

LA PARICION ARGENTINA DEL DERECHO DE GRUPOS Y LA NECESIDAD DE SU ARMONIZACIÓN

ARNOLDO KLEIDERMACHER

RESUMEN DEL CONTENIDO

Armonización y reforma del art. 161 inc. 2 de la Ley de Concursos y Quiebras, y el art. 8, inc. a). I del Decreto 677/01, e incorporación de la problemática del socio externo en el proyecto de reforma a la ley de sociedades, respecto de una política de grupos.

INTRODUCCION

Con el Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales¹ (en adelante, el Proyecto) y especialmente con las propuestas realizadas para el texto del art. 54 y en coincidencia con el art. 59, podría decirse que formalmente ha parido el derecho de grupos en la Argentina.

¹ Legislación Argentina, Boletín N° 6, Ed. El Derecho, 23 de abril de 2004.

En efecto, se convierta o no en ley dicho Proyecto, su antecedente será considerado sin duda como el primer esbozo de tratamiento expreso en la materia.

No obstante, y a pesar de lo que consideramos una correcta hermenéutica del Proyecto, si bien el mismo cita y meritúa, en distintos pasajes, el decreto delegado 677/01 (B.O. 28/05/01), denominado Régimen de Transparencia de la Oferta Pública, no armoniza adecuadamente lo previsto en el art. 8, inc. a).I, con su propuesta ni con lo dispuesto por la ley concursal 24.522, en su art. 161, inc. 2, lo que mantiene una confusión trascendente para la vigencia del nuevo derecho de grupos, que resulta imprescindible aclarar, eliminando toda posibilidad de duda al respecto, definiendo con certeza el régimen aplicable.

DESARROLLO

En distintas oportunidades², nos hemos referido a la necesidad

-
- ² Kleidermacher, Arnoldo. *Consortios de Exportación*, en conjunto con el Dr. Silva Garretón, presentado en el Primer Congreso de Derecho Societario, realizado por la Universidad de Córdoba, publicado por Editorial Depalma (1977)
- Kleidermacher, Arnoldo. *Hacia una Ley Nacional de Grupos de Interés Económico - Grupos de Interés - Sociedad Multinacional y Transnacional*, presentado a las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, publicado en "Contratos de Empresa", Editorial Alcalí (1977).
 - Kleidermacher, Arnoldo. *Hacia la subjetivación de la responsabilidad de los Directores*, en conjunto con la Dra. Ana M. Aguinis, presentado en el Congreso Nacional de Derecho Comercial - III Congreso de Derecho Societario. Salta, 1982.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *El Abuso de Poder de la Mayoría*, en conjunto con la Dra. Ana María Aguinis. Revista "Temas de Derecho Comercial", Editorial Abaco, Primer número (1983), profesores invitados a publicar trabajos en homenaje al Dr. Salvador Perrotta, pp. 163 a 185.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *La desprotección del tercero de buena fe y el art. 54 de la ley 22.903 - Paradoja de la Reforma* - en conjunto con la Dra. A. M. de Aguinis - Presentado en el Congreso de la Asociación de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, realizado en el Teatro General San Martín, 1984.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *La colaboración empresarial y las reformas de la Ley 22.903. Las Agrupaciones de Colaboración y las uniones transitorias de Empresas* - Publicado en la Revista La Información Contabilidad y Administración. Marzo de 1985.
 - Kleidermacher, Arnoldo y Guyenot, Jean. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1985.
 - Kleidermacher, Arnoldo y Kleidermacher, Jaime. *Novedades en las Cuestiones de Extranjería en la Ley Concursal y su Vinculación con la Ley Societaria*, publicada en el libro de ponencias Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano - III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Instituto de Derecho Comercial N°7, Universidad Notarial Argentina. Ed. Ad-Hoc. Tomo III, pag. 171 (1997)
 - Kleidermacher, Arnoldo. *Grupos y concentración de sociedades. Control. Nacionalidad y actuación extraterritorial de las sociedades*, publicado en el libro de ponencias del XXXVI

de legislar sobre los grupos económicos, y hoy vemos con satisfacción, luego de 27 años de tal prédica, que aparece una propuesta seriamente elaborada en la materia.

Claro está que, tal como venimos observando, también mantenemos una incongruencia entre las disposiciones legislativas ut supra referidas y lo que podría ser el buen camino del Proyecto que armoniosamente recoge la propuesta emanada del grupo Forum³, basada en la Doctrina Rozenblum, y que, en cambio, el Decreto 677/01 desconoce abiertamente. Resulta más dramática conceptualmente la infortunada redacción del art. 161 de la ley concursal, cuya reforma es insoslayable.

Por orden de aparición, aun cuando continúa la Ley 19.551, corresponde analizar primeramente la Ley 24.522, cuyo art. 161, inc. 2, reza:

Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira" de la Academia Nacional del Notariado, Tomo II, Buenos Aires, Noviembre de 1998, p. 46 a 75.

- Kleidermacher, Arnoldo. *La Desnaturalización del Art. 54 de la Ley de Sociedades*, publicado en La Protección de los Terceros en las Sociedades y en los Concursos, VII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Editorial Ad-Hoc, junio de 2000, pág. 39.
 - Kleidermacher, Arnoldo y Romero, Miguel A. "Las vinculaciones entre empresarios: Las técnicas contractuales y societarias", publicado en el Tratado Teórico-Práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico, Unidad Temática XVII "Los procesos de integración y las vinculaciones empresarias", Ediciones Macchi, junio de 2000. Desarrollado en el texto y en el CD que lo acompaña.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *De la necesidad de una regulación específica sobre grupo societario y protección al socio externo*, publicado en el libro de ponencias del VIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo IV, Rosario, Pcia. De Santa Fe, Septiembre de 2001, p. 149 a 168.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *De los daños y perjuicios al socio externo como consecuencia de la dirección unificada en los grupos*, trabajo incluido en el libro "Derecho de Daños - Daños en el Derecho Comercial - Quinta parte", en homenaje al Dr. Isaac Halperin, Ed. La Rocca, Bs. As., 2002.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *El Nuevo Orden Jurídico Societario (y la Contratación de los Directores en la Emergencia)*, publicado en la Revista Doctrina Societaria y Concursal N° 176, Ed. Errepar, julio 2002, pag. 345.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *El desafío de legislar sobre grupos económicos o el peligro de quedar atrapados en prejuicios redivivos del pasado*, publicado en el libro de ponencias del II CONGRESO ARGENTINO - ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, "Las Sociedades Comerciales, los Administradores y los Socios", Iguazú, Misiones, junio 2003, Tema 3, pag. 183.
 - Kleidermacher, Arnoldo. *Grupos Económicos del Mercosur*. Ponencia presentada en las VIII Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, Pcia. de Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2003.
- ³ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa, Revista de Derecho Mercantil, N° 232, Madrid, 1999.

“ARTICULO 161. Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende:

1) ...

2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A los fines de esta Sección, se entiende por persona controlante:

a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;

b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.”

En esta concepción, el legislador o bien asume que someter a la controlada a una dirección unificada implica desviar indebidamente su interés social, o la dirección unificada es un supuesto independiente de extensión de quiebra.

Cualquiera de estas interpretaciones implica un grueso error conceptual. En efecto, consideramos por nuestra parte a la dirección unificada como de la esencia de la composición grupal o concentración societaria por el control, y no vemos en ello ilicitud alguna.

Como dice Manuel María Sánchez Alvarez, “el fenómeno de los grupos (*sin dirección unificada*) quedaría jurídicamente sin nervio, reducido a un simple fenómeno económico, con algunas y aisladas peculiaridades jurídicas. El grupo no sería otra cosa que una mera asociación de empresarios sui generis, caracterización que terminaría por poner en tela de juicio la viabilidad del grupo como institución jurídica”⁴.

⁴ “Embidi Irujo, J. M. La problemática de los grupos, en AA.VV., La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada II, Madrid, 1996, pág. 1238, lo considera el problema jurídico central”, citado por Manuel María Sánchez Alvarez, Grupos de sociedades y responsabilidad

El mencionado autor señala que en el plano dogmático hay dos concepciones básicas para establecer el elemento caracterizador del grupo. La primera, orientada por la doctrina francesa e italiana, ubica al control como el elemento característico y protagónico del grupo⁵. La segunda, elaborada por Alemania, privilegia la existencia de la dirección unitaria o centro de poder como elemento esencial en la formación grupal.

Sánchez Alvarez asume que tomar como elemento característico la dirección unitaria tiene un mejor fundamento dogmático, y es por ello que su influencia es creciente, inclusive también en Italia⁶.

Cabe observar que en el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, art. 223.1, y en el proyecto preliminar de directiva de armonización del derecho de los grupos de sociedad, art. 33.1, se coincide en que el grupo se caracteriza por una dirección única, admitiendo la existencia de grupo sólo cuando existe un centro de poder⁷.

En esta posición nos enrolamos, ya que entendemos que poseer el control para dirigir la sociedad y no ejercerlo o realizarlo sin considerar la armonía del interés grupal, nos resulta ciertamente un supuesto harto difícil en la práctica, vacío y en tal caso verdaderamente diletante.

Lo que sucede normalmente es que el control se ejerce en función del interés grupal y esto no es un "sometimiento" cargado de ilicitud que debe ser sancionado. El legislador vuelve a viejos prejuicios que no ha logrado superar del todo, ni comprender cómo funciona un grupo societario.

En consecuencia, habría que alinear el inc. 2 del mencionado

de los administradores, Revista de Derecho Mercantil, N° 227, Madrid, 1998, nota al pie N° 5, pág. 119.

⁵ "Dedier, P., Droit commercial. Tome 3. Le marché financier. Les groupes de sociétés, Paris, 1993, pág. 313", citado por Manuel María Sánchez Alvarez, Ob. cit., nota al pie N° 20, pág. 123.

⁶ "Aunque en este país, cada vez son más los autores que se adhieren al criterio de la dirección unitaria como nota característica del grupo; por todos, vid., Buttarò, L., "La responsabilità degli amministratori della capogruppo", en AA.VV., I gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995. Volume primo, Milano, 1996, pág. 741", citado por Manuel María Sánchez Alvarez, Ob. cit., nota al pie N° 21, pág. 123.

⁷ Girón Tena, J., Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran S.A. Los grupos de sociedades, Méjico-Valladolid, 1965, pág. 124: "el poder es único", citado por Manuel María Sánchez Alvarez, Ob. cit., nota al pie N° 27, pág. 124.

art. 161 con el Proyecto en su art. 54, dejando en claro que la responsabilidad de la controlante se producirá cuando se decreta la quiebra de la controlada con motivo de no haberse cumplido con la propuesta del 3º párrafo innovador del art. 54, que tornaría legítimo el accionar del grupo. Nos explicamos.

Como expresamos ut supra, para que haya grupo debe haber control y dirección unificada. En tal sentido, el Proyecto que recoge la teoría emergente del caso Rozenblum, que luego resumiremos, en el eventual nuevo art. 54, 3º párrafo, establece que es legítima una política de grupo que compense desventajas o pérdidas con utilidades de una controlada en beneficio del interés grupal. Así se expresa:

“En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal, en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada.”

Vale decir, si la insolvencia de la controlada puede atribuirse a la política grupal por el no respeto de un accionar legítimo, pues las desventajas que se infligieron a la controlada no se compensan con el equilibrio de los beneficios y en su caso la llevan a una situación concursal, entonces se hará pasible de la extensión de la quiebra a la controlante; pero si este no es el supuesto y la quiebra obedece a otros factores no atribuibles a la política grupal, tal extensión no debe producirse y, por otra parte, desde luego que de ninguna manera puede considerarse que el mero hecho de que exista una dirección unificada pueda implicar la desnaturalización del interés social de la controlada.

Así, pues, resulta indispensable la reforma del texto del señalado art. 161, inc. 2 de la Ley de Concursos y Quiebras, como venimos proponiendo reiteradamente, que se vuelve incontrastable ya con la aparición del Proyecto.

En cuanto al art. 8, inc. a) I, del Decreto 677/01, revisemos la necesidad también de su reforma, pues el mismo establece:

“ARTICULO 8º — Deber de lealtad y diligencia. En el ejercicio de sus funciones las personas que a continuación se indican deberán observar una conducta leal y diligente. En especial:

a) Los directores, administradores y fiscalizadores de las emisoras, estos últimos en las materias de su competencia, deberán:

D) Hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes.”

Como consecuencia de ello, la posibilidad de la existencia de grupo en el caso de que una de las integrantes sea una empresa que cotiche en Bolsa, o sea, pertenezca a la órbita de la oferta pública, será inexistente.

En efecto, según lo expuesto, cuando le imponemos a un director hacer prevalecer el interés social de la sociedad en la que es director por encima de su controlante, impedimos el funcionamiento aun lícito del grupo.

Ratificamos al respecto que existen dos elementos fundamentales para la configuración de un grupo en absoluta licitud: a) existencia de control, b) dirección unificada. Cabe destacar que la doctrina, fundamentalmente en Europa y, a pesar de la inicial irradiación⁸ hoy empaldecida, que establecía como carácter predominante el del control, aun reconociendo la importancia de la dirección unificada, actualmente, a partir de la aceptación generalizada por los especialistas de la Doctrina Rozenblum, la dirección unificada es de la verdadera esencia del manejo grupal, sin cuyo ejercicio el control se convierte en algo estanco, yacente, inoperante, y vacío total de contenido y objetivo.

Recordemos que la Doctrina Rozenblum de la Cour de Cassation⁹, nacida en Francia, estableció lo que podríamos definir como el marco de legitimidad según el cual, constatado que fuere, permite a

⁸ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit.

⁹ “Cass. com., 12-XI-1973, Bull. civ., IV, Nr. 322 (para un préstamo dentro del grupo); Cass. soc., 3-IV-1190, Rev. soc., 1990, pág. 625 con nota de Guyon (para la responsabilidad de la matriz con respecto a las obligaciones de la filial); Court de Rouen, 17-III-1970, Dalloz, 1970, J, 1977; Bouloc, nota a Cass. crim., 4-II-1985, Rev. soc., 1985, pág. 655, Guyon, nota a Cass. com., J.C.P., 1973, ed. gen., II, 17337, también en, GR, 1991, págs. 218, 225; Hannoun, Le droit et les groupes de sociétés, 1991, págs. 92 y sigs; Lamy (nota 1), n° 1938; Lutter, FS Kellermann, pág. 257, 264.”, citado en el trabajo señalado del Forum Europaeum Derecho de Grupos, nota al pie N° 165, pág. 486.

los dirigentes de una sociedad optar por el interés del grupo prioritariamente, sin considerarse punible la desatención del interés de la sociedad dominada.

La pirámide en que se construye dicho status requiere:

- 1) Que el grupo tendrá que ser estructuralmente sólido;
- 2) Que deberá desarrollarse una política coherente;
- 3) Que deberá mantenerse un cierto equilibrio interno entre el conjunto de cargas y beneficios que se han de atribuir convenientemente a cada una de las sociedades.

Como segunda armonización, entonces, debe reformarse el referido art. 8, inc. a) I, de acuerdo a lo que señala el Proyecto en su art. 27, párrafo octavo del art. 59, que expresa:

“Los administradores en los grupos. En los grupos societarios la afectación del interés social por parte de los administradores de cada sociedad componente a los fines de atribución de responsabilidad, deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo con el criterio del tercer párrafo del art. 54, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran”.

El nivel de aceptación por el razonable equilibrio que se ha observado en la elaboración de este status de legitimidad para el obrar de los grupos, ha culminado en la recomendación del forum europeo como una propuesta de directiva europea, estableciendo que si se constata el trípode aludido, se entenderá que los administradores, al seguir en tal caso una política a favor prioritario del interés del grupo, no están actuando en contra de sus obligaciones¹⁰.

Es más, considerando todo el esquema de imputabilidad, de culpa y las distintas atribuciones de responsabilidad, sobre todo en materia de delitos societarios, y enfrentando abiertamente toda esta construcción, un jurista del nivel de Sánchez Calero¹¹ ha señalado que en los casos de dirección unificada, como consecuencia de las relacio-

¹⁰ Forum Europaeum Derecho de Grupos. Ob. cit., pág. 494.

¹¹ “Sánchez Calero (“Administradores”, en Sánchez Calero, dir., Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid, 1994, pág. 278) ha defendido que la pertenencia al grupo puede exonerar de responsabilidad, en determinados casos, al administrador de la sociedad dependiente”, citado por Manuel María Sánchez Alvarez, Ob. cit., nota al pie N° 2, pág. 119.

nes de control, la conducta en ciertos supuestos, de los directores de la controlada debería estar exenta de la responsabilidad.

Por ello, ratificamos la necesidad imprescindible de reforma del art. 8, inc. a) I, siguiendo el esquema del Proyecto.

EL SOCIO EXTERNO

Ahora bien, además de la armonización que propugnamos, debe considerarse la problemática del socio externo y agregarse al Proyecto su debida consideración, según explicamos a continuación.

Nos introducimos aquí en la problemática específica que se produce cuando, como consecuencia de la dirección unificada que imprime el grupo de control en las sociedades que lo componen, un socio minoritario en alguna de tales sociedades, pero que no pertenece al grupo en su conjunto -y por ello lo llamamos socio externo- se ve perjudicado en sus intereses particulares.

En efecto, es posible que en una política grupal pueda decidirse postergar el interés de una de las sociedades integrantes en beneficio del resto del grupo. En tales supuestos, la situación puede devenir neutra para aquellos que integran el grupo, cuando lo que no reciben por un lado, lo compensan por el otro, o beneficiosa, cuando el saldo final es positivo, tal como debiera ser el fundamento lógico de la medida dispuesta. Sin embargo, para el mencionado socio externo —recordemos que lo hemos definido como aquel minoritario de alguna sociedad, pero que no integra el grupo en su conjunto—, sociedad que resulta la dañada en la decisión del grupo, lo concreto es que sólo recibe el perjuicio. Puede tratarse de una postergación en un interés específico, ya sea en un negocio presente, o en una oportunidad dejada de lado, o no debidamente aprovechada, o previsiones para la fortaleza del grupo que pueden implicar menor pago de dividendo, o directamente el no pago en ese ejercicio y, como hemos visto, el desencadenamiento de una situación concursal. En ninguno de estos casos o cualquier otro con el mismo efecto, el socio externo habrá de obtener compensación alguna, lo que es evidentemente injusto y en principio habilitaría la correspondiente acción por los daños y perjuicios sufridos.

Mayor dramatismo existe cuando puede producirse el concurso del grupo como consecuencia de la cesación de pagos de una sociedad del mismo, que irradia sus efectos al resto, pero en la cual el socio externo no tiene acciones.

Estaremos entonces frente a la situación de un socio externo en una sociedad *in bonis* del grupo, que ve arrastrada su compañía a un concurso en el que no tiene interés y en el que podrá tener incidencia la influencia de pasivos extraños. En tal caso, tal vez, y solo tal vez, podría tener una acción de daños contra los responsables eventuales.

Ahora bien, con esta acción de daños y perjuicios, ¿será fácil de obtener la compensación adecuada? ¿Cómo funcionan los tiempos para el accionista externo y cuál es la seguridad que tiene de obtener, aun con una sentencia a su favor, el cobro de su acreencia si la sociedad o el resto del grupo ya no puede responder? ¿A qué otras responsabilidades puede acudir? Y ¿Cuál es la responsabilidad de los directores que desatienden el objeto social de su administrada en beneficio de las otras sociedades del grupo? ¿Cómo funcionan las medidas precautorias para que cese tal actitud de la mayoría? ¿Hay alguna otra acción disponible?¹².

Por lo expuesto, para la debida complementación de la propuesta de reforma, queda claro que debe incorporarse la necesidad de compensar adecuadamente al socio externo, cuando lo hubiere, si por una política legítima de grupos en función de la reforma prevista para el art. 54 sufre perjuicios o desventajas no compensadas por no obtener los beneficios que tendrían las restantes integrantes del grupo en las que no posee interés alguno.

Por otra parte, va de suyo la acción de responsabilidad personal que tendría contra la controlante si su accionar fuere ilegítimo y que debiera tener un andamiaje claro, contundente y específico.

CONCLUSION Y PROPUESTA

En suma, saludamos con alborozo la propuesta de reforma a la

¹² Véase nuestro desarrollo completo de la temática en cuanto al plexo de acciones civiles complementarias y concordantes, efectuadas en el trabajo "*De los daños y perjuicios al socio externo como consecuencia de la dirección unificada en los grupos*", ob. cit.

Ley Nº 19.550 realizada por la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y los Delitos Societarios, mas señalamos la necesidad de armonizar la misma con la legislación vigente, modificando lo dispuesto por la legislación concursal y el Decreto 677/01, lo que sería sumamente sencillo si se aprobara la reforma a la ley societaria y las restantes normas se remitieran al cumplimiento o violación de la nueva ley societaria emergente. Restaría complementarla igualmente con la debida indemnización al socio externo en la controlada que no participa en la compensación que gozan las restantes integrantes del grupo en las que no posee participación, y aun en un accionar legítimo. Sin perjuicio de ello, queda vigente nuestra propuesta de reforma del art. 161, inc. 2 y art. 8, inc. a) I, del Decreto 677/01, sobre cuya inconstitucionalidad no es del caso expresarnos en esta oportunidad.