exceda al límite permitido deberá enajenar las acciones y cuotas excedentes dentro de los tres años de la entrada en vigor de la ley de conversión del presente decreto. En caso de incumplimiento, la suspensión del derecho de voto se extenderá a la participación total.

Los porcentajes establecidos en el presente artículo deberán ser calculados sin tener en cuenta las acciones que carecen del derecho de voto, y sobre la base de las acciones y cuotas suscritas, adquiridas

o poseídas por medio de sociedades controladas, sociedades fiduciarias y por persona interpuesta.

En caso de que no se produzca la enajenación de las acciones y cuotas en los términos previstos en los apartados segundo y tercero del presente artículo, el tribunal, a pedido del colegio de síndicos, ordenará la venta de acciones o cuotas por medio de un agente de cambio o de una empresa de crédito.

Los administradores de las sociedades serán penados con multa de 1 millón a 10 millones de liras, cuando omitan las comunicaciones previstas en el presente artículo. Cuando las cumplieran con un retardo no superior a 30 días serán penados con multa de 500.000 a 5 millones de liras. Cuando efectuaren comunicaciones falsas serán penados con arresto de hasta tres años, salvo que el hecho constituya un delito más grave. Para las violaciones de las obligaciones de enajenación de las acciones o cuotas excedentes se aplicarán las penas establecidas en el segundo apartado del art. 2630 del C. Civil.

Para los mayores valores de las acciones o cuotas enajenadas en cumplimiento de las normas del presente artículo y en los términos aquí establecidos, se aplicarán las disposiciones del art. 54 del decreto del presidente de la República del 29 de setiembre de 1973, n° 597.

El nuevo art. 2359 se refiere a las sociedades controladas y sociedades vinculadas y dispone que "son consideradas sociedades controladas:

"1) las sociedades en las cuales otra sociedad, en virtud de las acciones o cuotas poseídas, dispone de la mayoría requerida para las decisiones de la asamblea ordinaria;

"2) las sociedades que están bajo la influencia dominante de otra sociedad, en virtud de las acciones o cuotas poseídas por ésta o por especiales vínculos contractuales con ella;

"3) las sociedades controladas por otra sociedad mediante las acciones o cuotas poseídas por sociedades controladas por ésta.

"Son consideradas vinculadas las sociedades en las cuales se participa en medida superior al décimo de su capital, o bien en medida superior al vigésimo si se trata de sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa".

El art. 2359 bis regula la adquisición de acciones por parte de sociedades controladas y establece que "la sociedad controlada no puede adquirir ni suscribir acciones o cuotas de la sociedad controlante, sino con sumas tomadas de las reservas, excluida la reserva legal. Pueden ser adquiridas solamente acciones enteramente liberadas.

"La sociedad controlada por otra sociedad no puede ejercer el derecho de voto en las asambleas de éste.

"Las acciones o cuotas adquiridas, suscritas o poseídas en violación del primer apartado, deben ser enajenadas dentro de los seis meses desde la aprobación del balance del cual resultan. Cuando ello no hubiese ocurrido, el tribunal, a pedido del colegio de síndicos, ordenará la venta de las acciones o cuotas por medio de un agente de cambio o de una empresa o instituto de crédito".

Las acciones o cuotas de sociedades controlantes poseídas a la fecha de entrada en vigor del presente decreto deben ser enajenadas en la parte que exceda el límite fijado por el art. 2359 bis del C. Civil, en el término de tres años de la fecha antes mencionada. Cuando ello ocurriera, se aplicará la disposición del último apartado del mismo artículo. Para los mayores valores se aplica la disposición del último apartado del precedente art. 5.

Serán penados con las penas establecidas por el segundo apartado del art. 2630 del C. Civil los administradores que violaren las disposiciones del art. 2359 bis del C. Civil.

El art. 10 establece que en el art. 2424 del C. Civil el nº 13 queda sustituido por el siguiente:

"13) los créditos contra sociedades controladas y vinculadas",
Y se le agrega el siguiente párrafo:

"Deberá adjuntarse al balance la enumeración de las participaciones en sociedades controladas y vinculadas, indicando para cada una el valor nominal y el valor atribuido en el balance. Deberán ser además agregadas copias integrales del último balance de las sociedades controladas y un cuadro sinóptico de los datos esenciales del último balance de las sociedades vinculadas".

El art. 11 establece que a continuación del art. 2425 del C. Civil queda agregado el siguiente:

"Art. 2425 bis. *Contenido de la cuenta de ganancias y pérdidas.* Salvo las disposiciones de leyes especiales para las sociedades que ejercen particulares actividades, la cuenta de ganancias y pérdidas deberá exponer las utilidades y los gastos imputados al ejercicio, indicando claramente en su importe total:

"En las ganancias:

"1) las utilidades de las ventas y de las prestaciones agrupadas por categorías homogéneas;

"2) las rentas de las inversiones inmobiliarias;

"3) los dividendos de las participaciones en sociedades controladas y vinculadas;

- "4) los dividendos de las participaciones en otras sociedades;
- "5) los intereses de los títulos a rédito fijo;
- "6) los intereses de los créditos contra bancos;
- "7) los intereses de créditos contra sociedades controladas y vinculadas;
- "8) los intereses de los créditos contra la clientela;
- "9) los intereses de otros créditos;
- "10) los mayores valores derivados de la enajenación de bienes no computables entre las utilidades a que se refiere el n^o 1;
- "11) los incrementos de las instalaciones y de otros bienes por trabajos internos;
- "12) las rentas y utilidades distintas de las indicadas en los números precedentes y todas las no previstas que por su naturaleza correspondan ser incluídas en el activo;
- "13) los remanentes finales de materias primas, productos semi-elaborados y elaborados y mercaderías.

"En las pérdidas:

- "1) las existencias iniciales de materias primas, productos semi-elaborados, elaborados y mercaderías;
- "2) los gastos por compra de materias primas, productos semi-elaborados, elaborados y mercaderías;
- "3) los gastos por prestaciones de trabajo en relación de dependencia y sus contribuciones;
- "4) los gastos por prestaciones de servicio;
- "5) los impuestos y tasas, con indicación separada de los correspondientes a ejercicios precedentes;
- "6) los intereses y otros gravámenes sobre las deudas obligacionales;
- "7) los intereses sobre deudas contra sociedades controladas y vinculadas;
- "8) los intereses sobre deudas contra bancos;
- "9) los intereses sobre otras deudas;
- "10) los descuentos y otros gravámenes financieros;
- "11) las amortizaciones por grupos homogéneos de bienes;
- "12) las reservas de fondos para previsions;
- "13) las reservas de fondos de previsión del riesgo por desvalorización de títulos, créditos y otras categorías de bienes;
- "14) las reservas por gravámenes fiscales y otros gravámenes específicos;
- "15) los menores valores resultantes de las evaluaciones del balance relativas a las varias categorías de bienes;

"16) los gastos y pérdidas distintos de los indicados y los no previstos que por su naturaleza corresponda incluir en el pasivo.

"Están prohibidas las compensaciones de partidas".

El art. 12 dispone que a continuación del art. 2429 del C. Civil queda agregado el siguiente:

"Art. 2429 bis. *Informes de los administradores.* Los informes de los administradores prescritos por el tercer apartado del art. 2423 deberán ilustrar acerca de la marcha de la gestión en los varios sectores en que la sociedad ha actuado, aun a través de otras sociedades por ella controladas, con particular especificación de las inversiones, los costos y precios. Deberán también indicarse los hechos de relieve verificados después del cierre del ejercicio.

"Del informe deberán resultar:

"1) los criterios de valuación de las varias categorías de bienes y sus eventuales modificaciones respecto del balance del ejercicio precedente;

"2) los criterios seguidos en las amortizaciones y en las reservas y sus eventuales modificaciones respecto del balance del ejercicio precedente;

"3) las variaciones introducidas en la confección de las partidas del activo y del pasivo;

"4) los datos relativos al personal dependiente y a las reservas para gratificaciones por antigüedad y retiro;

"5) los intereses pasivos, repartidos entre préstamos a largo y mediano plazo, y préstamos a corto plazo con indicación separada de los comprendidos en los rubros del activo;

"6) los gastos de estudios, investigaciones y proyectos, los gastos de publicidad y propaganda y los gastos de instalación y puesta en marcha de equipos o de producción inscritos en el activo del balance con clara indicación del respectivo monto;

"7) las relaciones con las sociedades controlantes, controladas y vinculadas y las variaciones producidas en las participaciones y en los créditos y deudas.

"Dentro de los tres meses desde el fin del primer semestre del ejercicio, los administradores de las sociedades cuyas acciones coticen en bolsa deberán comunicar al colegio de síndicos un informe sobre la marcha de la gestión, con particular referencia a la producción, a las ventas y a los servicios prestados, a los gastos y a las utilidades. Una copia del informe deberá quedar depositada en la sede de la sociedad por el término de tres meses; los socios pueden estudiarla".

El nuevo régimen de consorcios¹.

La ley del 10 de mayo de 1976, n° 377, ha introducido modificaciones en el régimen de consorcios y de sociedades consorcistas previsto por el Código Civil. Señala Ferri que se trata de una reforma sancionada apresuradamente, no obstante su importancia, en la medida que atañe al concepto mismo de consorcio, a la valoración que de él hace el ordenamiento, al régimen de la responsabilidad y, en suma, incide en los aspectos esenciales del instituto.

Tanta prisa se ha debido, afirma el autor, a la sanción de una ley especial en la que se incluyeron disposiciones que favorecen la constitución de consorcios y sociedades consorcistas en el caso de empresas pequeñas y medianas (ley del 30 de abril de 1976, n° 374). Como el fenómeno de los consorcios contemplado en la ley especial no correspondía al regulado en el Código, y como en éste no se preveía la sociedad consorcista, se estimó conveniente modificar el Código. Señala el autor que no se ha tenido presente que en el Código está expresamente afirmado el principio de la autonomía privada, y que en virtud de él los particulares pueden celebrar contratos que no respondan a tipos sujetos a una disciplina particular, con tal que tengan por fin la realización de intereses dignos de tutela jurídica (conf. art. 1322, C. Civil). Tampoco se ha tenido en cuenta, agrega el profesor Ferri, que la expresión "*consorzio*" es de carácter polivalente y que ha sido utilizada en el ordenamiento jurídico con significados diversos de aquel con que ha sido empleado en el art. 2602, C. Civil. Así, se habla de "*consorzio*" al referirse a la cooperativa (arts. 1, 13, 27, del D.C.P.S. del 14 de diciembre de 1947, n° 1577); se habla de "*consorzio*" al hacerse referencia a la empresa artesanal (art. 3 de la ley del 25 de julio de 1956, n° 860). Se regulan también los consorcios agrarios (D.L. del 7 de mayo de 1948, n° 1325), los inmobiliarios (arts. 850 a 856 del C. Civil), los mineros (R.D. del 29 de julio de 1947, n° 1445, arts. 47 a 49), y en el campo del derecho público la ley prevé los consorcios comunales, provinciales, para la prestación de los servicios municipales, los portuarios y ferroviarios, etc. La característica común a todos ellos es que el consorcio representa, en todos los casos, una estructura organizativa común de segundo grado que se diferencia de la sociedad y que se individualiza en razón de su objeto o del fin que se propone realizar. Se trata de un fenómeno asociativo creado para la realización de una finalidad eco-

¹ En virtud de no haber tenido acceso al texto de la ley nos remitimos a la nota de G. Ferri en "Riv. Dir. Comm.", mayo-junio 1976.

nómica, que conceptualmente puede incluirse en la categoría de las asociaciones y que ha sido previsto por el C. Civil, pero no en el art. 2602, sino, antes bien, en los arts. 36 y ss.

Bastaba, dice Ferri, que la nueva ley precisara qué tipo de consorcio era el regulado, sin que fuera necesario modificar el C. Civil, sobre todo si se tiene presente que las disposiciones de los arts. 2602 y ss. hacen referencia a un tipo de consorcio (para la coordinación de la producción y del intercambio) que nada tiene que ver con el tipo contemplado en la ley especial.

La disciplina contenida en el Código en los arts. 2602 y ss. tenía como punto de referencia el fenómeno consorcial dirigido a disciplinar, mediante la creación de una organización común, la relación concurrencial entre los empresarios que ejercían una misma actividad económica o actividades económicas conexas. Guardaba estrecha relación con el fenómeno del cartel y de los pactos de concurrencia. Por esta razón estaba incluido en el título X del libro "Del trabajo", titulado "De la disciplina de la concurrencia y de los consorcios", regulándose los efectos que las limitaciones impuestas por el consorcio tenían sobre la libertad de iniciativa económica y su incidencia en el mercado. Por ello se preveía la necesidad de autorización administrativa y la sujeción a control público en el caso en que la incidencia en el mercado fuera relevante.

No obstante, en la actualidad esta disciplina ha sido mantenida, el fenómeno tipológico se ha modificado tanto que se ha tenido que adoptar un nuevo concepto de consorcio que nada tiene que ver con el contemplado en el art. 2602 originario.

El fenómeno regulado en el presente es el de la creación de una organización común entre varios empresarios "para la disciplina y el desarrollo de determinadas áreas de las respectivas empresas" (nuevo texto del art. 2602, según el art. 1 de la ley del 10 de mayo de 1976, n^o 377). Para desentrañar el sentido de tan oscura terminología, dice Ferri, y para tratar de determinar cuál es el fenómeno regulado, debe recurrirse a la ley del 30 de abril de 1976, n^o 374. De ella surge que se trata de la creación de una organización común a los fines de promover el crecimiento y la racionalización de la producción y de la comercialización de los productos por parte de las empresas pequeñas y medianas que operan en los sectores industriales, comerciales y artesanales, sea que tales empresas pertenezcan a uno solo de tales sectores o a varios (art. 1); de una organización común creada para el ejercicio de una o más de las siguientes actividades: a) la adquisición en común de materias primas o semielaboradas; b) la creación de una

red distributiva común; c) la promoción de las ventas mediante la organización y la participación en ferias, la difusión publicitaria, la realización de estudios de mercado, la preparación de catálogos, etc.; d) la participación en licitaciones nacionales y extranjeras; e) el desarrollo de programas de investigación tecnológica, de experimentación técnica y de actualización en el campo de las técnicas de gestión; f) la prestación de asistencia técnica; g) la construcción y el mejoramiento de las plantas industriales de los asociados; h) el control de calidad y la prestación de la correspondiente garantía por los productos de las empresas asociadas; i) la creación de marcas de calidad y la coordinación de la producción de los asociados; j) el establecimiento de centros mecanográficos y contables comunes; k) la asistencia a las empresas participantes en materia crediticia, mediante la prestación de garantías de carácter mutual; l) toda otra actividad compatible con la finalidad de la ley.

En definitiva, dice Ferri, se trata de una estructura organizativa creada para la realización en común de tareas particularmente costosas o la prestación de servicios; para el fortalecimiento de la posición contractual, sea frente a los proveedores o a los clientes. En suma: de una estructura organizativa del tipo de la prevista para los consorcios entre empresas artesanales del art. 3 de la ley del 25 de julio de 1956, n° 860.

Consecuencia automática de esta sustitución de un fenómeno por otro como punto de referencia de la normativa contenida en el Código es, por un lado, que a los consorcios creados para disciplinar las relaciones concurrenciales no les es más aplicable la disciplina dictada para ellos y, por el otro, que esta disciplina viene a ser aplicable a fenómenos con los cuales no guarda relación alguna.

En cuanto al problema de la responsabilidad del consorcio cuando no se constituye bajo forma societaria, ha sido resuelto sin respetar, señala el autor, los principios de seguridad del ordenamiento jurídico. Mientras el Código en el art. 2615, inc. 1, establecía la responsabilidad ilimitada y solidaria de las personas que actuaran en nombre del consorcio, el art. 3 de la ley ha excluido esta responsabilidad expresamente, y el inc. 1 del art. 2615 ha sido sustituido por una norma que determina que "para las obligaciones asumidas en nombre del consorcio los terceros pueden hacer valer sus derechos exclusivamente sobre los fondos del consorcio". Se ha creado así, dice Ferri, una estructura organizativa con responsabilidad limitada fuera de las hipótesis legislativamente previstas, sin la exigencia de procedimiento formal alguno y sin el requisito de un capital mínimo.