

EL CASO SWIFT-DELTEC¹

Federico Gabriel Polak

Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Swift-Deltec” merecen ser tratados y analizados necesariamente dentro del tejido histórico en que fueron dictados. Un examen apartado de ese contexto carecería de idoneidad para la comprensión cabal de su significativa trascendencia. Fue una época única por las especiales circunstancias económicas, políticas e institucionales que vivía el país; también lo fue para el mundo, inmerso plenamente en la Guerra Fría. Cualquier investigación respecto a Swift-Deltec efectuada en soledad, alejada de su marco real, precipitaría extrapolaciones inadecuadas, y conclusiones inapropiadas. Precisamente eso fue lo que sucedió durante la crisis del 2002: la jurisprudencia sentada en este caso fue ese año una referencia común a la que acudieron los ahorristas argentinos en su tentativa de responsabilizar por el pago de los depósitos en las entidades financieras locales de capital extranjero, fueren sucursales o filiales, a sus titulares o matrices del exterior, pretensión recogida por cierta doctrina elaborada precipitadamente, y también por algunas sentencias de tribunales superiores de provincia que contenían condenas solidarias, dentro de una acuarela inédita que entremezclaba reclamos de fondo con medidas cautelares, y acciones de amparos. En paralelo, en pos de finalidades similares, se presentaron al Congreso Nacional proyectos de reforma de la sección XV de la LGS con invocación del caso Swift-Deltec, enderezados a extender las obligaciones de sucursales y filiales financieras a las casas matrices. Los proyectos fueron elaborados al impulso de las presiones y los reclamos generalizados de los ahorristas y los medios de comunicación, pero su construcción no reparó en lo inapropiado de su inclusión dentro de la legislación referida a la ley aplicable a las sociedades constituidas

¹ Las piezas más importantes del caso (escritos y sentencias, a excepción de la de las de la CSJ de 1977) pueden consultarse en ALCONADA ARAMBURÚ, Carlos R.S., El caso Swift-Deltec. La reparación judicial de una agresión económica foránea, La Ley S.A. Editora, Buenos Aires, 1973. Existe un apretado resumen en POLAK, Federico G., Sociedad de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires 1999, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma ps. 122 y ss; y uno más extenso y detallado, que se refleja en este comentario, en POLAK, Federico G. La Empresa Extranjera, Buenos Aires 2003, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, ps. 243 a 256.

en el extranjero. Esto los desmereció y les quitó tanto sostén jurídico, cuanto sentido común²

En su época el caso Swift-Deltec provocó encendidas polémicas doctrinarias, generando a la par repercusiones en los medios de comunicación que publicaban a su respecto noticias diarias en primera plana, acompañadas por literatura periodística de opinión, y hasta libros de consumo masivo disfrazados de periodismo de investigación³.

Para comprender la génesis de lo decidido, y cuál fue su derrotero posterior (de extraordinaria proyección), es menester analizar el contexto económico, institucional y social de la época. Se insiste: no conduciría a nada - por inútil- un análisis frío, encerrado, de laboratorio jurídico, acerca del contenido de los fallos.

A fines de los años '60 y comienzos de los '70, las lidias políticas provocaban debates profundos y apasionados sobre temas que interesan poco hoy; o si fuese el caso que se conservase algún interés, éste se generaría desde hipótesis y puntos de partidas diversas, completamente diferentes a aquel contorno histórico. Un ejercicio adecuado para agilizar su comprensión consiste en trazar un paralelo del estado de las cuestiones –en cualquier plano, jurídico, político, institucional, sociológico, filosófico, económico, social, lo que fuere- y extrapolarlo comparativamente a la segunda década del siglo XXI.

Ensayando un orden no necesariamente de prelación, debiera mencionarse en *primer lugar* al problema referido al capital extranjero, que constituía precisamente eso, un problema, porque una fracción mayoritaria del pensamiento político y jurídico rechazaba la hipótesis según la cual la inversión extranjera pudiera ser apta para contribuir al desarrollo nacional, aspecto este que se reservaba exclusivamente al capital nativo⁴.

² Proyecto 623/02 de los senadores Raúl R. Alfonsín, Carlos Maestro, Mario A. Lozada y Eduardo A. Moro. Proyecto 1301/02 de la senadora Malvina M. Seguí. Proyecto 1577/02 de los senadores Mónica Arancio de Beller y Gerardo R. Morales.

³ El ejemplo paradigmático es el de TREVIÑO, Pepe, La carne podrida. Crónica en torno de la quiebra de Swift-Deltec, Ediciones del Salto, Buenos Aires, 1972.

⁴ CHRISTENSEN, Roberto, Empresa multinacional y Estado-Nación. Tortuosa convivencia, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 7. Lo relativo a las empresas multinacionales produjo en las décadas de los años '60 y '70 una plétora desaforada de literatura jurídica, mezclada muchas veces de manera

Quienes confrontaban al capital extranjero, sostenían que no sólo carecía de aptitud para la generación del desarrollo, sino que constituía un elemento nocivo y contrario al interés nacional. El proceso de desnacionalización de empresas desencadenado por la brusca devaluación del 40% del peso respecto al dólar estadounidense en 1967, con la convertibilidad dispuesta bajo la titularidad del Ministerio de Economía de Adalberto Krieger Vasena (quien llamativamente luego se incorporara el *board* internacional de Deltec), al comienzo de la autodenominada Revolución Argentina, desencadenó robustas denuncias públicas, lo que podría decirse que no sucedería hoy. Afiches cubriendo las paredes de la ciudad de Buenos Aires, con cuadros comparativos sobre la venta de paquetes accionarios de sociedades argentinas transformadas en empresas locales de capital extranjeras, preguntando “para quien trabajamos”, acompañaron a un debate jurídico apasionado y científico que atravesó las páginas de la revista más prestigiosa de entonces especializada en derecho comercial⁵. Un proceso similar, escoltado por un fenómeno distinto, el de privatización de los servicios públicos, durante los años '90, pasó poco menos que desapercibido⁶

Al respecto, Enrique Aftalión, ponía “en conexión el tema de la legislación anti-trust con el de las sociedades multinacionales, llamando a la vez la atención de nuestros estudiosos acerca de este último asunto, al que consideramos como uno de los grandes temas jurídico-económicos de nuestro tiempo”⁷ Hoy, por el contrario, el debate sobre la diferenciación entre capital extranjero y capital nacional ha perdido virulencia. Salvo para grupos muy ideologizados, se comprende que un proceso de inversión, cualquiera fuere su procedencia, determina un incremento de la producción en términos

inapropiada con la coyuntura política, lo que fue en detrimento de su técnica. Pero también se publicaron trabajos de valor: AFTALIÓN, Enrique, *Monopolios y sociedades multinacionales*, La Ley (Feyde), Buenos Aires, 1970; COSTANZA, Walter V., *ob.cit.*; BIOCCHA, Stella M., *Sociedades multinacionales y extranacionales*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1974; LOZADA, Salvador M., *Dependencia y empresas multinacionales*, Eudeba, Buenos Aires, 1974; DUNNING, John H., *La empresa multinacional*, RDCO, 1971, año 4, p. 165 y ss. En las obras generales, es central el aporte de LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires, Astrea 19754, ps. 261 a 267.)

⁵ SAURET, Héctor C. *La desnacionalización del control de la economía argentina y la legislación antimonopolio*, RDCO, 1970, año 3, ps. 349 y ss., y *El problema de la desnacionalización de empresas*, RDCO, 1972, año 5, p. 437). En la misma revista se publicaron cartas de Juan Alemann al director Isaac Halperín descalificando al autor e insinuando su separación del medio.

⁶ La excepción la dio Remeseira, Claudio Iván. *La Argentina extranjera; el proceso de desnacionalización de la economía*. La Nación (Enfoques) p. 1-2). 09/05/1999.

⁷ AFTALION. Enrique R, *Monopolios, concentración de empresas y sociedades multinacionales*, LL t. 133, p. 1163.

económicos, beneficioso para la comunidad. Solía afirmar en los años '80 y '90 Felipe González, secretario general del PSOE, y presidente del gobierno español, de origen socialista y revolucionario, que “cuando una empresa extranjera quiere invertir en España, no le pregunto de dónde viene, sino cuántos puestos de trabajo va a crear. Lo demás es papel pintado como dicen los andaluces”. Por otra parte en la actualidad el grado de extranjerización no ha declinado, pero el tema no provoca escozor alguno, porque es un fenómeno poco menos que desconocido por la población. Pero su existencia es indudable, aunque se encuentre sumergida bajo un relato político según el cual la economía avanza irrefrenablemente hacia lo nacional y popular, en sentido contrario al de la extranjerización. La realidad es distinta⁸

En *segundo lugar*, ligado al tema del capital extranjero, aparece el de la integración regional. Para la época en que se exteriorizó judicialmente el caso Swift-Deltec, el vocablo “monopolio” se asimilaba a capital extranjero, casi como un sinónimo, no a su significado real como práctica de acumulación y alteración de las reglas del mercado; sino sólo a aquellos que, incurriendo en esas políticas reprochables, eran empresas de capital extranjero. Y parte de la cátedra política de entonces entendía que la integración regional, los mercados integrados, constituían un instrumento para beneficio de dichos monopolios, por lo que se oponían a ella.

⁸ Dentro de las 500 compañías no financieras líderes del país, 179 son de capital nacional y 321 extranjeras (Informe “Grandes empresas en la Argentina” elaborado por el INDEC, correspondiente a 2012). La extranjerización de la economía argentina no es un fenómeno de las últimas décadas. (Transformaciones estructurales de la Economía Argentina, documento de Daniel Azpiazu y Eduardo Basualdo, PNUD, 2009). En la década de 1990 el ciclo de extranjerización tuvo como núcleo las empresas de servicios públicos. “Esta nueva fase de extranjerización de la economía local presentó características inéditas en términos históricos, porque no se trataba de la venta de empresas que registraban una situación económica-financiera comprometida, sino de las que eran líderes en sus respectivas actividades o, incluso, las de mayor rentabilidad en la economía real, como era el caso de las empresas de servicios públicos”. “A esa modificación tan relevante se la suele denominar como la etapa de ‘extranjerización’ de la economía argentina, que asume características inéditas, tanto por su amplitud como por su intensidad”. La experiencia de la extranjerización de los '90 tuvo como resultado que el abastecimiento de insumos y bienes locales fuera reemplazado por importaciones, gran parte de ellas proveniente de empresas vinculadas, afectando la capacidad productiva doméstica. A la vez la extranjerización moviliza el monto de giro de utilidades hacia las casas matrices, que creció en forma significativa desde 2003 hasta 2011, con el salto importante en 2008, al acumular 3439 millones de dólares, cuando un año antes había sido de 1725 millones. En 2012 el Gobierno dispuso restricciones a la remisión de dividendos, en algunos casos con regulaciones indirectas, como en el caso de los bancos, al exigir una mayor integración de capital, y en el resto por limitaciones a la compra de dólares.

La concepción de un mercado común que abarcara el sur del continente americano estaba aún lejos de concretarse, tal vez siquiera de imaginarse, inercia que fue rota por los acuerdos celebrados por los presidentes José Sarney y Raúl Alfonsín en los años '80⁹

En *tercer término* debe señalarse que la industria más importante de Argentina en la época era la industria cárneas, comprendiendo la producción de ganado, la intermediación y desde luego la elaboración y faenamiento de industria frigorífica. Hoy esa industria se ha empequeñecido. Aunque no haya desaparecido, su importancia es tan menor, que la exportación de carne argentina es inferior a la de Brasil y Paraguay, lo que aparecía como una utopía en los '60 y los '70. Los productores de carne conformaban –agrupados- un poder corporativo de importancia frente a los frigoríficos. La Corporación Argentina de Productores de carne (CAP) constituía un indudable factor de poder.¹⁰

En *cuarto lugar*, aquejaban al país enormes dificultades institucionales. Imperaban la confrontación y la violencia política. Se habían constituido grupos de combatientes que recurrían para el financiamiento de su lucha armada a diversas vías, incluyendo el secuestro extorsivo, método que tuvo una exteriorización impensada en el caso Swift-Deltec, como un símbolo de ese período de la historia argentina.¹¹

En *quinto lugar* se ubica la carencia en nuestro derecho positivo de una legislación general sobre sociedades comerciales. Sus normas se encontraban dispersas en el Código de Comercio, sus sucesivas reformas y leyes complementarias, hasta el dictado de la Ley General de Sociedades 19550. Lo

⁹ Ver la ya citada obra de AFTALION. Enrique R, *Monopolios, concentración de empresas y sociedades multinacionales*, LL t. 133, p. 1163. Y también en la cátedra política: FRIGERIO, Rogelio La Integración Regional, instrumento de los monopolios, Buenos Aires Ediciones Crisol 1967

¹⁰ El jurista Hector C. Sauret, por su vinculación profesional con la CAP, se abstuvo de intervenir en la defensa del ploteo del incidentista José R. Zurdo, pero colaboró en el armado y redacción del escrito inicial, en especial su capítulo V

¹¹ El cónsul británico honorario, gerente de la planta de Swift en Rosario, fue secuestrado por el PRT-ERP el 23 de mayo de 1971. Para su liberación se pidió la reincorporación de 800 trabajadores cesantes, el pago de sus salarios, y 25 millones de pesos en alimentos, frazadas y útiles escolares entre los obreros y villas y escuelas de la zona. Para cumplir con las exigencias dinerarias, Swift debió pedir autorización judicial al juzgado donde tramitaba su convocatoria. La liberación del gerente se produjo el 30 de mayo de 1971.

mismo sucedía con la legislación sobre la empresa en crisis, hasta la sanción en paralelo con la LGS, de la LCQ, 19551.

En *sexto lugar* debe señalarse (es un aspecto central para entender las sentencias que se comentan), que los tribunales argentinos carecían de una tradición de fallos respecto a la desestimación de las formas societarias, la extensión de la responsabilidad y de la quiebra; esto estaba acompañado por el desconocimiento de buena parte de los profesionales del derecho respecto del avance en el marco del derecho comparado en esas materias. A través de la monumental obra de Rolf Serick, y la muy profunda de Héctor Masnatta, un reducido número de docentes y académicos conocía sobre la posibilidad de progreso en ese sentido, pero para el abogado común y el magistrado regular se trataba de una frontera a la que nunca se habían acercado, ni siquiera imaginado su existencia¹²

Las circunstancias que se han señalado hasta aquí, acompañadas por otros variados factores, conforman las raíces esenciales del caso judicial que es objeto de estos apuntes, que presentan dos facetas bien definidas: sin dejar de respetar las formas tradicionales clásicas de los comentarios a fallos, constituyen a la vez un testimonio de época vertido por un abogado protagonista respecto de una causa judicial que llevara adelante solitariamente un productor de carne de la Provincia de Buenos Aires, quien la sostuvo a través de todas las sucesivas instancias, y llegó a la Corte Suprema de Justicia, aunque pareciera en principio un asunto sobre temas de prueba y derecho común dentro del marco de un concurso de acreedores, pero que revestía cuestiones de incuestionable gravedad institucional, resuelto por el más alto tribunal con diferentes integraciones a partir de 1973, componiendo un abanico de decisiones, especialmente –entre otros- con los casos “Mellor Goodwin” y “Parke Davis” que marcaron “una línea de sentencias dictadas por la Corte Suprema entre 1973 y 1976, en las cuales esta aprehendió la realidad

¹² Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, Ariel, Barcelona, 1958. MASNATTA, Héctor, *La transferencia de la locación y la doctrina de la desestimación de la forma de la persona*, JA, t. 1961-VI, p. 575.

*-*El abuso del derecho a través de la persona colectiva (Teoría de la penetración)*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, 1967.

*-*Teoría de la penetración y doctrina “clean hands”*, JA, t. 1971, p. 360.

de los conjuntos económicos y sus relaciones interorgánicas (sic), definiendo un verdadero estatuto jurídico de la materia”¹³

La Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica, que entre 1907 y 1916 giraba en plaza bajo la denominación de La Plata Cold Storage S.A., una de las tradicionales empresas frigoríficas norteamericanas (las otras eran inglesas) de la industria de las carnes en la República – señaladas en los tan recordados debates de los años '30 originados en las investigaciones lideradas por el senador Lisandro de la Torre– presentó su concurso de acreedores –por entonces la denominación de la ley vigente, conocida como Ley de Quiebras, 11719 era “convocatoria de acreedores”– en 1970, en medio de un clima convulsionado, marcado por grandes dificultades institucionales y por el señalado proceso de desnacionalización de la economía que diera comienzo a fines de la década de los años '60.

En 1971, un grupo de instituciones bancarias, acreedoras de la Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica, con la pretensión de contar con un estudio sobre su viabilidad empresarial económica y financiera, que facilitara una decisión conjunta ante la futura votación del concordato que se presentaría oportunamente (no existía todavía un desarrollo apropiado de la institución denominada Club de Bancos), encargó como manda profesional al contador Lorenzo Sueta, titular de un estudio especializado en empresas agrícola ganaderas, que produjera un estudio sobre el estado de situación de la sociedad. Ese estudio, que se conoció como el “Informe Sueta”, puso al descubierto no sólo las características imperantes en la industria cárnica, el mecanismo del negocio y sus implicancias financieras, sino también la maraña de intereses que afectaban al mercado y a los productores locales, así como la conducta empresarial de Swift y su controlante Deltec¹⁴.

. El Informe Sueta indujo, durante el transcurso del plazo legal para la verificación de créditos, a que un productor de carne de la provincia de Buenos

¹³ Halperín Isaac-Julio C. Otaegui. *Sociedades Anónimas*. 2da edición. Buenos Aires Depalma 1998 p.793, afirmación tomada de Corti Horacio M., *El Caso “Kellog” y el restablecimiento de la doctrina “Parke Davis”* L.L. t.1985-B, p.414)

¹⁴ SAURET, Héctor C., *La desnacionalización del control de la economía argentina y la legislación antimonopolio*, RDCO, 1970, año 3, ps. 349 y ss. *El problema de la desnacionalización de las empresas*, RDCO, 1972, año 5, p. 437.

Aires, acreedor de la convocataria, José R. Zurdo, mediante apoderado, dedujera un incidente de impugnación de los créditos insinuados por otros acreedores, de ostensible vinculación con la convocataria; denunciara actos fraudulentos del deudor y de su controlante; solicitara el decreto de medidas cautelares, y la revisión de los presupuestos concursales.

Se trató de una demanda incidental admitida por los arts. 18 y 77 de la ley 11719, que fue acompañada por algunas escasas presentaciones de adhesión de otros acreedores, también productores de carne, pero no así por el síndico concursal. Esto determinó que sus peticiones avanzaran aisladamente de la labor de la sindicatura durante el curso del proceso. El escrito de demanda y las presentaciones posteriores, conjuntamente con las sentencias dictadas en las tres instancias, convirtieron a la contienda judicial, según lo consignara una resolución sobre cuestiones accesorias dictada por uno de los magistrados que sucesivamente fueron interviniendo, el juez Hugo Maciel, en la más importante cualitativamente –sin perjuicio del quantum económico involucrado– de la historia judicial del país.

(i) *La demanda incidental*

- *Créditos impugnados.* – Este rubro de la demanda incidental se integraba por la impugnación de los créditos de cuatro acreedores, a quienes se señalaba como cabeza de una gran empresa internacional, de la cual Swift era su subsidiaria argentina, según sus propias memorias:

1. Deltec International Ltd., por U\$S 9.215.617,31;
2. The Deltec Banking Corporation Ltd., por U\$S 5.000.000 o la suma a que ese crédito hubiere quedado reducida con garantía prendaria, registrada a nombre de Deltec Argentina S.A.;
3. Deltec International Food Ltd. London, por £ 244.565-3-9; £ 126.342-12-6; £ 2.840-16-3; U\$S 48.364,40; U\$S 8.633,08; y
4. Deltec Foods Ltd. de Bélgica, por U\$S 105.167,57 y francos belgas 10.098.

En el capítulo IX de la demanda impugnatoria fueron descriptos los créditos y las causas por las cuales se requería su desestimación.

- *Actos fraudulentos del deudor.* – Dirigidos y urdidos para la consecución de los fines de sustituir al deudor responsable, mediante un proceso de simulación y fraude, el acreedor Zurdo denunció:

1. Concentración de las obligaciones sociales de Deltec International Ltd. S.A. en el pasivo de Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica, mediante la absorción de pérdidas extrañas; incorporación de bienes improductivos y otorgamiento de créditos excesivos a favor de empresas integrantes del conjunto económico;
2. Creación de una apariencia de capacidad económica y solvencia financiera por el revalúo técnico de los bienes de uso, cuyo resultado produjo la sobrevaluación de dichos bienes, y la liquidez de la empresa, con sus dos fusiones (Armour y La Blanca), sensiblemente disminuida y el endeudamiento notablemente aumentado. Ese procedimiento doloso evitó el estado de disolución de pleno derecho previsto por el art. 369 del Código de Comercio;
3. Sustracción del patrimonio como prenda común de los acreedores, a través de la utilización de los siguientes procedimientos: (1) remesas al exterior en forma de comisiones, utilidades disfrazadas, préstamos, servicios y suministros; (2) exclusión de los patrimonios pertenecientes a las sociedades integrantes del grupo “Deltec”, del proceso concursal; (3) la exclusión del real deudor, el complejo económico-financiero “Deltec International Ltd.”, constituido en el extranjero, con desenvolvimiento irregular en el país (arts. 285 a 287 del Cód.Com.), del proceso concursal; y
4. Forjamiento de créditos con causa falsa, cuya titularidad se colocó en cabeza del verdadero deudor (Deltec), sobre bienes de la convocataria, en violación del art. 338 del Código de Comercio.

La demanda incidental constituyó un profundo estudio compuesto por una génesis histórica del complejo “Deltec”, la descripción de a quiénes debía comprender necesariamente la convocataria, indicándose las empresas locales y extranjeras del grupo, un análisis de las tenencias accionarias de Swift, la alegación fundada de la teoría de la penetración, el señalamiento de la irregularidad societaria, la imputación a Deltec como socio único, el marco del régimen concursal y sus presupuestos esenciales, las consecuencias jurídicas

de la verificación de créditos, la viabilidad de las medidas precautorias, el interés general comprometido y la reserva del caso federal.

El caso Swift-Deltec, con Deltec en su condición de controlante y a la vez acreedor de Swift, en cierta forma puede ser entendido como una réplica en el derecho nacional del precedente estadounidense del “Deep Rock Case”¹⁵, en el cuál se sentó la doctrina de postergar el crédito del accionista principal y controlante hasta satisfacer a los demás acreedores, doctrina que en el mismo año acogió también “Pepper vs. Litton”¹⁶. En tanto la insolvente era controlada y dominada por un accionista que a su vez revestía el carácter de principal acreedor, y el manejo que efectuara como administrador no había resultado el más apropiado, por la composición inadecuada de su capital y la realización de operaciones financieras inconvenientes para la marcha de los negocios, con requerimiento de créditos ruinosos, se postergó el cobro de su crédito para el final de la liquidación. La misma solución se aplicó cuando, aun sin ejercer un efectivo control, otra sociedad tuviese accionistas comunes, según lo decidido por el juez Jerome Frank en el caso “Lowens Gambrinus Brewery Co” (1944)¹⁷. Ciertamente es que la doctrina del “Deep Rock Case” no puede ser considerada como una configuración perfecta de la desestimación de las formas societarias, pues no responsabiliza en forma directa al patrimonio de quien ha utilizado la figura de la sociedad como un simple instrumento. Pero sí lo hace de manera indirecta, al postergar el cobro del crédito del controlante–acreedor, estableciéndose un orden de prelación, en el que ocupa necesariamente el

¹⁵ “Taylor vs Standard Gas & Electric” de 1939 citado por Le Pera Sergio Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, Buenos Aires, Astrea 1974. MASNATTA, Héctor, El abuso del derecho..., ps. 21 y ss., dice que la regla general es que una *corporation* ha de ser considerada como entidad jurídica de existencia separada e independiente de las personas naturales que la integran, pero por vía de excepción el juez queda facultado a levantar el velo de la persona jurídica. Tal lo resuelto en “State vs. Standard Oil Co.”, juicio donde se debatió el célebre *trust* creado por John O. Rockefeller. Masnatta entiende que la jurisprudencia comienza con el antiguo “Bank of United States vs. Deveraux”, en el cual, si bien se discutía la competencia de los tribunales federales respecto a controversias entre ciudadanos de diversos Estados, la Corte Suprema se preguntó si el banco era un ciudadano del Estado que lo había creado, rehusando tal ciudadanía, y tomando en cambio la de los individuos “detrás de la personalidad moral del grupo”, según el voto del célebre justice Marshall. En “Stockton vs. Central R.R. Co.”, Corte de Equidad del Estado de Nueva Jersey, 1892, se resolvió que los tribunales pueden develar maniobras y manejos abusivos y detenerlos; lo contrario constituiría un insulto a la inteligencia de los jueces. En “Higgins vs. California Petroleum and Asphalt Co.”, respecto a un contrato de locación de dos inmuebles linderos de diferentes dueños a una sociedad explotadora de minas, que a su vez fundó otra luego de adquirir uno de los inmuebles, el tribunal consideró la conexión existente entre tres sociedades y a pesar de admitir la inexistencia de dolo efectivo (*actual fraud*), estimó la presunción legal de fraude (*constructive fraud*), sobre la base de que “las tres sociedades demandadas en realidad son la misma”. La síntesis la da el justice Cardozo al afirmar que “todo el problema de la relación entre las sociedades matriz y subsidiaria se halla envuelto en las nieblas de la metáfora”.

¹⁶ 308, U.S., 295.

¹⁷ 306, U.S., 322 (1939); 167 F. 2d. 318 (1948).

último lugar. Si no existiese remanente, la percepción de su crédito devendrá ilusoria. Swift-Deltec al sentar la doctrina del apartamiento de los acreedores Deltec del pasivo de Swift, arriba a conclusiones similares.

Es que los jueces, como ingenieros sociales, puestos a decidir sobre temas cuya regulación es imprecisa o se carece de precedentes que hubieren fijado doctrina, arriban a conclusiones similares en diferentes latitudes, incluso sin conocer qué había sucedido en otro país antes. Esto pasó en Swift-Deltec respecto a más de una cuestión. No existía entonces el acceso a la información y a la comunicación que produciría Internet posteriormente, y facilita hoy el estudio del derecho comparado en tiempo real.

Como el incidentista José R. Zurdo también solicitó la administración judicial –como medida cautelar– de las empresas del grupo con sede en el país, se reflejaron en las decisiones de nuestros tribunales de manera impensada y tal vez desconocida para litigantes y magistrados, otros estamentos de la jurisprudencia norteamericana (teoría de la consolidación sustancial –quiebra del grupo– y de la consolidación procesal –administración conjunta bajo la dirección del juez interviniente-) Esta última consiste en someter, durante el proceso concursal, a todo un grupo de sociedades que esté vinculada con aquella que estuviere en cesación de pagos, a una administración conjunta bajo la autoridad del juez interviniente, según la doctrina del caso "Pittsburg Railways Co." (1946), en el cual cuarenta y nueve sociedades fueron sometidas a esa medida para satisfacer el interés público en el transporte urbano de Pittsburg, actividad común para todas ellas, aun cuando no existiera vinculación societaria con la insolvente¹⁸. Este antecedente no constituye un caso de desestimación de las formas societarias, sino tan sólo una medida procesal dictada en el marco de un proceso concursal, en el cual las facultades judiciales son más fuertes que en una contienda privada¹⁹, reforzada la decisión por el interés público comprometido, esto es, asegurar a la población el funcionamiento normal de los medios de transporte urbano.

¹⁸ 329, U.S., 731 (1946). Ver reseña de fallos en LE PERA, Sergio, Cuestiones..., ps. 142 y siguientes.

¹⁹ Como lo reconoce también nuestro procedimiento concursal. En el mismo sentido "Sampsell vs. Imperial Paper & Color Corp.", 313, U.S., 215 (1949).

(ii) *El proceso.*

- *Sentencia pronunciada en la Junta de acreedores el 4-10-71.* – Swift contestó la demanda incidental de José R. Zurdo solicitando su rechazo. No lo hicieron así los acreedores impugnados, que se negaron a comparecer por haber sido notificados en la persona del apoderado que había insinuado los créditos, quien alegó no tener atribuciones suficientes para hacerlo. Esto provocó procesalmente su rebeldía, y se constituyó (aunque desde luego el Anteproyecto estaba ya en estudio) en un antecedente fundamental de la reforma al Código de Comercio, al sancionarse el art. 122 LGS²⁰. Luego de substanciada la prueba ofrecida por Zurdo que acreditaba la existencia del grupo y la propiedad del paquete accionario de Swift en cabeza de Deltec, que a su vez pretendía ser el acreedor de aproximadamente el 40% del pasivo concursal, en la junta de acreedores el juez de primera instancia Salvador M. Lozada dictó sentencia que básicamente resolvió:

-

1. la irreversibilidad del acto de apertura de la convocatoria, no haciendo lugar a la petición en tal sentido de Zurdo;
2. el rechazo de los créditos que impugnara Zurdo, que en consecuencia no fueron verificados, no pudiendo votar el concordato;
3. que el reclamo acerca de la responsabilidad del grupo Deltec por el pasivo concordatario, sólo debía considerarse para el caso de falencia, situación que no se había producido hasta ese momento; y
4. la imposición de costas a los acreedores impugnados, y soportamiento por el orden causado respecto de Swift, por el vencimiento parcial y mutuo.

- *Sentencia de quiebra del 8-11-71.* – Con posterioridad a la junta, luego de analizar las impugnaciones al concordato aprobado masivamente por los

²⁰ La CSJ, en el fallo del 4 de septiembre de 1973 que se comenta, diría al respecto al fallar en definitiva: “Y a su respecto es aplicable la doctrina de Fallos:250:643 caso en el cual la existencia de un mandato otorgado a los fines de la actuación en juicio, con las atribuciones usuales y la efectiva presentación del apoderado, se estimó por la Corte como descalificadora, por exceso ritual, de la resolución que imponía la notificación del traslado de la demanda en el extranjero”. Extrañamente recurre al precedente pero no al artículo 122 LGS, ley ya publicada al momento del fallo de segunda instancia del 6/6/72 (La ley 19550 fue publicada el 25 de abril de ese año).

acreedores, incluidos los votos de su personal que renunció al privilegio general para contribuir al mantenimiento de su fuente de trabajo (un paradójal contraste entre el discurso de los protagonistas, y los hechos que podrían determinar la pérdida de empleos), el magistrado no homologó el mismo y declaró la quiebra de Swift. Para adoptar esa decisión, básicamente se apoyó en las peticiones, constancias y prueba producidas en el incidente “Zurdo”, y en los informes allí contenidos de Junta Nacional de Carnes. Mandó continuar la actividad de la empresa, designando liquidador al Estado Nacional.

- *Sentencia aclaratoria de extensión de responsabilidad del 16-II-71.*— A pedido de José R. Zurdo, quien interpuso recurso de aclaratoria fundado en que los argumentos que motivaron la quiebra debían plasmarse en su reclamo de extender la falencia a Deltec y sus subsidiarias, y que las medidas precautorias habían abarcado a todos los integrantes del grupo como responsables directos, el juez Lozada dictó una sentencia que fue muy criticada en su momento por los unos y los otros, que corresponde por su brevedad transcribir, porque leída más de cuarenta años después, alejadas las pasiones de entonces, podría exteriorizar una sabiduría que no se descubrió entonces: “Que, conforme surge de los términos de la sentencia que cita el recurrente, en ella se ha establecido la unidad integral del grupo de empresas Deltec que opera con sus intereses confundidos, por lo que cabe aclararla en el sentido que, previa excusión de los bienes de la sociedad fallida, corresponde extender la responsabilidad a la totalidad de las empresas del grupo Deltec”. Se la tachó esencialmente de liviana y contradictoria, al conceder el beneficio de excusión en un proceso de ejecución colectiva que se suponía comprendía un deudor único; esto es, una empresa (el grupo Deltec) compuesta por diversas formas jurídicas vinculadas irrevocablemente a través de un enmarañado sistema de control.

- *Sentencias de la Cámara Comercial del 6-6-72.*— La CNCom., sala C, integrada por Luis M. Pomés, Julio C. Susini y Abelardo F. Rossi, resolvió confirmar la quiebra de Swift con argumentos incontrovertibles de derecho concursal, atinentes a las facultades judiciales referidas a la homologación o no del concordato, y el incumplimiento de los requisitos exigidos para la misma.

-

Por otra sentencia, anuló la extensión de la responsabilidad, al entender que su contenido desbordaba los límites de una aclaratoria, y había transgredido las garantías de la defensa en juicio respecto a los acreedores vencidos, por no haberse resuelto ni sustanciado las cuestiones planteadas por el apoderado de los mismos. Impuso las costas al José R. Zurdo.

Por otra sentencia, revocó la condena en costas a los acreedores impugnados, imponiendo las de la alzada a José R. Zurdo.

Confirmó igualmente medidas precautorias dictadas en primera instancia, pero no aquellas trabadas en resguardo de los honorarios de los dos letrados de José R. Zurdo, a quienes, por tal incidencia, les impuso las costas.

(iii) *Recursos extraordinarios y sentencias sobre extensión de la quiebra*

Las sentencias de la Cámara fueron objeto de recursos extraordinarios por parte de José R. Zurdo y sus letrados; por Swift, en cuanto a su declaración de quiebra; y por Deltec International Ltd., Deltec Argentina S.A. y Argentaria S.A. contra la confirmación de medidas precautorias. El síndico de la quiebra consintió todo lo que el tribunal había resuelto.

El escrito de recurso extraordinario de José R. Zurdo, además de repetir los argumentos de la demanda y lo acreditado en el expediente, se extendió en las cuestiones federales debatidas y las garantías constitucionales afectadas. Transcribió como cierre una frase no propia: "si el estado actual de cosas fuera la conclusión del proceso, habrá dos perjudicados: el Estado y los acreedores. Para nada lo será Deltec"²¹.

Ninguno de los recursos fue concedido por la Cámara, por lo que quienes los interpusieron debieron ocurrir por vía directa ante la Corte Suprema de la Nación.

- *Sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 4/9/73.* – La Corte Suprema, con el voto de los ministros Miguel Angel Berçaitz, Agustín Díaz Bialek, Manuel

²¹ OÑA, Alcadío, Diario La Opinión, 17 de junio de 1972.

Arauz Castex y Ernesto A. Corvalan Nanclares – Héctor Masnatta se excusó por haber tomado parte en el debate doctrinario suscitado por las sentencias del inferior a través de una pieza de la que se da cuenta en la nota 29– resolvió en primer lugar considerar el recurso de la fallida contra la confirmatoria de la quiebra, declarando improcedente la queja. Seguidamente, se abocó a los recursos de Zurdo contra tres sentencias de la Cámara. Hizo alusión a la fenomenología moderna de los grupos societarios, particularmente, en su interferencias y conexiones con relación al carácter supranacional que para la corte es su nota característica en la vida contemporánea, que consolida los poderes de concentración por las dificultades que presenta su control, la difusión de su influencia y el entrecruzamiento de sus redes de administración, con sociedades filiales reales o aparentes. Las políticas económicas y financieras seguidas por el grupo controlante –estableció la Corte- obedecen a pautas no sólo gravosas para el interés comercial sino para la colectividad toda.

Respecto a la resolución que anulara la extensión de la responsabilidad, la Corte señaló la contradicción del inferior al admitir la existencia del grupo basada en las extensas y detalladas informaciones de la sindicatura, así como la aceptación por Swift de esas circunstancias. Hizo hincapié en la documentación de Deltec referida a “sus subsidiarias”, “de nuestra propiedad”. Hizo mención a la totalidad de la prueba arrimada al expediente por Zurdo, y marcó la contradicción de la Cámara, que a juicio de la Corte, incurriera en exceso ritual evidente. La Corte hizo, respecto al reconocimiento del beneficio de excusión, una reflexión lógica, al establecer que su concesión implicaría aceptar la existencia de la calidad de tercero del “Grupo Deltec”, sea como cesionario o fiador, a quienes dominan la voluntad social de Swift, a quienes controlan a la sociedad en cesación de pagos.

Ante la alegación de que la de la extensión no se trataba de una sentencia definitiva, la Corte estableció que “una consideración realista de la cuestión impone comprobar que dicho pronunciamiento ha sido dictado en consecuencia de la sentencia de fs. 10553 y produce gravamen irreparable, en el alcance propio admitido por la jurisprudencia de la Corte. Ello, así, por la magnitud del perjuicio económico que causa (Fallos: 188:244; 194:401) cuanto porque lo

decidido excede el interés individual de las partes y afecta el de la colectividad, todo lo cual obliga a sostener la existencia del interés institucional serio que justifica prescindir del aspecto meramente formal (Fallos: 248:189 y 232)”.

Al referirse a ciertas consideraciones del tribunal de alzada que consideró inmersas en una visión meramente formal del problema, dice que “tales afirmaciones de la Cámara descartan netamente la consideración del fondo real de la persona jurídica, que viene impuesta, como ha decidido esta Corte, “no solo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones de actividades en ciertas estructuras sociales, sino también por la diversión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea” (*in re*: “Parke Davis y Cia. Argentina S.A.C.I. s/ recurso de apelación” expte, P. 306-XVI) Ingenio La Esperanza)”

A continuación, la Corte confrontó los argumentos del mandatario de las sociedades Deltec, que habiendo insinuado sus créditos exhibiendo poderes, pero negado posteriormente su alcance para contestar la demanda. Luego de describir el acopio de constancias que hacen a la existencia del grupo y recurrir a precedentes propios, declaró irrito el pronunciamiento de la Cámara, y fue más allá, al dejar establecido que tampoco debía subsistir el beneficio de excusión que otorgara el juez. Las empresas estructuradas en el llamado grupo Deltec revestían, a los efectos de la quiebra, una unidad socio-económica con la fallida, deviniendo la decisión introducida modalmente por aclaratoria como contradictoria de la conclusión principal de la sentencia. Como excepción, contemplando la rutina y costumbre procesal usual de trabajo del alto tribunal, – apartamiento justificado por la trascendencia institucional del proceso – decidió la utilización del art. 16, parte 2º de la ley 48, pronunciándose directamente, declarando : “I. Que el desapoderamiento de los bienes de la Cía. Swift de La Plata Sociedad Anónima Frigorífica debe comprender los bienes de las Compañías y Sociedades integrantes del llamado “grupo Deltec” y en especial, los de Deltec International Limited y Deltec Argentina S.A.F. y M. (arts. 1º, 3º, 6º y 104 de la ley 11.719; informe del Síndico de fs. 3161/63, 3981/86, 4113/24; informe de la Junta Nacional de Carnes de fs. 10.003 y 10.123/4). II. Que en el procedimiento respectivo deben determinarse cuáles otras personas o compañías resulten integrar el mencionado grupo en tanto importe unidad

económica con la sociedad declarada fallida. III. Que la ejecución colectiva debe hacerse efectiva sobre todos los aludidos bienes sin excusión previa de los de la Cía. Swift de La Plata S.A. Frigorífica (art. 73 y sigts., y 104, ley 11.719 y arg. Art. 170 de la llamada ley 19.551). VI. Que las personas visibles o jurídicas aludidas en los ordinales I y II precedentes, una vez determinadas conforme a lo que allí se expresa, pueden ejercer los derechos que les asistan mediante las acciones de exclusión o restitución de bienes que correspondiere (arg. arts. 81 y sigts. de la llamada ley 19.551).”

La Corte, sin mencionarla, adoptó con relación a las empresas Deltec la tesis de la *consolidación sustantiva* del derecho estadounidense, allanando la personalidad jurídica de Swift y extendiendo a otras sociedades el desapoderamiento por el pasivo de la insolvente, formando una masa común. Una decisión de consolidación de pasivos con masa única trae aparejados diversos problemas, en lo esencial referidos a: (a) los distintos accionistas de cada una de las sociedades, y (b) los distintos acreedores de las mismas. Acuden a resolverlos dos distintos tipos de soluciones, en orden a la concurrencia *pari passu*, o la no concurrencia en situación de igualdad²². Es evidente que al coexistir accionistas de buena fe en las sociedades cuya personalidad se desestima, y terceros acreedores distintos, existe una gama de situaciones de dificultosa solución sin incurrir en injusticias. Sobre todo si se repara en el supuesto de accionistas y acreedores de una sociedad solvente y en óptima situación, que es declarada en estado de falencia por su vinculación con la insolvente²³, aun cuando se dedique a una actividad distinta y no utilizara a aquella como un mero instrumento. Un tercer problema que plantea la consolidación sustantiva, no ajeno a los dos primeros (distintos accionistas y distintos acreedores), es la garantía constitucional del debido proceso para aquellas sociedades no insolventes, a las que se arrastra a una masa común²⁴.

Admitiendo que el de excusión es un beneficio extraño al derecho concursal, pudieron arbitrarse otros mecanismos que garantizaran el derecho de audiencias y plazos para dar explicaciones a quienes sí pretendieran probar su calidad de terceros, por ser ajenos a las políticas económicas y financieras

²² "Chemical Bank of New York Trust vs. Kheel", 369 F. 2d. 845.

²³ Aunque se trate de comunicación efectiva, con lazos sólidos.

²⁴ Lo que violentaría lo dispuesto por el art. 18, Const. Nacional.

de Deltec, aunque sus paquetes accionarios, y eventualmente cuotas o partes de interés, le pertenecieren.

En otro resolutivo, decidió que las costas del incidente de José R. Zurdo debían ser soportadas por los acreedores impugnados y vencidos, como así también por la convocataria, declarando asimismo la ineficacia jurídica de la resolución del inferior que dejara sin efecto las regulaciones de honorarios. Desestimó el recurso de Deltec International Ltd., Deltec Argentina S.A.F. y M. y Argentaria S.A. respecto a la confirmación de medidas precautorias; y, en lo referente al recurso de los letrados de J. R. Zurdo respecto a medidas precautorias dictadas en resguardo de la condena en costas, hizo lugar al mismo revocando la resolución de la alzada inferior.

- *Sentencia de primera instancia del 6/9/73.* – Contando con la información remitida por la Junta Nacional de Carnes y por la División Delitos Tributarios de la Dirección General Impositiva, y munido de una copia certificada de la sentencia de la Corte del 4 de septiembre de 1973, el juez de primera instancia, Salvador M. Lozada, alegando riesgo en la demora y abocándose a la determinación de los integrantes del grupo Deltec, con aplicación de la teoría de la penetración, y con fundamentos doctrinarios referidos a la extensión de la quiebra, y jurisprudencia del fuero²⁵ sin audiencia previa del grupo Deltec ni citación a sus empresas, resolvió declarar en estado de quiebra, además de a Deltec International Limited y Deltec Argentina S.A.F. y M., a Deltec Banking Corporation Limited, Complejo Avícola Ibri S.A., Provita S.A.I. y F., Compañía de Navegación Ganadera y Comercial Ganados S.A., Compañía del Plata S.A.F. y C., Ingenio La Esperanza S.A., Sociedad Anónima de Inversiones Sudamericana, Gestora del Sud S.A., Valolerga S.A., Argentaria S.A.F., y Argenmin S.A. A esas sociedades hizo extensivo expresamente el auto de quiebra firme dictado oportunamente a Compañía Swift de la Plata Sociedad Anónima Frigorífica. Decretó la continuidad de algunas de esas empresas, señaló un nuevo período informativo y una masa común.

²⁵ Doctrina y jurisprudencia de BULLRICH, Santiago La quiebra y la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el derecho nacional e internacional privado RDCO to. 1972, año 5, p.37 y "Talleres Inglemere S.A." Juz. Com. 1ra Instancia n. 13, firme 29/10/71 ED To. 48 P.361.

- *Sentencia de la Corte Suprema del 21/9/76.* – Con otra composición derivada del golpe de estado del 24 de marzo de 1976 – Horacio H. Heredia, Adolfo R. Gabrielli, Alejandro R. Caride y Federico Videla Escalada–, la Corte Suprema entendió en un incidente deducido por Ingenio La Esperanza, cuya quiebra había sido decretada por el juez Lozada el 6 de septiembre de 1973 con fundamento en lo resuelto por la Corte el 4 de septiembre de ese año. Ingenio La Esperanza dedujo recurso de apelación alegando no haber sido notificada ni haber podido efectuar manifestación alguna en oportunidad del dictado de la referida sentencia. También entendió en un recurso interpuesto por los abogados de José R. Zurdo respecto a sus honorarios. Lo primero que debe señalarse es que el tribunal, inmerso en la violenta disputa política de los '70, de fuerte tinte ideológico, mantuvo el principio institucional básico de la cosa juzgada, a pesar de las presiones usuales de la época, ante la alegación de acreedores y de la fallida que lo decidido en 1973 por la Corte debía considerarse un acto inexistente, lo que hubiese subvertido las más elementales reglas de los principios generales del derecho (aunque cierto es que el estado de derecho había sido abrogado dictatorialmente) ²⁶

La CNCom., sala C, confirmó lo resuelto por el inferior, sosteniendo que el “procedimiento” a que supeditó la Corte el desapoderamiento de los bienes integrantes del grupo Deltec no “puede ser otro que la simple comprobación por el juez de la quiebra de su calidad de tales (...). Pretender que en el mencionado procedimiento se le dé participación como partes a las presuntas entidades sería volver a insistir en su calidad de terceros”.

Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario, que fue concedido, por tratarse de la interpretación de un fallo de la Corte Suprema dictado en los autos principales. La recurrente reafirmó la falta de comprobación de su pertenencia a una unidad económica, alegando que “la personalidad jurídica autónoma de las sociedades no puede ser allanada, y

²⁶. Se trataba de presiones usuales. Por caso, en los juicios incoados contra el agente de bolsa Eduardo Victoriano Torres Astigueta, que había colectado dineros de ahorristas argentinos a través de una sociedad asentada en Bahamas –como Deltec- de la cual era director el ministro de economía José Alfredo Martínez de Hoz, en lo que se conoció como el affaire Worldwide, sus abogados, al producirse el golpe de estado del 24 de marzo de 1976, presentaron escritos discriminatorios solicitando a sus letrados oponentes dieran fin a la contienda, y hasta se enviaron personas que aduciendo ser militares, exhibieron armas de fuego. Pero los juicios siguieron, hasta que los ahorristas representados por este cronista percibieron sus créditos, antes de que se decretara la quiebra del deudor)

hasta tanto ellas sean convictas de realización de los actos indicados en el artículo 165 del dec-ley 19.551, ellas deben ser tratadas como terceros frente a la fallida, a los efectos de su defensa en juicio en el respectivo procedimiento”, diciendo de violación a dicha garantía constitucional. La Corte entendió que la resolución del juez Lozada no constituía el procedimiento válido respecto de la recurrente, pues de los antecedentes alegados –informes de la Junta Nacional de Carnes y de la División de Delitos Tributarios de la Dirección General Impositiva–, surgiría la unidad económica de Deltec International con Swift, pero no la de ésta con Ingenio La Esperanza S.A. Según el más alto tribunal, la decisión de la Cámara respecto a su coincidencia con el procedimiento del juez, no interpretó la distinción del fallo de la Corte del 4 de septiembre de 1973 en su exigencia de determinar cuáles otras personas o compañías integraban el mencionado grupo. Luego de establecer la necesidad de demostrar precisa y concretamente si Ingenio La Esperanza actuaba en interés y función de Swift o de Deltec disponiendo bienes en fraude de los acreedores, consideró que la garantía de la defensa en juicio había sido vulnerada, por no tener oportunidad de acreditar sus afirmaciones, dejando por ello sin efecto la sentencia apelada. Así, según se expresa, “la resolución del juez declarando la quiebra de varias empresas presumiblemente integrantes del “grupo” no constituye un procedimiento válido respecto de la recurrente, pues de los mismos surgiría la unidad económica de “Deltec International” con “Swift” , pero no del “Ingenio La Esperanza S.A.” con “Swift”, y en tanto se trata de actuaciones administrativas unilaterales en las que no consta que la apelante hubiera tenido intervención y oportunidad alguna de defensa “cuáles otra personas o compañías...” “No se ha dado debida participación de la interesada” para que demostrase “si esta actuaba en interés y función de “Swift” o “Deltec”. La vulneración de la garantía de la defensa en juicio se afianza en el hecho de que la recurrente no tuvo oportunidad de acreditar sus afirmaciones en el sentido de que no se halla unida “en función de unidad económica” con Swift-Deltec.

En consecuencia, se levantó la quiebra de Ingenio La Esperanza S.A., pero como el 80% de su paquete accionario pertenecía efectivamente al grupo fallido, fue ordenada su subasta en primera instancia –hasta esa proporción– lo que efectivamente se produjo con intervención de un comisionista de bolsa.

El 27 de diciembre de 1977, ante la alegación de la inexistencia, como sentencia judicial, del fallo 1973, en recurso deducido por Deltec International Limited y Deltec Argentina S.A, aduciendo exceso en la potestad jurisdiccional y la violación de garantía de la defensa en juicio, invocando como antecedente el fallo de la Corte respecto al Ingenio La Esperanza, la Corte reafirma el principio de la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, como exigencia del orden público, confiriendo jerarquía jurisdiccional a su decisión. En otro fallo dictado ese mismo día, interpuesto por los abogados de José R. Zurdo respecto a sus honorarios, alegando una marcada confusión entre condena en costas, regulación y gastos del concurso, la Corte dispuso que el término “oportunamente” utilizado en la decisión del tribunal del 4 de septiembre de 1973, obstaba a la concesión del recurso federal.

Cualquiera fuera el análisis que el caso merezca, – las interpretaciones de la doctrina han sido disímiles– existen elementos objetivos indisputables:

1. Se trató de la actuación extraterritorial de un importante grupo internacional, que hoy podría denominarse, acomodándose a los tiempos, empresa global;
2. Esa actuación, referida a su principal subsidiaria argentina, resultó lesiva a los intereses de los acreedores locales –incluyendo entre ellos a entidades financieras locales de capital extranjero– y a la producción de carnes en general –una de las más importantes de la República Argentina enmarcada en el modelo agrícola-pecuario-exportador– y, por lo tanto, contraria al interés nacional;
3. Las lesiones o daños fueron el resultado de conductas antijurídicas; esto es, se produjeron a consecuencia de ellos;
4. Por aplicación del principio general de la responsabilidad, quien actuando antijurídicamente ocasiona daños, responde por los mismos.

Esta aseveración evita una mayor discusión acerca de la resolución del caso. Pero la atribución de la responsabilidad, y la asunción de ésta por parte del sujeto –en el caso, Deltec–, no significan necesariamente la declaración de

falencia del mismo, aun cuando una de sus dependientes estuviese en quiebra²⁷.

La cabal comprensión de esta tesis, evitaría la desaparición de unidades de producción o de servicios, al enrolarse en el principio indubitado de conservación de la empresa (art. 100 LSC) y ha sido receptada por la doctrina estadounidense. Desde luego, observando la forma en que el caso Swift-Deltec fue resuelto en definitiva, primó la posición que sostiene la extensión de la quiebra, y no la de la responsabilidad, aun cuando el fallo de la Corte Suprema del 21 de septiembre de 1976 atenuó los efectos respecto a Ingenio La Esperanza S.A.

Bien mirado, como se adelantó, la resolución del juez Lozada referida al beneficio de excusión, tan criticada y que fuera revocada por el más alto tribunal, adquiere en la actualidad una valoración mayor, sin perjuicio de cierta carencia de precisión jurídica en su dictado, que va en su desmedro. La interpretación de su resolución señala que el magistrado optó por la extensión de la responsabilidad, y no de la quiebra. No se explicaría sino que, ya declarado el estado de falencia de la subsidiaria Swift, la resolución mandara liquidar los bienes de esta sociedad, y una vez terminado ese proceso atendería a la responsabilidad de las demás integrantes del grupo Deltec, incluida su matriz. Por otra parte, la resolución aludida, en su parte final formula una referencia explícita a la extensión de la responsabilidad.

5.- Otro apunte que no puede dejar de señalarse con énfasis, insinuado más arriba, es que a pesar de la alternancia de gobiernos civiles y militares, que provocaban la designación de miembros de la Corte diferentes que los anteriores, con otra ideología y compromiso (la Corte es uno de los tres poderes del estado, cogobierna), en este caso particular dentro de un cambio producido dentro de las luchas políticas más violentas y represivas que se recuerden en nuestra historia, la Corte mantuvo la vigencia de lo decidido por su antecesora, reafirmó sus conceptos, no se planteó siquiera considerar la inexistencia de sus fallos, y apenas modificó lo decidido por el Juez Salvador

²⁷ Para las disposiciones introducidas en nuestro derecho positivo por la derogada ley 19.551, perfeccionados por la 24.522, ver BERGEL, Salvador D., Extensión de la quiebra, RDCO, 1973, año 6, p. 435

María Lozada respecto al Ingenio La Esperanza S.A., con argumentos robustos, en tanto se trataba de una sociedad diferente, con actividad y objeto social distintos, sin que pudieran comprobarse vasos comunicantes financieros.

MASNATTA²⁸ realizó un profundo estudio del caso, con anterioridad al fallo definitivo de la Corte, lo que como se adelantó determinó su excusación para intervenir en el mismo. Describe el fallo del juez Lozada y su fundamentación, así como la sentencia de alzada que revocó lo esencial de lo decidido en el mismo. Formula precisiones respecto a la teoría de la penetración²⁹, con acopio de jurisprudencia que precedió al caso en examen, para desarrollar in extenso la doctrina *clean hands*. Considera que aun de mantenerse vigente el fallo de alzada –lo que en definitiva no sucedió–, las sociedades unificadas del grupo Deltec serían responsables por las obligaciones asumidas en cabeza de Swift: “desde que sostenemos que el ‘allanamiento de la personería’ no implica su extinción, nada obstará a que, una vez llenados los recaudos formales requeridos por el fallo de la alzada –cuyo cumplimiento no implicará el reconocimiento de una personalidad sustantiva distinta para las sociedades unificadas en el ‘grupo Deltec’ a estar a las propias manifestaciones del fallo– pueda responsabilizarse al patrimonio afectado, del cual ‘Swift’ es una subsidiaria que a su vez detenta otras subsidiarias”.

El fallo de la Corte fue mucho más allá de la propuesta de MASNATTA, aunque la lectura del mismo, por su claridad y en especial por la profundidad en la descripción jurídica de los grupos empresarios y la teoría de la penetración, conducirían a pensar en una redacción final elaborada muy cerca del ministro excusado.

El caso Swift-Deltec originó comentarios jurídicos de indudable valía – además del ya mencionado de MASNATTA–. Esta afirmación referente a la doctrina vale más en lo que hace a su calidad que a su cantidad.

²⁸ MASNATTA, Héctor, *Teoría de la penetración y doctrina “Clean Hands”*, JA t. 1971, p. 360.

²⁹ Dicho autor introdujo la teoría de la penetración en la República y en especial el pensamiento de Rolf SERICK, a través de su célebre estudio *El abuso de derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración)*, Ediciones Jurídicas, Santa Fe, 1967, con breve y brillante prólogo de TOBAL, Gastón F

ROTH³⁰, en una nota relacionada con otro caso de extraordinaria repercusión perteneciente a una rama diferente del derecho, hace referencia específica al fallo de primera instancia dictado en Swift-Deltec y sostiene – dejando de lado la circunstancia de la propiedad extranjera de los capitales que “dieron notoriedad al fallo”– que éste “debió ser el mismo así la fallida se hubiera dedicado al comercio de pollos con accionistas nacionales”. Esta aseveración tiene especial importancia y respalda la tesis referida al desbaratamiento del ahorro público y la posibilidad de extender la responsabilidad a las controlantes de las entidades financieras que operan en el país, que encabeza este comentario.

GARCÍA CAFFARO³¹ pone el acento en la aparente contradicción de los fallos dictados por la Corte Suprema en 1973 y en 1976, sin escatimar referencias a que el trámite del proceso estuvo impregnado de decisiones que traslucían discrepancias en su formación “durante un lapso caracterizado por frecuentes cambios de personas, ideologías e instituciones”³².

HALPERÍN³³ formuló apuntes referidos a circunstancias no esenciales del caso Swift-Deltec.

En paralelo, la Corte Suprema del Estado de Nueva York U.S., ante una excepción opuesta por un deudor de la Deltec International Ltd., por u\$ 3.000.000, manifestando que no podía cancelar en forma legal su obligación por encontrarse la acreedora en quiebra en Buenos Aires, argumentando la tutela del principio de obligatoriedad del pago en el concurso, resolvió que la quiebra extra nacional sólo tiene efectos si se acomoda a los estándares

³⁰ ROTH, Roberto, La esfera de aplicación de la teoría de la penetración, ED t. 43, p. 271.

³¹ GARCÍA CAFFARO, José L., El desapoderamiento de los bienes de la unidad económica 'Deltec' condujo a un híbrido procesal, LL t. 1976-D, p. 309.

³² Se refiere el autor, con seguridad, a que el dictamen del Procurador General de la Nación data de 1975, bajo el gobierno constitucional de Isabel Perón, en tanto el fallo del más alto tribunal fue producido por magistrados designados después del golpe de estado del 24 de marzo de 1976.

³³ HALPERÍN, Isaac, ¿Entidad financiera controlada?, RDCO, 1975, año 8, p. 393 y ss., comentario al incidente de venta de acciones “Argentaria S.A.F.” en “Cía. Swift de La Plata y otros/quiebra”, critica el fallo – publicado allí mismo- cuya doctrina fue que “no existe óbice para enajenar a una sociedad anónima la totalidad de las acciones de otra sociedad anónima, entidad financiera, en quiebra por la falencia de la sociedad controlante”. Halperín afirma que Argentaria S.A. nunca existió como sociedad, porque desde su constitución careció de la pluralidad de socios reales, su único propietario era Deltec S.A... Por lo tanto, critica el fallo afirmando que la justicia termina convalidando un fraude, “es decir, el fraude de Deltec S.A., y no obstante por este acto de ‘lavado en las aguas del Jordán’ judicial, se purgan tales vicios de fraude a la ley y se resucita la sociedad disuelta, desoyendo la sabia advertencia de Vélez en la parte final de la nota al art. 3136, C. Civil”.

jurídicos que dicho tribunal tiene establecidos, no haciéndose lugar a la defensa por ser su doctrina que la quiebra de un segmento de una gran empresa no necesariamente acarrea la quiebra de toda la empresa ³⁴ Se consigna la especie en orden a la posible extraterritorialidad de las sentencias y al problema de la quiebra extra nacional de un grupo global decretada en nuestro país ³⁵.

El caso “Swift-Deltec” promovió y afirmó en nuestra jurisprudencia concursal el convencimiento de que, por excepción, corresponde apartar las formas societarias en pos del respeto de la realidad económica y sustancial. De esta forma, se ha seguido en esa línea de pensamiento del cual son ejemplos los casos “Pazmallman S.A.”³⁶, “Greco”³⁷ y “Sasetru”³⁸, por no citar sino algunos de los más importantes³⁹. La jurisprudencia de Estados Unidos tuvo una excelente fragua en la elaboración de soluciones⁴⁰. Fuera en tiempos de guerra –incluyendo la Guerra Fría o conflictos focalizados en Oriente, como Corea– o por motivos atinentes a recaudación impositiva, la Justicia estadounidense sentó precedentes centrales referentes a la teoría de la penetración, luego reflejados en algunos casos en la jurisprudencia nacional. En el caso “Kaufman vs. Société Internationale” de 1952⁴¹, la Corte Suprema decidió que el velo de la personalidad moral debe ser levantado para develar la identidad del enemigo, pudiendo éste esconderse bajo la máscara de accionistas o de administradores. En “Higgins vs. Smith”, de 1940 se había resuelto que el dominio absoluto de una corporación por un individuo, impedía considerar compraventa a un contrato celebrado entre esas partes, porque

³⁴ Polak Federico G. La empresa extranjera... cit. P 229.

³⁵ “Journal Private International Law”, 1974.

³⁶ Ver reseña en AZERRAD, Rafael, ob. cit., ps. 145 y siguientes.

³⁷ En el cual se somet  a las empresas del grupo, a un proceso concursal común, justamente por tratarse de desmembraciones empresarias comunes.

³⁸ Tramitado por ante el Juz. Nac. 1  Inst. Com. n  19, con declaración de grupo empresario firme.

³⁹ Existen también fallos donde se contempla el problema concursal, pero en los cuales la Justicia del fuero respectivo se abocó al fenómeno de la desestimación de la personalidad societaria (v. gr.: CNCom., Sala C, 16/8/78, “Mata, M. c/Terratur S.R.L. y otro”, en el cual se estableció que en el juicio ejecutivo no puede investigarse un pedido de allanamiento de la personalidad, por su índole y naturaleza; CNCom., Sala A, 27/2/78, “Astesiano, M. c/Gianina S.C.A.”; CNTrab., Sala II, 31/7/73, “Rodríguez c/Lago del Bosque S.R.L.”; CNCiv., Sala F, 10/6/76, “Bianco, J. c/Editorial Planeta S.A. y otros”, con lo que queda claro que “la gran hora” no es la “ nica hora”.

⁴⁰ MARZORATTI (h.), Osvaldo J., La teoría del “disregard of legal entity” a través de la jurisprudencia norteamericana, RDCO, 1968, año 1, p. 715 y ss., y en especial LE PERA, Sergio, Cuestiones ..., p. 142 y ss..

⁴¹ 343, U.S., 353, citado por MASNATTA, Héctor, El abuso del ..., p. 28, quien también recuerda el antecedente de “Higgins vs. Smith”.

dicha venta no era “venta” en sentido real, y no podía alegarse para permitir ante el fisco la deducción de pérdidas.

Las sucesivas contiendas judiciales, los fallos de los diferentes tribunales en el caso Swift-Deltec, tuvieron el indudable mérito de no reconocer antecedentes similares, y haber sido dictados desconociendo en muchos casos la doctrina y jurisprudencia que ya había arado internacionalmente en los temas en debate, y que se consigna como corolario de este comentario.

La recepción de la teoría del *disregard of legal entity* en Europa se debe en lo primordial, como se adelantó, al formidable trabajo de Rolf SERICK en Alemania⁴², que hizo algo más que un mero aporte local: se proyectó más allá de las fronteras, con lo que posibilitó la recepción de la idea incluso en Latinoamérica. La tesis básica de la concepción contemporánea en el derecho continental, pergeñada por SERICK y sus seguidores (por ejemplo, HOUIN⁴³, en Francia; VERRUCOLI⁴⁴ en Italia), consiste en que las ventajas propias de la personalidad moral son susceptibles de abuso o de uso desviado, lo que se remedia con la desestimación o prescindencia de la estructura formal del ente, para penetrar hasta el sustrato personal y económico patrimonial, investigando los fines de su utilización. Se respeta y reafirma la existencia de la personalidad jurídica solo en cuanto sea utilizada con rectitud. A semejanza de los personajes del teatro griego, detrás de la máscara se mueven personas y patrimonios.

SERICK es el líder en el derecho continental europeo aunque antes se hubieran dedicado a su estudio, embrionariamente, VACHERON⁴⁵ en Francia, y ASCARELLI en Italia⁴⁶. SERICK clasifica o tarifa (lo que significa un mal corolario para su brillante construcción jurídica), los casos de prescindencia de la

⁴² Una minuciosa revisión de la doctrina y la jurisprudencia alemanas realiza MASNATTA, Héctor, El abuso del ..., ps. 29 a 40. En la misma obra, se repasa el estado de la cuestión en los '50 del derecho suizo, el español, el francés, el italiano y el polaco.

⁴³ HOUIN, Roaul, El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones. Derecho francés, LL, t. 109, p. 1053.

⁴⁴ VERRUCOLI, Piero, Il superamento della personalità giuridica delle società per azioni, Milano, 1958; y también El concepto..., revista “Derecho Empresario”, t. III-B, ps. 686 y siguientes.

⁴⁵ Ver el Comentario del Traductor PUIG BRUTAU, José, al referido libro de SERICK, Rolf, ob. cit., ps. 265 y siguientes. El prólogo es de POLO DIEZ, Antonio.

⁴⁶ El maestro italiano entrevió el ancho campo del uso desviado de la personalidad moral, incluso en trabajos en principio ajenos al tema (v. gr., Iniciación al estudio del derecho mercantil, Bosch, Barcelona, 1964).

personalidad, poniendo el acento en el abuso y en el instrumento formal, por buscar una síntesis de sus complejas ponencias. En 1959, HORNSTEIN⁴⁷, introdujo el concepto del interés nacional comprometido como causal de desestimación de las formas. En Europa⁴⁸, la jurisprudencia elaboró variadas fórmulas para llegar al resultado querido. Sustentó la desestimación de las formas por el manejo económico y financiero, que crea una especie de sociedad de hecho entre las sociedades implicadas, por lo que todos los participantes fueron considerados solidariamente responsables por las obligaciones ante terceros⁴⁹. También desarrolla la doctrina de la apariencia, declarando común la responsabilidad de dos sociedades que ante terceros sean representadas como una sola, por similitud de nombres, domicilio común o actividades afines⁵⁰. Igualmente se da esa solución cuando se produce confusión de personalidad o confusión patrimonial, con subsidiarias ficticias, carentes de estructura propia en cuanto a su organización y funcionamiento, sociedades que lo son sólo en apariencia⁵¹. En 1965, en el célebre caso "Fruehauf France"⁵², se aplicó la doctrina de protección de accionistas externos, por la vía de la designación de un administrador provisional, ante la decisión asamblearia contraria prima facie al interés societario, por voluntad de la controlante y su voto. A nivel legislativo, la teoría ha ido ganando en creación científica, a partir de su recepción en diversos países europeos.

En nuestro país, Swift-Deltec provocó el nacimiento de una firme y decidida jurisprudencia acompañada por la doctrina, que lo reconocen como su raíz primera, su fuente definitiva, la piedra angular del estudio sobre la desestimación de las formas societarias.

⁴⁷ HORNSTEIN, *Corporation Law and Practice*, "St. Paul Minn", 1959, vol. II, ps. 260 y ss.; también puede citarse a LATTIN, R., *The law of corporations*, New York, 1971, ps. 103 y siguientes.

⁴⁸ Con expresas referencias a la ley brasileña (ver § 30. b)), en relación a proyectos y leyes europeas, véase C. DE ROIMISER, Mónica G., *La moderna regulación de los grupos de sociedades. El proyecto francés Cousté y la ley brasileña. La "omisión" de la ley italiana y la nueva regulación en materia de consorcios.*, RDCO 1977, año 10, p. 567 y ss.

⁴⁹ RIVES, Jean, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, "RTDC", 1969, p. 407. Para la jurisprudencia francesa y su evolución consúltese el erudito trabajo de ROIMISER, M. G. C., "La moderna regulación de los grupos de sociedades", en Primer Congreso de Derecho Societario, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, ps. 189 y siguientes.

⁵⁰ DEPAUX, L., *Entreprise et le droit*, Paris, 1957, ps. 157 y 162.

⁵¹ BREDIN, J. D., *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simule*, "RTDC", 1956, p. 261.

⁵² "Fruehauf France", "RTDC", 1965, p. 619. La casa matriz con radicación extranjera prohibió la exportación de camiones producidos por la subsidiaria francesa al país de China.