

ALGUNAS BASES PARA LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES

ROGASIANO MARÍA LO CELSO.

1. *Implicancias jurídicas de la concentración de empresas: reseña.*

Aunque este punto hállese aprehendido en el tratamiento de los subtemas precedentes, una comprimida reseña de lo esencial que ahora interesa es necesaria por ser la materia prima desde la cual parte el hilo conductor a fin de seguirlo para dar respuestas satisfactorias en el entresijo de problemas suscitados, acá, en el plano de la regulación de los efectos derivados del agrupamiento de sociedades.

El fenómeno de concentración económica, de amplia vastedad, adquiere complejas características en la empresa y su forma jurídica asumida conforme a la teoría general del patrimonio (titularidad), en la cual empresa las figuras societarias constituyen las más eminentes expresiones, sobre todo la sociedad por acciones.

El aludido fenómeno concentracionista presenta su máximo exponente no ya, o aislado, en la propia expansión de la empresa singularmente considerada, sino, más allá, y en progresión geométrica, en el agrupamiento; a tal punto que el aislamiento, como ha dicho la doctrina más calificada, conduce a vegetar en lenta agonia y desaparecer, o, de otro modo, a buscar la agrupación o a terminar absorbida. El fenómeno de la concentración de empresas es así un dato evidente al jurista llamado al estudio de la determinación jurídica de sus formas de expresión. Bien apunta Champaud que los métodos de agrupación de sociedades no son más que "aspectos de la concentración de empresas". Naturalmente, transcurre con ajuste a métodos indispensables de agrupamiento mediante la utilización de negocios jurídicos posibles —dentro del orden jurídico que encuentra tal cual está en el tiempo y en el espacio— intersocietarios o con estructura contractual; y en ambos supuestos con el mayor acento que la concentración exige a través de la dominación o de la colaboración.

Para reconocer una estructura jurídica de agrupación —apunta dicho autor— deben considerarse dos factores: “la unidad de decisión económica resultante de la estructura, y el control que establece sobre los patrimonios afectados a las empresas societarias que agrupa”¹. Provenientes de las fuentes jurídicas que las nutren para su estructura y para su función, se manifiestan entonces en multiformes determinaciones jurídicas de concentración. El ingenio halla constantemente nuevas formas saliendo al encuentro de las distintas y cambiantes exigencias económicas, progresivamente aceleradas, mediante la adaptación, adecuación y, por sobre todo, creación, de condignos esquemas en el ámbito del derecho. El fenómeno concentracionista reviste los agudos perfiles contemporáneos que es dable observar, entre otras causas, por los crecientes requerimientos de la producción en masa, la circulación, la distribución y el consumo también masivos; o, dicho de otro modo, por las incoercibles y cada vez más potenciadas necesidades de incorporar riqueza en bienes y servicios a disposición de la persona humana. Éste es su aspecto positivo, ontológico. Como tal subsiste en la realidad y no deja de ser positivo; pero en esta misma realidad, o sea, “siendo”, esto es, en el plano óntico, también depara otras facetas negativas, verdaderos flagelos en no pocos casos.

El fenómeno de concentración se advierte mayormente en las denominadas economías lucrativas, desde luego; pero en menor medida en relación a sus alcances también se observa como tal fenómeno, aun cuando distintos sean sus fines, en el derecho cooperativo, v. gr., arts. 5 y 58, inc. 8; 19, 2 y 82 y ss. de la ley 20.337.

La concentración en sentido lato, explica el citado autor, incluye todas las formas de desarrollo: crecimiento, expansión, integración, cuasi integración, simbiosis, agrupación. El concepto de “grupo”, “agrupamiento”, “agrupación”, es genérico y, por cierto, no es sinónimo de “sociedad” o “asociación” desde el punto de vista jurídico. Desde el sociológico, es sabido, tiene otras connotaciones diversas en la “sociedad global”, lo cual esto no significa una indiferencia del sociólogo ante los fenómenos jurídicos asociativos societarios propiamente dichos. Pero, claro está, el agrupamiento o grupo jurídicamente considerado, puede revestir la determinación de una sociedad de sociedades. Mas, como queda dicho, o aludido, lo que aquí importa es el agrupamiento en multiformes negocios jurídicos,

¹ Claude Champaud, *Los métodos de agrupación de sociedades*, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, 1969, ps. 120 y ss.

contractuales o societarios, y por esta última estructura, la societaria, la "sociedad de sociedades" será sólo una de las formas negociales entre otras; como igualmente el negocio bajo forma contractual se estructura para el agrupamiento intersocietario en variedades distintas.

2. *Premisas necesarias: las formas de agrupamiento societario en cuanto categorías de negocios jurídicos. Deslinde entre contenido y efectos.*

Esta categoría de negocios jurídicos suscita problemas de distinta índole; pero el más importante con arreglo al presente subtema es el del contenido de articulaciones normativas, resumible en otras cuestiones de medida y ubicación.

Ello así, desde luego, partiendo de la base general de ser necesaria una normatividad, inclusive por vía de reforma, inclinándome desde ya por la afirmativa, sin hesitación alguna.

Por eso, no será tarea ociosa destacar que esta categoría negocial de derecho privado —dentro de la moderna concepción del derecho comercial, o, según otras corrientes, "derecho de la empresa", o "derecho de los negocios", o "derecho de la economía"—, imbricada como está en la teoría general del negocio jurídico ha seguido, y continúa su proceso genético hasta un punto tal, sin duda alguna, en que se dan —y ha tiempo se han dado— las condiciones para extremarse el denominado fenómeno de recepción en el derecho.

Es precisamente el derecho comercial el ámbito histórico y por antonomasia en el cual adviértese la mayor frecuencia y riqueza de dichos fenómenos; y si la afirmación no fuera un lugar común bastaría observar, justamente en esta materia de agrupamientos societarios, cómo sus multiformes determinaciones se anticipan en largos lapsos hasta su recepción en las legislaciones.

En el derecho mercantil, como en otras ramas, pero con impetuosa relevancia en el primero, en efecto, el orden jurídico como lugar de culminación de aquella génesis reconoce la autonomía reguladora de los intereses privados acogiénola en la esfera del derecho, elevándola a norma jurídica con oportunas adecuaciones y confrontaciones con el esquema de valores del que el valor Justicia es su causa central. El legislador interviene en la disciplina del acto de autonomía privada, como explica Betti, para hacerlo instrumento a disposición de los individuos y dar vida y desarrollo a relaciones jurídicas; acto, aquél, que el derecho enlaza con los efectos más con-

formes a la función económico-social que le es característica. Dejando de lado la conocida controversia en torno de la definición del negocio jurídico sobre la cual se han ensayado numerosas fórmulas aun desde antes de Savigny (si “manifestación de voluntad”, “declaración o comportamiento”, etc., y el alcance de la intención, si sobre “el efecto jurídico”, o sobre el “efecto práctico”), cuestión que no corresponde ser tratada aquí, la doctrina distingue, sin embargo, como no pudiera ser de otra manera, las esferas de competencias entre la autonomía privada y el precepto legislativo, pues el reconocimiento que hace la ley no cambia el acto negocial de su naturaleza.

La disciplina legal superpónese a la autonomía privada, apunta el mentado jurista, de la cual el negocio, sigue siendo fruto y expresión. La delimitación entre una y otra está dada, para los particulares, por los fines prácticos a alcanzar más los caminos a seguir para ordenar sus propios intereses. Tocante al orden jurídico, en cambio, a él le pertenece el juicio de valoración mediante el cotejo “con las finalidades generales, la categoría de fines prácticos que los individuos suelen proponerse, prescribiendo modalidades a sus actos y los requisitos de su validez y eficacia, y enlazándoles, por fin, situaciones jurídicas adecuadas que realicen con la máxima aproximación las funciones sociales a que aquellos fines corresponden”. Se afirma así, por tanto, la “exigencia de distinguir netamente entre el contenido del negocio y los efectos jurídicos de éste en correlación a las diferentes esferas de competencia a que el uno y los otros están sujetos”. Es decir que lo preceptivo del contenido autorregulado del negocio queda sometido a la libre disposición de las personas dentro de la órbita en que ésta es admitida “y circunscrita por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa”; porque mientras a las partes corresponde la tarea libre de “modelar el contenido del negocio, es oficio del orden jurídico, y sólo de él, no de las partes, determinar los efectos jurídicos que se acompañan al negocio”².

² Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. y concordancias con el derecho español de A. Martín Pérez, Madrid, 1959, ps. 51 y ss. y 71. Ver además: Luigi Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, trad. y notas de Manuel Albaladejo, Madrid, 1956, ps. 49 y ss.; Giuseppe Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, trad. y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, ps. 259 y ss.; Andreas von Tuhr, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II-1, trad. de Tito Ravà, Buenos Aires, 1947, ps. 113 y ss.; Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 125.

3. *La recepción en el derecho: los efectos positivos y negativos según valores. El supremo valor Justicia.*

Las razones expuestas, y las que siguen, intentan poner de resalto, pues, y ya se habrá advertido, los elementos estructurales y funcionales del esquema negocio-norma en cuanto convergen al punto más neurálgico, o sea, el de los principios y valores a conjugarse —valor Justicia, al cabo—, a fin de satisfacer en mejor escala la necesidad actual de regulación de los efectos derivados del agrupamiento de sociedades.

No bastará al legislador, pues, la genérica apreciación de lo positivo y lo negativo si no reconduce el juicio por la delicada faena de valoración, la cual a su vez no depende sino de principios fundamentales y objetivos. Por supuesto, no es propio de este lugar el desarrollo de una teoría de los valores, y la bibliografía es nutrida.

Pero lo esencial que aquí interesa, y aun a riesgo de insistir demasiado sobre conceptos notorios, no se apea de aquello que le es intrínseco, tanto al negocio cuanto a la recepción de sus efectos por la ley.

En efecto, el presupuesto de hecho de la norma (“*Tatbestand*” o “*fattispecie*”) carecería de sentido, y tan luego en esta materia del agrupamiento societario, si no empezara por reconocer que el negocio jurídico es el principal acto jurídico; es, como dice Betti, la manifestación suprema de la autonomía privada, al cual negocio atribuye el derecho el nacimiento (creación), la modificación o la extinción de relaciones jurídicas. Por eso el negocio jurídico tiene su plenitud en ordenamientos económico-sociales fundamentados en el reconocimiento del derecho de propiedad; y de tal guisa el derecho no cumple solamente una tarea estática de conservar inmutada la distribución presente de los valores económicos y sociales que existen (derechos subjetivos), ya que tiene además la función activa, dinámica, de posibilitar la constante renovación (o producción), de facilitar la circulación de los bienes y la utilización de los servicios conforme a las necesidades del devenir histórico³.

Ciertamente, esa actividad creadora y trasformadora, la iniciativa privada, sólo es concebible en el plexo de sistemas de libertad; pero el acto de autonomía privada al cual el orden jurídico enlaza los efectos más congruentes con la función (causa) económico-social correspondientes a su clase o características supone un control normativo que somete especialmente a examen las diversas categorías

³ Betti, ob. cit., ps. 45, 47 y ss.

de fines prácticos a los cuales dirígese más frecuentemente aquella autonomía; esto es, al proveer a la renovación, la circulación de los bienes, la prestación de los servicios, a la cooperación social. Son conceptos del citado autor, quien añade: "control por el derecho, no solamente de la licitud, sino además de oportunidad al dotar con su sanción algunas veces las formas respectivas de dicha autonomía privada en cuanto su función útil sea reconocida como digna de protección, o suficiente para justificar la tutela jurídica, y, además, necesaria, ya que el derecho no presta su apoyo al capricho individual, sino sólo a las funciones merecedoras de ser establemente organizadas por su constancia, normalidad e importancia social según juicio de valor, siendo este histórico y contingente". "Por ello, la causa (función), sin dejar de ser algo social y extrajurídico, conviértese así en la *ratio iuris* de la norma que declara el reconocimiento jurídico⁴, y regula sus efectos".

No hace falta decir que lo histórico y contingente, o sea, una misma relación sociológica a nivel de dinamización en sentido amplio pero positivo, no es sino una aplicación o adaptación de exigencias de más alto linaje, aun, en la escala de valores a la que el jurista o el legislador debe elevar su cosmovisión para su mantenimiento, respeto o salvaguardia, cada vez con mejor eficacia. El derecho no está dividido en compartimientos estancos, y en la ecuación negocio-orden jurídico su instrumentalidad misma está comprometida en una jerarquía de valores para el cumplimiento de sus fines, los fines de la persona humana en la convivencia social.

El agrupamiento de sociedades no escapa a esa regla, por cierto; más, todavía: la variedad de formas que presenta en nuestro tiempo en tanto constituyen manifestaciones del fenómeno de concentración requieren cuidadosa prolijidad según la aludida jerarquía de valores.

Es, como ya señalé, valioso instrumento para enfrentar y satisfacer las crecientes necesidades masivas de la producción y distribución de bienes y servicios; pero también, descontrolado el fenómeno concentracionista, ocasiona profundos desequilibrios socioeconómicos y aun políticos muchas veces, o el avasallamiento de sustanciales derechos subjetivos aun dentro de los propios grupos.

El progreso en las técnicas de producción y en la organización del comercio y de los servicios han convertido a la economía en instrumento capaz de satisfacer mejor las nuevas necesidades acrecentadas de la humanidad. Por ello —expresa la constitución *Gaudium*

⁴ *Ibidem*, ps. 147 y ss.

et spes del Concilio Vaticano II— hay que favorecer el progreso técnico, el espíritu de innovación, el afán por crear y ampliar nuevas empresas, la adaptación de los métodos productivos, el esfuerzo sostenido de cuantos participan en la producción; en una palabra, todo cuanto puede contribuir a dicho progreso. Pero —agrega— “la finalidad fundamental de esta producción no es el mero incremento de los productos, ni el beneficio, ni el poder, sino el servicio del hombre, del hombre integral, teniendo en cuenta sus necesidades materiales y sus exigencias intelectuales, morales, espirituales y religiosas; de todo hombre, decimos, de todo grupo de hombres, sin distinción de raza o continente. Así como la economía debe estar al servicio del hombre, el desarrollo debe permanecer también bajo el control del hombre. No debe quedar en manos de unos pocos o de grupos económicamente poderosos en exceso, ni tampoco en manos de una sola comunidad política o de ciertas naciones más poderosas”. “Asimismo es necesario que las iniciativas espontáneas de los individuos y de sus asociaciones libres se coordinen con los esfuerzos de las autoridades públicas y se combinen con ellos de forma coherente. No se puede confiar el desarrollo ni al solo proceso casi mecánico de la acción económica de los individuos ni a la sola decisión de la autoridad pública. Por este motivo hay que calificar de falsas tanto las doctrinas que se oponen a las reformas indispensables en nombre de una falsa libertad, como las que sacrifican los derechos fundamentales de la persona y de los grupos en aras de la organización colectiva de la producción”⁵.

Los mentados desequilibrios observables a escala mundial y en áreas continentales y aun zonales, propios del modo de ser de la expansión económica en cuanto concentracionista, fundaméntanse en el cuadro de los hechos, tal cual están como fenómeno, esencialmente, explicaba Umberto Agnelli en 1969, en dos magnitudes: el ritmo excepcional del progreso tecnológico en punto a la notable acumulación de nuevos conocimientos, su intensidad y rapidez; y la siempre menor severidad o rigidez de las fronteras económicas con su impetuoso efecto sobre la dinámica del comercio mundial. El desarrollo excepcional de la economía, evidente a través del incre-

⁵ *Documentos del Vaticano II*, “Biblioteca de Autores Cristianos”, Madrid, 1972, cap. III, nºs. 63 y ss., p. 263. Ver en la misma dirección la carta encíclica *Populorum progressio* de S. S. Pablo VI, ed. Paulinas, Córdoba, 1967, nºs. 25 y 26, p. 20; *Los cristianos ante los nuevos problemas sociales*, carta de S. S. Pablo VI al cardenal Mauricio Roy en el 80º aniversario de la encíclica *Rerum novarum*, ed. Guadalupe, Buenos Aires, 1971.

mento del beneficio *per capita* y de la producción en los países industrializados, contrasta con la situación dramática de las nuevas naciones y de las que se hallan en vías de desarrollo. Está fuera de duda que el devenir del mundo económico-social se hace más acelerado, con tiempos siempre más limitados. En su análisis prospectivo de lo que estima el punto de llegada del sistema económico político, la finalidad no podrá más ser únicamente aquella de producir el máximo de bienes, pues la economía —apunta dicho autor— “debe hoy contribuir, a través de sus propios mecanismos, a resolver el problema fundamental de la humanidad, que es aquel de asegurar al mayor número de individuos una condición humana”⁶.

Si, como esquemáticamente he intentado puntualizar, la autorregulación de sus intereses por la persona (autonomía privada) sólo posible en un sistema de libertad pertenece al contenido del negocio jurídico, por un lado, y, por el otro, el enlace de sus efectos más conformes a la función (causa) económico-social compete al orden jurídico según juicio de valor, en la jerarquía de valores la preeminencia del valor Justicia —la regulación justa— constituye en su integral acepción la valoración más eminente, compendio y culminación al propio tiempo.

Por tanto, estas esenciales estimaciones del fenómeno concentracionista está en las antípodas de un falso determinismo histórico y su dialéctica; en las antípodas, digo, de aquel sarcasmo de Marx: “acumulad, acumulad, en esto consiste la ley y los profetas!”.

4. *Distribución en las diversas esferas legislativas.*

Ya he señalado bajo el subtítulo 2 que la categoría de negocios jurídicos abarcados por el agrupamiento de sociedades plantea problemas de distinta índole, siendo el más importante, a tenor del enunciado correspondiente a este subtema —regulación de los efectos derivados—, el del contenido de las articulaciones normativas, resumible en otras cuestiones de medida y ubicación. A primera vista esto parece un lugar común en la tarea corriente de cualquier ordenamiento; sin embargo de lo cual es preciso destacar la importancia central que le atribuyo porque en esta materia como en pocas los problemas son muy frondosos y su ramificación afecta directa o indirectamente, por un lado, distintas disciplinas pertenecientes a los diversos órdenes del derecho público o privado (y aun dentro

⁶ *L'espansione economica mondiale: ruolo, diritti e responsabilità della società internazionale*, en “Rivista delle Società”, mayo-agosto de 1969, ps. 757 y ss.

de este último, el encuadre metodológico y técnico, aunque también sea necesario, desde luego, en el derecho público); y por el otro porque aquella frondosidad, como tal, entraña a la vez en el plano sustantivo de la normatividad concreta, implicancias nada sencillas para su solución si es que, como creo, la recepción de los efectos del agrupamiento societario en el orden jurídico ha de hacerse conforme a la función económico-social; menester, éste, que supone la adopción o el seguimiento de políticas legislativas, la prudente estimativa entre lo necesario, útil, o desechable, etc.

En aquel subtítulo he partido de la base indispensable y no dudosa de la regulación de dichos efectos del agrupamiento, significando esto en el fondo un reajuste de las disposiciones vigentes al respecto, ya por vía de reforma o bien por incorporación de mejores resortes. En general, es indiscutible que la realidad supera las previsiones legislativas, particularmente las tradicionales en sistemas que poco o nada han avanzado al encuentro de los aludidos problemas según ocurre en la mayor parte de las naciones latinoamericanas.

La incidencia de la concentración empresaria en sus distintas formas jurídicas de expresión interesa o afecta la compleja gama de derechos y obligaciones de socios o accionistas, entidades agrupadas, terceros, mercados, consumidores, orden público económico, etc. En fin, el bien común en sus diversos estamentos y los derechos subjetivos en sí mismos son los que en mayor o menor medida, en sentido positivo o negativo —para bien o para mal— acusan sus consecuencias. Obviamente, esto significa que la regulación de esos efectos corresponde a diferentes sectores en la condigna distribución de competencias legislativas conforme al derecho delimitado por su esfera de acción: será así el derecho privado, singularmente el comercial; el derecho público, administrativo tributario, penal-económico, etc., según los distitos ámbitos jurídicos prescritos por la Constitución nacional.

Desde los distintos ángulos y aristas antes esbozados (y otros afines) puede hablarse de una regulación de conjunto, o "del" conjunto, mejor dicho, y debería decirse que esto corresponde al sistema de leyes o cuerpos normativos, así, en plural. Si se quiere, puede denominarse como regulación integral, dentro de lo relativo que tal integralidad alcanza.

Por tanto, claro resulta, no pertenece a la Ley de Sociedades Comerciales una regulación integral de todos los efectos derivados del agrupamiento. En esto concuerdo con Halperin, y no cabría discrepar conforme a los cauces constitucionales que cita, art. 67,

incs. 11 y 16; e inclusive los inherentes a los incs. 15 y 28, corresponde añadir. En efecto, esta materia está ligada al control estatal de la economía (policía de la economía, política de la prosperidad) y, como he aludido, también a la seguridad nacional en no poca medida, v. gr., adquisición de extensos territorios cerca de zonas de fronteras por subsidiarias de empresas transnacionales o multinacionales. En cambio, no comparto la opinión de tan ilustre maestro con referencia a que el problema no es fundamentalmente de técnica ni de fórmulas jurídicas, pues sería esencialmente político; agregando que los grupos de sociedades requieren una estructuración jurídica especial, "porque muchas de sus manifestaciones exceden o son ajenas a las formas societarias, en su formación, estructuración, funcionamiento y resolución (o disolución)"⁷.

Reiterando lo expuesto, estimo que aquello que pudiera llamarse "integralidad" del tratamiento legislativo se resuelve, como en el fondo lo reconoce dicho autor, en una constitucional distribución de competencias, esto es, según los diferentes fines implicados en las respectivas políticas legislativas que requieren los diversos perfiles presentados por el mismo fenómeno, en este asunto como en cualquier otro. Leyes federales y especiales atinentes a cada faceta de un único problema, sustanciales o accidentales, por necesaria repercusión, pues no corresponden a los *supuestos centrales de la infraestructura o construcción jurídica básica*, cimentada, de los efectos del agrupamiento de sociedades, ya existen: v. gr., en relación a radicaciones de inversiones extranjeras (arts. 1 a 5: domicilio, actividades, clases, etc., ley 21.382); sobre transferencia de tecnología del exterior cuya reforma está en cierne (20.794, arts. 14 y 21, inc. b); entidades financieras (21.526, arts. 11 y ss., entidades locales de capitales extranjeros, prevalencia en asambleas de votos de inversores extranjeros); decretos sobre transferencia y locación de bienes ubicados dentro de zonas de seguridad (decr. 32.530/48, y 15.385/44, ley 12.913, art. 9 de este último, y arts. 1 y ss. del primero); en materia de monopolios (ley 12.906); sobre asociación de cooperativas con personas jurídicas de distinta índole (decr.-ley 20.337 y artículos ya citados en el subtítulo 1 de este trabajo); etc.

No es suficiente, entonces, la licitud genérica basada en el art. 953 del Código Civil en ausencia de regulación esencial de los efectos del agrupamiento societario. Las citadas leyes sólo tocan algunos

⁷ Isaac Halperin, *Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto-ley 19.550*, Buenos Aires, 1974, p. 662 y nota 7.

aspectos laterales por vía indirecta o alusiva en parcelas tendientes a prevenir resultancias negativas, y no todas, o con evidente atraso dado el tiempo transcurrido, v. gr. las de zonas de seguridad o la de monopolios.

Quedan desprotegidos otros importantes intereses y derechos, como ha de verse, y sin instrumentación dinámica los positivos efectos que presentan ciertas formas necesarias de agrupamiento, reclamados por exigencias de modernización.

En Francia la ley 66-537, del 24 de julio de 1966, de sociedades comerciales, sólo contiene algunas disposiciones sobre filiales y participaciones, mención requerida en los informes de los ejercicios anuales, balance y participaciones recíprocas (arts. 354 a 359); y el decreto 67-236, del 23 de marzo de 1967, reglamenta las cuentas sociales, inclusive con modelos obligatorios anexos, balances y cuentas consolidadas, plazos y avisos a los accionistas, todo esto con referencia específica a dichas filiales y participaciones (arts. 247 a 251). Esas breves normas se basan en el criterio cuantitativo (de más del 50 %, del 10 al 50 %), referidas a sociedades que tienen su firma social en Francia; y tal criterio cuantitativo ha sido considerado por Champaud como insuficiente a los fines de verificar el control en su existencia, cuando la participación es inferior al 50 %, la cual constituirá tan solamente un índice de apreciación, probabilidad que debe confrontarse con otros índices; concluyendo que si puede celebrarse la introducción de la noción de la participación por la reforma del derecho de sociedades, "también se debe señalar que los textos están lejos de resolver todos los problemas planteados"⁸. Por lo demás, son de larga data las leyes sobre "ententes" lícitas e ilícitas ("buenas" o "malas", como dice Champaud, *lug. cit.*). Y al margen de la ley de sociedades, los "grupos de interés económico" (ordenanza 67-821, del 23 de setiembre de 1967, y decreto 68-109, del 2 de febrero de 1968, amén de otros tendientes a la aplicación de aquélla en cuanto a la inscripción en el registro de comercio, publicidad, aspectos fiscales impositivos, etc.) posibilitan el establecimiento de vínculos multilaterales con el fin de dotar a la unidad económica, de colaboración, el necesario centro de decisiones.

También pocas disposiciones contiene el código civil italiano (arts. 2359 a 2362), incluidas en la preceptiva de sociedades por acciones: sociedad controlada y vinculada; adquisición de acciones de la controlada en la controlante; prohibición de suscripción recíproca

⁸ "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1969, p. 129.

de acciones; participaciones; accionista único. Mas en el título X del libro V ("de la disciplina de la concurrencia y del consorcio", esto es, aparte del contexto societario) organizase el consorcio según tres clases: para la coordinación de la producción y de los cambios; el de actividad externa; y los consorcios obligatorios.

La ley alemana de 1965 sobre sociedades por acciones, en cambio, se caracteriza por la extensa recepción que en materia de agrupamientos presenta en su contexto, dedicando tres de sus cinco libros a esta, aquí, larga materia en un intento de "hacer salir a luz", como apunta Le Pera, las interrelaciones societarias, contractuales o por integración, con el fin de distinguir bajo el género de la influencia dominante los efectos jurídicos entre un control institucionalizado conforme a esenciales requisitos internos y externos previstos, para las empresas, del control que no se ajusta a las exigencias normativas consiguientes; de suerte que la distribución o discriminación de derechos, obligaciones y responsabilidades se encauzan, por una parte, hacia el objetivo de fortalecer la economía a través de la potencia de concentración organizada y regulada, y, al propio tiempo, por la otra, hacia el amparo de intereses y derechos de las sociedades agrupadas, de los accionistas "terceros", y de los acreedores. Por descontado que este sistema obedece a la singular estructura económica alemana y, por ende, a la consecuente dirección del fenómeno concentracionista, como señala Zavala Rodríguez⁹.

La nueva ley brasileña de sociedades por acciones, 6404, del 7 de diciembre de 1976, constituye un valioso aporte sobre el tema, y aun cuando puede ser pasible de crítica (a la espera de experiencia de las nuevas figuras que introduce, como apunta la propia exposición de motivos), no hay duda de su avance realista a través de su moderno esquema. Como en los limitados y comprimidos párrafos precedentes, formularé sólo una referencia de aquello que interesa a los fines de este trabajo¹⁰.

El art. 116 entiende por "accionista controlante" a la persona natural o jurídica, o el grupo de personas vinculadas por acuerdo de voto, o bajo control común que: a) es titular de derechos de socio

⁹ Sergio Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, 1974, ps. 148 y ss.; Carlos Juan Zavala Rodríguez, *Fusión y escisión de sociedades*, Buenos Aires, 1976, ps. 17 y ss. Ver además: *La riforma tedesca delle società per azioni del 1965*, por Ernst von Caemmerer, en "Rivista delle Società", enero-abril de 1967, ps. 165 y ss.

¹⁰ "Informática Legislativa", nº 14, año 1977, San Pablo, Brasil, que conocí por gentileza del distinguido doctor Ives Gandra Da Silva Martins.

que le aseguren de modo permanente la mayoría de votos en las deliberaciones de la asamblea general y el poder de elegir la mayoría de administradores de la compañía; y b) usa efectivamente su poder para dirigir las actividades sociales y orientar el funcionamiento de los órganos de la compañía. Añade que el accionista controlante debe usar el poder con el fin de que la compañía realice su objeto y cumplir su función social, y tiene deberes y responsabilidades para con los demás accionistas de la empresa, los que en ella trabajan y para la comunidad en que actúa, cuyos derechos e intereses debe lealmente respetar y atender.

Art. 117: El accionista controlante responde por los daños causados por actos practicados con abuso de poder, señalando por vía enunciativa a continuación diversas modalidades comunes de ejercicio abusivo de poder.

Art. 118: Los acuerdos de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, preferencias para adquirirlas, o ejercicio del derecho de voto, deberán ser observados por la compañía, en cuya sede deben registrarse, tanto en sus libros cuanto en los títulos. Esos acuerdos no podrán invocarse para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto (art. 115, abuso) o del poder de control (arts. 116 y 117). Las obligaciones y cargas derivadas de dichos acuerdos solamente serán oponibles a terceros después de aquel registro y constancia en los títulos, y éstos no podrán ser negociados en bolsa o mercado de valores. En las previstas condiciones del acuerdo, los accionistas pueden promover ejecución por las obligaciones asumidas. Los órganos de administración de la compañía abierta informarán las disposiciones sobre política de reinversión de utilidades y distribución de dividendos obrantes en acuerdos de accionistas.

Sobre sociedades controlantes, controladas y vinculadas los arts. 243 y ss. prescriben sus distintas resultancias. Sólo puntualizaré algunas. La ley considera controlada la sociedad en la cual la controlante, directamente o por medio de otras controladas, es titular de derechos de socio que le aseguren, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir la mayoría de los administradores. Por supuesto, prohíbe la participación recíproca, salvo las excepciones que establece, y las acciones de capital de la controlante, de propiedad de la controlada, tienen suspendido el derecho de voto. Además de la responsabilidad de los administradores de las sociedades vinculadas, controlantes y controladas, por los perjuicios emergentes de actos practicados sin observar entre sociedades

(en las operaciones) condiciones estrictamente conmutativas y con pago compensatorio adecuado, la ley establece a la vez (art. 246) que la controlante está obligada a reparar los daños causados a la compañía por actos practicados con infracción a lo dispuesto en los mentados arts. 116 y 117. La acción judicial corresponde a accionistas que representen 5 % o más del capital social; o a cualquier accionista, desde que preste caución por las costas y honorarios de abogado en caso que la demanda fuese juzgada improcedente. Pero si la sociedad controlante fuera condenada, además de reparar los daños y cargar con las costas, deberá solventar los honorarios del abogado (20 %) y un "premio" del 5 % al demandante sobre el valor de la indemnización.

Son interesantes y minuciosas las disposiciones sobre "subsidiaria integral" (arts. 251 y ss.). Una compañía puede constituirse, mediante escritura pública, teniendo como único accionista sociedad brasileña; o puede convertirse en subsidiaria integral mediante adquisición, por sociedad brasileña, de todas las acciones, esto es, por incorporación de acciones según los requisitos del art. 252 (sometimiento previo a deliberación asamblearia de las dos compañías, etc.). Los arts. 254 y ss. contienen además normas precisas sobre la enajenación del control de la compañía abierta: autorización previa de la Comisión de Valores Mobiliarios, de igual modo en el caso que la compañía abierta dependa de autorización del gobierno para funcionar y cuyas acciones ordinarias sean por fuerza nominativas o endosables; aprobación por la asamblea de la compradora. También puede adquirirse el control mediante oferta pública, de compañía abierta, mas sólo con la intervención de institución financiera que garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el oferente.

En el capítulo XXI, sección I, se instituye el "Grupo de Sociedades", que en la exposición de motivos calificase de sociedad de sociedades. Ello así (art. 265) entre sociedad controlante y controladas, "mediante convención por la cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetos, o a participar de actividades o emprendimientos comunes"; señalándose que la sociedad controlante, o de mando del grupo, debe ser brasileña y ejercer directa o indirectamente y de modo permanente, el control de las sociedades "filiadas", como titular de derechos de socio o accionista, o mediante acuerdo con otros socios o accionistas. Las participaciones recíprocas de las sociedades del grupo están sujetas a lo dispuesto en el art. 244 ya aludido. Esta sección contiene

minuciosos requisitos sobre: designación ("Grupo de Sociedades" o "Grupo", y solamente los que se organicen conforme a estas normas podrán utilizar esta denominación); constitución (cláusulas específicas); registro, publicidad; aprobación del convenio con observancia de lo dispuesto para la modificación del contrato social o estatuto; administración del grupo; derecho de receso de socios o accionistas disidentes en la deliberación de cada sociedad que aprueba el convenio de formación del grupo; sujeción de los administradores de cada sociedad a las orientaciones e instrucciones expedidas por los administradores del grupo, que no importen violación de la ley o de la convención grupal; publicación de las demostraciones financieras (aparte del balance) de cada sociedad del grupo, y de las demostraciones consolidadas comprendiendo a todas, a cargo del grupo. El art. 276 regula la responsabilidad por actos contrarios a la convención: ésta es oponible a la minoría con arreglo a los términos de ella. Se considera minoritarios a tales efectos a todos los socios de la "filiada", con excepción de la sociedad de mando y de las demás "filiadas" del grupo. Los accionistas minoritarios tendrán acción judicial contra sus administradores y contra la sociedad de mando del grupo por reparación de los perjuicios resultantes de actos practicados en infracción de las normas de este art. 276 conforme a lo dispuesto en el art. 246 ya visto. El art. 277 organiza la fiscalización de cada sociedad del grupo, reforzándola.

El capítulo XXII regula la figura del consorcio: las compañías, o cualquiera otra sociedad bajo el mismo control o no, pueden constituir consorcio para ejecutar determinado emprendimiento observando los requisitos de los arts. 278 y 279. El consorcio no tiene personalidad jurídica y las consorciadas solamente se obligan en las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada una por sus obligaciones sin presunción de solidaridad. La quiebra de una consorciada no se extiende a las demás, subsistiendo el consorcio con las otras contratantes. El consorcio se constituye mediante contrato aprobado por el órgano competente de la sociedad, autorizado para enajenar bienes del activo permanente. El contrato deberá contener las cláusulas (mínimas) requeridas por el art. 279, y el instrumento o sus modificaciones deberán inscribirse en el registro de comercio del lugar de su sede, y el certificado publicarse.

Las diversas técnicas legislativas que en prieta síntesis me he visto precisado a poner de manifiesto, entre las más importantes, son útiles —apreciadas en conjunto— a fin de verificar *esencialmente* los niveles, cada vez más evolucionados, de *incidencia* directamente

operativa en el esquema societario de base, cualquiera fuese la medida que cada legislación ha considerado necesaria y que lógicamente depende en cada país de sus propias motivaciones socio-económicas y aun políticas; aunque, empero, la tendencia indudable que parece abrir camino es la de ampliación del esquema de sociedades, hecho que no ocurre caprichosamente sino por los imperativos de modernos conceptos incisivos en la materia, progresivamente afinados, en la tarea inacabable de perfeccionar las formulaciones justas reclamadas por la problemática que el agrupamiento apareja a través de sus técnicas jurídicas diversas *en y desde* la sociedad mercantil.

Nuestra ley 19.550, moderna y de elevada textura técnica adolece, sin embargo, de deficiencias en lo concerniente a agrupamientos. Y huelga subrayar que en manera alguna me refiero a defectos o vacíos subsanables supuestamente con una inadmisibile casuística: esto conspiraría contra el principio fundamental de generalidad de la ley, de toda ley. Pero, precisamente, lo intrínseco de este sabio principio reside en su esencialidad, dirigida a aprehender la mayor y más neurálgica porción de casos o situaciones conflictivas. Y es, insisto, en este tema de agrupamientos donde se evidencia el vacío o defecto, confrontado el punto con dicho principio.

Halperin¹¹ reconoce que las normas sobre fusión, absorción, escisión, adquisición recíproca de acciones, control de las sociedades, limitación en las participaciones en otras, balances, constituyen un comienzo de regulación en el ámbito del derecho societario común; y, efectivamente, es así, pues falta el complemento con el reajuste o adecuación que sean indispensables con cuidadoso empeño para no caer en la improvisación ni en la adopción servil de normas ajenas, tal como seguidamente añade el distinguido comercialista citado: la realidad nacional exige esa faena en las distintas áreas jurídicas que ya he señalado; pero entre éstas encuéntrase la ley de sociedades comerciales, o sea, la primera herramienta por excelencia. La función dinámica del derecho a la cual ya me he referido requiere en esta ley de base, o ley común, su actualización.

Por ende, no pertenece al campo del derecho societario el tratamiento de monopolios; ni el de delitos societarios, integren éstos o no el de los delitos económicos. Tampoco, los denominados contratos de empresa: pero una cosa es que tales contratos se legislen aparte, sobre todo en la esperada actualización del código de co-

¹¹ Ob. y ed. cit., p. 663.

mercio, sean o no todos contratos de organización, y otra muy diferente es que en alguna necesaria medida tengan incidencia directa en el capítulo propio de las sociedades; es decir, en los efectos de agrupamientos por estructuras contractuales en tanto interesen o afecten esencialmente aquel derecho societario, como se verá luego.

5. *Colaboración, dominación.*

Como es sabido, el común denominador del fenómeno de agrupamiento societario es la concentración económica, con los signos positivos y negativos que en líneas generales he debido destacar hacia una justa regulación de los efectos de aquél. Es una realidad que enfrenta el derecho, exteriorizada en o a través de categorías de negocios jurídicos fundamentalmente calificados en la colaboración o en la dominación; y ambas articulan la eficacia de la concentración en la unidad de decisión. Cada una encauza la función negocial perseguida mediante la gran variedad de técnicas jurídicas utilizadas en el agrupamiento, ya por la vertiente societaria o bien por la contractual (esta última, atípica en su mayor parte). No he de detenerme en la enumeración, descripción y análisis de las múltiples formas jurídicas hasta ahora conocidas, lo cual excedería el objeto central de este trabajo, ceñido como está a propiciar algunas bases para la regulación de los efectos del agrupamiento de sociedades.

Habida cuenta de todo lo expuesto, entonces, y por de pronto, no parece dudoso que a esta altura de la realidad y de los resultados de la doctrina como de las tendencias en el derecho comparado, pero sobre todo de la ya bastante prolongada experiencia en nuestro país, deba afrontar la ley de una buena vez los problemas generados, concretamente, por las aludidas formas de agrupamiento. Por lo tanto, las soluciones correlativas de los mencionados problemas conciernen dentro del derecho común de sociedades a formulaciones indispensables que, conforme a la cualidad esencial de toda norma jurídica, sea al propio tiempo que instrumento de certeza y seguridad de las empresas societarias para el progreso de la comunidad nacional, una justa asignación de garantías de los fluyentes derechos, obligaciones y responsabilidades de aquéllas y de los socios o accionistas y acreedores, precisamente por la compleja incidencia que en tales relaciones jurídicas entraña el agrupamiento de las sociedades.

En el caso de la colaboración, como en el de dominación o subordinación, hacen falta "cartas de ciudadanía", por así expresar la recepción que el derecho debe hacer de algunos institutos; reajus-

tando a la vez con arreglo a la realidad en forma más amplia el concepto legal de control. Considero que así ha de contribuirse a encontrar las soluciones antes reseñadas. A esto he de referirme seguidamente.

6. *Grupos por estructura contractual: a) colaboración; b) dominación.*

Los problemas que suelen suscitarse, en general, con los contratos de empresa, son en el fondo similares en punto a agrupamientos a los planteados en estructuras societarias; y en uno u otro esquema hace falta una vertebración¹² o reconocimiento esencial de efectos regulados, aunque para esto haya que institucionalizar algunas figuras según lo dicho en los precedentes parágrafos.

Tales contratos de empresa (empresa de titularidad individual o, como ocurre en la mayor parte de los casos, de titularidad societaria), tanto de colaboración cuanto de integración (esto es, de dominio en gran medida) tienen o deben tener su lugar fuera de las sociedades, como también he puntualizado. Mas esta metodología o regla general de técnica legislativa no consiste en ser hermética y, al contrario, debe permeabilizar en determinados sistemas aquellos puntos indispensables de conexión tendientes a la mejor tésis normativa, ya sea en modo general o bien particularizando alguna figura necesaria, como intentaré demostrar enseguida:

a) Con referencia a agrupamiento societario por estructura contractual de colaboración: estimo que debe incluirse en la ley de sociedades comerciales, bien delimitada, la figura contractual que pudiera denominarse "consorcio empresario".

Su finalidad consiste en dotar de un instrumento legalmente establecido a las empresas que han menester reunirse para encarar grandes obras en los frecuentes supuestos de ser imposible abordarlas aisladamente, v. gr., obras públicas de singular envergadura, de complejas técnicas, con despliegue de inmensos recursos. Tienen gran importancia en esto la certeza y la seguridad jurídicas.

Este contrato de consorcio empresario para la ejecución de obras determinadas o, mejor dicho, actividades determinadas por ser más genérico el concepto aun cuando son las grandes construcciones las más comunes (puertos, canales, complejos habitacionales, etc.), aparte de ser negocio jurídico de más ágil implementación, aleja el riesgo de zonas grises, discutibles, frente a la valla del art. 30 de la men-

¹² Champaud, rev. cit., ps. 136 y 146.

tada ley 19.550. Claro que esta figura contractual debería ser esencialmente regulada a fin de no confundirse, entre otros institutos, con la sociedad accidental o en participación.

Bajo este último aspecto son conocidas las críticas de Halperin cuando se ensayaron proyectos de modificación a aquel art. 30 en 1973¹³, sobre la base de las sociedades accidentales o en participación.

Existe indudablemente un cercano parentesco entre dichas sociedades anómalas y los *joint venture* del derecho angloamericano, por lo menos tal como están reguladas aquéllas en los arts. 361 y ss. (aun cuando su naturaleza corresponde más bien a la "cuenta en participación"), parentesco que no es identidad entre una y otro aunque actúen en otros países como empresas trasnacionales o multinacionales, siendo asunto aparte el de su encuadre por los países recipientes en otra clase de normas atinentes a la defensa y promoción de la economía, políticas consiguientes, y sobre todo al ajustado, celoso y efectivo control jurídico y económico por leyes y órganos estatales; esto es, en relación a los denominados "*foreign joint venture*"¹⁴. El consorcio que propugno es más bien un acuerdo, y se asemeja a la convención que en Francia se caracteriza como "contrato de empresa piloto" y ha resistido hasta ahora ante la jurisprudencia los intentos de encasillárselo en las disposiciones de la sociedad de hecho; y también al "*Konzern*" alemán —igualmente contrato de empresa— de coordinación o de comunidad de utilidades¹⁵. El consorcio italiano "de actividad externa" tiene algunas similitudes con el aquí propiciado, y lo mismo pudiera decirse del brasileño según la nueva ley citada, aunque a diferencia de las naciones recién mentadas se lo legisla como "modalidad de sociedad no personificada" según la exposición de motivos que precede la sanción de dicha ley.

Este contrato es uno de los tantos "de empresa", con sustancia especial incisiva en fines interempresarios —en este caso de colaboración— que por lo mismo no responde a las figuras jurídicas tradicionales típicas aunque combine lógicamente algunas de éstas, v. gr. el mandato con representación, a objeto de mecanizar la unidad de decisión de las empresas independientes en la función coordinadora que constituye su finalidad. Puede operar con o sin fondo consorcial,

¹³ Ob. y ed. cit., p. 670; "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1973, ps. 139 y ss.

¹⁴ Ver: Enrique R. Aftalión, *Monopolios, concentración de empresas y sociedades multinacionales*, en "La Ley", t. 133, p. 1163.

¹⁵ Champaud, ob. cit., ps. 147 y 158; von Caemmerer, trabajo cit. en nota 9, p. 183. Son semejanzas, pero, desde luego, median diferencias.

y si normalmente lo formal obedece a destinación distinta y diversa de un auténtico aporte societario en sentido técnico, pues sólo servirá a necesidades de la gestión ordenada hacia el objetivo buscado, es decir, *lejos* de ser la constitución de "fondo común capital" o "puesta en común" por cuya causa y según la cual deba realizarse aquella finalidad de colaboración coordinada y hacerse división de utilidades o carga de pérdidas. La convergencia de acción, cosas y técnicas proporcionadas por cada empresa consorciada no entraña la creación ni el "ser" de una masa común o social; y al contrario, esos elementos continúan perteneciendo a cada participante empresario (obligado cada cual por su respectiva obtención de un resultado, y aquí se advierte otra de las figuras clásicas, la locación de obra, en la aludida combinación peculiar que singulariza la forma jurídica del consorcio) y no se transfieren al conjunto o grupo consorcial, ni en propiedad ni en uso, estrictamente considerados como corresponde a una precisa elucidación jurídica. Por lo demás, el prorrateo de beneficios o pérdidas según el acuerdo documentado de base, tampoco es, por sí solo, indicativo de un contrato de sociedad, como ocurre en los contratos parciarios, pues, se ha visto, no hay "puesta en común", faltando entonces la debida relación entrambos extremos, aunque medie la gestión común coordinante interna y frente a terceros.

Este acuerdo o contrato es una especie dentro del *genus* correspondiente a los contratos plurilaterales para organizar grupos o categorías, como, entre otros, son las sociedades, los consorcios de distintas clases, los sindicatos de accionistas, etc. No es, pues, sociedad¹⁰, conforme a lo expuesto.

En líneas generales de base, la regulación —necesaria en nuestro país— habría de establecer los requisitos mínimos del contrato; aclarando que no es sociedad. V. gr.: objeto, para obra o actividad determinada; cláusulas delimitativas de derechos y obligaciones de cada consorciado: mandato suficiente otorgado por cada sociedad o empresario individual a un miembro del consorcio, el que sólo será representante de cada consorciado; organización de la gestión, contabilidad, rendición de cuentas, etc.; salvo pacto expreso con terceros, no será presumida la solidaridad de las obligaciones contraídas por cada miembro; la actividad del consorcio deberá pertenecer al objeto so-

¹⁰ Tulio Ascarelli, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1947, ps. 23, 422 y 427; Rodolfo O. Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino*, t. II: "Doctrina general de los contratos comerciales", Buenos Aires, 1969, ps. 140 y ss. Contra: José Manuel Saravia (h.), *Las sociedades por acciones y las "joint ventures" a la luz de la legislación vigente*, en "La Ley", t. 153, ps. 594 y ss.

cial de cada empresa consorciada, o ser conexas con él; el consorcio no podrá funcionar sin previa aprobación de la autoridad que corresponda en los casos previstos por otras normas legales; el acuerdo y sus modificaciones deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio de cada empresa consorciada.

b) En cuanto a grupo societario por estructura contractual de dominación: es el control de sociedades ejercido externamente, como se advierte, connaturalizado en una situación fáctica proveniente de predominio económico.

El art. 33 de la ley 19.550 no incluye este control externo, limitándose al interno o jurídico. Sobre la ampliación del concepto normativo a ese respecto he de expedirme en el siguiente subtítulo.

Mientras tanto cabe considerar que este modo de ser del control, por su mecanismo, ejerce indiscutible gravitación en otros derechos, v. gr. en los correspondientes a socios o accionistas y a los acreedores, y entre éstos a los minoritarios, pues constituyen implicancias o derivaciones comprendidas en la primera persona afectada, la sociedad sometida. Ello impone la necesidad de regulación y en la medida que interese en el campo del derecho societario. Acertadamente ha puntualizado ha tiempo Ferro Astray que la previsión legislativa debe tener en cuenta la existencia de las dos categorías de control, el interno y el externo¹⁷.

Las formas son también múltiples: desde el ancestral contrato de mutuo hasta los hoy llamados contratos de integración, la gama es rica en medios proclives a la hegemonía; v. gr., contratos de suministro, de *know how*, concesión o distribución, licencia para la utilización de marcas o de patentes de invención, subempresa integrada, *leasing*, la cláusula de exclusividad, etc., y de ahí que por sus conformaciones diversas y especiales pero sobre todo por los resultados prácticos que en cada situación deban establecerse, el *leit motiv* de la efectiva dependencia se traduce en un estado de hecho, como igualmente ocurre en el control interno.

Dichos contratos no son ilícitos, claro está, pero comportan riesgos por la facilidad del ejercicio del dominio societario y la consecuencia que de éste puede suponerse sobre la empresa así controlada y los restantes afectados ya aludidos. Como el control a través de aquellos contratos de empresa no puede determinarse de antemano, pero sí son éstos en su mayoría potenciales para éllo conforme, in-

¹⁷ José A. Ferro Astray, *Empresas controladas*, Buenos Aires, 1961, p. 121.

clusive, a la experiencia¹⁸, el resguardo de los derechos deberá encontrar en la norma jurídica societaria algunas reglas esenciales previsoras de la responsabilidad.

7. *El control en nuestro derecho. Responsabilidad.*

a) Ya he anticipado que la ley 19.550 sólo contempla en su art. 33 el control jurídico.

Es clásico el pensamiento de Ascarelli, recordado por Ferro Astray, precisamente en sociedades por acciones, en punto a que su disciplina general sea dictada y estudiada "teniendo presente la normal existencia de un contralor preconstituído"¹⁹.

Y en efecto, de esa realidad universal se han hecho cargo los juristas desde muchas décadas. Desde el punto de vista legislativo la incorporación de normas específicas comenzó primero en el derecho público, tocante a monopolios y sus tipos punibles y en regulaciones tributarias; luego en el derecho privado a lo largo de preceptos dispersos en distintas leyes, pero en tendencia cada vez más unificada en estos últimos tiempos en fuerza de la intensidad, celeridad y expansión del fenómeno concentracionista. Paralelamente y no pocas veces con retraso ha sido indispensable el ajuste progresivo de determinados conceptos que en el plano jurídico ha ido exigiendo aquella realidad.

Uno de esos conceptos, entre los más importantes, es el referente a control societario, construido en una teoría con suerte varia en las diversas aplicaciones legislativas y que se inició con el control económico. Mas lo destacable, en síntesis, es la convergencia general de tratarse de una situación de hecho que constituya el supuesto indispensable de la norma reguladora. Esta "situación de hecho", sin embargo, ha "tomado cuerpo", por así decir porque sigue siendo el fundamento, mediante refuerzos conceptuales del lenguaje jurídico con expresiones esclarecedoras o añadidos tendientes a involucrar en la idea unitaria las dos modalidades de control, el jurídico y el económico: v. gr., "influencia dominante" en Alemania, Italia y otras naciones; o considerar filial a aquella sociedad que tiene "de derecho o de hecho el poder de disponer de su patrimonio o de dirigir su actividad", como en Bélgica²⁰; o, volviendo a la aludida fórmula

¹⁸ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

²⁰ Ver, Jean Renaud, *Les travaux de réforme du droit des sociétés par actions en Belgique et le projet italien*, en "Rivista delle Società", enero-abril de 1967, p. 235.

italiana, art. 2359, inc. 2, "influencia dominante de otra sociedad en virtud de las acciones o cuotas por ésta poseídas o de particulares vínculos contractuales con ella" (la controlada) que comentó Houin diciendo: "la fórmula es muy flexible y muy general y ella se aproxima a aquella que da el derecho fiscal francés: el control es una noción de hecho que no puede casi ser puesta en fórmulas rígidas" ²¹.

Debe completarse, pues, el primer párrafo del art. 33 de la ley de sociedades comerciales, incluyéndose el supuesto externo de control considerado, y con ello habría de satisfacerse una muy evidente necesidad nacional. Las distintas leyes que he citado en el subtítulo 4 no regulan, lógicamente, el concepto central o núcleo del que es menester partir y que corresponde esencialmente al esquema de las sociedades comerciales. Por lo demás, es superfluo abundar en las notorias razones socioeconómicas del caso que perfilan aquella necesidad.

El art. 165 de la ley 19.551 de concursos proporciona en el fondo un argumento de apoyo en dicho sentido, y no me parece caer en superfetación el complemento que propicio al art. 33 de la ley societaria. Algo de ello dedúcese implícitamente en las dificultades que describe Champaud en Francia, de cuyo derecho proviene precisamente el origen de aquella disposición concursal argentina (ley francesa del 13 de julio de 1967, sobre quiebras, y ordenanza del 23 de setiembre del mismo año, que incorporaron los antecedentes que ya existían en normas anteriores de 1935 y 1940 incluídas en materia de sociedades)²².

b) El capítulo concerniente a la responsabilidad del grupo, sobre todo la que toca a la controlante, requeriría un extenso desarrollo, pues se han elaborado distintas doctrinas al respecto y el análisis profundo de cada una, a su vez, una nueva incursión al derecho comparado, todo lo cual prolongaría desmesuradamente el objeto de este trabajo.

En cambio, creo más útil extraer de aquellas investigaciones los factores conclusivos provenientes de los hechos del ejercicio de la autonomía privada negocial que, por sus propios caracteres, deben conducir a resolver el problema de la responsabilidad. Actúan en rigor esencialmente, cualquiera que sea la modalidad de control. Por ende, ha de tenerse en cuenta: 1) La pérdida de toda o parte

²¹ *Le projet italien de réforme du droit des sociétés par actions impressions d'un juriste français*, en rev. cit. en nota anterior, ps. 153/154.

²² Trabajo en t. cit. de la "R.D.C.O.", p. 157; Le Pera, ob. cit., p. 146.

de la autonomía de la empresa, precisamente su cualidad sustancial, ante otra; ya en declaración o bien en comportamiento. Esto vale tanto para la hipótesis de ser institucionalizado el grupo, por la ley, cuanto para el supuesto corriente que no ocurra. 2) En consecuencia de ello, el desmedro de la personalidad jurídica, realidad económica y no sólo jurídica de la sociedad: desde luego, ésta sigue siendo independiente ante la ley, pero —la controlada— dependerá de otra para la consecución negocial económica que el grupo ha de alcanzar. 3) Surge así una distinta manifestación del modo de ser de la empresa que, saliendo de sí misma, por así decir, se concentra en comunidad con otras abdicando poder en la controlante, que acumula poder a fin de lograr la mejor eficacia en la unidad de decisión como autoridad de mando: esta comunidad de empresa no es sino esto, empresa organizada ahora en grupo; mas como en toda empresa, el riesgo es inherente a ella. 4) En este método de concentración por hegemonía de una entidad sobre otra u otras, tal poder de mando comporta a la vez responsabilidad económica. 5) Mientras tanto la teoría general del patrimonio continúa surtiendo sus efectos, sólo que por o a través de los cauces consiguientes; y llegado a un cierto punto ante el requerimiento de discernir la titularidad del patrimonio, si es necesario, será justo aplicar la desestimación de la personalidad jurídica a objeto de atribuir también la responsabilidad. 6) La figura del agrupamiento reconocida o institucionalizada mediante adecuada regulación en normas cuidadosas significa un régimen indudablemente beneficioso según el cual el derecho trascurre por cánones precisos: un ejemplo de esto lo suministra el sistema alemán —aunque por muy obvias razones no sería adaptable en nuestro país, como tal régimen general—, que, en lo aquí interesante, establece con el allá denominado “*Konzern*” un método especial de publicidad, la disciplina de las relaciones entre el interés de dicho órgano de dirección y el de adherentes singulares, la fijación de los poderes de esa dirección, la solución del problema de la responsabilidad, la tutela de las minorías que no aceptan o no se adhieren al mentado control y además la de los acreedores de las empresas agrupadas²³. Parecidas apreciaciones brinda en esa tendencia la nueva ley brasileña con el “Grupo de Sociedades”, todo lo cual se ha visto en el subtítulo 4 de este trabajo.

²³ Von Caemmerer, cit. en nota 9, ps. 171 y 182 y ss.; Champaud, cit., ps. 138 y 158.

c) La personificación del grupo a partir del reconocimiento legal, suscita en nuestro derecho problemas de previa adecuación de normas como la del art. 30, y parece recomendable que la tarea sea abordada, se lo considere o no un nuevo tipo societario. En rigor, trataríase de una "sociedad de sociedades" entre empresas controladas o no. El *status* fundamental sería una clara y bien regulada convención o acuerdo a aprobarse por socios y accionistas en sus asambleas o reuniones legales, con derecho de receso a valores reales para disidentes y ausentes, normas específicas sobre responsabilidades, inscripción en el Registro de Comercio, publicidad, fiscalización externa, etc.

d) Pero como el control existe y existirá con o sin el esquema precedente, pues aun adoptado por la ley no puede ser obligatorio —residiendo la diferencia entre una y otra hipótesis en la mayor seguridad jurídica que las especiales disposiciones legales habrían de estructurar—, deben contemplarse de todas maneras, entre otras, las situaciones injustas en las cuales pueden verse involucrados y afectados los socios o accionistas minoritarios —como ocurre de ordinario—, y los acreedores.

Más bien habría que decir, socios o accionistas de la gran masa, sobre todo estos últimos, que no concurre a las asambleas o que concurriendo no votan favorablemente los acuerdos pertinentes de los cuales resultan las situaciones de control. Todo socio, y el accionista es socio, goza del derecho a la utilidad o dividendo —entre otros— que forma parte de la causa asociativa y es genéricamente irrenunciable. Éste viene a ser el punto de convergencia traducido por diversos actos u operaciones de gestión y disposición del activo social; de manera que su desconocimiento o minusvaloración en los frecuentes casos concretos, o sea, con arreglo a extremos configurantes, debería hallar, amén de las responsabilidades por las vías operativas que establece la ley 19.550, la solidaria del grupo. El hecho entrañaría también los daños que fuesen su consecuencia necesaria. Pienso que sería justa una norma expresa sobre esta solidaridad. El fundamento reposa, me parece, y entre otros principios, en el hecho de comunidad de empresa y en el abuso de poder de la controlante, y, en su caso, en el dolo; mas aun cuando no medie abuso ni dolo, la noción de comunidad de empresa y el principio de corresponder la responsabilidad al ejercicio de la autoridad (léase poder, dominio, control) serían suficientes (Champaud).

Respecto de los acreedores: También creo necesaria la solidaridad del grupo, expresamente prevista por una norma que la aprehenda. Militan en rigor los mismos fundamentos que en la hipótesis de los minoritarios; pero en este caso cabría añadir: porque el grupo distorsionaría, en su caso, la aplicación fáctica de ser el patrimonio del deudor la prenda común del acreedor.

Conclusiones: ponencias, algunas bases.

1) Del agrupamiento de empresas societarias, expresión típica del fenómeno contemporáneo de concentración económica, derivan relevantes consecuencias de diversa índole —positivas y negativas— que inciden vivamente en distintos órdenes del derecho: la regulación jurídica de tales efectos constituye una imperiosa necesidad, a satisfacerse conforme a objetiva escala de valores conformantes del ser nacional, resumibles en la supremacía de la Justicia (ver fundamentos: subtítulos 2 y 3).

2) El problema del tratamiento jurídico de dichos efectos, (contenido, límites y ubicación de normas) ante el carácter polivalente de ellos, se resuelve en una natural distribución de competencias legislativas según las diversas disciplinas requeridas: art. 67, incs. 11, 15, 16 y 28 de la Constitución nacional; es decir, código de comercio, código penal, leyes federales o especiales. La licitud genérica del art. 953, código civil y leyes vinculadas al tema —pero éstas sólo reguladoras de aspectos laterales o indirectos referidos a diferentes fines—, no constituye legislación suficiente de base o derecho común de sociedades a cuyo tenor deba operarse en forma sistemática el fenómeno de recepción por el derecho de los efectos resultantes de múltiples negocios jurídicos a través de los cuales manifiéstase el agrupamiento societario (ver fundamentos en subtítulo 4).

3) La ley 19.550, no obstante su moderna y elevada textura técnica, es incompleta con relación a agrupamientos. Las soluciones faltantes al respecto sobre distintos problemas actuales deben articularse en formulaciones esenciales, en cuanto, certeza y seguridad jurídica para las empresas societarias como lo requiere el progreso del país, y al propio tiempo en punto a garantía de los fluyentes derechos, obligaciones y responsabilidades de aquéllas y de socios o accionistas y acreedores, teniendo en cuenta las técnicas grupales de colaboración y dominación (ver subtítulo 5).

4) Es conveniente regular en la ley de sociedades comerciales en sección especial el contrato de consorcio, que pudiera denominar-

se "consorcio empresario" —el cual no es sociedad—, a fin de dotar de un instrumento legal a las empresas que han menester agruparse en colaboración para actividades determinadas de considerable envergadura (ver subtítulo 6, *a*).

5) Debe completarse el primer párrafo de la citada ley de sociedades, art. 33, con previsión suficiente sobre control económico (externo) (ver subtítulos 6, *b*, y 7, *a*).

6) Es recomendable la personificación del grupo de sociedades como tal entre empresas controladas o no, previa adecuación de normas como la del art. 30, ley citada, con la finalidad de delimitar de modo orgánico reglas precisas que brindarán certeza y seguridad jurídicas eliminando en gran medida problemas atinentes al grupo, a los socios o accionistas de las empresas agrupadas y a los acreedores, sobre derechos, obligaciones y responsabilidades (ver subtítulo 7, *b* y *c*).

7) Se reconozca o no por la ley al grupo según la proposición anterior, es necesario establecer en protección de socios o accionistas minoritarios, y de acreedores, la expresa responsabilidad solidaria de la controlante y controlada por utilidades o dividendos no percibidos y deudas, respectivamente, más indemnización de daños que fueren consecuencia necesaria, en su caso (ver subtítulo 7, *b* y *d*).