

**COMISION IV.1:
CONCENTRACION. REORGANIZACION. Grupos, Control
(dominación): relaciones y efectos. Responsabilidad.**

RELATOR NACIONAL: *Dr. Julio C. Otaegui*

La concentración y reorganización societarias son respuestas jurídicas a necesidades de la empresa.

El fenómeno de la empresa entendida como organización económica suministradora de bienes mediante la producción industrial o la intermediación mercantil, o prestadora de servicios fué incluido en el Código de Comercio de 1862 como un acto de comercio respecto de determinadas categorías de empresas, solución hoy vigente (C.Com. art. 8 inc.5). Esto significa que los actos relativos a la creación, actuación y extinción de ciertas empresas son actos de comercio sujetos a la ley y jurisdicción mercantil (C.Com. art. 5).

La sociedad anónima instrumento óptimo para la estructuración capitalista de la empresa con sus notas relevantes de personalidad jurídica, irresponsabilidad de sus accionistas y transmisibilidad de las acciones como títulos valores con la consiguiente aparición de las bolsas de valores, también fué contemplada en el inicial Código de Comercio de 1862 como acto de comercio en solución hoy mantenida (C.Com. art. 8 inc. 6) por lo que con prescindencia de la naturaleza civil o comercial del objeto social los actos relativos a la constitución, funcionamiento y disolución de las sociedades anónimas son actos de comercio sujetos a la ley y jurisdicción mercantil (C.Com. art. 5); solución ésta actualmente extendida a todas las sociedades que adopten un tipo comercial (L.S.19.550 art.1).

Además el Código de Comercio de 1862 reguló a la sociedad anónima según el sistema autorizativo de la ley francesa de 1867 (C.Com. ex-art.318), criterio que se mantuvo hasta que en 1972 la L.S. introdujo el sistema normativo (L.S. art. 167).

Por su parte el inicial Código Civil de 1871 calificó como persona jurídica solamente a la sociedad anónima guardando silencio respecto de otras sociedades (C.Civ. ex-art. 33) hasta la reforma de 1967 que incluyó entre las personas jurídicas a todas las sociedades civiles y comerciales (C.Civ. art. 33) en temperamento compartido por la L.S. de 1972 que establece el carácter de sujeto de derecho para las sociedades comerciales (L.S> art. 2) excepción hecha de la sociedad accidental o en participación (L.S> art. 361).

El C. de Comercio del siglo XIX no se ocupó ni pudo haberse ocupado del fenómeno de la expansión empresarial acaecido durante el siglo XX.

Dicho fenómeno dada la conexión entre la empresa y la sociedad y particularmente la sociedad anónima para la empresa de fuste, se expresa en la reorganización y concentración societarias.

Ubicamos dentro de la reorganización societaria a la transformación de sociedades, la fusión, la escisión y la transferencia de control.

Incluimos en la concentración societaria o sea en el agrupamiento o conjunto de sociedades a las agrupaciones societarias y a los grupos societarios.

Llamamos agrupaciones societarias a los agrupamientos que apuntan a la realización de gestiones parcialmente concordadas, gestiones concernientes a la actuación operativa (o sea las operaciones configurativas de las actividades propias del objeto social) o empresarial (o sea su estructura de personal, colaboradores y bienes).

Tales agrupaciones satisfacen finalidades diversas v.g. la correulación en el mercado (cartel o consorcio italiano de 1942); la cooperación mediante estructuras empresarias sectoriales comunes (la sociedad de empresas o agrupación temporal de empresas española de 1963, el grupo de interés económico francés de 1967, el consorcio italiano de 1976, la agrupación de colaboración argentina de 1983, el grupo de interés económico uruguayo de 1989); la coparticipación accidental en un negocio determinado y transitorio (la sociedad accidental o en participación el unincorporated joint venture norteamericano, el consorcio brasileño de 1976, la unión transitoria de empresas argentina de 1983, el consorcio uruguayo de 1989); la coparticipación permanente en una actividad (el incorporated joint venture norteamericano, la filial común europea).

Calificamos como otro supuesto de agrupamiento al grupo de sociedades o conjunto económico de sociedades que impone gestiones globalmente concordadas a un conjunto de sociedades personificadas formalmente independientes.

La gestión global encuadra a la gestión de cada sociedad en virtud de una dirección unificada o común lo que implica una organización.

Tal como las agrupaciones los grupos cubren necesidades diferentes v.g. la integración empresarial horizontal o vertical, la diversificación inversionista, la elusión impositiva, el acatamiento de regímenes de extranjería etc.

Por obvias razones de temporaneidad el C.de Comercio de 1862 reformado en 1889 no abordó la problemática antes citada. Tan sólo en el C.Com. ex-art. 354 inc.3 contempló a la fusión para establecer el quorum y mayoría necesarios para aprobarla pero sin reglamentar el instituto.

A su vez la ley de sociedades de responsabilidad limitada 11.465 de 1942 introductoria de tal tipo societario establecía en su art. 23 que las sociedades civiles o comerciales podrían transformarse en sociedades de responsabilidad

limitada aunque tampoco reglamentó el procedimiento respectivo.

El tema del conjunto económico sensiblemente similar al del grupo societario se introdujo en nuestro derecho en 1943 en la regulación sobre el impuesto a los réditos.

Esta solución fue tomada del derecho fiscal norteamericano en el que mediante un ley federal de 1918 se procuró facilitar la concentración de empresas a través de un régimen de reorganizaciones o concentraciones no imponibles (tax free reorganizations).

Este principio presupone que existiendo unidad de control entre unidades económicas integrantes de un conjunto económico, se considera sujeto pasivo del impuesto pasivo al conjunto.

Tal pauta tiene también su expresión en el principio tributario de la realidad económica actualmente incluido en los arts. 11 y 12 de la ley 11.683 y que actúa tanto en beneficio del fisco como del contribuyente. Esta pauta reconoce antecedentes en las viejas reglas de hermenéutica del C.Civil art. 376 y nota art. 1493.

La cuestión del grupo de empresas también se consideró por vía jurisprudencial en materia de quiebras.

Sin que la ley de quiebras 11.719 de 1933 previera el supuesto de extensión de la quiebra en general y por ende para los casos de grupos de sociedades en particular, se aplicó jurisprudencialmente la solución en sonados casos regulados por dicha ley.

La regulación del grupo en materia societaria se inició con la ley 19.550 de 1972.

Esta ley siguió en sus lineamientos generales a las soluciones del C.Civil Italiano de 1942 que de alguna manera se habían inspirado en la ley de sociedades alemana por acciones de 1937.

A su vez la ley de concursos 19.551 de 1972 introdujo explícitamente la solución de la extensión de la quiebra al dueño del negocio tomando orientaciones de la legislación francesa, normativa aplicable a los grupos de sociedades.

La ley 19.550 caracterizó al control de sociedades en un grupo societario en el que existiera una sociedad matriz que mediante participaciones societarias estuviera en condiciones de formar la voluntad social en las asambleas de la sociedad controlada (L.S. ex-art. 33).

No aclaraba la L.S. ex-art. 33 si ese control que cabe calificar como control interno o participacional era exclusivamente un control interno o participacional de derecho o un control interno o participacional de hecho.

Llamamos control interno o participacional de derecho a aquel que se ejerce mediante participaciones societarias autosuficientes para la formación

del quorum y de la mayoría con prescindencia de la actitud de otros accionistas.

Diversamente el control interno o participacional de hecho es aquel brindado por participaciones accionarias que permiten formar quorum y mayoría contando con la actitud de otros accionistas sea mediante la captación de votos de los mismos a través del gestionamiento de poderes, o dado el ausentismo asambleario de dichos otros accionistas.

Tampoco aclaraba la L.S. ex-art. 33 si la mayoría calificante debía tenerse en las asambleas ordinarias y extraordinarias, o sólo en las asambleas ordinarias.

La existencia de control interno o participacional es lícita porque resulta del principio mayoritario, licitud que obviamente depende del recto ejercicio del voto que no debe ser utilizado en conflicto de intereses ni para adoptar acuerdos objetivamente torpes.

La regulación del control por la L.S. en su texto originario apuntaba a preservar la claridad de los estados contables mediante la exposición de la situación de control en los mismos, a evitar el aguamiento de capital y la apropiación de votos ajenos mediante participaciones cruzadas y a garantizar la efectividad de la fiscalización interna ejercida por síndicos o consejeros y de la fiscalización estatal permanente en su caso.

Tras las leyes societaria y concursal de 1972 reguló la responsabilidad del grupo la ley del régimen de contrato de trabajo 20.744 de 1944 art. 33 estableciendo la responsabilidad solidaria frente a la existencia de un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden de carácter permanente o accidental o para realización de obras o trabajos determinados y respecto de obligaciones laborales y de seguridad social.

Esta normativa fue modificada por la ley 21.297 de 1976 que circunscribió tal responsabilidad a los supuestos en que hubieran mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

Posteriormente en 1983 se modificaron la L.S. y la L.C. mediante las leyes 22.903 y 22.917, que fijaron dentro de sus respectivos campos la normativa actualmente vigente.

La L.S. en su actual regulación incluye al control interno o participacional de derecho ceñido a las asambleas o reuniones de socios ordinarias (L.S. art. 33 inc.1); este criterio es razonable porque el control es un predominio sobre los administradores de una sociedad y esa influencia dominante se ejerce por quien nombra, remunera, remueve y responsabiliza a los administradores lo que es el caso de la mayoría en la asamblea ordinaria.

Además la L.S. introdujo explícitamente al control interno de hecho (L.S. art. 33 inc.1 primera parte) y al control externo o vincular (L.S. art. 33 inc.2 parte segunda).

Esta última solución proviene del C. Civil Italiano pero es más amplia que en su original que restringe el control externo a los supuestos de vinculaciones contractuales mientras que en la L.S. esa vinculación no es necesariamente contractual o sea que se sigue el criterio más amplio del decreto ley italiano de 1979 sobre administración de grandes empresas.

Es obvio que el control externo es lícito mientras lo sea el negocio jurídico que lo sustenta válido a la luz del principio de la libertad convencional (C.Civ. arts. 1197, 1143) siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres (C.Civ. art. 21, 953)

Es de notar que estas normas preventivas sobre control tanto del texto originario de la L.S. como de su reforma de 1983, están destinadas al grupo matricial en el que existe una sociedad controlante, pero no al grupo personal en el que no hay una sociedad controlante sino en el que la política unificada resulta de la existencia de accionistas comunes.

Además de mantener las normas preventivas de su texto original de 1972 introdujo normas represivas (L.S. art. 54).

Así responsabiliza al controlante torpe por los daños causados al patrimonio de la sociedad controlada sin poder compensar tales daños con las ganancias que le hubiera brindado en otros negocios, siguiendo en esto la clásica solución aplicable al socio (L.S. art. 54 texto original, C.Civ. art. 1725).

Además la L.S. reprime al controlante torpe mediante la imputación de la actividad de la sociedad controlada y la responsabilidad por los daños y perjuicios regulando el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Esta solución para parte de la doctrina es una aplicación normativa de la doctrina de la desestimación ya aceptada por nuestros Tribunales con anterioridad a la L.S. sobre la base de la normativa de los vicios de la causa de los negocios jurídicos prevista en el C.Civil.

Para otra parte de la doctrina no lo es configurando una alteración de las reglas del tipo societario.

Es interesante destacar que la L.S. art. 54 tutela expresamente a los acreedores de la sociedad controlada pues responsabiliza al controlante torpe, lo que de entenderse que se trata de un supuesto de desestimación sería un caso de desestimación activa directa.

Empero la L.S. art. 54 no contempla expresamente la situación de los acreedores de un controlante torpe que se ha insolventado poniendo sus bienes en cabeza de una sociedad simulada.

Este es un caso admitido por la jurisprudencia con anterioridad a la L.S., que puede calificarse de desestimación activa o indirecta y que por hallarse estructurado sobre la base de normas del C.Civil vigentes, debe entenderse que

continúa en pie.

También habría que considerar viable en la actualidad por idénticas razones a la desestimación pasiva consistente en no admitir la invocación torpe de la personalidad de una sociedad por parte de terceros.

Como es sabido la solución de la L.S. art. 54 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica configura una innovación en el derecho comparado, solución que fue seguida por la ley uruguaya de sociedades comerciales de 1989 art. 189/191 aunque con una formulación más amplia.

También la L.S. reformada en 1983 incluyó un capítulo sobre contratos de colaboración empresaria nominando dos figuras. Una el contrato de agrupación de colaboración (L.S. art. 367) cuya finalidad es similar a la de la sociedad de empresas española o a la del grupo de interés económico francés aunque con notas diferentes.

La otra figura es la unión transitoria de empresas requerida para resolver el problema de la L.S. art. 30 en cuanto veda a las sociedades por acciones - según la interpretación más difundida- participar en sociedades accidentales o en participación.

Por su parte la L.C. 22.917 modificatoria de la ley de concursos de la L.C. 19.551 regula con mayor amplitud a la extensión de la quiebra abarcando presupuestos: él del dueño del negocio (L.C. art. 165 inc. 1), él del controlante torpe (L.C. art. 165 inc. 2) y él de los comuneros (L.C. art. 165 inc. 3).

La caracterización del controlante efectuada por la L.C. art. 165 inc. 2 no coincide con la de la L.S. art. 33 actual, pues configura al controlante tal como lo hacía la L.S. art. 33 en su texto originario.

Esta divergencia puede conciliarse entendiendo que la caracterización de la L.C. art. 165 inc. 2 conduce a la declaración de la quiebra del controlante, pero una vez declarada tal quiebra podrán verificar en la misma los acreedores que justifiquen los extremos de la L.S. art. 54.

Con todo es a todas luces aconsejable armonizar ambas caracterizaciones.

La diferencia entre la caracterización del control brindada por la L.S. y otras regulaciones también se encuentra v.g. en la resolución general 190/91 de la C.N. de Valores y su modificatoria nro. 204/92 que remite al criterio de la L.S. art. 33 texto originario.

El tópico de la vinculación económica, grupo empresario o conjunto económico también se encuentra en las circulares del Banco Central que a los efectos de la dispersión del riesgo crediticio califica como tales a los supuestos de presencia simultánea de entidades formalmente independientes, dotadas de personalidad propia, combinadas en una acción concertada en función de un objetivo común (conjunto económico) o el fenómeno de sociedad -socia o accionista- caracterizante del elemento control de una sociedad sobre otra

(grupo de sociedades), según ha enseñado la doctrina judicial. Finalmente respecto del tema de la concentración societaria cabe tener en cuenta la regulación de la Ley de Defensa de la Competencia (L.D.C.) 22.262, inspirada en los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma.

A su respecto cabe tener en cuenta que no requiere autorización alguna ni información anterior o posterior la constitución de un grupo de sociedades, la celebración de una fusión o escisión, la constitución o el establecimiento de una filial o la celebración de un contrato de unión transitoria de empresas, aunque debe comunicarse la inscripción de un contrato de agrupación de colaboración, en virtud de la normativa societaria (L.S. art. 369).

La constitución de un grupo de sociedades o la fusión de sociedades aunque conduzca a una posición dominante no configuran un ilícito reprimido por la L.D.C. a menos que se abuse de dicha posición dominante de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Conforme a los precedentes del derecho comunitario los acuerdos entre sociedades del mismo grupo no estarían en principio alcanzados por la L.D.C. por no ser competidoras entre sí.

La legislación societaria no admite la constitución de grupo de derecho aceptado por los ordenamientos alemán, brasileño, portugués y húngaro. Consecuentemente tampoco prevé un régimen indemnizatorio para los accionistas externos.

En sus lineamientos generales el ordenamiento sobre concentración y reorganización es adecuado.