

LA LEY DE SOCIEDADES Y LOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL ESTATUTO DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS

HORACIO ROITMAN

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el de hacer un sintético repaso de la regulación vigente de los grupos de sociedades, de las principales propuestas de reforma que de la misma hace el anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades 19.550, que ha visto la luz pública este año y, luego de un análisis crítico, señalar la manera en que debe encararse la regulación moderna de los grupos societarios, poniendo un mayor acento en la legislación de la organización, indicando finalmente los puntos básicos de los que debe ocuparse este estatuto.

A) INTRODUCCIÓN

La moderna economía globalizada, cada vez más adentrada en

los sistemas *postfordistas* de producción, se caracteriza por la fragmentación y las relaciones de cooperación y coordinación empresaria. En este escenario cobran especial protagonismos, entre otras formas de colaboración y cooperación, los grupos de empresas.

Corresponde al derecho suministrar modelos y estructuras de organización empresaria adecuadas a esta realidad, sea para evitar que a través de la concentración empresaria se violen los principios que rigen el funcionamiento de las sociedades, ó sea para facilitar a los empresarios el desenvolvimiento de su actividad, en un marco de seguridad jurídica. El objeto del presente trabajo es el de hacer un sintético repaso de la regulación vigente de los grupos de sociedades, de las principales propuestas de reforma que hace el anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades 19.550 (en adelante "LS"), que ha visto la luz pública este año y, luego de un análisis crítico, establecer manera en que debe encararse la regulación moderna de los grupos societarios, indicando finalmente los elementos básicos de los que debe ocuparse este estatuto.

B) LA LEGISLACIÓN VIGENTE

I. REGULACIÓN INDIRECTA

Ni la legislación comercial general, ni la societaria en particular, en la República Argentina, se han ocupado de los *grupos societarios*. El legislador argentino no ha ignorado el fenómeno del agrupamiento: lo ha reconocido en forma indirecta, con el propósito de evitar las desviaciones que por medio de las relaciones intersocietarias se producen. La finalidad ha sido preservar las facultades de contralor estatal, evitar la evasión impositiva y resguardar la esencia de los institutos societarios en beneficio de sus socios, los terceros contratantes y la comunidad en general (en tanto cada sociedad es potencial fuente de trabajo y de producción o de servicios).

A partir de la sanción de la LS, los agrupamientos societarios han sido objeto de un creciente reconocimiento doctrinario, y los estudios se han orientado en tres direcciones:

1. *La organización*: Con algunas normas propias y la regula-

ción de las “Uniones Transitorias de Empresas” y “Agrupaciones de colaboración”¹.

2. *Los desvíos societarios*: Que introdujo el sistema de responsabilidad por culpa del socio o controlante, e inoponibilidad de la persona jurídica.²
3. *Las sanciones en caso de quiebra*: Esto es, la extensión de la quiebra de una sociedad del grupo a otra.³

II. SOCIEDADES VINCULADAS – SOCIEDAD CONTROLANTE

Cualquier forma de participación societaria en el capital de una sociedad por parte de otra, da lugar a la *vinculación* en Argentina. Se dividen en cuatro subespecies (Art. 33 LS):

- 1) *Participación menor al 10% del capital*: En este caso, la LS no exige ningún tipo de formalidad en particular.
- 2) *Participación en el 10% del capital*: La ley quiere que exista transparencia en la información contable de las sociedades vinculadas. Por ello exige la indicación, en la confección de los distintos instrumentos contables de la participante y participada, de la clase y grado de participación. De allí la mención a la Sección IX, la que regula el asunto principalmente en los arts. 62, 63 inc. 1º -d y b- y 2ª, 64, 65 y 66 inc. 6ª⁴.
- 3) *Participación en más del 25% del capital*: Además de las exigencias anteriores, la sociedad controlante debe informar la situación a la controlada para sus socios tomen conocimiento del hecho en su próxima asamblea ordinaria de la sociedad controlada⁵; sin embargo, la ley no prevé sanción por el incumplimiento de dicha obligación.

¹ Arts. 367 y ss. LS.

² Art. 54 LS.

³ Art. 61, 72 y concs LCQ.

⁴ NISSEN Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, Ábaco, Bs.As., 1982, I, pg. 162-163;

⁵ VERON Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs.As., 1982, I, pg. 297-311.

NISSEN, *op.cit*; VERON *op.cit*; ALEGRÍA Héctor, “*Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control*”, RDCO, 1978 pg. 301 a 303.

- 4) *Control*: Es controlante cualquier participación de una sociedad en otra que: 1) Forme la voluntad social en las asambleas o reuniones de socios⁶; o 2) Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades⁷. Las controlantes del primer supuesto, están obligadas a presentar balances consolidados.

III. LIMITACIONES

Los requisitos generales para la constitución de sociedades no tienen exigencias especiales para el supuesto que el socio sea otra sociedad, razón por la cual según el principio de libertad e igualdad que consagran nuestro régimen jurídico, el caso está autorizado y gozan del mismo status que el socio persona individual.

Hay dos géneros de limitaciones: según el tipo y según el objeto social, que configuran cuatro supuestos: (1) Protección de los controles⁸. (*Art. 30 LS*). (2) Protección del objeto. Limitaciones de capital⁹ (*Art. 31 LS*) (3) Protección del objeto. Excepción a la limitación en la inversión de capital¹⁰. (*Art. 31 LS*). (4) Protección del socio y terceros. Prohibición de participaciones recíprocas¹¹ (*Art. 32 LS*).

⁶ Es el control interno. El instrumento de dominio de la voluntad social está son los votos y el capital.

⁷ Es el control externo. Cfr: Exposición de motivos ley 22.903, Sección VI, Nro. 1.

⁸ Conf. HALPERIN Isaac, *Curso de derecho comercial*, Depalma, Bs.As., 1982, I, pg.241; FARINA Juan M., *Tratado de sociedades comerciales -Parte general*, Zeuz, Rosario, 1980, pg. 230 y FARGOSI Horacio P. "La sociedad socia" en *Estudios de derecho societario*, Abaco, Bs.As., 1978, pgs. 69 a 83 y especialmente pg. 71.; Conf., VERON-ZUNINO, *Reformas al régimen de sociedades comerciales*, Astrea, 1984, pg. 32.

⁹ Cfr. "El cumplimiento del objeto social", en *Rev. La información*, Ed. Cangallo, Bs.As., noviembre 1978, num. 11, pg. 833 y ss.; FARGOSI Horacio P., "El objeto social y su determinación", en *Estudios...*, pgs. 17 y 35; VERON Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1982, I, pg. 249 a 293.

¹⁰ Esta regla de excepción constituye el eje en torno al cual debe estudiarse el fenómeno del agrupamiento societario en Argentina. La sociedad de inversión o holding, en la terminología internacional de uso más corriente, constituye la base del agrupamiento por concentración de capitales.

¹¹ En la exposición de motivos de la ley. 19.551, se explica la razón de esta prohibición, con carácter absoluto, para evitar que por medio de "cruzamiento" se efectúen reembolsos de capital o reservas, o el agudamiento de capital (§ 4, secc.5). Cfr. VERON Alberto, *Sociedades comerciales*, I, pg. 295; FARINA Juan M., *op.cit.*, pg. 575 y ss.; ZALDIVAR Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1976 pg. 56; NISSEN Ricardo, *Ley de sociedades*, I, pg. 161; SEGAL-LAGOS, *Ley de sociedades*, La Ley, Bs. As., 1973, pg. 148 y

C) EL ANTEPROYECTO DE REFORMA 2004

Sintéticamente¹², el proyecto de reforma de la LS ha introducido sensibles cambios en la legislación específica de la LS, siendo las más importantes: **(a)** Reduce de cuatro a tres las subespecies de vinculación societaria (Art. 33); **(b)** Extiende la posibilidad de ser calificadas como “controlantes” a las personas físicas y a otras personas jurídicas que no sean sociedades (Art. 33); **(c)** Agrega como supuesto de control “interno”, el de poseer los votos, elegir o revocar administradores, directores o consejeros de vigilancia; (Art. 33); **(d)** Prohíbe el derecho de voto por parte de las sociedades controladas en sus controlantes. (Art. 33); **(e)** Elimina las restricciones para que una sociedad sea socia de otra. (Art. 30); **(f)** Disminuye los límites de participación de una sociedad en otra (Art. 31); **(g)** Amplía el régimen de sanciones en caso de exceso en las participaciones. (Art. 31 y 32); **(h)** Permite al órgano de gobierno societario autorizar el apartamiento de los límites. (Art. 31); **(i)** Agrega otro supuesto de excepción a los límites de participación por el objeto: el de las sociedades con objeto similar o complementario. (Art. 32); **(j)** Devuelve el segundo párrafo del art. 32 a su versión del proyecto de 1967; **(k)** Introduce los conceptos de “política empresarial”, “interés de grupo” y “política grupal” a la hora de analizar la responsabilidad de los controlantes (Art. 54) y la de los administradores de las sociedades integrantes del grupo (Art. 59).

D) NUESTRA OPINIÓN

I. BALANCE DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y DEL ANTEPROYECTO 2004

No hay un régimen especial de agrupamiento societario en el

ss.; HALPERIN Isaac, OTAEGUI Julio C., *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, 2º Edición, Bs. As., 1998, pg. 812 y ss.

¹² Ya hemos hecho un análisis crítico más profundo de la reforma en: ROITMAN Horacio, “*El régimen de los grupos en el Derecho societario argentino*”, Jornadas Italoargentinas de Derecho – Perspectivas de Derecho entre Latinoamérica e Italia – Sesión Córdoba, Córdoba (Argentina), septiembre de 2004 – En publicación.

derecho argentino; ni prohibiciones de ninguna índole para el funcionamiento de grupos de sociedades. Nuestra ley adopta un sistema de regulación indirecta para los grupos, el que procura no desnaturalizar los principios societarios generales. Hay una norma especial destinada a los *holdings*.

En su momento, uno de los autores de este trabajo¹³ sostuvo que los grupos societarios estaban suficientemente legislados en Argentina, aunque ya en aquella oportunidad se hizo el reparo de que “...es factible efectuar un desarrollo doctrinario general sobre estos principios. Sin embargo, la práctica del derecho argentino aguarda una definición legislativa sobre estos desarrollos, en búsqueda de mayor seguridad jurídica¹⁴”.

Pasado tiempo desde aquella oportunidad, dada las características de la economía moderna a las que nos referimos más arriba y luego de las recomendaciones y demás legislación de la UE¹⁵, de la reforma del CCI italiano del 2003¹⁶ y de la propuesta de reforma de la LS del 2004¹⁷, se impone una regulación del grupo cuyo objeto central sea el de establecer un estatuto organizativo de la actividad grupal¹⁸, que mediante normas positivas regule el ejercicio o sometimiento de una sociedad a una actividad de dirección o coordinación¹⁹, además de la actual regulación de tutela.

El anteproyecto de reforma de la LS, se adentra un poco en tal sendero, especialmente en los art. 31, al incluir las sociedades con objeto similar o complementario y 54 y 59 al introducir los conceptos de “política empresarial”, “interés de grupo” y “política grupal”. Sin embargo, creemos que se debe ir más allá, y a continuación exponemos los que consideramos son los temas básicos a regular.

¹³ ROITMAN Horacio, “Grupos societarios en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 195, 1990, pg. 173, Madrid.

¹⁴ ROITMAN Horacio, conclusiones en la *op.cit.* nota 13.

¹⁵ Ver más en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/it/lvb/l26002.htm>

¹⁶ D. Lgs n° 6 del 17/1/2003.

¹⁷ Han sido sus redactores Jaime Anaya, Raúl A. Etcheverry, y Salvador D. Bergel.

¹⁸ *Organisationsrecht*, conforme la terminología germana.

¹⁹ Cfr.: TOMBARI Umberto, “La nuova disciplina dei gruppi di società”, en *Il nuovo diritto societario. Fra società aperte e società private*, Associazione Disiano Preite, Varese (Italia), Septiembre 2002.

II: ELEMENTOS BÁSICOS DE UN ESTATUTO MODERNO DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS

Los elementos básicos a regular son:

Un *doble nivel* de regulación: Uno que contenga la disciplina general del instituto, de aplicación a cualquier sociedad de grupo, independientemente de su tipo social²⁰. El otro, debe establecer las reglas particulares para cada tipo social, cuando actúe como sociedad de grupo.

Debe contemplarse los *grupos de derecho*: esto es la posibilidad de que la sociedad controlante, mediante un contrato a tales fines o una declaración unilateral, adquiera el derecho de impartir directivas a la controlada, aún perjudiciales para ésta; estableciendo un sistema de tutela de los accionistas y acreedores de la sociedad dirigida. También los *Grupos de hecho*, esto es la actividad de dirección y coordinación en virtud de una relación de control propiamente dicho.

Órganos de gobierno de las sociedades de grupo: donde deberá regularse el rol que corresponde al órgano de gobierno de la sociedad dependiente; la necesidad de fundamentar acabadamente las decisiones asamblearias tomadas en función del interés de grupo²¹ y demás regulaciones que sirvan para transparentar el proceso de toma de decisiones en los grupos. La *Governance* de las sociedades de grupo: Establecer reglas de comportamiento para los administradores de las sociedades controlantes y controladas²²; establecer reglas claras de conflicto de intereses de los administradores. La *fiscalización* interna de las sociedades del grupo: o sea las facultades que tienen los órganos de fiscalización de las distintas sociedades para fiscalizar, no solo la conducta dentro de la propia sociedad sino también para ejercitar sus funciones respecto de las otras sociedades del grupo, en lo que a la actividad grupal se refiere (por ej: la posibilidad que la sindicatura de

²⁰ Veamos las experiencias en el Derecho Comparado: En Alemania, encuentran recepción, pero solamente en la *AGG* (Ley de Sociedades por Acciones). El reciente CCItaliano reformado, en cambio, sí introduce un capítulo de coordinación y dirección de sociedades general, el Libro V, Título V, Capítulo IX.

²¹ Ej: Art. 2497 *ter* CCItaliano.

²² En esto los arts. 54 y 59 propuestos por el anteproyecto de reforma de la LS son un paso adelante.

una sociedad controlada pueda requerir informes a la administración de la controlante o de otra controlada).

Los *derechos de los socios* de las sociedades del grupo: el derecho de receso para los socios cuando la sociedad entra o sale de una estructura grupal o de coordinación²³, posibilidad de reclamar por daños causados por otra de las sociedades del grupo. *Financiamientos* entre las sociedades del grupo: su régimen y tutela de terceros acreedores. *Publicidad* (registral, en los actos diarios de las sociedades, a los socios, etc.) de la existencia de una relación grupal²⁴. *Impugnaciones* de los actos de una de las sociedades del grupo por otras sociedades del grupo, cuando con ello les causa un perjuicio.

El estatuto deberá ser lo suficientemente *flexible* como para amparar a los grupos de grandes empresas como la coordinación entre pequeñas y medianas; dejar suficiente espacio a la *autonomía estatutaria*, y por último *articularse* con un adecuado sistema de contratos de colaboración empresaria.

Estos son los elementos básicos a tener en cuenta para la regulación positiva de un estatuto de los grupos. El eje de la cuestión, entonces, debe estar centrado en la *organización* del grupo, en tanto instituto autónomo, introduciendo una sección específica en el capítulo primero de la LS que se ocupe de la materia. A su vez deberá legislarse en cada tipo societario en particular, lo atinente a su actuación grupal. Todo esto dará mayor claridad al sistema, la que redundará a su vez en una mayor seguridad jurídica y transparencia en las relaciones de grupo.

²³ Ej. en el art. 2497 *quarter* del CCLtaliano

²⁴ Ej. el art. 2497 *bis* CCLtaliano