

CONCENTRACION - REORGANIZACION. GRUPOS. CONTROL (DOMINACION): RELACIONES Y EFECTOS. RESPONSABILIDAD.

Julio C. Otaégui

I. LOS GRUPOS SOCIETARIOS

Los grupos societarios son un aspecto del fenómeno de la gran empresa de los siglos XIX y XX estructurada sobre inventos que posibilitaron la producción masiva de bienes y la prestación masiva de servicios y construida sobre la libre contratación y sobre la sociedad anónima.

La anónima brindó:

- 1) La aplicación generalizada de la persona jurídica corporativa a actividades mercantiles con la consiguiente irresponsabilidad de sus miembros.
- 2) La participación en actividades mercantiles con riesgo acotado mediante acciones libremente transmisibles y además con mercados bursátiles.
- 3) La captación de fondos de accionistas inversores y el consiguiente esquema de poder sin propiedad.
- 4) Las sociedades entre sociedades con la obvia concentración que esto importa.

Este proceso se inició en su faz jurídica con el Código de Comercio francés de 1807, la ley de incorporación general de compañías manufactureras del estado de Nueva York de 1811, la Companies Act inglesa de 1862, la ley francesa de sociedades anónimas de 1867 y la ley general de incorporación del estado de Nueva Jersey de 1875.

Por un lado favoreció a la industrialización norteamericana y europea.

Por el otro generó la explotación laboral con respuestas tan disímiles como la doctrina social de la Iglesia católica desde la encíclica "Rerum novarum" de 1890 hasta la "Centessimus annus" de 1900, y como la revolución rusa de 1917.

En el campo jurídico llevó al primer plano a la empresa, a la contratación seriada y a la protección del contratante débil mediante normas indisponibles desplazando en la doctrina continental al derecho mercantil elaborado sobre el acto de comercio.

El desarrollo de la gran empresa fruto de la libre competencia con la consiguiente prevalecencia de las empresas mayores amenazó paradójicamente a la competencia al desplazar a las menores.

Ello dio lugar a la legislación antimonopólica cuya primer gran manifestación fue la Sherman Act norteamericana de 1890 complementada por leyes posteriores, legislación antimonopólica que tuvo otra importante secuencia en el Tratado de Roma de 1957 artículos 85 y 86.

La búsqueda de una dimensión empresarial adecuada motivó el fenómeno de la concentración societaria protagonizado principalmente por la sociedad anónima vehículo de la gran empresa.

En el fenómeno de la concentración societaria cabe distinguir en razón de su problemática a la unificación de sociedades en una sola persona jurídica o sea a la fusión y al agrupamiento de sociedades que mantienen sus personalidades jurídicas diferenciadas.

La problemática de la fusión es ajena a esta relación.

Dentro del agrupamiento societario se dan los agrupamientos en los que varias sociedades coordinan parcialmente sus negocios y los agrupamientos en los que las administraciones de varias sociedades desarrollan una política común por existir vínculos de subordinación.

El agrupamiento coordinativo configura una agrupación de sociedades que puede aplicarse a distintas finalidades tales como:

1) La corregulación en el mercado cuyo arquetipo es el cartel y generalmente conduce a la violación de las reglas antimonopólicas.

2) La cooperación para el mejoramiento de las estructuras empresarias cuyos ejemplos son el grupo de interés económico francés y europeo y el consorcio italiano tras la reforma de 1976, solución adoptada con variantes en la agrupación de colaboración de la ley de sociedades argentina 19.550 y su modificatoria ley 22.903 art. 367 y en los grupos de interés económico de la ley uruguaya de sociedades comerciales 16.060 art. 158.

3) La coparticipación accidental en un negocio determinado cuyo modelo es el unincorporated joint venture norteamericano y que tiene sus fórmulas en la sociedad accidental, en el consorcio brasileño (ley 6.404 art. 278), en el consorcio uruguayo (ley 16.060 art. 501) y en la unión transitoria de empresas argentina (L.S. art. 377).

4) La coparticipación permanente en una actividad para lo que se conocen

el incorporated joint venture norteamericano, y la sociedad de sociedades o filial común de derecho continental.

La problemática de la agrupación societaria es ajena a esta relación.

El agrupamiento subordinativo se exterioriza en el grupo de sociedades o grupo societario compuesto por varias sociedades con órganos de administración formalmente independientes aunque con una dirección común.

La problemática del grupo societario es el tema de esta relación.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL GRUPO SOCIETARIO

La problemática del grupo societario erigido sobre la base de una dirección común a varias sociedades, engarza con la del control entendido como el poder indirecto de administración de un patrimonio societario en virtud de una influencia dominante ejercida sobre sus administradores.

No puede existir grupo sin control aunque sí es factible que haya control sin que medie un grupo, supuesto este último que se presenta cuando el controlante no es una sociedad y controla exclusivamente a una sociedad.

La problemática del grupo societario abarca consecuentemente cuestiones propias del control en general y cuestiones particulares del control en un grupo.

Entre las cuestiones propias del control en general cabe señalar a:

- 1) La caracterización y licitud del control.
- 2) La responsabilidad por el ejercicio torpe del control.

Es de notar que esta cuestión y la anterior entroncan con la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria aplicable al fenómeno del control y por ende al grupo societario.

- 3) La toma de control.

Entre las cuestiones particulares del control en el grupo cabe señalar a su incidencia en:

- 1) Los estados contables.
- 2) Las participaciones societarias.
- 4) La fiscalización privada y estatal.
- 5) El derecho de información entre las sociedades agrupadas.
- 6) La responsabilidad de los administradores de las sociedades agrupadas.
- 7) La salvaguarda de los derechos de los accionistas externos.

El derecho societario argentino no reguló el tema del control ni del grupo societario hasta la ley de sociedades (L.S.) 19.550 de 1972, L.S. que sustituyó al título tercero del libro segundo del Código de Comercio destinado a las compañías o sociedades.

El C. de Comercio con relación al fenómeno de la concentración societaria

tan sólo regulaba al quórum y mayoría asamblearios requeridos para aprobar una fusión (C.Com. ex-art. 354 inc. 3).

Concordantemente la ley de quiebras 11.719 que constituyó el libro IV de dicho Código hasta su reemplazo en 197 por la ley de concursos 19.551, no incluía norma alguna específica aplicable a la falencia de sociedades controladas o de sociedades participantes en un grupo societario.

Con anterioridad a la L.S. de 1972 fue en otros ordenamientos que se abordó -si bien es cierto que tangencialmente- el tema del control, de las vinculaciones entre sociedades y de los conjuntos económicos.

En este sentido cabe recordar a los regímenes sobre monopolio (ley 11.210 de 1923 art. 2 inc. i), impuesto a los réditos (ley 11.682 de 1933 art. 23), propiedad enemiga (decreto 10.935/45), radio difusión y televisión (decreto-ley 15.460/1957 art. 18 inc. b), bancos y entidades financieras (decreto-ley 13.137/1957 art. 18; ley 18.061 de 1969 art. 10).

En algunos de estos ordenamientos se asignaba nacionalidad a una sociedad según la nacionalidad de sus controlantes, cuestión esta distinta de la actuación en la Argentina de las sociedades constituidas en el extranjero, actuación regulada por el C.Com. ex-art. 286.

En materia fiscal tuvieron lugar sentencias trascendentes referidas al conjunto económico en cuestión de filiales, debiendo resaltarse el caso Parke Davis y Cía S.A..

En el caso Parke Davis y Cía S.A. el Tribunal Fiscal de la Nación por sentencia del 24/III/1970 decidió que en el supuesto de una filial cuya matriz extranjera era titular del 99,95 % del capital no debía aplicarse el tratamiento de dos sociedades independientes sino el de una sociedad y una sucursal. Este fallo fue confirmado por la Cámara Federal el 31/VIII/1971 y por la Corte Suprema el 31/VII/1973.

Con todo la mayor repercusión pública fue la de la quiebra de Compañía Swift de La Plata S.A. sujeta al régimen de la L.Q. 11.719.

El caso llegó hasta la Corte Suprema la que en 1973 extendió la quiebra de Compañía Swift de La Plata S.A. integrante de un grupo societario dominado por Deltec International Limited, a esta sociedad y a las sociedades integrantes del grupo porque las sociedades estructuradas en el grupo configuraban una unidad socio-económica con Compañía Swift de La Plata S.A..

Un nuevo pronunciamiento de la Corte en 1976 completó la sentencia de 1973 en el sentido que la quiebra a las sociedades integrantes del grupo era procedente si se demostraba la actuación en interés y función del Swift o Deltec, si se probaba que se había dispuesto de bienes en fraude a los acreedores, o si se acreditaba que había tenido una actuación comercial que incidiera directa o

indirectamente en la quiebra de Swift, ya que por el sólo hecho de estar una sociedad vinculada al grupo no podía presumirse la realización de maniobras dolosas tendientes a perjudicar su situación patrimonial.

Dentro de este marco sobreviene la reforma en 1972 del régimen societario por la L.S. 19.550 y el régimen falencial por la L.C. 19.551 ambas modificadas principalmente por las leyes 22.903 y 22.917 de 1983.

III. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL: SU CARACTERIZACION Y LICITUD

Respecto a la caracterización y licitud del control la L.S. texto 1972, adoptó parcialmente la solución del C.Civil italiano art. 2359 pues la limitó al control interno o participacional descartando al control externo o vincular aunque añadió el control indirecto no previsto en la normativa italiana.

La caracterización del control interno o participacional de la L.S. art. 33 texto 1972 -que es importante porque ha sido adoptado en la actual reforma de la ley de concursos- merece las siguientes reflexiones:

1) Está referida al control ejercido por una sociedad sobre otra, o sea al grupo de sociedades estructurado sobre la base de una sociedad controlante o matriz.

Ello excluye en apariencia la aplicación de las previsiones particulares de la L.S. en materia de grupos, a los grupos configurados por la existencia de accionistas comunes en varias sociedades, sin que exista una sociedad matriz o controlante.

2) No surge del texto si se refiere exclusivamente al control interno o participacional de derecho resultante de la titularidad de una mayoría autosuficiente, o si también abarca al control interno o participacional de hecho resultante de una mayoría dependiente de la conducta de otros accionistas como puede ser del ausentismo asambleario o del otorgamiento de poderes.

La cuestión se controvertió doctrinariamente.

En cuanto a la licitud del control interno o participacional, reposa sobre el principio mayoritario sustento de las decisiones colegiales y por ende asamblearias.

Respecto a la caracterización del control la ley 22.903 de 1983 reformativa de la L.S. art. 33 incluye a:

1) El control interno o participacional de derecho (L.S. art. 33 inc. 1).

2) El control interno o participacional de hecho (L.S. art. 33 inc. 2 primera parte).

3) El control externo o vincular contractual y extracontractual (L.S. art. 33 inc. 2 última parte).

En esto la L.S. se aparta del modelo C.Civil italiano art. 2359 que contempla al control externo o vincular pero sólo cuando resulta de vínculos contractuales.

Es de notar que en Italia se controvertió la cuestión pero que la minirreforma de 1974 mantuvo la solución concerniente a particulares vínculos contractuales, aunque la ley 95 de 1979 referida a la administración extraordinaria de grandes sociedades y sus controladas en caso de insolvencia adoptó la fórmula amplia y un control externo vincular resultante de vínculos particulares sean contractuales o no.

La licitud del control vincular contractual reside en el principio de la libertad convencional (C.Civil art. 1197) y contractual (C.Civil art. 1143) con la obvias limitaciones del orden público, el interés público, las buenas costumbres y los derechos de terceros (C.Civil arts. 21, 953, 1195).

4) Debe tenerse en cuenta asimismo que la minirreforma italiana de 1974 agregó el control indirecto pero limitado a los supuestos del control participacional, mientras que la L.S. art. 33 extiende el control indirecto tanto al participacional como al vincular.

Como resulta de lo expuesto la L.S. no contempla al supuesto de control externo o participacional de derecho resultante de un convenio por él que varias sociedades subordinan sus administradores a las directivas de una administración común.

Dado que la función de administrador societario es indelegable tales convenios no son lícitos a menos que sean expresamente permitidos por la ley como sucede en Alemania, Brasil, Portugal y Hungría.

IV, LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL: SU EJERCICIO TORPE

Respecto al ejercicio torpe del control la ley 22.903 introdujo soluciones no previstas originariamente en la L.S.

Cuando el ejercicio torpe del control daña al patrimonio de la sociedad controlada, debe resarcir el controlante torpe los daños sin que pueda compensarlos con la ganancia brindada a la sociedad en otros negocios (L.S. art. 54 primera parte).

Vale decir que se aplica al controlante torpe la misma solución que la impuesta al socio, solución que estaba prevista en el texto original de la L.S. art. 54 conforme a un añejo criterio (C.Civil art. 1725 y su nota).

Cuando el ejercicio torpe del control perjudica a terceros la L.S. prescribe la inoponibilidad de la personalidad jurídica (L.S. art. 54 segunda parte) para salvaguarda de los derechos de dichos terceros.

En su momento fue un arbitrio único en el derecho comparado aunque posteriormente fue seguido por la ley uruguaya de sociedades comerciales 16.060 de 1989 arts. 189/191 aunque con diferencias.

Tal solución coincide con la doctrina de la desestimación de la personalidad difundida en nuestro medio por la obra de Rolf Serick "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica" a partir de la década del 50 aunque con anterioridad ya se conocían casos de aplicación de dicha doctrina.

No obstante lo expuesto debe hacerse presente que una calificada corriente de opinión sostiene que la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la L.S. art. 54 no importa la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad involucrada sino tan sólo la alteración de las reglas del tipo de la misma.

Asimismo se controvierten si los alcances de la norma implican la imputación de la actividad de la sociedad al controlante torpe y además el resarcimiento de los daños y perjuicios por parte del controlante torpe, o si tan sólo se limitan al resarcimiento de los daños y perjuicios por parte del controlante torpe.

Finalmente es de notar que la L.S. art. 54 segunda parte se refiere a la imputación directa de la actuación de la sociedad controlada al controlante (desestimación activa directa).

En ello coincidiría con una de las variantes de la desestimación de la personalidad admitidas por nuestra jurisprudencia antes de la vigencia de dicha norma.

Empero es de notar que nuestros Tribunales admitieron asimismo la desestimación de la personalidad en beneficio de terceros imputando la actuación del controlante a la sociedad (desestimación activa inversa) y también hicieron lugar a la desestimación de la personalidad en beneficio de los socios rechazando la invocación de dicha personalidad hecha torpemente por terceros (desestimación pasiva).

Estas soluciones de nuestros Tribunales se fundaron en normas del C.Civil referidas a los vicios de la causa-fin de los actos jurídicos tales como la simulación ilícita, el fraude y el abuso de derecho normas que no han sido modificadas.

Por ello puede entenderse que cabe la aplicación analógica de la L.S. art. 54 a los supuestos de desestimación activa inversa y de desestimación pasiva aunque literalmente coincide con la desestimación activa directa.

V. LA LEY DE SOCIEDADES Y LA CONFIGURACION DE UN GRUPO SOCIETARIO: LA TOMA DE CONTROL

La L.S. no contiene normas especiales al respecto las que se encuentran en el ordenamiento bursátil.

Un grupo societario puede configurarse mediante la toma de control de una o más sociedades por una sociedad o mediante la constitución de varias sociedades

por los mismos accionistas o socios o por la toma de control de varias sociedades por los mismos accionistas o socios.

Cuando el control es ejercido por una sociedad se trata de un grupo de estructura matricial expresamente contemplado en la L.S. art. 33, y cuando el control es ejercido por accionistas o socios comunes en varias sociedades se trata de un grupo de estructura personal no contemplado explícitamente en la L.S. art. 33.

La toma de control se entiende referida a la toma de control interno o participacional, aunque también podría tomarse el control por la vía del control externo o vincular.

La toma de control participacional comprende a la transferencia de control, a la apropiación de control, y a la consolidación de una situación de control.

La transferencia de control es la enajenación voluntaria del control por el controlante a favor de un adquirente, contrato innominado (C.Civil art. 1143) al cual son aplicables las reglas del contrato de compraventa comercial (C.Civil art. 16, C.Com. art. 450) por implicar una transmisión de acciones a título oneroso.

La Resolución General 190/91 de la Comisión Nacional de Valores art. 7 sustentada en la Ley de oferta pública de valores de inspiración norteamericana, impone la información de toda adquisición o enajenación de acciones de una sociedad oferente que implique un cambio en las tenencias que configuran el o los grupos de control afectando su formación.

La posición de control se caracteriza de manera semejante al texto original de la L.S. art. 33 y al texto actual de la L.C. art. 165 inc. 2-b.

La apropiación del control es el desplazamiento forzado del controlante por un incursor o en la expresión norteamericana un *raider*.

La toma hostil de control requiere la existencia de sociedades abiertas con una gran cantidad de accionistas inversores, cuyos votos o acciones pretende captar o adquirir un incursor para desplazar a los controlantes existentes, procedimiento largamente difundido en Estados Unidos y más recientemente en Europa.

Tal toma (o *take over*) está regulada en nuestro medio respecto de las sociedades que hacen oferta pública por las normas generales de la ley 17.811 de oferta pública de valores y por las normas especiales de la resolución 190/91 arts. 8 y 9 de la Comisión Nacional de Valores que sigue en líneas generales los criterios del derecho comparado en la materia tendientes a brindar igualdad de oportunidades a todos los accionistas así como posibilitar contraofertas de los controlantes.

La configuración o consolidación de una posición de control puede v.g. realizarse mediante la celebración de un contrato de sindicación de acciones entre accionistas titulares de una mayoría controlante o la constitución de una sociedad inversora a la que aportarían los referidos accionistas sus acciones.

La licitud del contrato de sindicación de acciones motivo de controversias doctrinarias en el pasado ha sido admitida expresamente en relevantes decisiones jurisprudenciales.

A tal criterio favorable se hace mención en la exposición de motivos de la L.S. aunque la misma no regula tal contrato por considerarlo un negocio jurídico parasocietario. La ley 23.696 art. 38, impone la sindicación y la resolución general 190/92 C.N.V., art. 2, inc. r, admite la misma. Se trata pues de un contrato innominado pero lícito a la luz del C.Civil art. 1197 y 1143.

La validez de la sociedad de inversión resulta de la L.S. art. 31.

VI. LA LEY DE SOCIEDADES Y LA CONFIGURACION DE UN GRUPO SOCIETARIO: LA DESCENTRALIZACION

Un grupo societario puede configurarse también por la vía de la escisión regulada en la L.S. art. 88.

Otro procedimiento consiste en la constitución de filiales.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la L.S. art. 1 veda a contrario sensu la constitución de una sociedad unimembre y que la L.S. art. 94 inc. 8vo. establece la disolución de la sociedad por reducción a uno del número de sus miembros.

Con todo de hecho se admite la constitución de filiales mediante consocios con participaciones mínimas.

Además los más recientes proyectos de reforma de la L.S. propugnan a la persona societaria unimembre.

VII. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: LA EXPOSICION CONTABLE

La L.S. en su texto originario de 1972 reguló determinadas cuestiones particulares motivadas por la incidencia del control en los grupos de sociedades.

Una de estas cuestiones particulares es la exposición de la situación grupal en los estados contables porque los negocios entre sociedades relacionadas se desenvuelven generalmente en condiciones diversas de las de plaza y consecuentemente determinados estados de situación patrimonial y ciertos resultados provienen de la relación intersocietaria lo que debe darse a conocer para cumplir la pauta de claridad de contable (C.Com. art. 43).

Aquí la L.S. arts. 63/66 se inspiró en la legislación italiana incluidas las reformas posteriormente introducidas en el C.Civil italiano en 1974, prescribiendo la información sobre créditos, inversiones, deudas y relaciones con sociedades controlantes, controladas y vinculadas.

La ley reformativa 22.903 impuso a las sociedades controlantes de la L.S. art. 33 inc. 1 la presentación como información complementaria de estados contables anuales consolidados (L.S. art. 62).

Sobre estos puntos debe tenerse en cuenta que:

1) La L.S. califica como controlante a la controlante externa resultante de vínculos no contractuales y además admite el control indirecto aun en el caso de control vincular.

2) No está literalmente prevista en la L.S. la exposición de la situación grupal en grupos en los que no existe una sociedad controlante.

VIII. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: LAS PARTICIPACIONES SOCIETARIAS RECÍPROCAS.

En el control grupal las participaciones recíprocas plantean los problemas del aguamiento del capital y del apoderamiento del voto por los administradores.

El aguamiento de capital se presenta inequívocamente cuando una sociedad adquiere sus propias acciones con lo que respalda ficticiamente su capital con un activo integrado por acciones componentes del mismo capital.

Es por esto que la adquisición de las propias acciones está sujeta a un régimen restrictivo (L.S. arts. 220/221).

El fenómeno se repite en las participaciones recíprocas generadas mediante suscripciones mutuas consecuentemente vedadas (L.S. art. 32 primer párrafo).

En las participaciones recíprocas provenientes de adquisiciones mutuas de acciones el aguamiento del capital puede producirse pero no es forzoso que ello ocurra como se evidencia v.g. en los casos de incorporación o absorción cuando entre la incorporante y la incorporada hay participaciones recíprocas que implican no una merma sino un incremento patrimonial, incremento que debe contrabalancearse en el pasivo con un fondo de reserva por prima de fusión o boni de fusión en su expresión francesa.

Por lo tanto el tratamiento legislativo no puede ser tan riguroso como los de adquisición de propias acciones y de suscripción recíproca, a lo que se suma que la adquisición recíproca favorece relaciones intersocietarias benéficas para el desarrollo empresarial.

En consecuencia la L.S. sólo regula las adquisiciones recíprocas entre controlada y controlante poniendo un tope a la adquisición por la controlada y con ello un dique a la influencia de la controlante para que ésta no logre a su respecto un resultado similar al de la suscripción recíproca o al de la adquisición de las propias acciones menguando su patrimonio.

El apoderamiento del voto por los administradores finca en que los adminis-

tradores sin ser accionistas mediante el arbitrio de convertir a la sociedad en accionista utilizan en la asamblea los votos de las acciones incluidas en el activo social y es así que cuando se admite la adquisición de acciones propias se suspenden sus derechos y no se computan para la determinación del quórum (ni de la mayoría (L.S. art. 221).

Este apoderamiento del voto es relevante en las adquisiciones recíprocas cuando los administradores de la controlante obtienen por esta vía el control de la misma utilizando los votos de la controlada.

La L.S. art. 32 no contempla esta faceta del asunto, a diferencia del C.Civil italiano art. 2359 bis que soluciona de cuajo la cuestión vedando el voto de la controlante en la controlada.

En otra norma referida a participaciones societarias respecto de las sociedades meramente vinculadas la L.S. impone la obligación de comunicar participaciones de más del 25% (L.S. art. 33 in fine) aunque tal tenencia no configura una minoría bloqueante.

Otra cuestión concerniente a las participaciones societarias que indirectamente incide sobre los grupos societarios es la del tope a dichas participaciones previsto por la L.S. art. 31.

La L.S. art. 31 limita el monto de las participaciones societarias salvo en las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, ello con ciertas excepciones y determinadas exclusiones.

La norma apunta a la preservación del objeto social pero incide indirectamente en la temática del grupo participacional al poner topes.

Por otra parte amplía el concepto de sociedad prevista en el art. 1 para la producción o intercambio de bienes o servicios, pues admite a la sociedad de inversión en la que los servicios pueden estar destinados no a terceros sino a los mismos socios.

En principio la sociedad de inversión no concierne a la concentración societaria pues su finalidad es semejante a la de los fondos comunes de inversión estructurado en nuestra legislación como un condominio sui generis (ley 15.885 cuya reforma se anuncia) pero en otros ordenamientos como una sociedad.

Sin embargo la sociedad de inversión puede servir para constituir la sociedad matriz de un holding.

Es de notar que la L.S. no sólo brinda un concepto amplio de la función de la sociedad comercial sino que además expresamente permite que la forma de sociedad sea adoptada por una asociación (L.S. art. 3) o sea que la L.S. acepta la utilización del negocio societario como negocio jurídico indirecto.

IX. EL CONTROL GRUPAL: LA FISCALIZACION PRIVADA Y ESTATAL

El control grupal afecta a la fiscalización privada y estatal.

En una solución concordante con el modelo italiano C.Civil art. 2399 la L.S. arts. 286 inc. 2 y 280 declaran incompatibles para los cargos de síndicos y consejeros a los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante.

Singularmente si bien se prohíbe ser mandatarios de los accionistas a los directores, síndicos, consejeros, gerentes y demás empleados de la sociedad no se incluye a los de otra sociedad controlada o controlante (L.S. art. 239).

De todas formas se cuestiona la eficacia del régimen de fiscalización privada que la reforma de 1983 declaró prescindible salvo para las sociedades sujetas a fiscalización estatal permanente (L.S. art. 284 in fine).

Respecto a las sociedades sujetas a fiscalización estatal permanente se extiende tal fiscalización a sus controladas o controlantes.

La fiscalización estatal permanente y limitada concerniente a las sociedades anónimas (L.S. art. 299) y en comandita por acciones (L.S. art. 316) también está cuestionada y se propugna su derogación.

X. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: EL DERECHO DE INFORMACION

En la L.S. no existen normas expresas al respecto como pueden ser las de la A.G. alemana art. 335 pero en el caso de los grupos participacionales cuya controlante debe presentar como información complementaria estados contables anuales consolidados (L.S. arts. 33 inc. 1, 62 párrafo 3) es obvia la procedencia de un derecho de información al respecto.

Fuera de ello y en ausencia de normativa especial puede señalarse que:

1) En los grupos participacionales la sociedad participante por intermedio de sus administradores tiene el derecho de información del accionista en la sociedad participada (L.S. arts. 284, 280).

Desde este enfoque la controlante indirecta no tiene derecho de información.

2) En los grupos vinculares contractuales el derecho de información de las sociedades contratantes es el correspondiente al contrato respectivo que es ley para las partes (C. Civil art. 1197) y debe cumplirse de buena fe (C. Civil art. 1198).

Desde este enfoque la controlante indirecta no tiene derecho de información.

3) En los grupos vinculares no contractuales no hay en principio derecho de

información entre las sociedades agrupadas.

XI. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA CONTROLANTE POR EL DAÑO CAUSADO A LA CONTROLADA

No hay normas particulares al respecto por lo que deben aplicarse las reglas generales de responsabilidad.

En consecuencia si los administradores de la sociedad controlante imponen a la sociedad controlada una conducta dañosa, deberán indemnizarla según las pautas de la responsabilidad extracontractual (C.Civil arts. 1072, 1109) ello sin perjuicio de la responsabilidad de la controlante por la torpeza de sus administradores (C.Civil art. 43) y por su propia torpeza (L.S. art. 54).

XII. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA CONTROLADA POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTROLANTE

Los administradores de la sociedad controlada responderán personalmente sino demandan a la sociedad controlante y a sus administradores la reparación de los daños causados a la controlada por la torpeza de la controlante.

El reclamo de tal indemnización incumbe al órgano societario de administración (L.S. art. 255) en la faz de la gestión operativa concerniente a la realización de las operaciones propias de las actividades del objeto social, y hace a los deberes de lealtad y diligencia del administrador (L.S. arts. 59, 274):

Es de tener en cuenta que en un grupo societario median entre las sociedades agrupadas operaciones hechas en condiciones distintas de las de plaza, lo que implica que una sociedad brinda un tratamiento favorecido a otra.

Esto es lícito y como tal debe exponerse en los estados contables para que los lectores de los mismos conozcan el origen de determinadas situaciones patrimoniales y de determinados resultados de ganancias o pérdidas.

De todas formas si una sociedad fuera permanentemente favorecida y otra constantemente desfavorecida, ello importaría una desviación de beneficios inadmisibles.

Esto significa que en un grupo las operaciones favorecidas deben compensarse en ciclos apropiados para que ninguna sociedad resulte perjudicada.

Por tanto es lícito que los administradores de una sociedad controlada admita operaciones que la desfavorecen, pero las mismas tienen que compensarse en tiempo adecuado y de no ser así deben demandar la indemnización pertinente.

Es de notar que el fenómeno de las relaciones favorecidas también tiene lugar con la consiguiente carga de exposición contable, entre sociedades no agrupadas sino meramente vinculadas (L.S. art. 33 segunda parte).

XIII. LA LEY DE SOCIEDADES Y EL CONTROL GRUPAL: LOS ACCIONISTAS EXTERNOS

La L.S. como ya se dijo no contempla la posibilidad de grupos societarios vinculares de derecho y por lo tanto no tiene norma alguna particular para la tutela de los accionistas externos al grupo.

La salvaguarda de los derechos de los accionistas externos al grupo queda por tanto regulada por las normas concernientes a la responsabilidad del controlante torpe (L.S. arts. 54 y 33), de los administradores de la controlada (L.S. arts. 59, 274) y de los administradores de la controlante (C.Civil' arts. . 1072, 1109).

XIV. LA LEY DE CONCURSOS Y EL GRUPO SOCIETARIO.

En materia falencial la L.C. 19.551 en 1972 adoptó en su art. 165 la solución francesa de la extensión de la quiebra al dueño del negocio, pero sometiendo la caracterización a mayores exigencias.

Esta solución del dueño del negocio es obviamente aplicable a los supuestos de grupos de sociedades, y fue la que en definitiva utilizó la Corte Suprema en el caso Swift aunque invocando otros principios jurídicos concernientes a la simulación y al fraude pues la L.Q. 11.719 no prevenía la extensión de la quiebra en el caso.

La ley 22.917 de 1983 modificatoria de la L.C. 19.551 amplió los casos de extensión de la quiebra.

La actual L.C. art. 165 inc. 1 dispone la extensión de la quiebra al dueño torpe del negocio sea la quebrada principal una sociedad (recaudo del texto anterior) o no; tal torpeza exige la conjunción de la simulación ilícita, el abuso de derecho y el fraude. Queda incluido el controlante torpe sin que sea necesaria la existencia de un grupo societario o grupo económico.

La L.C. art. 165 inc. 2 prevé la extensión de la quiebra al controlante interno torpe cuando hay un grupo económico, habiéndose dañado el patrimonio de la sociedad controlada mediante la desviación indirecta de beneficios a favor del controlante persona física o jurídica o de otra sociedad del grupo.

Este supuesto debe interpretarse restrictivamente (L.C. art. 165-11).

La actual L.C. art. 165 inc. 2 caracteriza al control en términos similares a los del texto original de la L.S. art. 33 o sea que se refiere al control interno o participacional excluyendo al control externo o vincular, pero no define claramente

si se refiere al control interno de derecho o al control interno tanto de derecho como de hecho.

A esta imprecisión se suma que la actual L.S. art. 33 abarca al control interno de derecho (L.S. art. 33 inc. 1), al control interno de hecho (L.S. art. 33 inc. 2 parte primera) y al control externo (L.S. art. 33 inc. 2 parte segunda).

Frente a la discrepancia en la caracterización del control entre la L.C. y la L.S. puede entenderse que:

1) Dado el caso de control regulado por la L.C. art. 165 inc. 2 corresponde la extensión de la quiebra al controlante interno torpe, aunque es ambiguo si está comprendido el controlante interno de hecho.

2) En la quiebra dependiente podrán verificar los acreedores del respectivo fallido perjudicados por su ejercicio torpe del control para lo que deberán acreditar su condición de tales según la L.S. arts. 33 y 54; según la L.S. art. 33 para atribuir el carácter de controlante al fallido y según la L.S. art. 54 para calificar la torpeza de dicho fallido.

Extendida la quiebra corresponde aplicar el régimen de masas separadas (L.C. art. 165-7) pero ello no impide que los acreedores de la controlada fallida puedan presentarse a verificar en la quiebra del controlante torpe mediante la invocación de los supuestos de la L.S. art. 54 parte segunda.

Finalmente la L.C. inc. 3 contempla el supuesto de confusión patrimonial.

Este es uno de los casos clásicos de vicio estructural en un grupo de sociedades, vicio consistente en una simulación ilícita pues se atribuye un mismo patrimonio a varias personas.

Los otros dos casos clásicos de vicios estructurales en un grupo societario son la confusión administrativa y la capitalización insuficiente.

La confusión administrativa implica la imposibilidad de distinguir que sociedad del grupo es la obligada e implica un abuso del derecho cuya consecuencia es la responsabilidad directa de las sociedades involucradas pues se trata en definitiva de un caso de existencia de una sociedad irregular entre todas las sociedades del grupo, sociedad irregular en la que cualquier socio obliga a dicha sociedad (L.S. art. 24) cuya quiebra comporta la extensión a las sociedades socias por la vía de la L.C. art. 164. Es obvio que la declaración de quiebra de la sociedad irregular requiere la previa acreditación de su existencia en forma adecuada.

La capitalización insuficiente es un caso de fraude prima facie no incluíble en la L.C. art. 165 inc. 2 y 3 aunque sí en la L.C. art. 165 inc. 1 de reunirse los restantes recaudos de esta norma.

XV. LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO Y EL GRUPO SOCIETARIO

La Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) 20.744 t.o. decreto 390/76 encara el tema de la concentración societaria para tutela del trabajador mediante normas de extensión de responsabilidad laboral a terceros (L.C.T. arts. 30 y 31) cuya finalidad es similar a las reglas que invalidan la interposición de personas (L.C.T. art. 14).

La L.C.T. art. 30 extiende la responsabilidad ante los trabajadores y la seguridad social en casos de subcontratación y delegación de trabajos y servicios correspondiente a la actividad normal y específica del contratista y del delegante aunque no medien dolo o culpa por parte del mismo.

Esta norma aplicable al controlante externo le atribuye una responsabilidad objetiva de garantía, y alcanza *prima facie* a los contratos de distribución comercial tales como la franquicia o *franchising*.

La L.C.T. art. 31 extiende la responsabilidad ante los trabajadores y la seguridad social a las empresas integrantes de un conjunto económico cuando hayan mediado maniobras fraudulentas vale decir dolo (arg. C.Civ. art. 954, 931) o conducta temeraria vale decir culpa grave (arg. C.Civ. art. 502).

Ello amplía a la culpa grave el presupuesto de dolo subyacente de la L.C. art. 54 parte segunda.

La L.C.T. art. 31 se refiere a empresas y no a sociedades pero es obvio que concierne a los grupos societarios, ya se trate de grupos configurados por la existencia de una sociedad matriz o de grupos configurados por la existencia de accionistas o socios comunes, y que comprende al control interno o participacional y al control externo o vincular ambos en todas sus variantes (de derecho y de hecho; contractual y no contractual) y

La responsabilidad de la L.C.T. art. 31 se imputa a la controlante torpe y además a las cocontroladas.

XVI. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA CONCENTRACION SOCIETARIA

La finalidad de la ley de defensa de la competencia (L.D.C.) es garantizar la libre concurrencia y reprimir las conductas que la lesionan.

La L.S. favorece a la concentración societaria porque parte del criterio de que la sociedad comercial debe aplicarse sustancialmente a una empresa económica y de que es conveniente atender al crecimiento empresarial.

Como antes se vio la concentración societaria se exterioriza en:

- 1) El agrupamiento de sociedades mediante la coordinación a través de

agrupaciones y la subordinación a través de grupos.

2) La unificación de sociedades mediante la fusión.

De la concentración coordinativa o sea de la agrupación societaria pueden surgir actuaciones concertadas en el mercado restrictivas de la competencia.

De la coordinación subordinativa o sea del grupo y de la unificación o sea de la fusión puede resultar una posición dominante en el mercado que a su vez sea ejercida abusivamente en desmedro de la competencia.

Los supuestos de la actuación concertada restrictiva y del ejercicio abusivo de la posición dominante son la base del ordenamiento de la L.D.C.

La L.D.C. del año 1980 protege la libre concurrencia en el mercado para beneficio del consumidor pero no agota toda la normativa al respecto pues existen otras reglas tales como el delito de agiotaje (C.Penal art. 301 inc. 1); el ordenamiento de los derechos antidumping y compensatorios (Código Aduanero ley 22.415 art. 688), la ley de lealtad comercial 22.802.

La L.D.C. está inspirada en el régimen de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma tomando algunas pautas de la ley española de 1963.

Consecuentemente la L.D.C.:

1) Descarta la existencia de actos anticompetitivos ilícitos per se con prescindencia de sus efectos.

2) Desdobra la caracterización de los actos competitivos en actos y conductas propios de la concentración y en actos y conductas propios del ejercicio abusivo de la posición dominante.

3) El logro de una posición dominante no es de por sí ilícito.

Con referencia a la concentración societaria cabe destacar que:

1) La L.D.C. no requiere autorización alguna ni información anterior o posterior a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia cuando se adquiere una posición de control de la que resulte un grupo de sociedades, se constituya o establezca una filial, se celebre una fusión o escisión o se celebre un contrato de unión transitoria de empresas.

Debe comunicarse a la C.N.D.C. la celebración de un contrato de agrupación de colaboración una vez inscripto, pero ello en virtud de la normativa societaria (L.S. art. 369).

2) La configuración de un grupo de sociedades o la fusión de sociedades aunque conduzca a una posición dominante no tipifica 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.

No hay dictámenes de la C.N.D.C. ni por tanto pronunciamientos judiciales al respecto pero debe recordarse el antecedente europeo de la sentencia de la Continental Can de 1971 en la que se decidió que una operación de adquisición de

control estaría vedada por el art. 86 del Tratado de Roma.

La tendencia prevaleciente en el derecho comparado impone la autorización previa para las adquisiciones de control y fusiones.

3) Los acuerdos entre sociedades del mismo grupo no estarían en principio alcanzados por la L.D.C. por no ser competidoras entre si, conforme a los precedentes del derecho comunitario europeo.

XVII. LA LEGISLACION FISCAL Y EL GRUPO SOCIETARIO

La legislación fiscal adoptó el concepto de conjunto económico en el decreto-ley 18.229/43 modificatorio de la ley de impuesto a los réditos 11.682, basándose en la normativa tributaria norteamericana que beneficiaba a la reorganización de sociedades por reunión, adquisición de acciones y división o sea a los procedimientos de concentración.

La caracterización tributaria del conjunto económico se pulió en la ley 18.527 de 1969 reformativa del art. 71 de la ley 11.682, e incidió en otras normativas tales como la Ley de Inversiones Extranjeras 20.557 de 1974 y la Ley de Entidades Financieras 18.061 art. 10 en su modificación por la ley 20.574 de 1974.

La Exposición de Motivos de la L.S. hizo mérito de la reorganización de empresas presupuesto del conjunto económico, aunque se sostiene en la literatura especializada que el concepto de reorganización difiere de su modelo norteamericano y no tiene asimilación en nuestro derecho comercial o civil.

El concepto de conjunto económico ha planteado cuestiones tales como la solidaridad de los integrantes del grupo, y la caracterización de las operaciones celebradas entre matriz y filial a lo que antes nos hemos referido.

Asimismo en materia fiscal repercute sobre la concentración societaria el principio de la realidad económica (ley de procedimiento fiscal 11.683 t.o. decreto 1769/1974, arts. 11 y 12) utilizado tanto en pro del Fisco como del contribuyente sobre lo que nos remitimos a lo antes dicho.

XVIII. LA LEGISLACION FINANCIERA Y EL GRUPO SOCIETARIO

En la legislación de entidades financieras la cuestión de los grupos societarios se presenta con motivo de las operaciones con los directores y administradores y con personas o empresas vinculados con ellos en condiciones mas favorables que las acordadas de ordinario a la clientela (Ley de Entidades Financieras L.E.F. 21.526 art. 28 con antecedentes en la ley 18.061 art. 24 inc. e y en el decreto-ley 13.127/1957 art. 18).

En las reglamentaciones del B.C.R.A. se determinan las pautas conforme a las que se consideran que dos o mas personas físicas o jurídicas forman un conjunto o grupo económico cuando de hecho o de derecho la unidad de decisión, el control patrimonial o la participación en el capital, entre otras modalidades de la estructura societaria del conjunto, revelen la existencia de una relación de persona física o sociedad controlante - controlada.

En otro orden de ideas es de notar que la normativa financiera influyó en la modificación del régimen de contratación de la sociedad anónima con sus directores previsto en el C.Com. arribándose a la solución de la L.S. art. 271.

XIX. CONCLUSIONES

La regulación de los grupos societarios está contenida sustancialmente en la L.S. redactada dentro de los lineamientos generales del derecho italiano aunque con innovaciones relevantes como la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Además la normativa sobre grupos se integra con la L.C. inspirada en este aspecto principalmente por el derecho francés y con ordenamientos sectoriales algunos de ellos de origen norteamericano como los regímenes fiscal, bursátil y antimonopólico.

En su conjunto tal legislación es satisfactoria.