

Grupos de empresas en la nueva legislación argentina sobre sociedades y quiebras

RAUL ANIBAL ETCHEVERRY

Profesor Titular de Derecho Comercial
Universidad de Buenos Aires
— Argentina

I. La legislación argentina no tiene un tratamiento unitario para regular el fenómeno de los grupos de sociedades y empresas.

En efecto: hay diversas disposiciones que se refieren al control y agrupamiento, entre las que podemos señalar: la ley de sociedades 19.550, la ley de concursos (falencias) 19.551, la ley de inversiones extranjeras 21.382, la ley de impuestos a las ganancias 20.628, la ley del contrato de trabajo 20.744, la ley de entidades financieras y bancos 21.526.

Todas estas leyes regulan, de un modo u otro, el importante fenómeno de *concentración empresarial que tiene lugar en las modernas economías capitalistas*.

He de referirme solamente al régimen de las sociedades comerciales y al de la falencia, por ser los instrumentos más importantes y de mayor generalidad en sus soluciones.

Debemos partir de ciertas premisas básicas que obran como principios generales en materia de agrupamiento.

En el derecho argentino es lícito que empresarios individuales y sociedades se agrupen en conjuntos de subordinación y de cooperación.

El control del grupo está regulado en la ley de sociedades y también en la de concursos para el caso de quiebra.

En la Argentina no está estructurado en normas jurídicas el grupo de derecho, a diferencia de Brasil, que sí lo reconoce. En efecto, el art. 265 de la nueva ley de sociedades anónimas brasileras n° 6.404 admite la convención de grupo y regula sus efectos legales.

A fines de 1983 se dictan en la Argentina dos leyes: la 22.903 que reforma la ley de sociedades n° 19.550; y la 22.917 que reforma la ley de quiebras n° 19.550. El autor de este trabajo intervino en la redacción de la primera.

De estas leyes nacen tres regímenes integrados que resuelven estas diferentes cuestiones:

- a) control entre sociedades y sanción por el uso desviado o abusivo de ese control;
- b) contratos de colaboración entre empresas;
- c) extensión de la quiebra a sociedades de un mismo grupo económico.

II. Como señala KONDER COMPARATO ⁽¹⁾ la sociedad anónima aparece como una "instrucción clave" de los grupos económicos.

Si bien es cierto que es posible que aparezcan los grupos para coordinarse o cooperar entre sí, resulta común la formación de grupos donde se revela la relación de subordinación.

Como dice FRAN MARTINS ⁽²⁾, los grupos de sociedades se constituyen bajo un principio jerárquico: varias sociedades se agrupan conservando su personalidad moral propia, bajo dominación y dirección común de un mismo sujeto de derecho.

En la ley de sociedades argentina 19.550, reformada por la ley 22.903, se han establecido separadamente dos soluciones: una correspondiente al control ejercido entre sociedades coligadas de hecho ⁽³⁾ y otra referente a los acuerdos de colaboración.

En las sociedades coligadas de hecho, mas que el desarrollo de la forma de ligazón, se establece normativamente los efectos del control cuando éste es abusivo o desviado.

Antes de la reforma de 1983, la ley de sociedades argentina regulaba en el art. 33 el control directo, el indirecto y el interno de hecho y de derecho ⁽⁴⁾. En la ley 22.903 se establece un nuevo régimen en el cual

(1) *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio, Forense, 1978, p. 195.

(2) *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio, Forense, vol. 3, p. 430.

(3) Ver el sentido del "grupo de fato" como lo caracteriza el Profesor REQUIAO en *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, vol. 2.º, p. 227, n.º 455.

(4) OTAEGUI JULIO C., *Concentración societaria*, Ed Abaco, 1984, p. 259.

también se atiende al control externo, es decir, el ejercido mediante influencia dominante de una sociedad sobre otra (5).

El actual art. 33 de la ley de sociedades argentina señala lo siguiente:

"Sociedades controladas — Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;

2) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Sociedades vinculadas — Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del 10% del capital de la otra.

La sociedad que participe en más del 25% del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho". (Texto según ley 22.903).

Como se ve, allí queda determinado el control interno y externo en materia societaria; sólo en el primer caso deberán prepararse estados contables consolidados (art. 62 ley 19.550).

El art. 54 de la ley 19.550 también fue modificado por ley 22.903, estableciéndose sanciones por extensión de la responsabilidad a sociedades o personas controlantes que abusaren de las sociedades controladas.

Dicho artículo tiene el siguiente texto:

"Dolo o culpa del socio o del controlante — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica — La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará

(5) Ver al respecto el art. 2.359 del Codice Civile italiano.

directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados" (Texto según ley 22.903).

Respecto del ejercicio del poder de control, hay tres casos:

- a) el daño a la sociedad por acción de su controlante;
- b) el desvío de fondos realizados por la controlante;
- c) el abuso de la personalidad jurídica por parte de la persona controlante.

El daño genera responsabilidad, solución que concuerda con la genérica del Derecho Civil. La responsabilidad importa la obligación solidaria de indemnizar a la sociedad controlada perjudicada.

La aplicación de fondos o efectos de la controlada en beneficio de la persona controlante o de terceros, conlleva la obligación de traer a la sociedad las ganancias resultantes y soportar las pérdidas.

La utilización de la personalidad jurídica como un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, cuando se intente burlar derechos de terceros o conseguir fines extrasocietarios no es admitida por la ley.

El art. 54 dice que cuando ello ocurra, la personalidad como privilegio legal es inoponible y el daño causado se imputará directamente a quienes hayan utilizado tal personalidad.

III. La colaboración entre empresas (sociedades y empresas unipersonales) está admitida en la ley 19.550 a partir de la reforma del año 1983, mediante la ley 22.903.

No se aceptan figuras societarias, ya que los agrupamientos de colaboración son contractuales y no constituyen sujetos de derecho ⁽⁶⁾. Generalmente se dan en forma transitoria.

El nuevo régimen se desarrolla a partir del art. 367 de la ley 19.550 y en él se establecen dos formas estructurales contractuales: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas.

La *agrupación* es un contrato con caracteres de mutualidad e interinidad (art. 367 y siguientes) y no tendrá fines de lucro directo.

La agrupación no puede ejercer funciones de control sobre la actividad de sus miembros (art. 368, *in fine*).

(6) Cfr. nuestro trabajo en la Revista Jurídica *El Derecho*, del 15 de noviembre de 1983: "Notas preliminares sobre grupos de empresas y contratos de colaboración".

Las *uniones transitorias de empresas* se crearan para superar la valla que imponía el art. 30 de la ley.

Pueden formarse uniones transitorias entre sociedades y empresarios individuales, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto.

Este acuerdo, de naturaleza externa, no constituye sociedad ni permite adquirir personalidad jurídica (art. 377).

Es la solución que otorga la ley como respuesta a la necesidad de un marco legal para la actuación conjunta de diversas empresas en el caso de grandes obras e emprendimientos.

IV. *Otras aplicaciones del agrupamiento de sociedades y empresas.*

El régimen fiscal ha desarrollado la noción de "conjunto económico", aplicable a los grupos empresarios que revelen ciertas características de unidad de dirección.

En el caso Kellog Co. Argentina S.A., la Corte Suprema de la Nación admitió, a fines de hallar la realidad económica subyacente, la identidad de un conjunto económico, de naturaleza interna e internacional.

Entre los muchos casos, se puede citar también el de Transportes Versailles, del año 1979.

En materia concursal, se hizo necesaria una elaboración mayor, a partir del notable incremento de las quiebras, producido en el país en los últimos cinco años.

El régimen concursal no tiene — ni puede tener — un sistema propio de legislación grupal.

Pero es menester que la ley de quiebras se refiera al grupo empresario, tanto en el concurso preventivo como en el caso de quiebra, para resolver cuestiones de identidad grupal, en orden a extender o no los efectos concursales.

Debemos partir de la base de considerar que el grupo no es, en nuestro derecho, persona jurídica.

Además, es preciso recordar que cada sociedad tiene y conserva su personalidad, que cada ente responde con su propio patrimonio y que cada una deberá atender el reclamo de sus acreedores.

La jurisprudencia se encargó de demostrar la necesidad de una regulación legal, que se alcanzó recién en el año 1983.

V. *Casos de jurisprudencia mas relevantes en materia concursal.*

Del año 1971, con sentencia de Corte 1973, es el caso SWIFT-Deltec. En él se manejaron las concepciones de penetración de la personalidad y de unidad económica del grupo.

Por esa razón se extendió la quiebra.

En el caso Nogoyá, de 1971, también la jurisprudencia entendió que había existido confusión patrimonial lo que justificaba tratar a la masa del grupo como una sola.

En 1977 se resuelve el caso Pazmallman. Se decreta una sola quiebra por confusión patrimonial y confusión de personalidad jurídica.

Se forma una sola masa activa y otra pasiva y se reconoce la existencia de un grupo controlado por una holding y su operar mediante la utilización de dirigentes de hecho.

Los supuestos más resonantes y recientes se dan en grandes grupos de empresas que cuentan con una sociedad anónima organizada como banco: el Banco de los Andes en el caso Grecco; el Banco Internacional en el grupo Sasetru y el Banco Oddone en el grupo de igual nombre.

El Banco Central comienza interviniendo a los Bancos que hacen de agentes financieros de cada grupo.

En el caso Grecco, se dictan dos leyes de quiebra especiales: nros. 22.229 y 22.334, estableciendo un trámite concursal apartado del régimen legal general, sin perjuicio de que éste actúa en caso subsidiario.

Se reconoció que Grecco es un conjunto económico que utilizó formas irregulares de financiamiento .

Dada la importancia del grupo en el mercado de vinos y por consiguiente, en la economía regional respectiva, el Estado toma intervención en este concurso.

Se decreta la quiebra, reconociéndose tres subgrupos: *a)* sociedades pantalla, *b)* sociedades en quiebra y *c)* sociedades in bonis, que podrían seguir operando.

La Cámara Nacional en lo Comercial Sala B, resolvió favorablemente la constitucionalidad de las leyes citadas, en base a que el Estado tiene como obligación la protección general de los intereses económicos.

El caso Sasetru, de 1979, exhibió un grupo atípico y complejo, así como muy variado y numeroso.

En primer lugar se intentaron acuerdos preconcursales que entonces se llamaban "club de bancos" sostenes financieros bancarios que no pudieron salvar a la empresa.

Mas tarde Sasetru pide su propia quiebra y denuncia que integra un grupo compuesto por 36 sociedades más, sin capacidad de decisión autónoma.

La jurisprudencia manejó estos conceptos respecto de la quiebra del grupo, la que fue declarada y levantada posteriormente por la Corte Suprema de la Nación: interdependencia de las empresas del grupo; existencia de una unidad socio-económica integrada; vinculaciones accionarias; directorios comunes; unidad contable; unidad de administración.

Se resolvió dotar a este concurso de una sindicatura única.

En el caso Oddone se dictó una ley especial, la n^o 22.267 y los directivos del Banco homónimo fueron enjuiciados penalmente.

Se intervinieron 36 sociedades y se manejó también el concepto de grupo de interacción y de control.

VI. *Sistema concursal actual. La fallida aparente.*

El régimen actual emplea nociones de agrupamiento al regular la extensión de la quiebra de la responsabilidad y los acuerdos preconcursales.

Examinaremos el primer supuesto, que es el más amplio y rico en el tema que abordamos.

Dejemos de lado el caso simple del art. 164, que se refiere a los socios con responsabilidad ilimitada.

En el art. 165, se establecen tres supuestos de extensión de la quiebra, refiriéndose la ley tanto al empresario individual como al colectivo (sociedades).

El primer inciso explica el primer supuesto: una persona física o jurídica que actúa con la apariencia de la fallida.

Si realiza actos en su interés personal y dispone de bienes de la fallida en fraude a los acreedores, la quiebra le es extendida plenamente.

En este primer inciso, originado en precedentes franceses, no es descartable que se haya actuado utilizando mecanismos de agrupamiento, aunque el supuesto no se limita a ello.

No hay penetración de la personalidad como dice alguna doctrina, sino simulación y apariencia. Sin embargo, la jurisprudencia aplicó el art. 165 fundada en la penetración de la personalidad societaria.

La nueva redacción del inciso, plasmada por la ley 22.917, ha hecho mas amplio el supuesto, ubicándolo en su correcta interpretación jurídica.

VII. Sistema concursal. El grupo económico con subordinación.

La ley de concursos, modificada en 1983, estableció en la Sección II la licitud del grupo económico, forma en que se designa genéricamente al agrupamiento de sociedades o empresas. En el art. 165-11, se determina claramente que no en todos los supuestos de grupo económico se debe extender la quiebra.

Ante la existencia de un grupo económico, solo se extiende la quiebra en los casos mencionados en los incisos 2 y 3 del art. 165 nuevo.

El inciso 2º se refiere a un grupo organizado por una empresa o sociedad controlante.

El control a que alude la ley es el interno de hecho y de derecho; la norma legal así lo dispone (inciso 2º a). Abarca, por ejemplo, el caso de accionistas sindicados.

Pueden ser controlantes, las personas físicas en general, las sociedades, otras personas jurídicas y accionistas con responsabilidad limitada.

El caso de inciso 2º exhibe tres condiciones:

a) control

b) dirección unificada

c) desvío del interés social en interés del de la controlante o del grupo del que forma parte.

El desvío puede ser doloso o culposo.

VIII. Sistema concursal. La confusión patrimonial.

Puede ser un caso en el que haya o no un grupo económico. La caracterización legal pasa por la imposibilidad de delimitar los activos y pasivos — o la mayor parte de ellos — de personas físicas o jurídicas.

De ahí que la confusión patrimonial debe ser “inescindible”, no bastando la mezcla de algunos intereses.

La ley de concursos en el art. 165, inc. 3º, señala que en el caso de personas que confunden sus patrimonios de manera inescindible, la quiebra se extiende.

Hay cuatro casos posibles de confusión patrimonial: a) entre dos o mas personas físicas; b) entre personas físicas y sociedades; c) entre sociedades; d) entre sociedades o empresas que forman un grupo.

No es suficiente, para que la norma sea operativa, que haya confusión parcial, o solo contable o solo de activos sin pasivos confundidos (o viceversa).