

## LA COMUNICACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTEREMPRESARIA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

EDUARDO MARIO FAVIER-DUBOIS (Pater)

### PONENCIA

La comunicación de responsabilidad entre sociedades autónomas, integrantes de un grupo económico, en base a la *aparéncia de identidad jurídica*, responde a estas características:

- a) Tiene fundamento objetivo;
- b) Encuentra apoyo en la doctrina de los "propios actos";
- c) Es un imperativo de la buena fe negocial;
- d) Constituye un supuesto de obligaciones *in solidum*;
- e) Debe ser aplicada con prudencia en beneficio de la seguridad jurídica.

### FUNDAMENTOS

#### 1. Antecedentes

El debate de esta ponencia en las "Terceras Jornadas de Institutos de Derecho Comercial", celebradas en Mendoza durante el mes de agosto pasado con la participación de eruditos juristas, nos ha permitido precisar algunos conceptos y aclarar algunos otros, de modo de formular hoy un texto científicamente más ajustado.

En primer lugar, cabe hacer la distinción, no muy explícita en la formulación anterior, entre la responsabilidad de una empresa frente a terceros (por ejemplo ante un cliente, proveedor o damnificado) y otra muy distinta, la *comunicación de esa responsabilidad a otra empresa*.

Y cuando nos referimos a la objetivación del vínculo, pretendíamos (y pretendemos) hacerlo con respecto a la comunicación extraordinaria de responsabilidad, compartida o conjunta entre las empresas, sin perjuicio de que la obligación entre ellas y el tercero sea objetiva o subjetiva.

## 2. *Objetivación de la responsabilidad compartida o conjunta*

La formación de grandes empresas, de conglomerados, grupos, y "conjuntos económicos" es una tendencia de la actual política empresaria, caracterizada por la búsqueda de mayor eficiencia operativa y la consolidación del poder de decisión mediante la unidad del control y la optimización de la obtención de recursos humanos y materiales.

Esta situación de concentración y control societario da pie a una nutrida problemática en torno a las relaciones interempresarias, y en particular a la *comunicación de responsabilidad* entre las empresas integrantes del grupo.

Acorde con los cambios estructurales del "mundo circundante", el Derecho Comercial, categoría histórica pero abierta, evoluciona, a partir de su exclusión inicial, hacia la admisión de criterios objetivos de responsabilidad, propios del moderno Derecho Económico (y que fueran ya adelantados por la doctrina del riesgo creado, desarrollada por Exner hace ya varias décadas).

Pone el acento, como ya lo señalaran Jacquemin y Schrans, no tanto a en los sujetos de derecho y sus intenciones subjetivas, sino sobre el objeto que tiende a proteger y regir, particularmente en la empresa, unidad socio-económica que es un componente fundamental (cita 13).

Entre los temas que se inscriben en este novedoso esquema podemos contar los referentes a la comunicación de responsabilidad interempresaria, con prescindencia de que exista o no entre ellas una relación contractual, cuales son, entre otros:

2.1. La imputación de los actos de la controlada a la controlante (doc. art. 54 L.S.).

2.2. La comunicación de la responsabilidad frente a terceros, incluso clientes y consumidores, como consecuencia de la cooperativa a un grupo, cuales son, entre otras, las siguientes doctrinas:

- a) Del control y sus variedades, (doc. arts. 33 y 54 L.S.),
- b) Del órgano o del instrumento,
- c) Del poder de dirección o de dominación,
- d) De la desviación del interés o del fin societario,
- e) De la comunidad de intereses,
- f) De la confusión patrimonial,
- g) Del conjunto económico permanente,
- h) Del abuso de la personalidad,
- i) De la solidaridad (derivada de una sociedad "creada de hecho"),
- j) De los vínculos personales,
- k) Del principio de "unidad" o "identidad",
- l) De la apariencia, objeto de estudio en la presente elaboración.

2.3. La protección de los accionistas externos (*outsiders*) cuando se los deja fuera del interés grupal (cita 17).

2.4. La protección de los trabajadores y los problemas laborales emergentes.

2.5. La responsabilidad surgida entre empresas de un mismo conjunto cuando el interés grupal desplaza y lesiona al interés de los miembros.

2.6. La extensión de la quiebra (doc. art. 165 L.C. y cita 8).

2.7. Los problemas fiscales sobrevinientes.

2.8. La protección del interés público en los casos de acciones concertadas que provoquen una restricción abusiva de la competencia, concebida como objeto del derecho, merecedor de protección.

### 3. *La apariencia jurídicamente vinculante*

La apariencia, aspecto ostensible o manifestación visible y muchas veces engañosa de una realidad o situación desconocida o encubierta, es una constante en la que se inscriben desde el mimetismo natural, del mundo físico, hasta la "simulación en la lucha por la vida", en la relación social, y que en el orden ético puede ser objeto de dispares juicios de valor.

Como "forma externa" o "color" de ciertos actos y conductas, tiene diversas implicancias jurídicas, no siempre reprobadas (art. 957 C.C.), y frecuentemente receptadas como valiosas.

3.1. En la doctrina del mandato aparente, para los casos de revocación del mandato, o instrucciones reservadas, contenidas en los arts. 1983 y 1987 del C.C. —en general, en el derecho civil ha tenido amplia recepción, como resulta de los trabajos contenidos en las citas: 7, 12 y 15.

3.2. En el derecho sucesorio, respecto a la validez de los actos del heredero aparente. (Doctrina del art. 3430 y su nota del C.C., art. 5343 del C.C. italiano, etc.).

3.3. En el derecho administrativo, la apariencia abona la doctrina del funcionario de facto que goza de título o autoridad aparente, cuyos actos son válidos no solo por la necesidad de continuidad jurídica de la actividad administrativa, sino por la presunción de legitimidad que sus actos ofrecen a terceros (cita 10).

3.4. En el derecho societario sustenta:

- a) Las obligaciones y responsabilidades frente a terceros del socio ostensible (art. 1668 C.C.) o aparente (art. 34 L.S.).
- b) La frecuente utilización de "testaferros" u hombres de paja para eludir responsabilidades societarias, constituyendo con ellos sociedades ficticias, en ausencia de normas que posibiliten la empresa individual de responsabilidad limitada.

3.5. En las relaciones inter-empresarias, la comunicación de responsabilidad, y aún la extensión de la quiebra, reconoce diversa aplicaciones de la "apariencia".

a) La actuación de la sociedad susceptible de ser imputada a los socios y controlantes, (a quienes responsabiliza solidariamente por los perjuicios causados el art. 54 de la L.S.) es una conducta aparente, puesto que según la preceptiva legal, se aplica cuando encubre la consecución de fines extra societarios, etc.

b) La creación de sociedades "de fachada" para encubrir la actividad de otra persona (sociedad o individuo). Si bajo su apariencia realiza actos en su interés personal y dispone de sus bienes como si fueran propios y en fraude de sus acreedores, será posible de extensión de la quiebra (art. 165 inc. 1) L.C.).

c) En tales situaciones, la inoponibilidad jurídica o la desestimación de la personalidad son técnicas o mecanismos legales que permiten determinar la realidad subyacente bajo la forma o apariencia de una sociedad e imputar a esa realidad determinadas consecuencias.

d) El título del difundido libro de Rolf Serik traducido al español como "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles" lleva en alemán la palabra "Rechtsform", es decir "forma jurídica", de modo que la apariencia consiste en la forma societaria utilizada para encubrir una realidad diferente (cita 22).

#### 4. La "apariencia" como fundamento de la responsabilidad interempresaria

4.1. Entre las fuentes hoy reconocidas como de responsabilidad en común de un grupo de sociedades frente a terceros, se cuenta la existencia de un conjunto económico permanente, sujeto a dirección centralizada, con los caracteres propios de una sola y única empresa.

Puede ocurrir que en realidad no exista entre ellas identidad jurídica, ni unidad de dirección, *pero que sí la haya en la apariencia*, de modo que el tercero que contrata con una sociedad del grupo, cree estar haciéndolo con otra (generalmente la principal o más visible), o con el conjunto.

Cuando esas empresas jurídicamente autónomas han contribuido a crear esa apariencia de identidad, (por ejemplo, con el uso en común de oficinas, empleados, marcas, letreros, papelería, membretes, propaganda, etc.), sus titulares están impedidos de alegar luego una independencia formal para eludir su ulterior responsabilidad ante terceros, sin violentar un imperativo de la buena fe negocial (ver infra 4.4.).

4.2. Como señala el Dr. Zaldívar, la existencia de una relación integrativa crea una apariencia, en algunos casos muy notables, que determina la expectativa de quien contrató con la sociedad subordinada, de estar haciéndolo con el grupo (cita 23).

Pensamos que lo mismo puede ocurrir aunque no exista la mentada subordinación. La apariencia creada configura razón suficiente para comunicar la responsabilidad, aunque no exista ningún otro de los factores apuntados en el punto 2.2.

En el comentario de la sentencia por la cual la Cám. Apel. Com. sala A rechazó la demanda iniciada contra el fabricante por un comprador de la concesionaria, al ser ésta declarada en quiebra, considera dicho autor que "si nos atenemos a razones de ética, seriedad y seguridad de las relaciones fabricante-concesionaria-consumidor, debió llegar a otro resultado", pues la concedente había autorizado a la concesionaria el uso de su marca y su emblema, que la concesionaria utilizó como propios en su profusa propaganda al público".

Todo esto "sin duda llevó a engaño a los compradores respecto a al responsabilidad del fabricante, cuyos símbolos se habían empleado para atraerlo" (ob. cit., pp. 31/32, nota 29).

Cuando fue a reclamar se lo opuso la "bartera del concesionario".

4.3. En el derecho francés numerosas decisiones aplican la *theorie dite de l'apparence* cuando el acreedor de una sociedad integrante de un grupo demandada a otra sociedad del mismo grupo el pago de su crédito porque pudo creer legítimamente que las dos sociedades no formaban sino una sola, o que ellas estaban unidas por una comunidad de intereses, o cuando una ha tenido un comportamiento culposo dejando creer que ella tomaba parte en la deuda de la otra (cita 16).

4.4. Además de la protección de la buena fe, como principio general, (art. 1198 C.C.) el fundamento de esa responsabilidad creada por la apariencia, puede ser radicado en la doctrina de los propios actos, que en alguna medida constituye una elaboración matizada de lo que según el Dr. Dobson se conoce como "Estoppel" (impedimento o excepción) en el derecho anglosajón (cita 5).

Esta regla o "principio general del derecho", (art. 16 C.C.) de originaria raigambre procesal, admite sin esfuerzo su aplicación a las relaciones sustantivas, de modo que nadie puede contradecir con sus propios actos una conducta anterior, si así puede resultar perjuicio para terceros.

Cuando la conducta de una persona ha creado la apariencia de un cierto estado de cosas o situación determinada, como si fuera real; lo que ha inducido a un tercero a actuar sobre tal base, no puede luego negar la existencia de esa situación frente a dicha parte, y debe responder por el perjuicio que resulte del acto u omisión provocado por la apariencia creada.

Como lo enseña Rolf Sërick, los que han aparecido como socios están impedidos (*stopped*) de pedir que se deje de tener en cuenta la forma jurídica de sociedad bajo cuya apariencia han actuado. En el mismo lugar de la obra mentada se hace una cita a la relación entre el *estoppel* y la doctrina de los actos propios en el derecho comparado (ob. cit. p. 292 y nota 51).

4.5. No se requiere que esa conducta sea intencional, basta que resulte objetivamente idónea para engañar a cualquier persona razonablemente prudente y cuidadosa. Si el tercero obrara con ligereza o "negligencia culpable", cabría oponerle la doctrina del art. 929 C.C. sobre error imputable.

Como se señala el autor citado en la nota 15, la apariencia considerada desde el punto de vista objetivo, es asumida en la forma que lo captaría y daría significación cualquier persona, sin tener en cuenta la creencia particular y concreta del sujeto que la aprehende.

Según un antecedente citado por Dobson, perfectamente aplicable al tema de esta ponencia, se ha resuelto que, cuando dos sociedades anónimas han tenido directorios y empleados interrelacionados, y sus empleados llevan adelante la actividad económica de manera tal que el público en general pueda hallarse bajo la impresión

de que son sólo una única sociedad y empresa, las sociedades anónimas quedan obligadas por la apariencia creada. (ob. cit. p. 272).

En síntesis, cuando dos o más empresas (rectius dos o más "sociedades") han creado objetivamente una apariencia de unidad o identidad y esa apariencia tiene la idoneidad suficiente para inducir a engaño a la persona que contrata con una de ellas, las eventuales consecuencias de dichos contratos se imputarán al conjunto de las empresas involucradas, las que responderán en forma concurrente de los perjuicios resultantes de su incumplimiento.

4.6. El fundamento de la comunicación de responsabilidad entre las empresas será el imperativo de tutelar la *buena fe negocial*, que si siempre es exigible, lo es con mayor rigor de los comerciantes (cita 20).

A esa particularidad del derecho mercantil, viene a darle la razón la doctrina generalizada del art. 902 del C.C. ya que el comerciante o empresario, *en razón de su profesionalidad*, tiene el deber particular de obrar con diligencia y pleno conocimiento de las cosas.

En nuestro caso, las empresas, serán responsables en común de sus "actos propios" como consecuencia de la *apariencia engañosa* por ellas creada, objetivamente y con prescindencia de la intención que tuvieron al hacerlo.

Al dicho popular "las apariencias engañan" habría que agregar la máxima: "en el mundo de los negocios, quien ha creado una apariencia engañosa, debe asumir las consecuencias del engaño". O como dijo la Cámara en lo Comercial, citando a Josserand, "quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella (ver nota 25).

## 5. *Sus alcances*

5.1. La responsabilidad inter-empresaria comunicada por influencia de estos principios, no ha de ser *perfectamente solidaria*.

Más bien constituye un supuesto paradigmático de las llamadas obligaciones *in solidum*, que surgen cuando dos o más sujetos aparecen indistintamente ligados frente al mismo acreedor, "por la fuerza misma de las cosas, e impuesta por la necesidad de las situaciones", sin necesidad de acudir a las fuentes comunes de la solidaridad perfecta (cita 4).

5.2. La comunicación de responsabilidad, por ésta o por otras razones, para satisfacer los legítimos reclamos de la justicia, debe ser aplicada con prudencia, sin menoscabo del principio de seguridad jurídica. Que debe ser valorado y tutelado como base de convivencia en el estado de derecho.

La dialéctica entre ambas exigencias éticas ha de resolverse con equidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, Luis O.: "La teoría de la apariencia", en *ED*, t. 116, p. 930.
- ARRUÑADA, Benito: *Control y Regulación de la Sociedad Anónima*, Alianza, Madrid, 1990.
- Autores varios, en la publicación del *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, V Congreso de Derecho Societario, Córdoba, 1992, t. III.
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, 6ª edic, Tecnos, Madrid, 1985.
- CAPON FILAS, Mario y ETCHEVERS, Pedro: "La apariencia y caracterización", en *ED*, t. 145, p. 965.
- CAZEAUX, Pedro, y TRIGO REPRESAS, Félix: *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, 1975.
- CN.Com., Sala A, autos "Minorgan S.A. c/Saturno Coop. Agric. Ganaders. de Consumo", en *LL*, del 21 de julio de 1995, p. 6.
- DOBSON, Juan M.: *El abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- EMBI D IRUJO, José M., *Los grupos de sociedades en el derecho español*, publicación citada en el punto 1, t. III.
- ETCHEVERRY, Raúl A.: "Supuestos de extensión de la quiebra", en *LL*, t. 1982-B, Sec. Doctrina.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p): *Compendio de Derecho Administrativo*, El Coloquio, Buenos 1979, y doctrina allí citada.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h): "Los joint ventures", *La Información*, n° 615, t. XLIII, año LII, marzo de 1981.
- GALLARDO, Mariano: "La organización en materia grupal", *DYE*, (Derecho y Empresa), Rosario, 1994.
- JACQUEMIN, Alex y SCHRANS, Guy: *Le droit économique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1974.
- JEATIN, Michel: *Droit des Sociétés*, Montchrestien, Paris, 1989.
- LEFEVRE, Francis: *Memento Pratique-Sociétés*, 1980-1981, Paris, 1980.
- ODRIOZOLA, Carlos S.: "Los grupos de sociedades y los accionistas externos", *LL*, 1986-1114.
- OTÁEGUI, Julio: "Concentración. Reorganización. Grupos. Control (Dominación) Relaciones y efectos. Responsabilidades", en publicación citada en punto 1, t. III.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Instituciones de Derecho Mercantil", 11 edic., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Nuevo derecho accionario y de Konzern de Alemania, Ley de 1965*, Cangallo, Buenos Aires, 1969.
- SERIK, Rolf: *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958.
- STRATTA, Alicia J.: "Efectos jurídicos de la apariencia", en *ED*, t. 116, p. 939.

ZALDÍVAR, Enrique y otros: *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, vol. IV. 1980.

ZSCHOCKE, Christian: "Concentración societaria en el derecho alemán", (Resumen inédito), Buenos Aires, mayo 1986.