

GRUPOS DE SOCIEDADES. DIVERSAS SITUACIONES. CUESTIONES RELATIVAS A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

**RINO PRÓPEDO
ENRIQUE E. SCHEINFELD**

GRUPOS ECONÓMICOS

En el presente trabajo se analizan aspectos jurídicos relativos a los grupos económicos de derecho y de hecho con el objeto de fundamentar su previsión por la ley de sociedades en el caso de que en el agrupamiento confluyan determinados requisitos, a saber: 1.) objeto; 2.) permanencia; 3.) existencia de fondo común.

Asimismo se aborda el deber de registración del contrato en el grupo de derecho o de la actividad económica en el supuesto de grupo de hecho para hacer factible su diferenciación de la sociedad de hecho.

Las cuestiones contables, el deber de presentar balances consolidados por el grupo en función de los derechos de los miembros del grupo, de los socios de las sociedad que integren el agrupamiento y de los terceros en general, son considerados como objeto de regulación normativa.

1. CONCEPTO Y RATIO NOMINIS

Ha sido la realidad económica la que desarrolló en los hechos la estructura grupal de empresas, basada en la idea de la concentración de capitales y técnicas para incrementar cualitativamente la producción y obtener mejores resultados para el mercado en general. Fenómeno económico implicado por la globalización de la economía y que ahora repercute sobre los empresarios, quienes tratan de buscar nuevas soluciones jurídicas sin constituir un super ente o una estructura jurídica que los absorba y que genere una responsabilidad ultra vires. La preocupación mayor del legislador argentino, frente a los grupos económicos fue la de respetar la autonomía de la voluntad y no obligar a la constitución de una nueva persona jurídica en el sentido de la ley civil (art. 30 CC) y del art. 2 de la ley 19.550, modificada por la ley 22.903.

De allí que en el derecho privado, se ha centrado el tema sobre la fuente de tales estructuras y se haya plasmado sobre la noción del contrato plurilateral, siguiendo la construcción del maestro Tullio Ascarelli, que el legislador argentino ha seguido cuando trata del acto constitutivo societario. Los autores nacionales tratan el tema bajo el epígrafe de contratos asociativos o participativos; otros de contratos de colaboración y organización, y, finalmente, algunos como contratos plurilaterales de colaboración.- Todos coinciden, a pesar de las denominaciones, que se trata de agrupamientos de empresas cuando estas son el objeto de la actividad de un empresario o comerciante. Así el capítulo tercero de la ley cuando aborda los contratos de colaboración empresaria, y dentro del género dos categorías: de las agrupaciones de colaboración y de las uniones transitorias de empresas.

Colaborar significa trabajar con otras personas en una actividad de ingenio, y es lo que realizan los profesionales del comercio, organizándose en grupos.

Este fenómeno del agrupamiento, si bien no genera un ente jurídico ni superior ni autónomo a sus componentes, no debe confundirse con una mera ficción legal, pues se trata de una forma peculiar de ejercer libremente una actividad económica, tal cual resulta del precepto constitucional, sino que constituye la regulación de una realidad jurídica que se exterioriza por poseer ciertos requisitos constitutivos de las personas, como ser: domicilio; nombre o denominación; cierta autonomía patrimonial amén de cierta capacidad de obrar y una estructura directiva. No es persona -en el sentido técnico jurídico de la expresión, unidad personificada de facultades, derechos, obligaciones, cargas, responsabilidades, relaciones y situaciones jurídicas; personi-

ficación de conjunto de normas jurídicas; centro de imputación diferenciada; (conceptualización de Gervasio Colombres siguiendo las enseñanzas de Hans Kelsen en su "Teoría Pura del Derecho"- pero es una quasi persona, con el adverbio en latín.

2. FUNDAMENTO

La razón por la cual ha surgido la idea de que la empresa y no el empresario, pueda ser considerado como base para unificar diversos centros de interés, tanto de los acuerdos plurilaterales de organización, como también se le ha dado igual tratamiento en la quiebra, constituye un desfasaje de los estatutos especiales incorporados al Código de Comercio, pues el legislador civil sólo otorga el rango de parte a las personas físicas o jurídicas y luego del cumplimiento de ciertos requisitos y a determinados entes (arts. 30; 33; 35 CC; 2; 7 y 11 LSC) - entre otros- En cambio los procedimientos concursales, ofrecen numerosos ejemplos de sometimiento a la ejecución colectiva de uniones y agrupaciones de empresas que carecen de personalidad jurídica -art. 2, inc. 1 y 65 LC- o cuando mediante consorcios constituyen grupos económicos a los que se consideran como partes; en cambio las personas reguladas por las leyes 20.091; 20.321 y 24.241 son excluidas en forma expresa del rango de sujetos pasivos concursales.

De allí que el legislador argentino en la reforma a ciertos estatutos particulares, ha comenzado a tomar en cuenta más a la empresa que al empresario o comerciante como base de unificación de los centros de interés, incorporando esta concepción a la ley de concursos y quiebras.

Por lo tanto podemos afirmar sin temor a equivocarnos que toda sociedad, como todo proceso concursal presuponen a una empresa sea esta civil o mercantil, industrial o agropecuaria. Para las personas que no presentan esta realidad económica la ley concursal ha estatuido las denominadas pequeñas quiebras (art. 288 LC).

Ello nos conduce a presumir que se ha buscado de personificar, en la idea de empresa, a un sujeto constante o con mayor precisión, unificar sobre la base de la empresa centros o esferas de intereses y de localizar una unidad jurídica, aún cuando la realidad comprendida no tenga personalidad jurídica. Cabe puntualizar que ni la ley de sociedades, ni la ley de quiebras y menos el Código de Comercio nos brindan una definición de empresa.

Y es que por empresa puede entenderse a una actividad profesional de un empresario, realizada en forma organizada y destinada a producir o intercambiar bienes o servicios, para el mercado en general.

Más que nada se trata de actos generados en masa.

3. EL NEGOCIO JURÍDICO PLURILATERAL. FIGURAS TÍPICAS Y ATÍPICAS

Estos negocios jurídicos de colaboración empresarial han surgido en la legislación nacional en el año 1983 cuando se sanciona la ley 22.903, la cual, más allá de razones metodológicas, los ha incorporado a nuestra legislación societaria.

Este aspecto tiene mucha importancia por cuanto se regulan dos formas de joint ventures convencionales bajo la fórmula agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas. Dos figuras propias de los acuerdos asociativos o de organización a diferencia de los contratos de cambio.

Nuestra ley siguiendo la doctrina de Tullio Ascarelli denomina con imprecisión a ambas figuras de contratos, cuando en realidad son negocios jurídicos plurilaterales de organización donde las prestaciones de las partes se oponen y contraponen a diferencia de las contribuciones debidas al fondo común. Estas se orientan negocialmente en forma paralela, lo que las diferencia de la contraposición de intereses contractuales. Pero la razón práctica de la inclusión de estas figuras negociales en la ley societaria se debe a que con la misma se le otorga la categoría de actos de comercio, conforme al art. 8, inciso 11 del Código de Comercio, razón por la cual, tales acuerdos, están sometidos a la ley mercantil y a la jurisdicción comercial, salvo prueba en contrario.

Ahora bien, siendo estas dos figuras asociativas las únicas reguladas por la legislación mercantil, incorporadas a la ley de sociedades, sus preceptos les resultan aplicables en lo que no fuere incompatible como formas de interpretación y no las disposiciones sobre contratos comerciales, ni civiles, salvo en los presupuestos.

De lo expuesto se deduce que la ley de sociedades regula y tipifica dos formas de colaboración negocial, lo cual no significa que mediante la autonomía de la voluntad las partes no se sometan a otras variantes de colaboración que imponga la realidad económica. Se trata por lo tanto de una reunión de personas para ejercer sus derechos bajo una fórmula en común, unitaria, pero que no constituyen una nueva entidad jurídica desde el punto de vista sustancial, a pesar de que puedan actuar como parte única ante ciertos procedimientos. Los grupos económicos constituyen agrupaciones de colaboración para crear una organización comunitaria para el desarrollo de sus integrantes o para ejercitar una actividad empresarial determinada, sin revestir el carácter

de personas jurídicas por cuanto en sus relaciones internas como externas no se unifican en un centro de imputación diferenciada sino que se opera cierta unificación de situaciones y relaciones jurídicas sin elevarse a la categoría de centro de atribución jurídica especial.

La realidad económica que impone la globalización ha generado estas formas de cooperación que surgen de los acuerdos plurilaterales con pautas parecidas a los acuerdos asociacionales. La doctrina enseña que las personas jurídicas, según su fuente pueden distinguirse como de tipo asociacional o institucional. Este punto de vista se basa sobre la naturaleza de la estructura del substrato sobre el cual se asiente la personalidad, la cual otorga una naturaleza igual para todas las que componen esta categoría.

La antigua doctrina enseña que existen personas jurídicas de base personal y con base real, o sea masas de bienes orientados a un fin. En cambio en la primera categoría se personifica la totalidad de los asociados o socios. O sea que su origen se halla en la voluntad colectiva inmanente en la misma lo que las diferencia de la voluntad trascendente que es propio de las instituciones que nacen de una voluntad superior que es la ley, como ser los colegios profesionales. Empero y de lo que no cabe ninguna duda, es de que entre la sociedad mercantil -persona jurídica según la ley- y los grupos económicos hay similitudes y diferencias. En una las voluntades de los socios se unifican para conseguir un interés común al extremo de fusionarse y crear una estructura jurídica diversa que es la persona, la exclusiva titular de los derechos y obligaciones. En tanto, en los grupos o conjuntos económicos, se observa una imago atque effigie de la personalidad, pero sin serlo por expresa disposición legal, la cual le atribuye unificación jurídica regulándola de modo tal de no imputarle personalidad jurídica, no alcanzando en consecuencia el nivel de centro de imputación diferenciada.

Tiene la misma o parecida estructura jurídica que la social, y hasta un patrimonio o fondo común operativo propio, una administración y dirección unitaria, resoluciones, obligaciones de los partícipes, pactos para el ingreso y egreso, liquidación, etc., lo que habla a las claras que se trata de una unificación de normas jurídicas muy similar a los esquemas societarios, pero la ley sic et simpliciter, por le niega el carácter de persona jurídica. Resulta fácil advertir que se trata de una forma particular de comunión, la cual importa la participación de una pluralidad de personas en el ejercicio de un derecho de empresa. Existe una cotitularidad de todos los sujetos que integran el grupo o a lo suma el fraccionamiento del derecho entre los mismos pero en cuotas ideales, lo que no llega a constituir una unidad ideal dentro del

marco de la personalidad. Para usar una metáfora es una “quasi persona”, según sea mayor o menor la organización empresarial del grupo, conjunto o agrupamiento. Para nuestra ley de sociedades que regula sólo dos figuras típicas de grupos empresariales, no niega la posibilidad que por vía de la autonomía de la voluntad y en base a la realidad económica su puedan crear agrupaciones y conjuntos económicos atípicos.

Sin embargo ello no autoriza a decir que los acuerdos empresarios constituyan entes al igual que las personas jurídicas si el derecho positivo no les reconoce - a los sujetos partícipes - la facultad de generar un ente distinto de las personas agrupadas, o sea la constitución de un tercer “genus” distinto de sus componentes. Ejemplo de ello son las normas de los artículos 161, inciso 2; 65; 172.- La LSC tampoco los define y hay una mención indirecta de ellos en la norma del art. 33 párrafo 1 cuando refiere al control interno de derecho o participacional en el campo societario.

En lo que se denomina economía globalizada, la difusión de los acuerdos de agrupamiento es indiscutible. Con énfasis se puede afirmar que ninguna sociedad puede actuar con regularidad sin la intervención de estas tratativas y componentes negociales alcanzados por los socios fuera de los esquemas societarios en base al desarrollo de una actividad común. Resulta muy difícil imaginar la función más conveniente de la gestión de una empresa con base societaria, sin las previsiones de ciertos acuerdos de gestión ya sean informales o vinculativos, sobre todo desde un primer punto de vista ético antes todavía de lo jurídico, alcanzados por los socios entre sí o con los mismos órganos sociales.

Tanto es así que muchas operaciones sociales de fusión, concentración o transformación, presuponen anticipadamente la previa concertación de acuerdos de agrupamiento y no sólo entre casa matriz y filial, sino entre distintas entidades. Además es bastante común la hipótesis de emisión de obligaciones convertibles en acciones de otra sociedad emitidas o a emitirse sin que los órganos de la primera, por lo común interesada en la financiación de la segunda (por cuanto es su controlante), hayan acordado con los órganos de esta segunda sociedad las modalidades de la operación a realizarse.

De aquí que los acuerdos parasociales consientan a los socios o asociados de generar un vínculo puramente obligatorio entre las partes, por lo general plurilaterales, el cual puede relacionarse con las distintas fases de un actividad empresaria común, tanto referente a la iniciación, al desarrollo o a la cesación de la misma. Su contenido es amplio y variado, a pesar de que la ley nacional sólo regule dos casos.

Desde el punto de vista de su función se trata de pactos que tienden a la realización de un resultado económico análogo a aquel que se obtendría mediante la aplicación de la disciplina legal de cada una de las sociedades o asociaciones con objeto mercantil. Esta circunstancia es la que marca el carácter de generalidad de los acuerdos parasociales, su atipicidad por aplicación de la autonomía de la voluntad a pesar que nuestra ley regula dos tipos y no prohíbe a los demás, elaborados en la práctica. Bajo una cierta óptica, el fenómeno de los pactos asociativos no son ajenos a la posible interferencia entre la acción social de la extra social que compete a los asociados en forma individual. Mediante estos acuerdos, se acentúa la intervención del elemento asociativo y adquiere un significado particular cuando se verifica en relación a los tipos sociales, como en las sociedades por acciones donde el elemento intuitu personae no constituye una connotación tipológica.

De modo que la adopción de instrumentos externos a la organización estatutaria se colocan al lado de otros medios negociales elaborados por la praxis en su mayoría, y por la ley como en nuestro caso. Los pactos parasociales pueden referirse tanto a la parte interna entre socios o componentes de la entidad, como a la parte externa entre distintas entidades formando agrupamientos empresarios.

4. PRINCIPIOS APLICABLES

Tanto para los acuerdos de agrupamiento, como para los pactos parasociales, sean de derecho o de hecho, en todas sus variantes, resulta bastante difícil el sustrato común para encuadrarlos como negocios jurídicos plurilaterales o entre los contratos en especial y a su vez entre estos si caben las reglas de los contratos de cambio o las generales de los acuerdos organizativos. En realidad, si se toman en consideración las distintas conclusiones alcanzadas por la doctrina sobre este argumento, resulta sumamente difícil identificar a los acuerdos plurilaterales con los contratos, pues estos por su naturaleza son acuerdos bilaterales de naturaleza patrimonial o intervivos.

En los contratos las prestaciones de las partes son opuestas y contrapuestas, los interesados son enfrentados, en tanto que en los acuerdos organizativos las declaraciones de las partes se orientan en forma paralela y los intereses de cada una no se contraponen, sino que se orientan a un fin común. Por otro lado, el contenido de todo contrato es el consentimiento y el contenido de los negocios de organización es el acuerdo, de manera que la nulidad de una de las voluntades no afecta el negocio in tótum como en los contratos.

Además en materia de contratos impera el intuitu personae y

por ende la unanimidad en el consentimiento; en tanto que en los acuerdos plurilaterales impera el principio de las mayorías por lo que es de suma importancia saber cuales son las reglas supletorias aplicables a los acuerdos que generan a los conjuntos económicos, pues las soluciones no son las mismas como resulta de su estructura, del sistema de nulidades e ineficacias.

Adelantamos nuestra opinión, consideramos que el legislador argentino se ha encaminado -correctamente- en el sentido de que ha incorporado a los acuerdos de agrupamiento en la teoría de los acuerdos plurilaterales societarios, por lo que supletoriamente deben aplicarse las normas de estos y, en supuesto de silencio recurrir a otras vías de interpretación. Queda por tanto descartada la vía del contrato, sea de cambio, de crédito o de locación.

Pero ello sería aplicable solamente a los acuerdos organizativos de derecho, lo que implicaría desconocer a la gran mayoría que son de hecho y con distintas modalidades, por lo que de jure condenado debe buscarse la misma solución analógica dada la identidad de estructura jurídica y de finalidad. La misma solución se propicia para los llamados contratos o pactos sociales o parasociales en el sentido que en caso de silencio se le deben aplicar las normas organizativas societarias en primer término, y solo en caso de silencio las pautas de los contratos en general. Como es fácil intuir, el problema real que nos interesa no es solamente de establecer si los acuerdos organizativos de colaboración, en cualquiera de sus formas, constituyen una verdadera categoría autónoma y dogmática de negocios jurídicos sino la de determinar si es posible dar a la locución legal de contratos de colaboración empresaria, conjuntos económicos y demás, un significado propio y excluyente.

5. CARACTERES

En cuanto a los caracteres comunes a todos los acuerdos o pactos de organización, podemos mencionar: La accesoriedad, con el acuerdo asociacional constitutivo, estatuto social o de la empresa individual a la cual accede.-

Los acuerdos asociacionales sean de hecho o derecho, siempre son complementarios de la estructura empresarial a las cuales acceden los pactos de colaboración o unión empresaria, se refieran a los típicos como a los atípicos.

Las empresas son un presupuesto lógico necesario para la existencia misma de tales acuerdos, lo que obliga a distinguir el acto fundacional o asociacional de la empresa de base colectiva, del pacto

organizativo conexo. O sea, como la persona es un prius institucional del concepto de parte, ello no significa que la parte se confunda con el contrato.

Ello es así, pues el conjunto económico de nuestra legislación fiscal tiene por presupuesto la existencia de un grupo de sociedades, en tanto que la legislación sobre agrupamientos es mucho más amplia, pues, no se refiere sólo a los fenómenos de sociedades, sino a agrupamientos o uniones de empresas sean o no sociedades mercantiles.

Un segundo carácter de estos acuerdos empresariales, es la permanencia. No tendría sentido un pacto de agrupamiento de empresas para realizar un acto aislado de intermediación especulativa, sino que requieren la continuación en el tiempo y por el plazo que dura la empresa.

El tercer carácter de los agrupamientos es la forma, o sea los medios o ritos por los cuales debe hacerse conocer. Este aspecto debe asumir el carácter de constitutivo por lo que debe ser siempre escrita, ya sea un instrumento privado o público. Además hay que agregarle la publicidad registral a los fines de la oponibilidad frente a terceros para evitar la confusión con estructuras societarias e impedir la ilimitación de responsabilidad de sus componentes.

Ello sin perjuicio de alterar las normas comunes sobre responsabilidad patrimonial por las obligaciones asumidas por los representantes de la agrupación.

Frente a la realidad imperante, la cual demuestra los numerosos conjuntos o grupos económicos existentes -más allá de los contratos típicos introducidos por la ley societaria agrupamientos de colaboración y la unión transitoria de empresas- de singular trascendencia en la estructura y dinamismo económico productivo y comercial del país, se propone la previsión por la ley de sociedades de los grupos económicos en general cuando se conjuguen los siguientes caracteres: Objeto; permanencia; existencia de fondo común, regulando el deber de registración del contrato si el mismo hubiere sido formalizado por instrumento público o privado (con firmas certificadas por escribano público, o elaborado y redactado con patrocinio letrado.

En supuesto negativo se propone exigir el deber de registrar, al menos los siguientes datos:

La actividad económica del grupo en forma precisa y determinada; la representación; la formación del fondo común; la constitución de un domicilio especial; la individualización de los partícipes.

Asimismo, se considera importante la previsión legal de aspectos relativos a los sistemas de registración contable y de balances consolidados para hacer factible la información precisa sobre la base de

los principios que gobiernan la forma de llevar la contabilidad: claridad, exactitud, veracidad y completitud. Ello permitiría comprender las relaciones entre los miembros del grupo en función de la protección de los derechos de los socios de las sociedades que puedan integrar el grupo; de estos sujetos de derecho; de cada una de las personas que formen el conjunto; de los consumidores y de los terceros en general.

La responsabilidad del grupo por las obligaciones asumidas será solidaria e ilimitada en virtud del principio vigente en materia mercantil de solidaridad de las obligaciones, teniéndose presente la excepción para la unión transitoria de empresas introducida por la ley en su artículo 381 LS.

En la hipótesis de la existencia del grupo de hecho que no ha inscripto su contrato, o al menos los requisitos referidos, se les aplicará las normas de las sociedades de hecho, salvo que se comprobare su inexistencia.-

En esencia la propuesta tiende a eliminar la inseguridad jurídica, y respetar la causa fin del negocio o contrato evitando

BIBLIOGRAFÍA

HALPERÍN, Y “Sociedad anónima, sociedad en participación y joint venture”, RDCO año 1974, Depalma, Bs.As.

OTAEGUI, Julio César, “De los contratos de colabortación empresaria, en RDC, Cuadernos nro. 3, Depalma, Bs.As.,1984.

- “Los grupos de interés económico del derecho francés como modelo legislativo”, RDCO, año 1972, p.589, Depalma, Bs.As.

BOGGIANO, Antonio, “Sociedades y grupos multinacionales”, Depalma, Bs.As., 1985.

ETCHEVERRY, Raúl A “Notas priliminales sobre grupos de empresas y contratos de colaboración, DE, tomo 106,p.886.

GUYENOT, Jean y Kleidermacher, Arnoldo “Los agrupamientos empresarios y de colaboración”, Abaco, Bs.As.,1985.

FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo, “Tipología, tipicidad y regularidad en los Contratos de Colaboración Empresaria”, Ponencia presentada en el IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza 1986.

SCALONE, Enrique L., “Los consorcios de empresas. Su tratamiento fiscal frente a las recientes modificaciones, en Rev. La Información, T.LVIII nro. 646, p.631, año LIV, Ed.Cangallo Bs.As.

ZALDÍVAR, Enrique – MANÓVIL, R. – RAGAZZI, G., “Contratos de Colaboración Empresaria, 2da. Edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs.As.

RICHARD, Efraín H., “Organizacion Asociativa”, Zavallá, Bs.As., 1994.

FARINA, Juan M., “Contratos Comerciales Modernos”, Astrea, Bs.As., 1997.