

Comisión I.

DEBATES SOBRE "AGRUPACIÓN DE SOCIEDADES"

En la ciudad de La Cumbre, provincia de Córdoba, a 17 días del mes de agosto de 1977, siendo las 16 y 30:

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — En mi carácter de coordinador de esta Comisión I, quiero hacer algunas pequeñas consideraciones introductorias. Será conveniente remarcar ciertos lineamientos generales dentro de los cuales se va a desenvolver la Comisión; cuál ha sido el sistema utilizado para el tratamiento y el desarrollo de las sesiones, y al mismo tiempo vamos a elegir a las autoridades que corresponden a esta Comisión.

Como ustedes comprenderán, el drama de los congresos, el gran tirano que preside todas las sesiones es el tiempo. El tiempo nos ha obligado a tener que establecer necesariamente algunos límites, por cierto que no sería lo que nosotros hubiéramos deseado, pero dada la cantidad de ponencias presentadas, y la solvencia técnica e información científica que ellas contienen, es evidente que nos va a demandar bastante tiempo el poder tratarlas y exponerlas como se merecen y sería nuestro deseo.

Por esta circunstancia, lamentablemente, vamos a tener que actuar en esta dura función de coordinador, poniendo límites a las exposiciones. De este modo —y con la lógica elasticidad que corresponda según los casos—, trataremos de encauzar la marcha de esta comisión para que podamos llegar a buen puerto. Es decir, al tratamiento integral de todas las ponencias, facilitando también el debate en la forma más amplia y elocuente posible.

Además, como ustedes saben, hemos tenido que realizar una tarea de ordenamiento de la temática planteada en el programa. Originariamente, dada la característica de uniformidad con que la doctrina nacional y extranjera se refieren a este tema, lo dividimos en tres grandes partes: lo que podría ser el fenómeno económico, el *substratum* que subyace al mundo jurídico, es decir, el fenómeno de concentración económica, que todos ustedes conocen por cierto, y es el que motiva o actúa como émulo de estas vinculaciones socie-

tarias. Nos referimos entonces al enfoque planteado desde el punto de vista económico.

La segunda parte, tal como está explicado, se ocupa de la metodología de agrupación que vehiculiza ese fenómeno de concentración económica, tanto las que responden a las técnicas de "colaboración", como aquellas que ponen en movimiento las técnicas de "subordinación".

De alguna manera, en la mayoría de las ponencias se demuestra gran preocupación por las metodologías de concentración económica que giran en torno de la "cooperación", al mismo tiempo que también han sido planteados, con un acertado criterio, problemas que giran en torno de la subordinación.

Es decir que el mayor número de trabajos están centrados esta vez, dentro del cuadro de la colaboración intersocietaria, alrededor del cual ha girado, en su gran mayoría, las preocupaciones de la doctrina más reciente.

Así, pues, pasaremos a considerar en primer término las técnicas que responden a la "colaboración" para luego recién abordar las técnicas que responden a la "subordinación".

Siguiendo el orden lógico y natural, tendríamos que dejar para tratar en último término los efectos del fenómeno de concentración económica; es decir, todo el conjunto de consecuencias jurídicas que emanan de la problemática de agrupación en donde, por cierto, hay otro número considerable de importantes trabajos científicos planteados.

Éste es el orden que hemos creído más razonable para poder arribar a buen puerto.

Por último, quiero señalar que dadas las características de este Congreso, fundamentalmente se tratará de formar doctrina, es decir, crear corrientes de opinión, establecer pautas ciertas sobre estas instituciones, que serán registradas por el cuerpo de taquígrafos que nos asisten, y que posteriormente, en la medida de nuestras posibilidades, y con cierto margen de ordenación, serán volcadas al libro que aspiramos a publicar, donde se contengan todas las ponencias referidas a este Congreso, como también los puntos sobresalientes del debate.

Con estas palabras, podemos dejar iniciada las sesiones, expresando nuestro deseo de que lleguen al mejor de los éxitos, y en nombre de las autoridades del Congreso agradezco la colaboración inestimable que ustedes han prestado, como así vuestra presencia en esta serrana ciudad de La Cumbre deseándoles una feliz y provechosa estadía.

Pongo a la consideración de ustedes la elección de las autoridades, que deberán estar constituidas por un presidente, un vicepresidente, secretarios y relatores.

Dr. IZET. — En nombre propio y de algunos colegas asistentes a esta sesión, nos vamos a permitir proponer como presidente al Dr. Augusto Mallo Rivas, vicepresidente al Dr. Rogasiano Lo Celso; secretarios: Dres. Vergara del Carril y Martín Arecha; y como relatores al Dr. Bustelo, y a las Dras. Bisio de Viano y Mercado de Sala.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — En consideración. Si no hay oposición, se dará por aprobado.

No habiendo oposición, invito a las autoridades propuestas a ocupar su sitial.

Así se hace.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Muy agradecido, señores, por la atención de haber sido designado presidente, palabras que digo también en nombre de las restantes personas que integran la mesa.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Invito a pasar a un breve cuarto intermedio de diez o quince minutos para aunar criterios con la Mesa Directiva, anunciando que en el orden de las exposiciones se encuentra en primer lugar el doctor Zaldívar.

Es la hora 16 y 55.

Siendo las 17 y 15:

REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DERIVADOS
DEL AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES.
"JOINT VENTURES". CONVENIENCIA
DE SU REGULACIÓN

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Continúa la sesión. Tiene el uso de la palabra el doctor Zaldívar. En una primera aproximación, estimamos que las palabras del exponente podrán durar alrededor de treinta minutos y quienes luego quieran hacer uso de la palabra, contarán con un espacio estimativo entre los cinco y los diez minutos, tiempo que rogamos sea respetado, reiterando la elasticidad que señaló Palmero, que haría que eventualmente este tiempo pueda prolongarse en alguna medida. Pero en principio, dado el alto número de exponentes, cada uno de ellos tratará de ajustarse al tiempo establecido, de modo que puedan desarrollarse todos los temas y participar en el debate de ellos cuanto congresista quiera hacer uso de la palabra.

Dr. ZALDÍVAR. — Señor presidente, distinguidos colegas: Creo que voy a poder limitarme al tiempo otorgado por la presidencia para mi exposición, ya que mi colaboración es bien modesta, por cierto, y únicamente plantea una inquietud en el tema de la regulación jurídica de los contratos llamados de "*joint ventures*".

Creo adecuado, en primer lugar, dar el concepto de este tipo de agrupación de sociedades, por lo menos brindar uno de los conceptos que existe, que entiendo que es aquel dentro del cual se ciñe este tipo de operaciones o contratos en nuestro país.

En estos casos, en estos contratos las empresas afectadas no participan necesariamente en su recíproco capital; conservan su individualidad, y por lo tanto sus respectivos órganos guardan su integridad. O sea que no concretan una sociedad efectiva, ni actúan bajo una denominación corporativa.

Las relaciones entre ellas son regidas por estipulaciones *ad hoc*, resultantes específicamente de la actividad que pretenden desarrollar, y otras modalidades que las habilita para obtener un beneficio en el negocio.

La idea de esta caracterización es delinear con la mayor exactitud posible el tipo de contrato al cual quiero referirme. De modo que no se trata de sociedades vinculadas, en las cuales hay participación recíproca, que por otra parte, por la ley, no podría haber.

Creo importante destacar que conservan su órgano respectivo y que sus relaciones están reguladas por un contrato especial; es decir, que las dos sociedades que participan en este contrato, están regidas por un acuerdo especial que varía según la modalidad de la obra que quieran desarrollar.

La experiencia me ha indicado que este tipo de contrato no solamente se manifiesta en operaciones de gran envergadura. Cito en mi exposición algunas de ellas, por ejemplo, la Central Nuclear de Río Tercero, que se lleva a cabo por un *joint venture* entre Atomic Energy of Canada Ltd. e Italmimpianti S.p.A. de Italia; que ellos han conservado su individualidad, tienen prestaciones diversas en la construcción de la Central Nuclear, pero desde luego son prestaciones que se complementan y que es imprescindible que sigan un cronograma coordinado. Cuando se discutió este contrato, se presentó la gran dificultad de las responsabilidades. El gobierno nacional, a través de la Dirección de Energía Atómica, intentó que formasen una sociedad anónima, a lo cual los canadienses, queriendo conservar su individualidad, y teniendo por copartícipes asociados, una mentalidad tan diversa, se negaron rotundamente.

De modo que fue sumamente difícil coordinar la representación de este *joint venture* ante el gobierno nacional, las responsabilidades, las penalidades, etc.; y a la postre quedó un híbrido que no satisfizo a nadie.

En otros casos, las sociedades oferentes aceptaron la formación de una sociedad especial (por ejemplo, en la obra del Chocón-Cerro Colorado, que también indico en mi exposición), la cual demoró mucho la iniciación de las actividades, ya que ante una exigencia del gobierno nacional, se tuvieron que poner de acuerdo cuatro sociedades —entre ellas una extranjera—, lo cual ocasionó dificultades, debido a la falta de regulación legal que hay en esta materia.

Señalo en mi exposición diversos inconvenientes de orden jurídico. Por ejemplo, la dificultad de encuadrar jurídicamente la figura

de este contrato, que algunos autores nacionales, y también extranjeros, han pretendido que se trata de una sociedad accidental.

Sin embargo, en mi opinión no se conforman los supuestos de una sociedad accidental, porque no presenta las características necesarias a tales fines. Por lo pronto, las sociedades conservan su individualidad, y aparte de ello, no se ocultan ante el otro cocontratante, es decir, frente al Estado nacional. Las dos contratan; no hay un sector que contrate, como sucede en las sociedades accidentales. Creo que es un argumento decisivo para decir por lo menos que en nuestro encuadre legal de las sociedades el *joint venture* no es una sociedad accidental de participación.

Ante esta nebulosa en la cual nos hallamos respecto de la tipología o la caracterización de este contrato, surgen una serie de dificultades, que también cito en mi trabajo, por ejemplo, y relacionado con la responsabilidad, me planteo el interrogante de si existe una solidaridad entre las empresas que forman el *joint venture*, y en caso afirmativo con qué alcance; si es únicamente activa, o si, al contrario, es activa y pasiva. Un problema muy complejo es, por ejemplo, el del incumplimiento por parte de una de las sociedades de sus prestaciones. ¿Qué sucede con la cocontratante? Otra cuestión compleja consiste en saber si el Estado nacional rescinde el contrato a uno de los participantes del *joint venture*, ¿puede el Estado nacional imponer otro participante en reemplazo de éste? Porque habría que ver si el primer participante acepta su nuevo asociado; es muy posible que no lo haga, porque efectuó el *joint venture* con una empresa de determinadas características, de solvencia, etc.

Volvamos al ejemplo de la Central Nuclear de Río Tercero. Suponiendo que la obra civil que está a cargo de Italimpianti no se cumple, ¿cuál es la responsabilidad de la empresa canadiense que tiene que suministrar la parte específicamente nuclear?

En fin, hay una serie de dificultades en cadena que entorpecen en gran medida la celebración de este tipo de contrato.

Antes de apuntar las conclusiones, en mi ponencia señalo que en Francia se presentó un proyecto de ley que ellos denominan "contrato de agrupamiento momentáneo de empresas", y que es exactamente la regulación legal de este tipo de asociaciones.

Afortunadamente, a mí me llegó el proyecto de Francia el pasado jueves. Digo proyecto de ley, porque en todos los Estados parlamentarios, las leyes van al parlamento, comienzan a discutirse y pasan los meses. Así se llegó al período de receso, la ley estaba discu-

tida, faltaban una o dos firmas, y ahí se estancó el proyecto, que tendrá que esperar al próximo período que comienza en el mes de setiembre.

De todos modos, tengo aquí el proyecto de ley, sumamente breve, que proporciona algunas pautas muy interesantes, y luego le haré una crítica.

Mi ponencia es sumamente sencilla: consiste en recomendar la necesidad de estudiar un régimen legal específico de los "contratos de agrupación transitoria" de empresas para obras determinadas, que la práctica de nuestro país ha recibido en su habitual denominación de *joint ventures*, que contemple algunos puntos que la experiencia haya demostrado que son los básicos. Por ejemplo: en primer lugar que las empresas agrupadas no forman una nueva sociedad.

Señalo que muchos organismos del Estado, cuando tienen que contratar con oferentes en estas condiciones, los consideran como consorcios. En realidad, yo no sé lo que es un consorcio. Y en nuestra realidad no existen consorcios, excepto los de propiedad horizontal, y otros.

El consorcio italiano no tiene nada que ver con lo nuestro, lo que sucede es que se toma una terminología italiana que no soluciona el problema.

Se le puede denominar "contratista", o como quiera llamársele, pero no "consorcio", porque así se le da una caracterización que se presta a un equívoco en esta materia.

No quiero decir que ésta sea la única ni la mejor dirección, pero evidentemente creo necesario que se dicte una ley en esta materia, que caracterice qué es este contrato. Empezando por señalar si, en estas condiciones, los participantes de esta agrupación forman o no una nueva sociedad. En mi opinión, no la forman, y es más, no conviene afirmar que la forman.

El otro problema que señalé anteriormente es el de las modalidades de la solidaridad activa y pasiva.

El punto segundo sería el de la responsabilidad de los integrantes de la agrupación empresaria por incumplimiento de sus respectivas prestaciones, y su irresponsabilidad en determinados casos.

Existe un tercer problema, absolutamente pragmático pero muy importante, cual es la forma de representación del *joint venture*: quién lo representa. Porque, por ejemplo, cuando se construyó el Complejo Zárate-Brazo Largo, surgió ese problema, y entonces la empresa quería salvar su responsabilidad, conservando su individualidad. Y al Estado se le hace sumamente difícil la asunción de los

cumplimientos o incumplimientos del contrato, los cambios al contrato, etc.

Quiero señalar, a modo de paréntesis, que mi exposición se ha referido preferentemente a dos grandes obras, pero no excluye que en muchos otros órdenes el contratante que se enfrenta con las empresas es un ente privado, sufriendose también estos problemas, aunque en escala menor. Por ejemplo, cuando en una obra de cualquier naturaleza es necesario un aporte tecnológico que únicamente se obtiene a través de la cooperación de una pequeña empresa. Todas estas dificultades se repiten, con los tropiezos que significan para la realización de las obras.

Luego —y en cuarto orden creo— sería necesario establecer un régimen de publicidad de la ocupación de las empresas y de su representación, que estaría de acuerdo con todo el sistema de publicación de la ley de sociedades comerciales. Y por último, alguna otra situación que la práctica de nuestro país aconseje que sea necesario regular.

Esto es todo en cuanto a mi modesta ponencia. Me voy a referir únicamente a la ley francesa que he mencionado —aclaro que cuando mandé la ponencia aún no la había leído—, porque la menciona la edición 1977 del Tratado de Ripert, que ha aparecido en marzo del corriente año, compilado y actualizado por Roblot, que hace referencia a que esta ley se está discutiendo en la Asamblea Francesa. Después pedí la ley, y me la enviaron.

Brevísimamente me voy a referir al proyecto de ley, que será aprobado en el próximo período de sesiones.

El proyecto está constituido por seis artículos, el último de forma. En primer lugar hace la siguiente caracterización: "El contrato de agrupación momentánea de empresas es concluido entre dos o más personas físicas o morales, que se comprometen a ejecutar, cada una en lo que le concierne, prestaciones distintas en vista de una operación común determinada. Este contrato no da nacimiento a una sociedad, y no confiere a la agrupación que crea, una personalidad moral".

Creo que aquí está ya caracterizada. Se tipifica este tipo de contrato, y están después todas las discusiones que nacen después, si se tratará de una sociedad de hecho, de una sociedad irregular, etc.

Luego la ley, como aspecto formal, al que no sé por qué en los comentarios y en la discusión parlamentaria le dan mucha importancia, se refiere a las especificaciones que debe tener el contrato, bajo pena de nulidad; ellas son fundamentalmente cuatro, de las

cuales la última es importante: dice que deben consignarse las estipulaciones relativas a la responsabilidad de los miembros de la agrupación.

El art. 3 obliga a designar en este agrupamiento un mandatario común responsable frente al otro contratista, de la inejecución o de la mala ejecución del conjunto de las prestaciones.

Luego da una libertad muy grande para establecer el régimen de responsabilidad, que lógicamente tiene que ceñirse a las características del contrato.

Habla de la oponibilidad de este contrato a terceros, y prácticamente nada más.

Como se puede apreciar, es un proyecto sumamente sencillo.

En el comentario se insiste en el interés que tiene la creación legislativa de un contrato especial, no considerado por la legislación de fondo francesa, y deja bien en claro que no se trata de una sociedad de hecho, como la jurisprudencia francesa mayoritariamente había entendido que era.

Luego tiene otras consideraciones que no referiré aquí, para no abusar de la gentileza de ustedes.

Nada más, señor presidente; creo haber cumplido rigurosamente el tiempo que se me ha otorgado.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — En consideración.

Dr. GIGENA SASIA. — Como bien lo expresaron el señor coordinador y el señor presidente, el tiempo es sumamente tirano. Por eso pido a los señores congresistas que traten de suplir las cosas que no sean muy factibles de explicar, e incluso que me obligan a una síntesis.

Yo creo —y he vivido el problema en forma práctica— que se parte de un punto equivocado. Todos sabemos que en el mundo societario existe la sociedad, los socios y los terceros. Y frente a un hecho concreto de una agrupación societaria, estos tres elementos van a jugar.

Cuando en un contrato de obra privada, por ejemplo, se presentan a una licitación, la determinación de las relaciones internas entre los oferentes es problema de ellos.

Lo que debemos tener muy en cuenta son los derechos de los terceros. El mundo de los terceros es fundamental. En el caso de la autopista Buenos Aires-La Plata se exigió la constitución de una sociedad.

Si nosotros nos detenemos en el funcionamiento de *joint ventures*, veremos que cabe perfectamente bien dentro de la definición

de lo que es una sociedad: la idea de aporte, la forma organizada, distribución de beneficios, y la realización de una obra.

En este caso concretamente, encontraríamos que el *joint venture* formaría una sociedad para obras determinadas. Porque si no, se trata de sociedades comerciales que exigen que en el objeto social, preciso y determinado, esté la determinación de la obra que se va a realizar.

Como bien expresó Zaldívar, la problemática se presenta para determinar las responsabilidades de uno de los asociados por incumplimiento del otro. Evidentemente, la situación de los terceros ha llevado a que el Estado exigiera, en determinados casos, la constitución de una sociedad.

De modo que creo que aquí se confunde un poco el tema. Yo no dudo que cuando esos entes o personas se presentan, no son una sociedad de hecho; serán de hecho o irregular, si no han cumplido con las prescripciones de la ley. Son una auténtica sociedad comercial.

El único tema que quedaría —el tiempo obliga a obviar algunos— digno de mención sería el saber si resulta conveniente adoptar alguno de los tipos previstos por la ley. Aquí se plantea un interrogante, que evidentemente exigiría explayarse un poquito más: si convendría o no crear subtipos o tipos especiales dentro de las figuras de la ley. Cuando empezamos a explicitar demasiado, evidentemente la tendencia sería un poco peligrosa.

Creo que no habría ningún problema en que esos entes que se asocian, que no siempre son sociedades, porque a veces son también un individuo, adopten el tipo de sociedad acorde con la dimensión. Bien conocen todos los presentes que no es algo indiferente al tipo de estructura jurídica que se adopte la dimensión del negocio al que se busca encontrarle un marco formal.

De modo que habría problemas que deberían ser superados, creo que sin mayor dificultad, como es permitir que las sociedades por acciones pudieran asociarse en otro tipo de contrato social que no fuera exclusivamente sociedades por acciones.

Pienso que el tipo de sociedad que adoptaría esta auténtica sociedad comercial quedaría librado a la voluntad o a la decisión de los que se van a asociar.

Cuando se presentan a licitación, allí es el momento en que los oferentes determinen sus recíprocas obligaciones y derechos.

El *joint venture* es una de las mecánicas más utilizadas en estos casos, y me ha tocado vivirlo. La parte más dificultosa es cuando un contratante no quiere cargar con la responsabilidad del incumpli-

miento del otro ante el tercero. Pero ése es un problema entre ellos: que no se asocien. Porque de lo contrario, ¿qué albur corremos? Que esta figura —que es muy necesaria para el desarrollo económico del país, incluso es impostergradable— se viene dilatando precisamente porque queremos entrar a solucionar los problemas de empresas que tienen una gran capacidad, que tienen un cuerpo técnico extraordinario, etc. Entonces, las dificultades la tienen que solucionar ellos.

¿Qué tipo de sociedad? Todos sabemos que es más fácil obtener líneas de créditos y reconocimiento, para las sociedades de derecho, las sociedades regulares.

Entiendo que el *joint venture* es una auténtica sociedad, y que debe ser reglamentada como tal, y no como un ente híbrido, indefinido, y difuso, que no permita que el tercero tenga certeza y claridad acerca de los derechos que le asisten, y también de las obligaciones, evidentemente.

Nada más.

Dr. BERINI. — Yo le pediría al Dr. Zaldívar de ser posible, que explicité más claramente dos cuestiones: en primer lugar, la figura del mandatario, y en segundo lugar, si existe un régimen de publicidad.

Dr. ZALDÍVAR. — Doctor, ¿usted me pregunta si está propuesto en el sistema francés?

Dr. BERINI. — Exacto.

Dr. ZALDÍVAR. — El mandatario obliga a los participantes de esta agrupación momentánea, pero las entidades conservan su individualidad.

Ahora bien, hay un régimen de publicidad ante terceros.

Si se me permite, quisiera hacer algunas consideraciones acerca de lo expuesto por mi distinguido colega, el doctor Gigena Sasía. No entiendo bien —y lo digo con toda consideración— su afirmación: usted dice que es una sociedad. Tomemos un caso concreto: Salto Grande, la Central Nuclear de Río Tercero, Zárate-Brazo Largo, etc. En estos casos, excepto que el Estado les haya obligado a formar una sociedad anónima *ad hoc*, no había sociedad, sino que conservaban su individualidad. En el caso Central Nuclear de Río Tercero es imposible formar una sociedad. La mentalidad anglosajona es totalmente distinta de la latina, y los canadienses no querían de ninguna manera formar sociedad con los italianos.

Indudablemente, hay dos soluciones: una, que se cree un subtipo de sociedad nuevo, lo cual, desde luego, es posible; no para este tipo de operaciones, que —insisto— en el sistema francés expresamente se establece que *no forman sociedad*. O bien, puede seguirse un sistema manteniendo la independencia entre las entidades que forman el agrupamiento.

Obligar a los oferentes a formar una sociedad, tiene una ventaja; no hay ninguna duda de que significa acuerdo jurídico. Tal lo que ocurrió en Salto Grande, por ejemplo. Pero hay otros casos en que las entidades no quieren formar sociedad, entonces la obra no se puede realizar. Usted me dirá: la realiza otro, pero no es así. En el caso de la Central Nuclear de Río Tercero, o realizaban la obra *los canadienses, o no la realizaba nadie*. Y los canadienses no querían asociarse, y no se asociaron.

Dr. GIGENA SASIA. — El punto de partida para mí sería el siguiente: constreñirnos precisamente, porque en la realidad es lo más común, a las obras de licitación pública. El *joint venture* no tiene sólo ese alcance, pero circunscribiéndonos al tema, yo diría que lo fundamental consiste en determinar las condiciones de la licitación. Si ésta ha convocado a un concurso de precios para la realización de una determinada obra, y ha podido determinar en forma independiente los pasos que se van a ejecutar —por ejemplo, para instalar una fábrica es necesario realizar la obra civil, aportar las máquinas, hacer el montaje—, tenemos que determinar cómo se ha hecho el contrato en este caso. Si yo he contratado en forma independiente, no hay ningún tipo de sociedad; son cosas totalmente independientes unas de otras.

El problema está cuando yo he licitado la provisión de un puente por una fábrica, por el sistema de llave en mano. Aquí tenemos que situar el punto de partida.

En el primer caso, no hay *joint venture* ni nada que se le parezca; en el segundo caso sí lo hay: la licitación en forma unificada a un ente; que si se presentan dos, tres o cuatro, es problema de ellos, y ellos tendrán que determinar su situación. Pero cuando hay pluralidad de partes, cuando hay un aporte, diferente o no, cuando el objetivo es la realización de una actividad, no hay ninguna duda que nos hallamos frente a un contrato de sociedad. Lo demás es problema de ellos. ¿Por qué vamos a entrar nosotros a su terreno?

No estoy a favor de hacer subtipos de sociedades, porque la ley ha facilitado el sistema: estructura, y un objeto preciso y determi-

nado. Yo acepto, sí, que podría hacerse una reglamentación para solucionar eventuales conflictos entre los socios de esa sociedad *ad hoc*, o para una obra determinada.

Por eso hay sociedad, y se cumplen todos los requisitos. Lo que sucede es que partimos de un complejo, el país en vías de desarrollo. Creemos que la gente no va a venir a hacer determinada obra. Entonces, seamos realistas: no exijamos algo que no se da en la realidad, no usemos una ficción, seamos realistas y licitemos la obra pública, la obra civil, licitemos la provisión de las máquinas, el montaje, etc.

Lo que sucede es que el tercero, el contratista —digamos el principal—, trata de soslayar una tarea. Entonces nos encontramos con una situación que no es seria.

En el primer caso, como dije, no hay sociedad; en el segundo, hay auténtica sociedad. Entonces, ¿por qué soslayar el tema? Que sea una sociedad con todas las responsabilidades, con todos los derechos y obligaciones. Usted, doctor, expresó algo muy cierto: ¿y la representación? ¿Con quién tengo que tratar? ¿Ante quién tengo que protestar? ¿A quién debo hacer un planteamiento, o una sugerencia, si lo normal en el ejemplo elemental de la construcción de una casa, es que el cloaquista dice que la culpa la tuvo el plomero, y el plomero que la culpa la tuvo el albañil?

De modo que el tema debe ser abordado en su profundidad. ¿Es o no es una prestación que van a hacer en forma conjunta dos o más personas?

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Queda entonces como una propuesta su punto de vista, doctor.

Dr. KLEIDERMACHER. — Ciñéndome a la ponencia escrita de Zaldívar, creo, efectivamente, que el fenómeno existe, y considero lógico llevarlo a los términos que a nosotros nos resultaría más fácil de manejar, de modo que debe ser tomado tal como es, y tratar de darle una respuesta válida, desde el punto de vista de dotarlo de una estructura jurídica que aclare la problemática de las responsabilidades.

Por eso pienso que el doctor Zaldívar ha sido muy preciso, y participo de su afirmación en el sentido de que no se trata de una sociedad, fundamentalmente porque los participantes actúan con una intención diferente.

Esto no es un problema de que no deseen hacer una sociedad, sino que hacer una sociedad, desde el punto de vista empresario,

implica un costo, un tiempo, y poner al servicio de la formación de una sociedad una cantidad de elementos.

Además, la realización de una sociedad no termina en la constitución. Hay algo que aquí no se dijo: implica la disolución; tiene un comienzo y una conclusión. Y esto implica un trayecto que a los integrantes seguramente no les interesa recorrer.

En consecuencia, me parece que sería ideal propender a recoger la inquietud expresada. Pero disiento con la observación que hace Zaldívar en cuanto al cumplimiento por parte de la sociedad extranjera de todas las especificaciones, porque ahí también nos vamos a encontrar con un problema, ya que así como las sociedades extranjeras o de fuerte mandato por imperio de su tecnología, que les permite ejercer un monopolio, no desean la sociedad, tampoco quieren el cumplimiento de este tratamiento que también les puede crear complicaciones.

Me parece que la cuestión se podría resolver mediante un juego de garantías, para afectarlas al cumplimiento de las responsabilidades eventualmente incumplidas.

En estos últimos años todos asistimos a la necesidad del planteamiento frontal de una responsabilidad frente a un tercero. Ya no estamos más en el problema de la causalidad, de la culpa y el nexo directo frente al hecho sobreviniente, porque por la mera circunstancia de la realización de una obra, existe ya esta posibilidad de asumir la responsabilidad.

Dr. BERGEL. — Creo que afirmar que en este caso se trata de un problema externo —como lo hacen algunos colegas— es en cierta manera desconocer la realidad concreta. Porque frente a una gran obra pública, en general hay una o dos empresas que cuentan con la tecnología adecuada; entonces, esas empresas imponen las condiciones y no les interesa ser socios de una empresa argentina. Sólo les importa hacer un acuerdo concreto para esa obra determinada. Entonces, nosotros tenemos que regular las situaciones concretas que se presentan conforme a nuestra propia situación económica, política y social.

Y creo que a eso apunta la ponencia de Zaldívar: a prever los problemas que pueden derivar de esta prestación, lo cual se está dando con frecuencia en las grandes obras públicas. Y eso, reitero, no puede ser solucionado dentro del marco específico del derecho societario, de la Ley de Sociedades, sino que requiere una regulación especial que contemple esa realidad concreta.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Quiero formular una pregunta aclaratoria al doctor Zaldívar. Considero interesante su posición, y por sobre todas las cosas mi inquietud es la siguiente —porque confieso no conocer el último proyecto, aunque sabía que se estaba tratando—: ¿cómo convive este proyecto con los Grupos de Interés Económico? Es decir, en Francia tendríamos tres suertes de legislación: la ley de sociedad, el Grupo de Interés Económico, donde ya sabemos que se da una personalidad intermedia de asociación —otros hablan de personalidad restringida—, y eventualmente tendríamos este tercer tipo de regulación consistente en el contrato momentáneo de empresas, porque quizá detrás de la pregunta formulada, vislumbramos la solución de todas las preocupaciones que se han planteado aquí.

Dr. ZALDÍVAR. — El comentarista de la ley, en un artículo aparecido en un diario llamado "La Vida Judicial", edición hebdomadaria, dice: "Pero es necesario subrayar desde el principio que este contrato, «agrupación momentánea de empresas», no puede ser confundido con el agrupamiento de interés económico, creado por una ordenanza de 1965". Más adelante expresa: "Por otra parte, la inclusión del agrupamiento de interés económico en el proyecto de contrato, podría ser en alguna medida difícil, por los términos de que el contrato debe tener por objeto una concentración temporaria de elementos destinados a facilitar o permitir la realización de cierta operación, que no son suficientemente claros".

Quisiera agregar un aporte a la fundamentación del proyecto. Estoy de acuerdo con el distinguido colega, en gran parte; pero se presenta un problema de orden práctico: cuando se llama a una licitación internacional, o directamente a un concurso internacional, y vuelvo al ejemplo anterior: queremos hacer una central nuclear, de 600 megavatios, de uranio natural, que va a tener un costo inicial de alrededor de 400 millones de dólares, y se presenta uno solo. Entonces se plantea que no tenemos la suma indicada, y también se le pide en préstamo dicha cifra a quien se presentó.

Creo que no se puede soslayar la realidad de la coyuntura, por estructuras que desgraciadamente se arrastran desde hace muchos años. Que si los franceses la aceptan —siendo una potencia económica e industrial— con más razón debemos aceptarla nosotros.

Con este proyecto, que es tan sencillo, los franceses han abierto un abanico, para facilitar en todo lo posible estas agrupaciones temporarias, cuidando únicamente el aspecto de exigir un representante de la pluralidad de empresas.

Pienso que nosotros tenemos que hacer algo similar.

Yo contesto lo que usted pregunta, doctor, en cuanto a la inscripción obligatoria. La inscripción obligatoria es necesaria en la sociedad extranjera. El art. 123. de la Ley de Sociedades tiene un sentido, en primer lugar, de no crear un privilegio irritante en favor de la sociedad extranjera; se coloca a la sociedad extranjera y a la sociedad nacional en un plano de igualdad. Habiendo operaciones de tracto continuado, la sociedad extranjera deberá inscribirse, fijar un domicilio, nombrar representante.

Por otra parte, hay un fallo muy reciente de la Cámara Comercial de la Capital Federal, que hace una distinción muy sutil —que no está en la ley pero me parece muy acertada— que obliga a la sociedad extranjera a inscribirse cuando participa en otra sociedad, no cuando realiza la acción aislada.

Evidentemente, hay una tónica en nuestra jurisprudencia —al menos en Capital Federal— de colocar en un plano de igualdad a la sociedad extranjera con respecto a la sociedad nacional. Y creo que a esto tiende también la exposición de motivos de la ley.

Dra. BISIO DE VIANO. — Estoy de acuerdo con la propuesta de Zaldívar en cuanto a la regulación de un contrato de colaboración entre empresas independientes, como una de las tantas modalidades de colaboración entre empresas.

Creo que en muy pocos casos esa solución puede ser dada dentro de un marco del derecho societario, porque hay dos elementos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta en materia de sociedad comercial, cuales son: el objeto y el capital, y la íntima relación que entre ellos ha de existir.

En el momento en que se constituye una sociedad comercial, se le dota de un interés propio y autónomo con respecto al interés de sus miembros. Y por lo tanto, se le proporciona un capital acorde con su objeto, fundamentalmente en interés de los terceros que van a contratar con esa sociedad.

En el caso de colaboración entre empresas independientes, esa modalidad no es revestida de un interés autónomo, sino simplemente es una forma de posibilitar la realización del objeto de cada uno de los sujetos que concurren a la realización de esa obra que individualmente no podrían realizar. Y por consiguiente, para este objeto de gran envergadura, las partes contratantes no afectan el capital correspondiente a este objeto, porque no se desprenden de los bienes de capital propio a los efectos de la realización del objeto, sino que

simplemente, en el marco de la colaboración, los facilitan, temporaria o transitoriamente, en la medida en que la obra lo requiere.

Es por ese motivo que yo considero muy difícil la posibilidad de la colaboración empresaria dentro del marco del derecho societario.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Solamente quisiera agregar algo, que puede implicar adelantarme a una exposición que luego será realizada aquí, pero que sirve para introducir algunos elementos nuevos a esta discusión.

De alguna manera coincido totalmente con lo manifestado por la doctora Bisio de Viano, en el sentido de que las metodologías de colaboración ofrecen una riqueza de alternativas que superan muchas veces a la imaginación del legislador o a las posibilidades jurídicas. Y lo que está sucediendo en Francia lo demuestra. Francia es el país que ha trabajado con mayor eficacia sobre el tema, bien sea por la construcción de instituciones que admiten la colaboración dentro del marco del derecho societario, mediante la formación de una sociedad con participaciones iguales y conjuntas como la filial común, bien sea por la utilización del Grupo de Interés Económico, que siendo un sujeto de derecho no identificable con el tipo —sujeto de derecho de personalidad restringida—, pero que sirve para coordinar actividades de dos o más empresarios entre sí. Pese a lo expuesto, han considerado necesario todavía la regulación de otro espectro más que tienda a ajustar mejor la normativa a toda esta riquísima gama de situaciones de colaboración intersocietarias.

Creo que el ejemplo de la experiencia francesa es sumamente interesante, porque no contrapone lo que se ha dicho en esta sesión. Cada uno de los exponentes ha enfocado un aspecto del problema. Como, evidentemente, tenemos que tratar este tema *de lege ferenda*, porque propiciamos de alguna manera la regulación del fenómeno, creo que hay que ajustar la mira a la riqueza del fenómeno de colaboración, y de ninguna manera hacer que el derecho sirva para frenar, sino que, al contrario, debe encauzar todas las variantes posibles, donde la libertad y la autonomía de la voluntad tengan precisamente la posibilidad de enmarcarse dentro de un orden legal formal pero suficientemente elástico para disciplinar todas las manifestaciones posibles del problema.

Y no debe llamar la atención que Francia lo demuestra, porque, reitero, habiendo tenido su Ley de Sociedades actualizada, disponiendo desde 1967 de la Ordenanza sobre los Grupos de Interés Económico, que funcionan con todas sus características propias, todavía

juzga necesario la elaboración de un contrato que discipline otra manifestación de cooperación.

Por eso, resumiendo, podríamos decir que ellos tienen: sociedades —a través de la “filial común”—; asociaciones —o sujetos de derecho con personalidad restringida—, Grupos de Interés Económico; y contratos de colaboración según acabamos de ver. Quiere decir que han tratado de ajustar la totalidad de las hipótesis posibles, y a cada una le dan una fórmula legal correspondiente.

No sé si el doctor Zaldívar está de acuerdo con lo que acabo de exponer.

Dr. ZALDÍVAR. — Coincido totalmente.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Porque de alguna manera desde nuestra posición, nosotros propiciamos la creación de dos instituciones: avanzar en la filial común por un lado, y además lo que podría ser una especie —con algunas variantes, por supuesto— sobre la base del grupo de interés económico que *de lege ferenda* llamamos A.C.E. (Acuerdos).

Pero confieso —no tengo ningún impedimento en hacerlo, y esto lo conocen quienes han colaborado conmigo en la elaboración de la ponencia— que si se pudiese regular aún más, si en aras de una mayor precisión del fenómeno fuese factible lograr una cuarta posibilidad, creo que debemos aceptarla, porque lo que se busca es de conjugar y no de entorpecer, facilitar las mecánicas de colaboración interempresaria en todas sus manifestaciones desde las formas más rigurosas hasta las más tenues.

Nada más.

Dr. ZALDÍVAR. — Muchas gracias.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Conforme al art. 8 del reglamento, si el tema no es susceptible de otra opinión, esta mesa elaborará las conclusiones.

INSTITUCIONALIZACIÓN DE CIERTAS FORMAS DE
AGRUPAMIENTOS EMPRESARIOS. NECESIDAD
DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES
INTERSOCIETARIAS Y DE LOS
CONTRATOS DE EMPRESAS

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Pasamos ahora a la consideración del segundo tema, e invitamos al doctor Héctor R. Ferro a usar de la palabra, quien se va a referir a “Institucionalización de ciertas formas de agrupamientos empresarios. Necesidad de regulación de las relaciones intersocietarias y de los contratos de empresas”.

Dr. FERRO. — Prácticamente lo que está propuesto es en alguna manera lo que acaba de debatirse. Es decir, recogiendo una inquietud que en este momento se halla palpitando en forma absolutamente concreta, lo que podemos decir que los opinantes han advertido y han significado es que indiscutiblemente, estamos ante la necesidad evidente de entrar a tratar el tema de estos tipos societarios o parasocietarios contractuales, o como en definitiva queramos encauzarlos. Todo ello ante, la falencia y la orfandad en nuestro régimen societario, de una institución que permita garantizar la solución de las problemáticas mercantiles, que cotidianamente están golpeando las puertas de las empresas internacionales, para encontrar soluciones de que, lamentablemente, la ley nos ha privado. Y digo que nos ha privado porque cuando los legisladores interpusieron una limitación a las sociedades por acciones para formar parte de sociedades que no fueran tales, introduciendo una novedad bastante significativa en el ordenamiento, privaron en ese momento de la participación en sociedades por acciones a las sociedades accidentales, y debieron buscarse toda una serie de formas diferentes para poder conciliar los intereses que estaban existiendo comercialmente.

No creo que éste sea el momento de hacer una crítica a la aparición de esta norma, que personalmente considero desafortunada, y también considero injustificada por parte de los miembros de la

Comisión. Todo ello por cuanto posteriormente alguno de sus miembros, particularmente Halperin, hace una defensa de la posición asumida, que no me resulta en modo alguna satisfactoria, como tampoco lo son los antecedentes que habían en materia jurisprudencial y doctrinal (entre ellos la propia manifestación del doctor Halperin, quien en una obra anterior de la cual es autor, justificaba esta regla restrictiva y esta limitación a la capacidad de este tipo societario).

Lo cierto es que, de una forma u otra, sin volverse a promover la derogatoria de esta regla restrictiva o limitativa, lo que surge con evidencia es la necesidad imperiosa de introducir una forma lícita que canalice, de una manera o de otra, este tipo de actividad.

Lo que ha surgido del debate al que hemos asistido, es que estamos contestés en la necesidad de que esto se programe. La diferencia que aparece como sustancial, a mi juicio es meramente formal, y además, con gran precisión, el doctor Palmero acaba de decir la significación, que realmente es la que creo que debemos tener en consideración.

Ocurre que nos aferramos excesivamente a los aspectos constitutivos. La naturaleza jurídica forma parte de nuestra formación romanística, y los hombres que trabajamos cotidianamente en el quehacer comercial, encontramos que estas formas prototípicas están superándonos, y que el material político a que nos remitimos, no alcanza a satisfacer las exigencias que la dinámica empresarial nos está requiriendo.

Como muy bien lo ha significado Palmero, el propio ejemplo traído por Zaldívar nos está mostrando que el aferrarnos a formulaciones típicas, es demorar la satisfacción de las exigencias legales que el camino económico nos está requiriendo.

Bien es cierto que podría promoverse que estas instituciones, o estas categorías que reclamamos, pueden o no asumir la forma de sociedades, o pueden o no asumir las formas contractuales. Pero mientras escuchaba las exposiciones, me preguntaba: ¿qué tipo de contrato? Hablamos de una tipología societaria para combatir la posibilidad de la existencia de una nueva categoría dentro del régimen societario. Y pienso que va a ocurrir exactamente lo mismo con el contrato. Es decir, nos tendremos que acercar a un contrato atípico, y bien es cierto que en materia contractual no existe una norma limitativa de la tipología, como expresamente lo contempla el régimen societario. Pero no por ello vamos a tener que dejar de considerarla como tal.

Y tras preguntarnos ¿a qué régimen vamos a asimilar ese contrato? Como bien significó nuestro distinguido colega, las características del contrato están prácticamente rozando los límites del contrato societario. A ningún otro se semejaría más que al contrato societario. Y en definitiva pienso que, ante la disyuntiva de establecer las normas para regir el contrato parasocietario, la justicia tendría que aplicar las normas de la sociedad.

Es cierto, como significó la doctora Bisio de Viano, que algunas de las características generales de las sociedades no están contenidas dentro de los proyectos contractuales —llamémosle por ahora así— que han sido promovidos por Zaldívar, y que trae, parece, la nueva legislación francesa. Pero también es cierto que tanto en la sociedad accidental o en participación como en las sociedades irregulares, aunque nuestros legisladores han dicho que no son sociedades típicas, en definitiva no han hecho sino instituir cierta tipología.

Pienso, en definitiva, que el legislador puede instituir un tipo societario con características propias, sin necesidad fundamental de apegarlo en su origen a esquemas prototípicos, saliendo al cruce de una necesidad evidente. Instituyendo, a través de normas en las cuales el régimen publicitario de la sociedad, el régimen de funcionamiento de la sociedad, el régimen de disolución de la sociedad y el régimen de responsabilidad de ciertas sociedades, esté perfectamente contemplado en ese tipo, y permita dar cabida, dentro de la normativa actual, a toda esta gama de conflictos negociales que diariamente golpean a la puerta de los abogdos.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Queda a consideración lo expuesto.

Dr. LO CELSO. — Lamento haber llegado tarde, desde Rosario, y más todavía lamento haber girado al Congreso una ponencia que también llegó tarde. Por eso quiero rogarles que me disculpen, pero evidentemente me hago cargo de la preocupación de los organizadores por temas que hoy son objeto de confusión.

Una de esas confusiones se refiere precisamente a ese problema que yo me he permitido encasillar dentro del contrato, llamándolo "contrato de consorcio". Es evidente que hay zonas confusas. Bien es sabido, pero conviene tenerlo presente, que hay distintas figuras que tienen un parentesco más aproximado o más alejado, y que en distintas latitudes funcionan para resolver precisamente esta clase de problemas atinentes a empresas que en un momento dado no pueden abordar por sí solas grandes obras determinadas, distintas actividades —como pueden ser complejos habitacionales— que no

tienen que ser por fuerza obras públicas, y que obligadamente, en virtud de este fenómeno de concentración económica, tendrán de alguna manera que unirse.

Esta unión puede hacerse de distinta forma, por la vía societaria. A menudo se trae a colación el *joint venture*, que evidentemente tiene una connotación bastante societaria, porque la jurisprudencia de los distintos Estados americanos ha venido aplicando supletoriamente las disposiciones de las sociedades, y no las considera verdaderas sociedades de entrada.

Otro pariente cercano pudiera ser aquel francés de la empresa piloto, con sus semejanzas y diferencias.

Y más cercano encontramos el llamado contrato de consorcio, fuera ya de las sociedades, en los que se contempla tres clases de consorcio; el que nos interesa precisamente es el que el Código Civil italiano llama consorcio de actividad externa: art. 2306, inc. 3.

Creo que ésta es la figura más parecida.

Un poco más allá tenemos, aunque por otro cauce, el "*konzern*" alemán, pero que se refiere a aspectos de coordinación, o a aquellos otros que hacen compartir utilidades precisamente por la coordinación.

Esta ley del año 1965 tiene la mayor parte de su articulado dedicado precisamente a todos estos problemas del agrupamiento, pero llamándole contrato.

Esta rápida y fugaz visión panorámica que traigo a colación sirve para orientarnos un poco y ver cómo no deben preocuparnos esas ataduras a los aspectos meramente formales, sin caer por ello en arbitrariedades de menoscabar el sistema tipológico de la ley de sociedades, pero sí contemplando de alguna manera este problema en el campo meramente contractual.

¿Qué ocurre? A diario sucede que empresas que deben abordar distintas actividades deben unirse y otorgan un mandato cada una a uno de los componentes, para que las represente. Es decir, cada uno de los empresarios debe estar representado. No hay representación de todo el consorcio.

Más aún, la nueva ley brasileña de sociedades —la 6404—, que data de diciembre de 1976, contempla el consorcio aunque no como un contrato, sino que dice en la exposición de motivos, como figura societaria no personificada. Esta figura tendría un parentesco más cercano con las sociedades accidentales o en participación.

Faltaría decir que en algún momento dado se han presentado en distintas latitudes problemas de esta índole. Sobre todo en Fran-

cia, justamente con los contratos de empresas piloto, al exigírseles que establecieran, por ejemplo, sociedades de hecho, la jurisprudencia no se hizo eco de esa exigencia, sino que estableció simplemente que fuera un contrato de empresas piloto.

No debe extrañarnos que en materia comercial los hechos se anticipen a la ley.

En materia de derecho comercial se da como en ninguna otra rama del derecho, que primero vengan los negocios jurídicos, y luego se dé con mayor claridad la regulación por la ley.

Ya en el siglo xvii se decía que en vano se recurrirá a los juristas para encontrar el sentido de un contrato. Hay que ir a los contratos hechos por los comerciantes, por los industriales; allí encontraremos la fuente generatriz de las figuras que luego se incorporan al derecho.

Entonces, ¿qué está pasando? Hay contratos que, quiérase o no, tienen una virtualidad: son combinaciones de distintas figuras básicas. En el contrato de consorcio, está la combinación, indudablemente, por un lado, del mandato, y por otro lado, de la locación de obra. Hay un resultado que debe alcanzar cada empresa, pero mediante la coordinación establece la unidad de decisión.

Interesa establecer que el consorcio se puede constituir sin resolución de solidaridad, porque ya los terceros le van a exigir la solidaridad a cada una de las empresas. Entonces, no es necesario que se incluya en la ley, porque eso complicaría el negocio jurídico, en virtud de que la situación interna que han buscado los operadores para llegar en conjunto a hacerse cargo de una determinada obra o actividad, se complicaría en el campo del derecho.

De tal manera que aquello que en un momento dado se pone en común, no es exactamente un aporte. Porque considero que no todo aquello que en un momento dado puede partirse como beneficio o cargarse como pérdida, es el resultado de una sociedad. Bien sabemos que hay negocios jurídicos parciales, donde en un momento dado hay división de utilidades, carga de pérdidas pero no en correlación a una puesta en común que es con el otro elemento, aquello que tipifica el contrato de sociedad.

Entonces, en la práctica ¿qué han hecho los operadores que salen al encuentro de estos problemas? Han buscado un modo de concentrar sus distintas situaciones singulares, pero pluralizadas bajo una simple tarea de coordinación que ejerció uno de ellos, designado como mandatario.

Entre ellos, no hay solidaridad en lo interno. Pero lo que sí debe regular la ley —y me hago cargo de lo que se dijo anteriormente por parte de mis distinguidos colegas—, es la precisión exacta del campo de la responsabilidad. Y este campo está trazado ni más ni menos que con la potencialidad, que según la doctrina del patrimonio, están ofreciendo todas y cada una de las empresas frente al tercero contratante.

El tercero ha contratado con cada una de las empresas por medio de un mandatario. El mandatario ejerce la coordinación. No hay puesta en común, por tanto no hay sociedad; hay un simple contrato, que puede llamarse de consorcio necesario o de cualquier otra manera, y que tiene cierto parentesco, como hemos visto rápidamente, pero que no caracteriza a la institución de ninguna manera como sociedad, aunque muchos de sus aspectos puedan en un momento dado llegar a confundirse.

Todo dependerá de que la ley sea cuidadosa en establecer el campo de responsabilidades frente al aspecto externo.

Nada más.

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Doctor Lo Celso, usted ha sido designado vicepresidente de la Comisión I, de modo que lo invito a acercarse a esta mesa.

Así se hace.

Dr. FERRO. — ¿Me permite, señor presidente? De alguna manera, deseo clarificar un poco más mi pensamiento, trayendo a colación el ejemplo que ha promovido Lo Celso. Cuando estudié el régimen brasileño, la primera pregunta que me formulé al hacer el análisis del consorcio como lo determina la ley brasileña, era qué tipo de naturaleza jurídica comportaba este nuevo contrato.

Dije alguna vez que era una nueva figura relativa al derecho societario. No estoy demasiado seguro de que sea una nueva figura. Lo cierto es que lo que se advierte en el legislador brasileño es una seria captación de la realidad y, sin preocuparse excesivamente de la naturaleza jurídica del ente, le ha instituido un régimen dentro del sistema societario, porque precisamente ha entendido que aunque no se tratara de una tipología expresa, estaba indiscutiblemente más cerca de ella que de ninguna otra. Y es más, como lo explicó Lo Celso, la ley exige la indivisión del contrato, y hace que la responsabilidad esté limitada.

En esto le da perfectamente la razón a nuestro colega, cuando significaba que los que tienen que preocuparse son los contratantes.

Si existe un contrato —sea un contrato de sociedad, o de otra naturaleza— que tiene un régimen que se rige por un sistema particular, en el cual los terceros conocen perfectamente la responsabilidad que asumen para la contratación con el nuevo ente, no es necesario que la ley salga exclusivamente a protegerlos, porque la preocupación del Estado en la salvaguarda de los intereses de todas las partes que están afectadas a un contrato, no tiene que ser tan minuciosa ni tan estricta que ponga limitaciones a una dinámica de los negocios que está requiriendo a diario un tremendo esfuerzo de imaginación, y que —como muy bien lo ha significado Lo Celso— llega generalmente antes que la doctrina pueda decantar su manifestación, y mucho más tarde todavía que el legislador pueda plasmarlo en una norma.

Por tanto, creo que lo que importa primordialmente es la institucionalización de estos agrupamientos, y que si estos agrupamientos se aproximan esencialmente a las características societarias, éste debe ser el régimen que se les imprima, se la llame o no sociedad; se le designe con una capacidad de tal, ilimitada o limitada, pero que especialmente, por toda la economía del régimen, está afectando un sistema de intereses societarios que se mueve como tal, y consiguientemente éste es el régimen que más se aproxima, y el que sobre todo debemos tener en cuenta.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Tiene la palabra el doctor Kleidermacher.

Dr. KLEIDERMACHER. — Quiero expresar mi disidencia con estas últimas manifestaciones, porque creo que todos estamos contestes en que participamos de una disciplina científica, y por tanto debemos tener cuidado con entrar en generalizaciones o institucionalizaciones que, so pretexto de aceptar la cabida de distintas figuras, lleve a confusión.

Por ello, me adhiero calurosamente a la posición del doctor Zaldívar, porque me parece que es la línea en que se debe trabajar; la precisión y la figura determinada, el fenómeno determinado y la distinta regulación.

El consorcio es otra cosa que, evidentemente, no tiene nada que ver. Tal como se ha dado en la legislación italiana, no hace más que reafirmar los conceptos básicos del régimen de consorcio, que son una organización con personería representante de un juego de responsabilidades que, por supuesto, no tienen ningún parentesco ni

con el *joint venture* ni con un contrato para un objeto determinado y finito a esa obra determinada.

En consecuencia, aun reconociendo la necesidad acuciante de regular la nueva estructura, me parece que ello no puede hacerse sin la definición y el estudio correspondiente.

Seguidamente se suscitan diálogos entre los doctores Lo Celso y Kleidermacher. (Grabación defectuosa).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Como de todos modos el doctor Lo Celso va a volver sobre la cuestión, podemos economizar tiempo, ya que vamos a tener oportunidad de debatir el tema.

Dr. GIGENA SASIA. — A esta altura del debate, capto que se ha escapado quizá —a pesar de que mi voz es alta— una frase que dije al iniciar el debate sobre la ponencia de Zaldívar. Yo dije que me concretaba expresamente al caso que él exponía: el de la empresa que se presenta a una licitación pública. Quiero dejar expresa constancia de que a eso me referí al sostener que era una auténtica sociedad.

Es un caso totalmente distinto de los agrupamientos o concertaciones para realizar actividades que no son la adhesión a un contrato.

Con esto no me desdigo en absoluto de lo que expresé, sino que mi pensamiento estaba constreñido precisamente y en forma expresa al caso presentado por Zaldívar. Como dije antes, era una adhesión a determinada licitación pública o privada, a diferencia de una concertación de agrupamientos para concertar actividades o propósitos de tipo empresarial, ya sean industriales o comerciales.

Agradezco a la Presidencia que me haya permitido aclarar este punto.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Descarto que por Secretaría estaba precisada la cuestión, pero de todas maneras se toma nota.

Si nadie hace uso de la palabra, damos por finalizado el debate. Doctor Ferro: muy agradecidos.

AGRUPAMIENTO O CONSORCIO SOCIETARIO O DE SOCIEDADES

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Va a exponer ahora el doctor Emilio Cornejo Costas sobre "Agrupamiento o consorcio societario o de sociedades".

Dr. CORNEJO COSTAS. — Hace seis o siete años, un grupo de sociedades de constructores de Salta quería unirse para realizar algunas construcciones y especialmente para presentarse a licitaciones de diques (para realizarlos parcialmente), puentes y caminos, actividad que empezó a adquirir cierta envergadura.

Esto ocurrió también en mi profesión, mientras era director del Instituto de Comercio de Salta.

Este fenómeno se fue extendiendo, porque otras sociedades, no ya constructoras sino de comercio, se encontraron con que comenzó la buena venta para el Norte, por la exportación de Santa Cruz al Paraguay. Y había muchas tareas que no podían ser asumidas por una sola sociedad.

Vislumbré la inquietud de que formar una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, les resultaba muy inadecuado para lo que querían hacer, y comencé a hacer el análisis del problema, y así nació esta inquietud, que yo venía conociendo a través de la lectura, pero que se me presentó en forma práctica.

Se da también que varias sociedades de Salta se presentan a licitaciones en el orden nacional, y tienen que elaborar su figura jurídica adecuada. Entonces, se presentan inconvenientes para determinar cuál es esa figura jurídica adecuada.

A su vez, en las licitaciones se exige la individualización, o sea que, atento a la prohibición del art. 30 y a las características de las sociedades accidentales, tampoco la sociedad accidental da la solución para grandes obras. Sí la da para pequeñas obras, porque además también está el contrato de locación de obra y otros.

Va pasando el tiempo, y veo que comienzan a aparecer artículos relacionados con esta problemática.

En el corriente año, en un Congreso realizado en Punta del Este se trató específicamente este problema.

Nadie negó la existencia de la problemática; es decir, todos coinciden en la necesidad de legislar sobre el agrupamiento societario, consorcio societario o comoquiera que se llame; no hago una cuestión de nombre. Yo le llamo agrupamiento societario, porque en él pueden intervenir personas físicas, incluso sociedades civiles. Y no digo empresarial, ya que los que se unen no son empresas, porque en nuestro derecho, como en casi todas las partes del mundo, la empresa no es sujeto, sino objeto de derecho; el sujeto es el empresario. Como alguien dijo muy bien aquí, las cosas son lo que son; pero hay cosas que son y que tienen nombre de lo que son.

El doctor Cámara dijo esta mañana algo muy interesante: que el derecho debe estar al servicio de la realidad de la vida; por supuesto, no de la mala realidad, sino de la buena realidad, y debe expresarse.

Esto, junto con la ponencia de Palmero, y la lectura de algunos otros trabajos, me llevó, reconociendo todas mis limitaciones, no sólo personales, sino también del medio, a la inquietud de presentar una ponencia que sustancialmente consiste en admitir legislativamente esta realidad. Yo doy una serie de pautas en mi trabajo, que entiendo debe contener la nueva figura.

No hago una cuestión de principios, en cuanto a que mi propuesta contiene las pautas que indefectiblemente deben ser tenidas en cuenta. Son simplemente inquietudes que me han surgido, y reconozco que puedo estar equivocado, y mi propuesta puede ser cambiada o complementada.

No voy a leer todas las características que debe tener, a mi juicio, esta nueva figura jurídica, ya que en cada punto que aborde, surgirían temas de discusión, y ello implicaría un abuso del tiempo que se me concede. Sólo me interesa compartir la inquietud de crear una nueva figura jurídica.

No desconozco que hay otras figuras jurídicas —contrato de locación de obra, de locación de servicio, sociedad por acciones, etc.—; es decir, hay muchas posibilidades en nuestro ordenamiento jurídico.

Mi propuesta tiene en cuenta la problemática económica en gran escala de concertación de sociedades.

Ya expresé que no interesa si se llama agrupamiento o consorcio; pero no digo de empresas, porque las empresas no son sujetos; y no digo de sociedades, sino societarias, porque no necesariamente

tienen que ser sociedades: pueden ser personas físicas, sociedades civiles, asociaciones civiles, etc.

Creo que puede ser un nuevo subtipo de sociedades por acciones.

Normalmente, cuando se realizan estas actividades de grandes obras públicas, o de grandes industrias, o de grandes tareas económicas de colonización agropecuaria, al Estado le interesa saber quiénes son los que van a intervenir, y es por ello que yo sostengo que las acciones deben ser nominativas. Es más, creo que para trasferirlas debería suceder lo mismo que con la radio o la televisión, que debe contar con autorización del Ente Nacional de Radiodifusión, porque de lo contrario puede suceder lo mismo que en el famoso caso Aduana.

En general —y dado que en nuestro país no están plenamente desarrolladas— no soy partidario de las acciones nominativas obligatorias. Pero en ciertos casos —como la circunstancia que estamos tratando— es necesaria la nominatividad.

Sabemos que hay sociedades que aparte del control de la Inspección de Personas Jurídicas, por su objeto son controladas por otro organismo, como por ejemplo, en el caso de seguros, la Superintendencia de Seguros, en el caso de bancos el Banco Central, etc.

Creo que aquí también debe haber un control, que podría estar a cargo del Ministerio de Economía de la Nación, complementado quizá por el Ministerio de Economía de la provincia respectiva.

Generalmente estas agrupaciones tienen corta vida; entonces yo propongo un plazo que no exceda los diez años, o el cumplimiento del objeto con la condición establecida. Este aspecto ya está previsto en el art. 94, de la Ley de Sociedades.

Y en determinadas circunstancias, cuando, por ejemplo, se vaya a instalar una industria, permitir la extensión de ese plazo.

Creo que se debe exigir un capital mínimo, el cual debe ser proporcionado al objeto. Muchos habrán vivido la experiencia que yo, que he visto varias veces que se plantean innumerables objetos con un capital mínimo. Y como la ley no determina la exigencia de esa proporcionalidad, se hace muy difícil determinar las reglas. Por eso creo que hay que fijar un capital mínimo, acorde con la tarea que se va a realizar. Esta determinación debería estar a cargo del Ministerio de Economía, que sería el órgano de control.

Nuestra ley no admite el aporte de servicios. Y yo creo que así como se debe aceptar el aporte de marcas y patentes, también se pueden aportar servicios profesionales, porque, por ejemplo, es factible que uno de los aportes importantes para esta tarea sea el estudio de mercado, una encuesta que realiza una consultora, o también

puede ser el caso de un ingeniero o un arquitecto, de modo que considero viable el aporte de servicios.

También hay que contemplar algunos casos distintos, si son sociedades argentinas o extranjeras, o si van a operar aquí o en el extranjero. Dejo planteada la cuestión.

Posiblemente uno de los aspectos más difíciles de resolver para esta nueva figura jurídica, es el determinar cuáles agrupamientos deben caer bajo su régimen. Un caso puede ser la voluntad de los socios, aceptada, desde luego, por el organismo de control, el cual deberá contar con pautas para precisarla. Pienso que se da en los casos de licitaciones públicas, no en todas ellas. Por ejemplo, la licitación para vender naranjas al hospital de Salta no necesita de esta figura jurídica. Pero sí es la institución adecuada para la construcción de un dique.

No sólo pueden ser licitaciones públicas, sino también privadas. Los casos de exploración y explotación minera, que requieren grandes inversiones, con la posibilidad de que no sean rentables.

Otro aspecto es la explotación, donde la renta es a largo plazo; sería el caso de los elementos que deben configurarse en cuanto a los objetos de esta figura.

¿Qué es lo que sucede? Que la Inspección de Personas Jurídicas o los registros públicos no tienen los elementos para establecer esto, y por eso pienso que deben ser fijadas por un ministerio, por ejemplo el de Economía o de Obras Públicas.

No todo debe esperarse de esta nueva figura jurídica, ya que esto encuentra su complementación en la Ley de Inversiones Extranjeras, en la nueva ley de transferencias y en otras leyes que se van dictando.

Muchas veces se espera todo del derecho de las sociedades, se confía que él impulse el desarrollo del país, y no es así. Indudablemente, las sociedades son un instrumento muy importante para el desarrollo del país y para la democratización del capital, lo cual es rechazado por los marxistas, pero es cierto, es un instrumento capitalista que puede ser utilizado formidablemente para el progreso social. Pero no debemos sujetar todo a la Ley de Sociedades. Porque ¿qué hacemos con una buena figura jurídica nueva de agrupamiento de sociedades, si la faz impositiva está impidiendo cristalizarla mediante impedimentos de orden económico?

O sea que esta figura jurídica debe ser admitida por los juristas, y el Congreso de Derecho Societario no debe pasarlo por alto.

Hay un aspecto que es muy importante, y que fue claramente expuesto por el doctor Palmero en su trabajo presentado en Punta del Este: sabemos que la *affectio societatis* no significa que todos tienen los mismos votos, sino que hay un plazo de igualdad y una subordinación. Yo interpreto que Palmero ha querido decir lo mismo cuando habla de colaboración, y no de subordinación. Lógicamente, habrá socios mayoritarios y socios minoritarios. Esto debe ser contemplado por la legislación, simultáneamente con una adecuada protección a los socios minoritarios para evitar los abusos.

A su vez, nuestra legislación, aparte de las leyes que he citado, dispone también una teoría del abuso del derecho, tiene una aplicación jurisprudencial de la desestimación de la personalidad, y en otros casos hay elementos para evitar los abusos. Porque frente a este tema, muchos temen, pensando que viene la sociedad multinacional, lo cual es considerado como algo pernicioso. En primer lugar, la sociedad multinacional no es perniciosa cuando actúa correctamente. Existe en Rusia y en todas partes del mundo; es necesaria, porque puede realizar y abaratar costos que de otro modo no podría hacerse. No hay que hacer lo que nosotros hacemos, pero sí tendrán que hacer lo que nosotros no podemos hacer, siempre que lo hagan bien. Lo malo no está en que vengan, sino en que se hagan cosas malas, o haya pagos parciales extracontractuales, o que aparezcan ministros como patrocinantes de estas sociedades.

Creo en la iniciativa privada —como bien lo expresa *Mater et magistra*— y en la actividad subsidiaria del Estado. Pero también creo que en muchos casos el Estado puede ser uno de los socios de este agrupamiento.

Ésta es, a grandes rasgos, señores, mi pequeña y modesta opinión, que veo que es recogida por la mayoría. Hay amplia mayoría en el sentido de que debe crearse esta figura jurídica, cuyas características discutiremos en conjunto.

Nada más.

Cr. BELMAÑA. — Me veo obligado a pedir la palabra, lamentando disentir con un salteño, a quienes quiero tanto. Y me voy a presentar: yo soy contador público.

Días antes comentaba con una profesional del derecho que transitamos en ambas profesiones una zona que nos es común: el derecho comercial. Y es una zona que no debe ser declarada tierra de nadie, ni tierra de alguien en particular, sino que estimo se trata de una tierra de complemento.

Creo que hay un instrumento legal que así lo especifica, y es la Ley de Sociedades, que faculta tanto a abogados como a contadores, reconociéndoles la idoneidad necesaria.

Comparto con Cornejo Costas las deficiencias legales donde intervienen abogados y contadores, y quiero acotar que una reforma —que yo considero necesaria— de esta naturaleza, requiere una reforma de tipo impositivo y una reforma en los colegios de profesionales de ciencias económicas. En cuanto inclusive hasta los planes de cuentas deberán adecuarse, y se requiere, en la República Argentina, la elaboración de balances, que no tienen prácticamente vigencia.

Por eso quiero aclarar, señor presidente, que estimo que ésta es una zona en la que transitamos tomados de la mano, y, tomando el dicho popular “zapatero a tus zapatos”, creo que corresponde un zapato a cada uno. (Risas).

Dr. CORNEJO COSTAS. — Le agradezco su intervención, y quiero decirle que no disiento conmigo; quizá mi expresión no haya sido feliz. Hace tiempo dicto materias en otras carreras, entre ellas la de contador. Y siempre digo a mis alumnos que yo dicto Derecho de Sociedades, no para que sean los abogados de las sociedades. Pero no me cabe ninguna duda de su gran papel. Yo quise expresar el anhelo de que a la ley no la hicieran solamente los contadores; lo mismo que en el caso de cooperativas, que ha sido elaborada por especialistas en derecho cooperativo, sin la intervención de especialistas en derecho societario. De igual modo, si nosotros legislamos sobre aspectos económicos prescindiendo de la participación del contador o del licenciado en Administración de Empresas, el resultado será malo.

Las mejores sociedades que yo he podido constituir son las que he hecho con escribanos y con contadores. Creo que, tomando nuevamente el dicho, es aplicable “zapatero a tus zapatos”; tomemos, por ejemplo, el balance. Creo que esta tarea complementa varias actividades, no sólo la del abogado y la del contador; también la del licenciado en Administración de Empresas, la del economista, la del ingeniero, etc.

Por eso creo que coincidimos, y le ruego me disculpe si me he expresado incorrectamente. Pero estoy un poco molesto con un contador amigo que discutía a la colega doctora Fornari, que como la S.R.L. puede hacerse por instrumento privado, el aporte de un inmueble debía hacerse por instrumento privado. Por supuesto, éste no es el caso de todos los contadores. Y entonces, yo creo que hay

aspectos en que el abogado puede determinar lo que es correcto, y en otros es el contador quien está en condiciones de hacerlo.

Resumiendo, creo que no hay disidencia, e insisto, "zapatero a tus zapatos"; pero sucede que a veces son necesarios muchos zapatos para hacer un desfile, y el desfile, para construir la figura de la agrupación societaria, va a necesitar de todos estos profesionales, por quienes siento gran afecto y a quienes respeto mucho.

Nada más.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — ¿Alguien más va a hacer uso de la palabra?

Dr. BERINI. — El doctor Cornejo Costas habla de una fiscalización por parte del Registro Público de Comercio, y por otros órganos.

En su trabajo hay dos grandes vertientes: por un lado lo que se debe regimentar o reglar, que se puede o no compartir, en función de lo fáctico, que es lo que señalaba el doctor Zaldívar. Es decir, podemos estar muy de acuerdo en la nominatividad de las acciones, pero realmente, la persona que viene del extranjero, ¿tiene intenciones de hacerlo?

Entonces, ¿cuál va a ser el órgano? Ud. menciona una serie de posibles órganos de fiscalización, inclusive un órgano "monstruo", que podría ser el Ministerio de Economía. Me parece que este tema es de mucha importancia, y creo que la mayoría de los colegas concuerdan conmigo en este aspecto, porque también considero que lo que nosotros decidamos en materia de agrupamiento societario, también depende de quién lo va a controlar. Y ése es un dato que nosotros no podemos pasar por alto: Es decir, o tenemos una plena vigencia del art. 1197 del Código Civil, o no.

Entonces, debemos definir con claridad cuál será el órgano de control, si deben ser órganos provinciales, y si debe haber una superposición de tipo fiscalizadorio. Porque no olvidemos que en este momento hay gran superposición de fiscalizaciones, y esto lo vemos a diario.

Creo que esto debe ser materia de discusión, y la Comisión deberá establecer concretamente cuál será el organismo de control, y cómo ha de instrumentarse; cuáles son las ideas necesarias a elaborarse para establecer, a partir de los trabajos presentados, quién verificará el cumplimiento. ¿Quién vigila a los mandatarios? ¿Quién controla los balances?

Es innegable que nuestro país necesita del capital extranjero. Pero ¿en qué condiciones se radicarán los capitales extranjeros?

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Entendemos que de alguna manera se ha puesto sobre el tapete uno de los problemas graves que surgen con motivo de la agrupación. Ha quedado explicado también que así como el tipo societario consiste en una justa armonización de los intereses categoriales propios estructurados en función de un objeto común, la aparición del grupo viene a poner en crisis precisamente a todo este equilibrio que giraba pacíficamente dentro de la figura cerrada de la sociedad clásica.

De esta forma, lo que a nosotros nos preocupa es precisamente este nuevo orden, y he aquí lo apasionante del tema, porque muestra la aparición de una nueva realidad que debe ser regulada, disciplinada y reglamentada.

Precisamente, por el problema que usted señala, doctor, creemos que tiene importancia lo que vamos a resumir en una conclusión: no parece aconsejable —según lo que surge de la doctrina y de los antecedentes extranjeros— superponer controles. Es decir, el fenómeno de concentración económica ofrece muchos tipos de cuestiones, algunas que están estrictamente en el marco del derecho societario, otras en un plano vecinas a él, como sucedió con el derecho fiscal, o quizá también en derecho público, o ser materia de lo que puede considerarse como una estrategia global en lo que se refiere a la aceptación o no de la ayuda económica extranjera.

En fin, es un problema muy amplio. Y cada una de esas cuestiones va ofreciendo una gama de soluciones diversas. Por ejemplo, hay muchos países europeos modernos que consideran que todas estas agrupaciones, estas relaciones intersocietarias que nacen con motivo de la concentración económica, no pueden quedar a la deriva, que debe haber algún instituto que se ocupe de controlarla. Sabemos que en ciertos países, cuando la fusión excede cierto importe de capital, es decir, que es una fusión importante, hay que comunicarla a un organismo administrativo tan importante como puede ser el Ministerio de Economía.

Es decir, hay distintos criterios. Pero creo que nuestra conclusión inicial es la más prudente, y esto se aprecia del análisis de las experiencias de los distintos países en donde se ha llevado a cabo el fenómeno con perfiles definidos. Lo inconveniente sería superponer controles. Si vamos a darle solución dentro del marco del derecho privado, manejámonos con los resortes de control que existen dentro de él. Si vamos a ubicar el tema dentro del campo del derecho público, hemos de maneearnos con sus normas. No es lo mismo la política económica del gobierno con respecto a la ayuda externa,

que lo que debe hacer la Ley de Sociedades dentro de su finalidad específica y técnica, aunque lógicamente deben guardar una mínima coherencia filosófica.

Entonces es indudable que el fenómeno debe ser tratado en su integridad, pero desde el punto de vista jurídico, que es el que nosotros estamos analizando, nos lleva necesariamente a circunscribirnos dentro de lo que el derecho societario nos marque.

Creo que ésta es la base sobre la cual vamos a poder trabajar. Por ejemplo, la comunicación al Ministerio de Economía puede ser muy bien una solución para la regulación que el Estado considera hacer del fenómeno de concentración económica en general. Pero en el orden del derecho societario estricto, funcionará según los instrumentos de control clásicos, que rigen para las sociedades.

Creo que éstas podrían ser las bases de la distribución de controles. No debemos confundir las instituciones genuinas del derecho societario, con lo que constituyen los instrumentos propios de una política económica, que son dos cosas totalmente distintas. Unos están dentro del área de gobierno, forman parte del marco de lo que pueden ser los lineamientos generales de un proceso económico y político; las otras en cambio pertenecen al marco estricto de la ley, del derecho societario, aunque reitero guarden entre ellas la debida armonización dogmática.

Dr. BERINI. — Inclusive le digo más: este tema fue discutido en Punta del Este, y entiendo que avanzamos sobre el problema. Es decir, que no se haga una superposición que transforme al control en algo monstruoso.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Muchas gracias.

CONSORCIOS DE EXPORTACIÓN

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Seguidamente van a exponer los doctores Kleidermacher y Silva Garretón sobre el tema “Consortios de exportación”.

Dr. FERRO. — Señor presidente: quisiera hacer una reflexión y una proposición a la mesa directiva: al mediodía de hoy nos fueron entregadas las ponencias. Creo que ninguno de nosotros ha tenido el tiempo suficiente para llegar a leerlas con detenimiento. Y la responsabilidad académica que tenemos en este recinto, nos exige el tiempo mínimo necesario para poder hacerlo.

Solicito por tanto a la presidencia considere la posibilidad de establecer un cuarto intermedio que nos permita leer todas las ponencias.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — En consideración la propuesta del doctor Ferro.

Dr. GIGENA SASIA. — Me adhiero a lo expresado por el doctor Ferró, y solicito además que se dé a conocer el orden en que han de ser tratadas las ponencias, para ordenar en función de ello nuestro estudio.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — El señor coordinador, conforme al contenido de las ponencias, ha hecho un orden, y le solicito que lo lea.

Además, con respecto a la moción del doctor Ferro, hago presente que sería útil que nos tomemos el tiempo que sería suficiente para hacer un estudio y análisis de ellas.

Dr. KLEIDERMACHER. — Yo participo absolutamente de lo expresado, creo que es indispensable.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Entonces, si no hay oposición se da por aprobada la moción, y concluiríamos la sesión dando lectura del orden en que mañana se va a comenzar a trabajar con las ponencias.

Así se hace y se pasa a cuarto intermedio. Es la hora 19.

A la hora 10 y 10 (día 18/8/77).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Continúa la reunión. Van a exponer ahora los doctores Kleidermacher y Silva Garretón, sobre su ponencia "Consortios de exportación".

Dr. KLEIDERMACHER. — Nosotros hemos elaborado un trabajo que propicia la recepción de una figura jurídica nueva y específica, denominada "consorcios de exportación".

Para el tratamiento del trabajo, hemos partido de asumir determinada posición doctrinal. Por encima de complejidades en cuanto a problemáticas terminológicas, nos hemos ubicado en una posición académica de observación de la realidad comercial, que a nuestro juicio debe ser el punto de partida para la elaboración jurídica.

En tal sentido, hemos detectado —y todos lo estamos viviendo— la proliferación del denominado consorcio de exportación, que vemos funcionar ya en forma bastante estable, y paralelamente, encontramos un vacío legislativo total, y un tratamiento doctrinal por cierto sumamente escaso, por no decir nulo.

Es evidente que la formación de consorcios en general, se viene dando cada vez con mayor frecuencia en todos los ámbitos, y desde hace cinco años aproximadamente, es alentada por organismos internacionales, como Naciones Unidas, OEA, etc., que recomiendan marcadamente la utilización de esta figura como un medio eficaz para que los países en desarrollo puedan alcanzar sus objetivos.

Nosotros hemos tomado la situación fáctica del funcionamiento del consorcio de exportación, considerando que los hechos son muy "tercos" y no se discuten: son de determinada manera, y hay que darles un tratamiento.

En consecuencia, hemos analizado la experiencia internacional, también en la realidad del comercio exterior, que se está dando en todos los países, a lo que hemos agregado la reflexión de la evidente necesidad de nuestro país, de contar con una herramienta en este sentido. Evidentemente todos conocemos que para nuestra estructura económica, seguramente el consorcio de exportación, en la medida

que pueda coadyuvar a nuestro comercio exterior con mayor posibilidad, será un elemento que colaborará para la superación de nuestra actual estructura económica.

En consecuencia, hemos asignado también al Estado un papel preponderante para el manejo de esta figura, porque consideramos que el país está comprometido, es decir, el problema excede el ámbito estrictamente empresario.

Vamos entonces a comenzar por pasar revista a los antecedentes concretos, en forma somera, de las experiencias internacionales, que el colega doctor Silva Garretón nos va a recordar.

Dr. SILVA GARRETÓN. — Voy a tratar de ser lo más sintético posible, dado que en un anexo a nuestro trabajo hemos volcado el material que pudimos obtener de los distintos consorcios que funcionan en el mundo.

Indudablemente, existe, frente a la problemática del comercio internacional, un grave problema de riesgos y de costos que para la empresa mediana y pequeña es muy difícil acceder en forma individual. Obviamente, la cuestión del consorcio de exportación está visualizada desde la óptica de la pequeña y mediana empresa, ya que la de gran tamaño no tiene inconvenientes de exportación, y si los tiene, cuenta con su oficina propia y su propia dependencia que le dirige el comercio exterior.

Desde ese punto de vista, los expertos en este tópico han puntualizado que una técnica de comercialización común, vinculando distintas empresas, resulta factible y presenta grandes ventajas. Sobre todo las Naciones Unidas auspician este sistema sobre la base de experiencias anteriores de algunos países, como el caso de Kenia, desde 1953-1954.

En nuestro país, desde el año 1968, funciona un consorcio de exportación, que es Vinos Argentinos S.A. Bajo la figura de la sociedad anónima, cinco bodegas, de distinta importancia se asociaron para realizar este tipo de sociedad, con el fin de colocar sus excedentes.

Cuentan con un director gerente y un consejo de administración. El director gerente no es miembro de ninguna de las empresas, sino que incluso es un funcionario que normalmente está en el exterior, y es extranjero. El consejo de administración es el órgano supremo.

Esta sociedad actúa de dos formas: por un lado, puede llegar a vender directamente, en el caso de vinos a granel, es decir, compra a las empresas miembros y revende, con un pequeño plus, que sería

su ganancia. Y en el caso de vinos finos, coloca los distintos productos de las bodegas miembros, y cobra una comisión por este trabajo.

En la India, hay un consorcio que data del año 1970, constituido como entidad mercantil, y dedicado al suministro y montaje completo de instalaciones eléctricas. Es un consorcio que agrupa a cinco empresas estatales, pero está dando sus resultados, debido a que en la actividad eléctrica, indudablemente el negocio es el montaje e instalación de una planta completa. Entonces, es mucho más fácil que distintas empresas se asocien y de esa forma puedan competir en un mercado tan difícil como es el de ese ramo.

Aquí tenemos también como órganos diferenciados un consejo de administración y un gerente general. Es decir, un órgano ejecutivo y un órgano federativo supremo.

En Colombia hay una sociedad anónima, que es el Consexport S.A., que fue creado por una iniciativa de un organismo estatal que es el Proexport, fundado en el año 1967, y que asesora en materia de financiación, producción, comercialización de las exportaciones.

El Consexport está dedicado a agrupar a diversas empresas textiles, y fue constituido en el año 1970.

Agrupar a empresarios textiles chicos; es algo muy interesante, y también la estructura de dirección es similar: tiene un consejo de administración y un director gerente.

Uno de los consorcios más antiguos que hemos conocido es el que funciona en Kenia. Es un consorcio que presenta las características de una sociedad cooperativa de segundo grado, dedicado a la comercialización de verduras y frutas. Es un consorcio que logra colocar en Europa el mango, producto típico de la zona, en 48 horas a partir de su producción.

Esto implica una gran organización, que ha llevado indudablemente tiempo considerable; y se ha tenido que realizar una serie de ajustes. Para el caso de Kenia, este consorcio es doblemente importante: cumple una función no solamente de promoción de las ventas al exterior, sino que además actúa en el mercado interno como cooperativa de segundo grado. Es decir, agrupa a distintas cooperativas y productores menores, de las distintas provincias.

En Singapur existe otro consorcio de características totalmente diferentes, porque agrupa a empresas que no son afines. Es decir, se ha intentado, por un lado, vincular a bancos, financieras, con textiles y con productores agropecuarios. No conocemos qué resultados da este tipo de agrupación. Sólo sabemos que está funcionando, sin conocer sus resultados.

En Israel tenemos varios consorcios; quizá el más importante es el Accuran, que agrupa a distintos empresarios de mecanismos de precisión. La estructura es similar, es decir, hay un órgano supremo, que es el consejo de administración, y un director gerente.

En el Brasil encontramos dos consorcios: uno de ellos dedicado a la industria de autopiezas, y que agrupa a gran cantidad de productores. Obviamente, el Brasil es un país que tiene bastante desarrollada su industria automotriz, y la industria de autopiezas, que en un primer estudio de mercado se detectó que hay más de 1.700 productores; se fue haciendo una selección, y llegaron a agrupar una cantidad mucho menor, pero con posibilidades de encarar un comercio de exportación.

La organización de este consorcio es similar a las anteriores, con un director gerente y un consejo de administración.

Por último, detectamos también en el Brasil otro consorcio con características más interesantes, que es el Consorcio Prima para la exportación de maderas imbuia. Este tipo de madera es originario y casi exclusivo del Brasil, y el motivo del consorcio fue la guerra entre los distintos productores, que en alguna medida perjudicaba a toda la economía, ya que los compradores se beneficiaban con esa guerra, debido a que obtenían precios muy bajos.

De esta forma, fue apoyado por el gobierno, y se organizó, con cinco de los principales productores, un consorcio de exportación, con características similares a los anteriores.

Como el resultado fue muy importante, el gobierno, por una ley federal, determinó que todo productor de madera de imbuia que desee exportar, tiene obligatoriamente que inscribirse y ser miembro de este consorcio.

Vemos, en esta reseña, cómo se adopta la figura del consorcio en la práctica (como consorcio obligatorio), para beneficio de la economía en general.

Es decir que los rasgos propios que hemos podido detectar de todas estas figuras que funcionan son los siguientes: utilizan una sociedad típica, ya sea sociedad anónima o sociedad cooperativa; todas funcionan bajo alguna forma societaria. Todas tienen límite de responsabilidad, y, por último, tienen todas una organización común.

En nuestro país, además de los consorcios ya mencionados, existiría otro tipo de consorcio que no hemos querido mencionar porque no tiene base jurídica, y son los consorcios regionales para experimentación agrícola, que funcionan desde hace mucho tiempo, pero

como sabemos, son acuerdos de caballeros que no tienen una base jurídica, y por esa razón no los hemos mencionado en el trabajo.

Dr. BERGEL. — ¿Puedo formular una pregunta? Usted mencionó que esos consorcios tienen límite de responsabilidad. ¿Qué quiso significar con eso?

Dr. KLEIDERMACHER. — Yo propondría que dejemos la aclaración para el final. . .

Dr. BERGEL. — No hago la pregunta para iniciar un debate, sino para informarme.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Recogemos la inquietud, doctor Bergel.

Continúa el doctor Kleidermacher.

Dr. KLEIDERMACHER. — Paralelamente con esta experiencia concreta, y práctica, ocurre que —participando un poco de la inquietud común con Zaldívar— hemos querido saber qué es un consorcio desde el punto de vista jurídico; o desde una angulación puramente legal, porque no existe una traducción de su significado que sea uniforme, pacífica, y que realmente excluya un uso polivalente del término.

Ocurre que el consorcio de exportación, a pesar de todas estas experiencias concretas, no está admitido legislativamente en ningún país, y es por ello que se utilizan estas sociedades forma.

Yendo concretamente a nuestro país, para luego plantear nuestra definición de consorcio y nuestra propuesta legislativa, encontramos el término "consorcio" utilizado por las leyes 12.906 y 13.512. Sabemos que la primera de las mencionadas es la ley llamada anti-monopolio, y parte desde una posición muy clara, desde un punto de vista legislativo: es una ley concebida partiendo de un punto de vista que con mucha fineza define Messineo desde hace muchos años, cuando dice que el significado de consorcio implica que él se constituye en daño de los terceros. Siendo tales terceros los usuarios y consumidores que se ven perjudicados por el alza de los precios, o, por razones diversas, los competidores que quedan fuera del consorcio.

Estimamos que esta filosofía de la persecución del consorcio no está vigente. Hoy todos presenciamos el ya revivido fenómeno de la concentración, y estamos contestes en que las leyes económicas y las propias del proceso productivo han hecho necesaria y conveniente la colaboración de las empresas, y que en definitiva beneficia a la sociedad, que puede consumir más productos.

Naturalmente que cuando cualquier tipo de concentración se desnaturaliza y se convierte en un ilícito, vamos a necesitar del consiguiente mecanismo represivo para esta anomalía, para este despropósito, para este delito en concreto.

Nos ha resultado muy interesante el trabajo presentado a este Congreso por los doctores Rovira, Negri y Bustelo, y que está demostrando que en realidad no hay un problema de ley, sino que en concreto es un problema de eficiencia en el proceso, como mecanismo judicial.

En este sentido, el monopolio, como cualquier práctica desleal, cualquier concentración empresaria que tienda a desnaturalizar estos organismos de competencia, deberá ser reprimido adecuadamente.

La ley 13.512, por supuesto, contiene el consorcio de propiedad horizontal, y hemos rescatado algunas circunstancias que nos parecen muy apropiadas. Recordemos que en primer término, tras algunas vacilaciones, jurisprudencialmente hubo un fallo plenario del 2 de diciembre de 1965, que consideró, por unanimidad de votos, que el consorcio tiene personalidad jurídica. Por tanto, tiene aptitud patrimonial, calidad de ser sujeto activo o pasivo de derecho, tiene sus autoridades de representación, un fondo, y el consabido mecanismo de las expensas permite su funcionamiento.

No hemos considerado los denominados consorcios al costo, que constituyen para nosotros una corruptela lingüística o semántica, dado que en definitiva los consideramos sociedad civil de hecho, con la finalidad de construir, y que según el propio art. 9 de la ley 13.512, podrá constituirse el consorcio cuando llegue el momento de la subdivisión y escrituración.

En la legislación comparada, prácticamente la única que acoge la figura con un tratamiento intensivo y coherente, es el código italiano del año 1942. Ya es profusa la doctrina anterior a dicho código, lo cual permitió la construcción adecuada de esta regulación específica.

Para sintetizar —en nuestra propuesta hemos trabajado con algún detalle en la óptica italiana— coincido, juntamente con Brunetti y Messineo, en que básicamente habrá consorcio cuando varios empresarios de una misma actividad económica o actividades conexas, contraten regular su actividad mediante una organización común.

Este ítem de la organización común, de la representatividad y de la capacidad, es permanente en el derecho italiano, en sus distintos tipos de consorcio con actividad externa. Y puede, inclusive, cuando altera la libre competencia, proceder a su disolución.

Citaremos la reforma reciente, del 10 de mayo de 1976, que refuerza notablemente la figura del consorcio en Italia. Tanto es así que leyéndola con detenimiento, parecería que hace una simbiosis con el uso de los grupos de interés económico de la ley de Francia de 1967. Es decir que la actividad consorcial está ampliada en su espectro de posibilidades, prácticamente a toda la actividad económica de cooperación empresarial, mediante una célula común, para afrontar actividades que así lo requieren.

Llega al punto de reformar la anterior posición del art. 2615 del Código de 1942, que establecía la responsabilidad ilimitada de los consorciados, sea cuando actúan mediante la representación, o los representantes consorciados por sí y en nombre del consorcio.

Con esta reforma, se limita la responsabilidad del consorcio al fondo, y allí se agota la responsabilidad patrimonial del consorcio.

En Francia no está tratada la figura consorcial; hemos escuchado ayer los grupos económicos y la nueva regulación de agrupación temporaria, y nosotros creemos que tiene similitud con la ley española de 1963, y que en definitiva está recibiendo una nueva posibilidad de la concertación empresarial, que pudiera no estar agotada en los grupos de interés económico. En ese sentido, coincidimos totalmente con la posición que se señaló ayer y el agregado de los doctores Palmero y Zaldívar, en cuanto a que es evidente la preocupación del jurista de ser definido y de recibirlo. Así, en Francia, a pesar de haber ya hecho en el año 1967 una gran labor con la realización de grupos de interés económico, aparece una nueva posibilidad en la concertación de los empresarios para fines comunes.

Alemania no trata esta figura, ya que la ley de sociedades de 1965 engloba dentro del "Konzern" prácticamente todas las posibilidades de la concertación empresarial, pero a nuestro juicio es un problema intersocietario que está manejando y regulando dominaciones de una sobre la otra, restando los poderes de las sociedades, y creemos que no abarca el tema concreto que nos ocupa.

En consecuencia, nosotros hemos concluido señalando, con respecto a la figura del consorcio en general, que habrá consorcio cuando dos o más empresarios acuerdan implementar determinada actividad económica, estableciendo al efecto una organización común.

En tal sentido, debemos hacer una relación con la ley brasileña, también de reciente sanción, por la utilización de la forma societaria que se está haciendo en estas experiencias internacionales; además, la Cámara Argentina de Exportadores la está propiciando con el mis-

mo sistema, es decir, el hecho de no tener una figura consorcial que los ampare y los defina en cuanto a su actividad.

Hemos observado también la tesis doctoral que cita el doctor Palmero en su trabajo y que pertenece al doctor Laguinge, que se inclina por la utilización de la sociedad mandataria, que nosotros llamamos la sociedad forma, pero que a nuestro juicio es una confusión, porque en ese caso la figura consorcial subyace, y se está utilizando una sociedad, para nuestra Ley de Sociedades, según el art. 2, en desproporción. Es decir, se está utilizando una figura societaria en beneficio de los integrantes de la sociedad a título personal.

Ya en el tratamiento doctrinal este esquema ha sido señalado con una óptica muy fina por Messineo y Brunetti, que la consideran una sociedad comisionista, una sociedad de integración, pero en definitiva se expiden por considerarlo un negocio directo. Es decir que habría allí un mal uso de la figura societaria.

En consecuencia, nosotros nos expedimos en recoger, con perfiles netos, el consorcio de exportación, que sería una actividad concreta.

Y nuestras recomendaciones serían las siguientes: nos parece apropiado adoptar la figura con personalidad propia; nosotros consideramos que si el Estado tiene que darle alientos tributarios fiscales, crediticios, necesita fatalmente un centro de imputación de normas, necesita un sujeto receptor de esos alientos, y necesitamos, en consecuencia, una personalidad jurídica definida.

Con respecto a sus órganos, para tratar de mantener una coherencia con la práctica internacional, que siempre aconseja un paralelo que permite su mejor comprensión, pensamos que debe contar con un órgano ejecutivo, totalmente distintivo y con todas las incompatibilidades de los consorciados para realizar su función; un consejo de administración, y pensamos que tiene que haber un voto por consorciado.

Nos inclinamos por una sindicatura de tipo profesional, una fiscalización estatal ágil, un registro específico, y una institución de tipo abierto que permita una gran fluidez para el ingreso y egreso de los consorciados.

En cuanto a la responsabilidad, consideramos que no debe tener necesariamente un capital integrado operativo. A nuestro juicio, el clásico fondo consorcial, con el mecanismo de expensas para atender los gastos, permite un funcionamiento acorde con sus necesidades.

Pero estimamos que debe conciliarse esta situación —en este sentido disintimos con la posición italiana que señalábamos—, y tiene que haber, sí, una suerte de patrimonio de afectación, por lo cual he-

mos elaborado una figura si se quiere para el capital, estableciendo que tendría que funcionar como un capital suscrito de integración diferida al momento que fuere menester para hacer frente a las obligaciones.

Este capital suscrito de integración diferida, naturalmente debe tener un máximo dentro del capital propio de cada consorciado, y debe ser debidamente reflejado en el balance, que nos parece como margen de límite el 20 %.

Nada más.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Entonces queda en pie la primera inquietud que había planteado el doctor Bergel.

Dr. BERGEL. — Quiero saber, al hablar de responsabilidad, a qué se refiere: si a la responsabilidad interna de quienes contribuyen a formar el consorcio, o a la responsabilidad del consorcio frente a terceros.

Dr. SILVA GARRETÓN. — En el campo jurídico, cuando hablamos de límites de la responsabilidad, lo relacionamos con la utilización de la sociedad forma, como límite de la responsabilidad. Es decir, la limitación de la responsabilidad por un lado, de los miembros del consorcio, al crear un nuevo sujeto que será responsable frente a terceros.

Ésta es la idea que hemos visto en cada uno de los consorcios. No sé si con esto contesto la pregunta.

Dr. BERGEL. — Yo hago otro razonamiento. Si cada sociedad tiene el límite de responsabilidad interno de sus componentes, conforme a las disposiciones societarias, ése no puede ser un elemento propio de los consorcios, sino un elemento común a cada tipo de sociedad. Cuando yo doy las notas caracterizantes del consorcio, me remito a las notas típicas de cada una de las sociedades, no puedo dar un elemento caracterizante del consorcio.

Dr. KLEIDERMACHER. — Lo que ocurre es que tal como se está desarrollando en este momento el elemento caracterizante de la sociedad, es que utilizan una sociedad forma determinada. Por eso, cuando yo le di nuestra posición frente al consorcio, no hemos señalado como rasgo caracterizante el límite de la responsabilidad, sino que para nosotros en realidad el elemento caracterizante es la organización común.

Dr. BERGEL. — Cuando se hizo la referencia a que las diversas sociedades integran un nuevo tipo de sociedad, bajo un tipo previsto por

nuestra ley, otros verían que allí habría una especie de abuso de la personalidad, entendiéndolo que allí hay desviación de la causa del negocio societario. Por ejemplo, cuando cuatro o cinco sociedades forman una sociedad con el objeto de exportar, ¿hay desviación de la causa?

Dr. KLEIDERMACHER. — Ya que nosotros no tenemos lo que se llama la sociedad de segundo grado, y tal como están funcionando en la práctica, realmente analizando los estatutos, hay un despropósito societario.

Dr. BERGEL. — Yo no comparto esa opinión.

Dr. KLEIDERMACHER. — Es un tema opinable.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Yo creo que el punto es el siguiente: es evidente que cuando se trata de que varias sociedades ejercen el control conjunto de otra sociedad, es decir, cuando el acuerdo de colaboración se hace mediante la sociedad tipo, que es lo que la doctrina vulgarmente conoce como filial común, se entra en un terreno peligroso, porque evidentemente el riesgo existe, y no lo vamos a negar, de que haya abuso de la personalidad. Por eso hay que estar muy atento a que el acuerdo de colaboración modifique o haga una desnaturalización del recurso técnico de la personalidad.

Pero también es cierto que la realidad demuestra un conjunto de acuerdos de colaboración que necesitan instrumentarse por intermedio de una sociedad, como es el caso, por ejemplo, de lo que ocurre en la industria automovilística francesa, con la industrialización de tableros. A ninguna empresa de automóviles le conviene montar una fábrica para construir tableros. Entonces, entre todas ellas constituyen una sociedad anónima, por partes iguales, que se dedica a fabricar tableros, que son vendidos a estas sociedades.

Es cierto que esto puede desenvolverse dentro del marco de la ley, y en consecuencia no habrá ningún inconveniente. Pero también es cierto que hay muchos riesgos.

Por eso, estos acuerdos de colaboración materializados por intermedio de la sociedad tipo —hemos manifestado en nuestro trabajo— tienen dos límites: uno está constituido por la ilicitud, o cualquier forma de abuso de la personalidad, y el otro está dado por la rigidez del tipo, porque tampoco el acuerdo que subyace a la filial común puede trasgredir los principios fundamentales de su estructura legal.

Pero dentro de este margen, queda un pequeño campo para la autonomía de la voluntad, que es lo que la doctrina llama la "filial común".

Dr. KLEIDERMACHER. — Quisiera agregar en este sentido que con respecto al régimen italiano es muy claro, porque prevé que cuando se establezca la sociedad forma con fines consorciales, pasa por encima de la sociedad forma, y le aplica la norma sobre consorcios que en el código italiano está en el capítulo del *Lavoro*. También hace una referencia muy clara a que cuando la sociedad es una sociedad consorcial, se le aplican las normas de la responsabilidad, y prescinde de esas formaciones.

Dr. FERRO. — Hay dos cosas que no me han quedado en claro: en primer lugar, si realmente la proposición consiste en incluir la figura de la filial común.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — ¿Y la segunda? Así responde las dos en conjunto.

Dr. FERRO. — La segunda es que sostienen los proponentes que la sociedad tendría una responsabilidad ilimitada. Y luego, habría un capital suscrito. Es decir, que la responsabilidad se trataría referida a un crédito contra la sociedad, por la suscripción, sin necesidad de aporte.

Entonces, deberíamos interpretar que se trata de una sociedad ilimitada sin aporte.

Dr. KLEIDERMACHER. — No olvidemos la base de la cual nosotros partimos: es obvio que tenemos que aguzar nuestra imaginación para estar en una zona gris entre el contrato y la sociedad. Siempre cuando nosotros queremos tratar un tema nuevo, como ya hemos dicho, con el material de que estamos investidos y con el atavismo de tratar de ver si se parece a esto o no, por qué, etc., vamos a encontrarnos con paredes difíciles de atravesar.

Coincidimos con Brunetti en cuanto a que estamos en un terreno intermedio, a medio camino entre el contrato y la sociedad.

En definitiva, se trata de una técnica operativa para la cual se utiliza una organización común.

Esta organización común, para su funcionamiento, no necesita más que un fondo consorcial, el cual está nutrido por los aportes o por el mecanismo de expensas que se va presupuestando, y van aportando, según su porcentual, los integrantes del consorcio.

Pero para nosotros —y así lo establece el código italiano en la última reforma— termina ahí: la responsabilidad está limitada a este fondo. El tercero, frente a responsabilidades emergentes de actos del consorcio, agota su posibilidad de reclamación en el fondo. Antes podía ir en forma ilimitada hasta el patrimonio de cada uno de los consorciados, en virtud del art. 2615 del código de 1942.

Nosotros hemos pensado en la importancia que tiene el consorcio de exportación que va a actuar prácticamente en nombre de la Argentina en el exterior, y hemos pensado que no es suficiente, como límite de responsabilidad, ese fondo. Y en consecuencia, su prestigio, su imagen, su responsabilidad, necesita contar con una garantía mayor. Pero como no es necesario para el funcionamiento, nos ha parecido que no es menester que las empresas se vean desprovistas del capital operativo que necesitan para el torrente circulatorio de su producción. Pero sí necesitan afectar una responsabilidad para los actos devinientes. Y hemos creado este mecanismo nuevo, que es un capital suscrito de integración diferida, pero no a una fecha concreta.

Dr. MUGUILLO. — Al doctor Kleidermacher no le he entendido lo siguiente: usted habla de consorcio cuando varias empresas de una misma actividad o actividades conexas, contratan por un lapso su actividad mediante una organización común.

Dr. KLEIDERMACHER. — Esa es una definición de Brunetti.

Dr. MUGUILLO. — Y el carácter distintivo del consorcio es su organización común y su objeto. Y en cuanto a la responsabilidad y al capital, no necesariamente tiene que tener un capital integrado operativo, sino que puede ser un aporte diferido de capital.

Dr. KLEIDERMACHER. — Exacto.

Dr. MUGUILLO. — Cuando habla de Vinos Argentinos S. A. lo trata como consorcio usando la forma de una sociedad anónima.

Lo que no entiendo —porque casi de un plumazo se eliminó— es por qué se eliminaron los consorcios al costo para la construcción de edificios. Porque podría ser el consorcio al costo, de los particulares que se reúnen para la construcción de un edificio, comparable a un grupo de empresarios de actividades conexas, que contratan entre sí por un consorcio la construcción de un edificio, para repartirse las utilidades y lucrar con la venta.

Entonces, no entiendo por qué ese tipo de consorcio al costo, que cumple con la organización común, el capital integrado diferido, con una cierta responsabilidad, queda excluido.

Dr. KLEIDERMACHER. — Si usted recuerda, yo lo eliminé al tratarlo como antecedente legislativo en nuestro país, nada más. Al hablar de los antecedentes legislativos en nuestro país, hice mención del consorcio que aparece concretamente regulado por la ley 13.512. Y dije: no vamos a tratar como antecedente legislativo el consorcio al costo, porque es un uso que a nosotros nos parece que no ha tenido ninguna regulación. Porque todos sabemos cómo funciona: varias personas compran un terreno —aquí hay un claro condominio— y a partir de allí construyen, y la responsabilidad está dada por ese condominio y sus porcentuales respectivos, y solamente van a poder formar consorcio, según el art. 9 de la ley 13.512, cuando puedan darse un reglamento, cuando puedan escriturar sus unidades, y a partir de allí habrá consorcio.

Esto es legal. Ahora bien, a nosotros no nos ha preocupado establecer una normativa sobre consorcios en general, o sobre todas las actividades en que el consorcio puede funcionar. Nos hemos circunscrito a la idea de dar regulación a la actividad económica del consorcio de exportación, que vemos que está funcionando, que es algo palpitante, y no tiene regulación.

Dr. OLGUÍN. — He seguido con mucho interés la exposición de los colegas, en relación a esto que aparentemente podría ser una figura jurídica nueva. Pero me ha sucedido lo que nos sucede cuando pensamos: “este rostro me resulta conocido”, y cuando entramos a tipificar o perfilar con mayor claridad, encuentra que realmente conocía el aludido rostro.

Esta figura jurídica que proponen los distinguidos colegas tiene personalidad jurídica, tiene representación legal, tiene un fondo, establecido a base de expensas, tiene limitada la responsabilidad, no tiene fines de lucro, tiene un sistema para la admisión y otro para la expulsión de sus componentes, se mueve en virtud de un interés o finalidad común, tiene órganos de ejecución y de administración.

Entonces, ¿qué diferencia tiene con las cooperativas? Sean de segundo grado o de primero. Las cooperativas tienen personalidad jurídica, representación legal, tienen limitada la responsabilidad, por esencia no tienen fines de lucro, el sistema de admisión y de exclusión es similar, el interés es común. Los órganos de administración y de ejecución son similares.

Quisiera saber en qué diferencian ustedes esta figura del sistema cooperativo.

Además encuentro muy poco práctica la propuesta de afectar esa suscripción diferida. El patrimonio de una empresa no puede estar a expensas de integrar el capital en el momento menos pensado, menos oportuno o menos previsto. Creo que debe tener esos fondos permanentemente disponibles para el momento en que hagan falta.

De modo que no alcanzo a entender cuál es la ventaja de contar con un capital que debe realizarse en un momento de urgencia, ya que esto es como no tenerlo.

Dr. BERINI. — Hago esta pregunta aclaratoria, porque tenemos como compartimientos estancos el capital por un lado y el patrimonio por otro. Pero aquí pareciera ser que es algo mucho más dinámico, ya que ese capital no lo es tanto en los términos societarios que nosotros conocemos, y sí, en cambio, es patrimonio.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Sugiero la conveniencia de que se formulen todas las preguntas, para que luego sean respondidas unitariamente.

Dr. BUSTELO. — Coincido con lo manifestado por Olguín. La propuesta de Kleidermacher creo que está centrada decididamente —y he aquí la pregunta— en analizar específicamente el consorcio de exportación como un subtipo de agrupamiento. Es decir que desde este punto de vista, el consorcio de exportación o el agrupamiento para la exportación, tiene características esenciales propias.

Sobre el particular, recuerdo que en agosto de 1966, en oportunidad de realizarse el Primer Congreso Argentino de Comercio Exterior, formulamos una propuesta coincidente en la necesidad de regular el agrupamiento para la exportación.

Porque tiene características más que propias, esenciales. Y en este aspecto, debemos pensar que la actividad exportadora no solamente se dirige a un negocio determinado: a veces hay que ganar mercados, y entonces en la primera etapa vamos a tener en mira una labor de promoción, donde los aspectos de responsabilidad van a estar de lado.

Por otra parte, puede estar dirigida a mantener un mercado, y entonces ya nos encontramos con una situación de hecho, y es muy fácil poder mensurar aun dentro del terreno de la responsabilidad.

El problema se va a plantear cuando ya estemos en otra etapa, en la cual se ganen mercados, se ganen negocios, y se pretende una

actividad exportadora sostenida. En ese caso, entonces el problema de la responsabilidad es álgido.

Desde el primer punto de vista —el de la promoción— yo recuerdo una labor muy importante que hizo el Ministerio de Industria y Comercio Exterior japonés.

Desde este punto de vista, evidentemente, la participación a la manera de un consorcio para nada más que subvenir a los gastos, es una figura bastante simple.

Desde otro punto de vista, yo le recuerdo al doctor Kleidermacher lo que ha ocurrido con Colombia, en el caso de la defensa de los intereses cafeteros, donde también se constituyó la asociación de segundo grado que agrupa a los intereses de los productores de café, que constituyó un ente, y algo de esto se ha hablado también en el año 1966-67, séptimo período de sesiones de ALALC, donde en algún momento se insistió en la necesidad precisamente de buscar esas formas de agrupamiento, para poder no sólo mantener un fluído intercambio, sino también hacerlo sobre bases justas y certeras. Más de una vez sucede que los aventureros en el comercio exterior son el denominador común.

En tercer lugar, nos vamos a encontrar con la problemática que plantea el doctor Olguín. Esta vez se ha pensado en buscar la forma cooperativa, tanto más en cuanto que es posible que en estos agrupamientos haya intereses que no son sólo exquisitamente mercantiles. El Estado es el más interesado en poder regular este tipo de agrupación. Y en algunos casos, parecería que la forma cooperativa se plantea, por lo que usted mismo está diciendo, a cada participante un voto. Porque no solamente el agrupamiento se va a dar con empresas pequeñas y medianas. Lo que nosotros podemos llamar empresas grandes en una economía como la nuestra, son miniempresas.

Entonces, esa necesidad de agrupamiento está dada para todas las empresas.

Dr. MIQUEL. — Voy a expresar mi opinión disidente con la moción que formuló el doctor Kleidermacher, por ciertos argumentos que, en honor a la brevedad, voy a expresar de manera muy sintética.

En primer lugar, no creo que se haya demostrado la insuficiencia del sistema legal vigente.

En segundo lugar, los ejemplos que se elaboran en la ponencia tienen forma societaria, por lo general de sociedad anónima.

En tercer lugar, en el esquema que se propone no existen diferencias estructurales con el sistema de la sociedad anónima, legislado por la ley 19.950.

En cuarto término, para nosotros el problema esencial en materia de derecho societario es el de la responsabilidad de los entes, responsabilidad que se hace efectiva siempre sobre el patrimonio de la sociedad. En este caso se habla de un capital de integración diferida, de tal modo que la posibilidad de implementar un sistema legal de tipo consorcial con un capital diferido, significaría alterar las bases de la responsabilidad en materia societaria.

En quinto lugar, se habla de un camino intermedio entre el contrato y la sociedad. Si bien nosotros tenemos que reconocer los fenómenos de vinculación disciplinaria, es decir, la influencia del hecho económico en materia jurídica, no podemos olvidar que estamos en un Congreso de Derecho Societario, y que en toda sociedad existe un contrato de sociedad, es decir, un contrato plurilateral de organización que tiene características propias, pero sustancialmente es un contrato.

De tal modo que no podemos hablar de un "*tertium quaestii*", que podrá funcionar dentro del código italiano de 1942, o en la figura del consorcio, que para nosotros no tiene una significación jurídica, salvo en lo que respecta al consorcio de propiedad horizontal, que, por supuesto, no tiene nada que ver con el problema del agrupamiento de sociedades, materia específicamente distinta.

El fenómeno de concentración capitalista es esencialmente económico, y, a nuestro juicio, debe quedar subsumido dentro del régimen jurídico vigente, de ser posible, creándose los dispositivos legales complementarios cuando su necesidad se demuestre con toda evidencia. Es decir, cuando se demuestre la insuficiencia del sistema vigente para dar solución a la problemática que presenta el hecho económico nuevo.

Sobre todo teniendo en cuenta la especial ductilidad de la realidad económica, tanto la ausencia de una legislación apropiada como la existencia de una reglamentación exagerada, constituyen motivo para ahuyentar al inversor, y nosotros coincidimos en que es necesario canalizar la corriente inversora extranjera.

Por otra parte, se impone la cautela en la materia, porque la intención reglamentarista antimonopólica, puede determinar también no sólo el rechazo de la inversión extranjera por venir, sino el éxodo de la existente. O a la inversa.

Es decir, me parece que se persigue una finalidad muy específica de naturaleza más económica que jurídica con la ponencia de los doctores Kleidermacher y Silva Garretón.

La finalidad económica es facilitar, ya sea por sistemas de financiación bancaria o protección arancelaria, todo el régimen de las exportaciones del país, tema inherente a la política económica, que en este momento tiene plena vigencia, y que indudablemente debe contar con el apoyo legal apropiado. Pero eso no nos puede llevar a juzgar necesario modificar el régimen societario con una regulación específica del consorcio. Porque dentro de los dispositivos legales que cuenta nuestro ordenamiento, la situación queda perfectamente regulada.

Distinta es la hipótesis, en cambio, si se consideran los contratos de agrupamiento de sociedades, que eso sí, indudablemente, debe concitar la atención del legislador para prever hipótesis muy particulares, que por la dimensión de las inversiones pueden comprometer intereses de orden nacional. Pero esto es otra cuestión.

Es decir, considero que para facilitar el régimen de las exportaciones es necesario el dictado de leyes económicas que así lo propicien, pero no modificar el sistema de derecho sustancial, que en materia de sociedades comprende perfectamente las hipótesis que se señalan como caso de excepción por la ponencia del doctor Kleidermacher.

Es todo.

Dr. DÍAZ CANO. — Yo considero que es muy útil la tentativa de legislar sobre el consorcio de exportación, pero también conozco que en ese terreno se confunden comúnmente las actividades de las asociaciones de exportaciones, con las comisiones dedicadas a concertar acuerdos o fijar pautas para desarrollar acuerdos de comercio exterior, incluso con las sociedades de exportación o consorcio de exportación.

Tanto es así que creo que esta idea ha sido promovida por un organismo de la OEA, de manera que es sumamente interesante y plausible la idea de regular este instituto.

Ahora bien, no podemos desconocer en qué terreno se desarrolla, y quiero solicitar a los colegas que caractericen, si es posible, lo siguiente: si es una comisión de tipo societario para concertar acuerdos comerciales de comercio exterior, o es nada más que una concertación de patrimonios, en que el patrimonio va a tener otra fase distinta de la que ellos proponen.

Dr. GIGENA SASIA. — He estudiado con mucho detenimiento la propuesta de Kleidermacher y Silva Garretón. Y que la figura no sea muy delicada, me hace recordar ese criterio de que muchas veces el excesivo amor haga creer que esa figura tenga una autonomía total. Es como el caso de aquel que se enamora de una mala mujer, y cree que el amor sublima los defectos y la convierte en una virtuosa dama.

Pero resulta que el consorcio, en todos los antecedentes que hemos escuchado, ha sido la “mala mujer” que abandonó a sus hijos, que se portó mal con el padre y con sus hermanos. El consorcio fue el acuerdo de voluntades para perjudicar a terceros.

Y ahora, en una etapa posterior, se quieren sublimar sus defectos, y convertirla en la panacea universal que habrá de solucionar todos nuestros problemas, pasando por alto que si bien en esa interacción entre derecho y economía, nosotros, los juristas, tenemos la obligación de dar forma al proceso económico, tal como dije ayer, en manera alguna debemos cohonestar la falta de responsabilidad de los empresarios que buscando un acuerdo que yo, como empresario que soy, entiendo que lo hacen especialmente por falta de eficiencia, pero de ningún modo podemos cohonestar eso, premiándolos con una falta absoluta de responsabilidad.

Los empresarios, en su devenir, entienden que el consorcio hace a su provecho, porque carga con todas las responsabilidades del caso.

Yo estoy en la posición de que el tema del consorcio debe ser, sin duda, adecuado y elaborado, pero partiendo de las pautas que da nuestra Ley de Sociedades Comerciales. Incluso para mí el problema es muy sencillo, porque si hablamos de agrupamiento de sociedades, ¿por qué crear una categoría nueva, cuando nuestra Ley de Sociedades Comerciales, maravillosamente adecuada a la coyuntura que se vive, y como sus propios autores lo señalan, es un proceso de transición hacia el desarrollo económico adecuado, permite con facilidad la adecuación, con pequeñas reformas, a nuestra Ley de Sociedades?

Hablaba del amor de los proponentes, porque salta a la vista un solo hecho: si hablamos de consorcio de exportación, ¿por qué no vamos a hablar de un consorcio de importación? Si adoptamos este criterio de particularizar de tal forma, así como dijo muy bien el doctor Kleidermacher, que no existe una expresión universal, una legislación que haya contemplado positivamente el consorcio de exportación, yo diría que es así porque precisamente no lo necesitan. Sería como pretender que en una ley de sociedades de cualquier

parte del mundo, se reglamentara en forma precisa una sociedad para la fabricación de determinados productos, que tuviéramos un subtipo de una sociedad para la comercialización de determinados bienes, otra sociedad para la comercialización de servicios, y así indefinidamente.

Han olvidado, al señalar los consorcios que conocen, la existencia de múltiples consorcios de la República Argentina, como son los consorcios plasmados en cooperativas, los consorcios de consumo, de servicios, etc.

El consorcio es una figura usada desde siempre, desde que el hombre entendió la necesidad de unirse a sus semejantes. Lo que sucede es que se trata de una figura de moda, y siempre se la quiere vestir con el mejor ropaje.

Quienes queremos este tema de los consorcios, quienes entendemos la necesidad de su consolidación y su divulgación, no solamente la gran empresa —como bien dijo el doctor Bustelo, las grandes empresas nuestras, a nivel universal son pequeñas empresas—, sino que no debemos olvidar la necesidad del consorcio, que es la unión justamente de estas pequeñas empresas, queremos vestir a estos consorcios con el mejor de los ropajes, y entendemos que el mejor de los ropajes es que sea una figura propia y autónoma, y considero que esto es erróneo.

No creo que se justifique en manera alguna la legislación del consorcio de exportación. Y sostengo esto porque si entramos a legislar sobre el consorcio de exportación, tendríamos una serie de consorcios conociendo bien que la enumeración es peligrosa, incluso traicionera.

Si algo tiene el derecho comercial, y en forma más específica el derecho societario, es que quienes participamos —ya sea en la docencia o en la actividad práctica— podemos palpar permanentemente la vigencia del ingenio humano. Es absolutamente imposible —gracias a Dios— poder determinar la serie de combinaciones que es factible en este tipo de derecho.

No se justifica en ningún modo —de ahí mi opinión disidente, con el debido respeto— que se propugne o se prohija la formulación de la contemplación de un consorcio de exportación como una figura autónoma.

No quiero extenderme, porque los colegas que me han precedido en el uso de la palabra han sido muy claros, y me adhiero prácticamente a lo señalado en forma total. Sólo diré que los autores también establecen una participación estatal, con lo cual disiento

absolutamente. En nuestro país —sin que esto signifique en manera alguna utilizar un concepto anarquista— la participación del Estado en las actividades privadas ha sido totalmente perniciosa. El proceso inflacionario lo debemos —y en esto creo que hay unanimidad— a los déficit que producen las empresas del Estado.

Sabemos que el Estado se maneja, deplorablemente, con pautas políticas que no siempre son las adecuadas en un proceso económico. De allí que la participación del Estado en este tipo de sociedades señale que no solamente no tendría sentido, sino que incluso considero que debería ser rechazada.

No niego la posibilidad del manejo del control de la economía por medio de una política económica adecuada. Tampoco niego la posibilidad de que el Estado participe. Quiero que quede claro que me opongo a que el Estado participe como una figura inexorable que siempre debe estar formando parte del consorcio de exportación.

Esto significaría —parafraseando a Truman, que expresó que si no existieran los puestos públicos no podría existir la política— que en el consorcio de exportación tendríamos la aplicación de este principio: habría funcionarios que más que movidos por razones de eficiencia se moverían por razones políticas.

En cuanto al control estatal, lo considero una figura impredecible. Porque ya dije que no debemos olvidar que si hay un lugar en que la figura del consorcio es necesaria, es precisamente en los pequeños empresarios. Entiendo que la lógica sería que el control estatal se asemejara a nuestro establecimiento del control estatal en las sociedades comerciales. En los consorcios con determinado volumen de capital, se justificaría. Pero en los consorcios pequeños —de los cuales no quiero convertirme en defensor—, entiendo que si algo tiene nuestro país, que está estacionado, es que todavía rige el obsoleto concepto de la sociedad de familia, que no ha permitido la introducción de ese ente fértil que significa la eficiencia, hace que normalmente ese tipo de acuerdo no se produzca.

O sea que en una primera etapa, el acuerdo de voluntades está frenado justamente por ese concepto. Debemos ayudarlos. De allí que no creo que el control estatal sea algo aplicable al consorcista.

Nada más.

Dr. BERINI. — A pesar de lo que he escuchado de mis distinguidos colegas, querría abogar por la ponencia de Kleidermacher y Silva Garretón, por una razón muy simple: concuerdo con los preopinantes en cuanto a que prácticamente no hay nada nuevo bajo el sol,

pero lo más importante en esta etapa es la creación, y la creación debe ser fecunda, para que realmente sea tal. Y para que realmente sirva al empresario, y le permita inventar cosas. Y en esto, creo que no tenemos que renunciar, como estudiosos del derecho, y como juristas, a brindarles una serie de esquemas de posibilidades válidas, y a no encasillarlos en la Ley de Sociedades.

Por eso me parece muy importante la ponencia de Kleidermacher y Silva Garretón, más allá de las disidencias que pueda tener, pero es una nueva manera de entender un problema crucial, cual es el de la exportación.

Nada más.

Dr. VIALE. — Quisiera que los expositores respondieran a la pregunta formulada por el doctor Olguín. Es decir, qué diferencia hay entre la cooperativa y el consorcio.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — De las exposiciones habidas hasta el momento, se deduce que hay dos que formulan preguntas a los exponentes, mientras que el resto ha apuntado sus criterios diferenciales.

Pedimos entonces a los exponentes que aclaren las cuestiones planteadas por los doctores Olguín y Viale y el Dr. Díaz. Consideramos que las restantes son posiciones disidentes.

Dr. KLEIDERMACHER. — Yo también voy a agrupar, porque me parece que hay un punto de arranque para nuestro trabajo, que hemos tratado de explicitar, y quizá no hemos sido muy felices; por ello lo vamos a ratificar.

No nos hemos preocupado por crear en laboratorio una figura para un supuesto. Nosotros hemos partido de una realidad, de un hecho concreto. Ya que se trae a colación la posición de los políticos, Churchill decía que los hechos son tercios, y no se discuten.

Los fenómenos de concentración empresaria se vienen dando desde hace 100 años. Todas las posiciones doctrinales y jurídicas han tratado de abortarlos de todas las formas posibles, y no han podido contra el fenómeno de concentración empresaria. Éste es un hecho palpitante, y en todas las latitudes los juristas están tratando de darle la forma necesaria para su encauzamiento, pero esa situación existe, y nos excede. Nosotros no podemos manejar la economía, y por tanto debemos abandonar esa pretensión. Al menos, ésta es nuestra posición doctrinal.

En nuestra actividad profesional, nos hemos encontrado con los consorcios de exportación, y con los empresarios que vienen a

formar un consorcio de exportación, y con conflictos dados en muchos consorcios de exportación, frente a un vacío legislativo total que impide un tratamiento acorde, y en consecuencia lo que va a ocurrir, es que en un juzgado una secretaría va a resolver en un sentido, otra secretaría resolverá en otro distinto, y es el problema con el cual nosotros nos encontramos cotidianamente, frente a las figuras jurídicas o parajurídicas que no tenemos cómo manejar.

Nuestra preocupación ha sido intentar —con mayor o menor suerte— dar a este fenómeno económico una figura jurídica acorde.

En consecuencia, intentar el paralelo con la cooperativa, con la sociedad anónima, para nosotros no es ningún trabajo, sino simplemente contestar que la realidad histórica demuestra que si el empresario tiene a mano la sociedad cooperativa para este fenómeno y no la usa, es porque la sociedad cooperativa no le es funcional. Y está utilizando el consorcio de exportación.

En Italia, las cooperativas agropecuarias funcionan como consorcios agropecuarios, pero no han sido suficientes. Luego de 35 años, el legislador italiano se ha visto obligado a reformar la figura del consorcio, para dar cabida a todo este tipo de colaboraciones empresarias, y ha trabajado sobre la figura del consorcio. Y también cuenta con la cooperativa, la sociedad anónima, la figura del condominio, y sin embargo se ha preocupado por elaborar una modernización del consorcio, porque la realidad se lo impone.

Ayer vimos cómo Francia, que evidentemente tiene una ley de sociedades, que desde el año 1966 hasta ahora tiene reformas anuales y a veces dos en un año, y sin embargo ha trabajado sobre la ley de grupos de interés económico, y no bastándole con eso, ha elaborado una ley más, en la que ha admitido la agrupación temporaria.

La experiencia española de la agrupación temporaria bajo la sociedad anónima es un fracaso total. Todos sabemos que prácticamente no funciona. La otra agrupación temporaria, que es una figura *sui generis*, tampoco funciona.

Y los consorcios de exportación siguen adelante en su camino, cada vez más, y necesitan un tratamiento legislativo. Éste ha sido nuestro punto de partida.

Creo que no cabe que entremos en el fino análisis de que la sociedad cooperativa es una sociedad, que tiene un capital, que tiene una serie de circunstancias; que se compadecen con la tipificación de la cooperativa, y sin embargo no es utilizada esta figura.

En consecuencia, nos parece que el consorcio es necesario:

Esto con respecto a nuestra posición doctrinal, que evidentemente no pretende ser dueña de la verdad, y aceptamos con respeto todas las disidencias, naturales, esperadas, e históricamente dadas. Ante todo, intento la reforma del derecho. Pero la historia muestra que esos embates —que de alguna manera son lógicos en el ser humano, dada la resistencia que produce el enfrentarse con algo nuevo— con el correr del tiempo la realidad obliga a dejarlos de lado. Ya hay muchos trabajos en donde se dice que con respecto al monopolio, lo único que hay que hacer es controlarlo. Pero tenemos que aceptarlo como un fenómeno necesario en el proceso económico. Esto nos llevaría a una discusión bizantina que no creo que debamos abordar aquí, porque son respetables las distintas posiciones.

Sí quiero responder a las preguntas técnicas sobre capital y patrimonio. Al respecto, a nosotros no nos merece reparo la creación —y también Olguín vería esto como una gran anomalía—, y señalo que en la realidad, una sociedad anónima de capital de cinco mil millones de pesos, a lo mejor tiene integrados diez pesos, y el capital suscrito es por cinco mil millones de pesos. Y hay que ver cómo se hizo esa integración, si no está hecha mediante pagarés firmados por los socios, que no sirven de nada.

Nosotros, como actuantes en derecho falencial, conocemos esto como una práctica inveterada, y por tanto no es necesario que abunde en detalles sobre el particular.

Con respecto a la suscripción no integrada, cuando el síndico tiene que empezar a reclamar la integración suscrita y no cumplida, sabemos qué se encuentra normalmente.

En consecuencia, creemos que esto es factible, y no es forzar el molde jurídico. Y si implicara forzarlo, no nos preocupa, porque lo concebimos como una figura nueva. La suerte y la historia dirán si tiene o no acogida, pero nuestro esfuerzo ha sido trabajar seriamente sobre el fenómeno real, y tratar de adoptarlo.

Es más, la ley brasileña, con la influencia alemana, de tratamiento integral a la problemática societaria, en donde acepta prácticamente cualquier tipo de vinculación interempresaria y societaria, donde acepta mandatos que van inclusive contra la sociedad, lo único que pide es que en las concertaciones empresarias, la empresa dominante sea una empresa brasileña. A pesar de todo ello, admite la figura del consorcio.

Esto implica que la figura societaria no agota el fenómeno.

En este sentido, somos partidarios de un tratamiento jurídico.

Este tema lo hemos tratado con intensidad en Punta del Este, y la Comisión Redactora, de la que hemos participado, ha estado conteste —y así lo ha manifestado en la Declaración de la Comisión de Derecho Comercial de Punta del Este— en acoger todas las modernas figuras que los fenómenos económicos producen.

Nada más.

Dr. OLGUÍN. — Mi pregunta se encaminaba a tratar de descubrir si había alguna diferencia que yo no hubiera advertido. Pero lamentablemente, luego de la explicación de mi distinguido colega —no dejo de reconocer el mérito de su inquietud—, considero que sigue siendo lo mismo. De modo que mi pregunta se transforma en disidencia con la ponencia.

Dr. DÍAZ CANO. — Yo considero que la regulación sobre los consorcios de exportación es, tal como lo expresan los autores de la ponencia, de urgente necesidad en nuestro medio. Incluso creo que muchas veces un simple cambio en la denominación de una figura jurídica hace que se la acepte. Éste es un caso.

Otra cosa muy real es que para que tenga vida un consorcio de exportación, tiene que tener respuesta, a cómo opera en terreno bancario una entidad que carece prácticamente de fondos.

Dr. VIALE. — No quiero ahondar aún más en la polémica, pero me parece que existe una contradicción en la exposición de los colegas. Ellos sostienen la necesidad de una legislación autónoma sobre el fenómeno, un fenómeno que existe, sin ninguna duda.

Retomando el ejemplo de Vinos Argentinos S. A., nos podemos sentir orgullosos de que sea modelo, porque si tomamos toda la bibliografía sobre el tema, es citado como ejemplo en todos los casos. Y si vemos que las cinco bodegas que intervienen toman una forma societaria, ¿por qué se busca una forma nueva?

Cr. BELMAÑA. — Quiero formular una pregunta al doctor Kleidermacher. Usted mencionó el fracaso de la experiencia española, desde el año 1963, que se dio bajo la forma de sociedad anónima. Como yo intuyo —aunque no soy jurista— que la Ley de Sociedades puede dar solución a los problemas que se están tratando, quisiera saber si los motivos de ese fracaso han sido desmenuzados y analizados, y si realmente responden a razones de tipo jurídico o de otro tipo.

Cra. FORTUNATO. — Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, no soy muy versada sobre el particular. Pero coincido con la

postura de Olguín, en cuanto a que Kleidermacher no ha podido explicar las características que hacen diferente al consorcio de exportación de la sociedad cooperativa.

El doctor Kleidermacher, al responder al doctor Olguín, expresa que las sociedades cooperativas no funcionan en la práctica. Quiero saber entonces por qué no funcionan. ¿No será que el empresario argentino mira un poco peyorativamente el nombre de sociedad cooperativa, y suena más importante un nombre nuevo, cual es el consorcio de exportación?

En segundo término, me preocupa el problema de la responsabilidad en el consorcio de exportación, o cooperativa de exportación, o como quiera llamársele. Me interesa la responsabilidad de este organismo ante terceros.

Me preocupa que se dejara abierta la posibilidad de integrar el capital del consorcio en forma indefinida, para un futuro no precisado. Porque es cierto que en la realidad económica acontece lo que describió el doctor Kleidermacher: se suscribe el capital, y se lo integra cuando se puede. Pero aquí está la responsabilidad de los accionistas, que tienen penalidades respecto de la falta de integración en término, y está también la responsabilidad de los sindicatos de las sociedades.

¿Qué sucedería entonces si se introduce en el sistema de derecho positivo argentino una brecha de esta naturaleza respecto de la integración del capital?

Además, quiero saber si los doctores, en su ponencia, han considerado la influencia de diferir el capital social respecto de la responsabilidad que podría acontecer con eventos futuros, que es necesario afrontar, respecto de la influencia negativa que tiene la inflación en el proceso económico mundial, en general, y argentino en particular. Nosotros sabemos que en toda sociedad se comienza el primero de enero con un capital de diez mil millones de pesos, y es distinto contar con ese capital en enero que tenerlo en mayo o junio.

Éstas son mis inquietudes.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Me preocupan los interrogantes planteados, sobre todo el del doctor Olguín. Porque pienso —me adelanto para que tengan oportunidad de rectificarme si no es así, aunque aclaro que nosotros tenemos planteada otra proposición— que en todos estos temas subyace el mismo problema.

El doctor Olguín preguntaba muy agudamente cuál es la diferencia. Quizá la diferencia radique en algo que no sé si quedó lo

suficientemente claro; y es: ¿qué es finalidad de lucro, y qué es no finalidad de lucro? Es decir, estos consorcios participan de la dificultad común de encontrar esta suerte de colaboración que regula actividad, que no necesariamente regula actividad empresaria. Al regular actividad empresaria, no tiene por sí mismo propósito de ganancia como lo tiene la sociedad, pero ello no quiere decir que participe de la característica de las cooperativas, y que está muy claramente definida: a su disolución, los bienes pasan al Estado.

En cambio, en el caso del consorcio de exportación, a su disolución, los bienes pasan a sus componentes. Es decir, no pierde, a mi juicio, esa característica central, que es la que divide precisamente el campo del mundo cooperativo de este otro que estamos tratando.

Ahora bien, coincido con Olguín —y creo que éste es el punto difícil— en que todos los que aportamos una solución corremos este riesgo: estamos buscando, porque la realidad económica así lo exige, un punto intermedio entre el tipo y esta exigencia, que no coincide exactamente con el tipo, o al menos, la riqueza de su fenómeno demuestra que pasa por encima de las propuestas normales de la tipología societaria, tal como está estructurada en nuestro estatuto societario.

Es decir, pareciera que los acuerdos de colaboración, algunos de ellos, caben dentro de los tipos societarios clásicos, y los tipos societarios clásicos pueden darle cabida. Hay otros que exceden el marco societario clásico. Entonces, aquí se insertan las propuestas tales como el grupo de interés económico de los franceses, la propuesta de la ley española, y que los italianos también regulan a su manera, con otras características.

Pero el problema es el mismo, y creo que todos participamos de la inquietud de Olguín: cómo compatibilizar esta nueva realidad, con el mundo rígido de las formas societarias. Ensayando caminos, es que se abren estas propuestas, que en todos los países plantean dificultades. Un jurista francés dice que el mundo de la agrupación crea un nuevo orden. Ese nuevo orden crea un trastrocamiento de los equilibrios que giran en torno de cada tipo societario. Y es precisamente para superar esos problemas que estamos aquí reunidos.

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Si no hay ningún otro pedido de aclaración, tienen la palabra los ponentes, para cerrar el debate de esta cuestión.

DR. KLEIDERMACHER. — Faltaba dar respuesta a la posición del doctor Gigena Sasía, y para ello cedo la palabra al doctor Silva Garretón.

Dr. SILVA GARRETÓN. — Quisiera dejar aclarado frente a lo manifestado por el doctor Gigena Sasia, algunos aspectos que destacamos en el trabajo.

En primer lugar, cuando se habla de que podría haber un consorcio de exportación y un consorcio de cualquier otra actividad, nosotros no lo descartamos, porque hemos analizado el consorcio de exportación como una especie dentro del género consorcio. Es decir, incluso, al hacer los comentarios, hemos dicho que posiblemente lo que se necesita sea una normativa general sobre consorcios que prevea específicamente el consorcio de exportación.

Por otra parte, con respecto a la intervención estatal, nosotros no sostenemos que el Estado sea miembro de ningún consorcio de exportación. Pero entendemos que es importante que exista una fiscalización estatal de los consorcios de exportación. Y entendemos que es importante, porque existe un interés del Estado por el buen funcionamiento de estos consorcios, que van a ser nuestros embajadores en el exterior. Si el consorcio de exportación funciona bien, creemos que su reglamentación puede llegar a ser una herramienta útil para los empresarios, para que puedan lanzarse (por supuesto que acompañados por una serie de medidas fiscales) a una competencia difícil, cual es la del comercio exterior. Obviamente que un negocio de comercio exterior implica un largo tiempo de elaboración, estudios de mercado; luego la segunda etapa de promoción, la captación del mercado, y después el mantenimiento y consolidación de dicho mercado.

Esto implica años de trabajo y de esfuerzos, e indudablemente el Estado tiene que pensar seriamente en que una regulación que se pueda dar hoy, dará frutos dentro de cuatro o cinco años. Cuanto más demoremos el avance en el tratamiento del problema, más tiempo vamos a estar perdiendo y retrocediendo en una actividad tan dinámica como es el comercio.

Dr. KLEIDERMACHER. — Yo completaría esto, porque seguramente el doctor Gigena habrá podido observar en el exterior el problema que tenemos cuando intentamos la representación de empresas argentinas frente a un negocio, cómo tenemos que luchar contra cierta imagen dada por algunos empresarios irresponsables, que han hecho perder mercados que costó muchos años conseguir.

Desde este punto de partida, nosotros consideramos que el Estado está sumamente interesado en que las exportaciones funcionen bien, y no sólo para vender, no solamente amparando una técnica

operativa de ventas y permitiendo que vendan porque han reducido costos y se han puesto en competencia. Sino cuando dan un cumplimiento fiel, la responsabilidad de los consorciados, que de alguna manera es defender a la República Argentina.

De allí que nosotros le damos un especial énfasis a la labor del Estado, pero jamás como elemento ejecutivo, como órgano que va a participar en la dirección, en la concreción, en la dinámica de la empresa. Sino sólo en controlar en lo relativo a la defensa del interés nacional.

En cuanto a las preguntas formuladas con respecto al fracaso español, otra vez estamos frente a la realidad. La ley española data del año 1963, trata dos posibles formas, y ha sido sumamente criticada por la doctrina nacional española, y en la realidad no funciona, no se ha logrado en definitiva el funcionamiento práctico de estas sociedades anónimas de sociedades.

En definitiva, con respecto a la utilización de la forma societaria, nuestra oposición es estrictamente doctrinal. Creemos que es un despropósito. Nosotros realmente pensamos que la utilización de una forma societaria para una circunstancia económica que la excede, implica violar concretamente las disposiciones del art. 2 de nuestra ley, y entramos —como bien apuntó el doctor Palmero— en un terreno muy sutil, que nos llevará a analizar muy claramente la usurpación del derecho. Algunos la violarán, otros no.

Por otra parte, observemos otra realidad de la suerte legislativa: cuando a pesar de todas las sociedades y todo su régimen detallado de la ley de 1966 de Francia, se legisla en el año 1967 los agrupamientos de interés económico, en una ley a mi juicio malá, que da lugar a toda una serie de problemáticas que en el trabajo que todos conocemos, observa la cantidad de vacíos, lagunas y contrastes que tiene; en seis meses se inscribieron miles de grupos económicos. Es evidente que lo que el legislador hizo fue contemplar una necesidad. La adoptó sin mucha felicidad, pero logró el éxito necesario.

El doctor Cámara lo dijo claramente en su disertación: nosotros somos servidores, como juristas, de la realidad económica, y el derecho tiene que estar al servicio de la realidad. No podemos decirle al empresario: no lo haga, o asuma las consecuencias, porque en ese sentido me parece que no seríamos coherentes con la disciplina que hemos elegido.

En este aspecto, si se nos puede tildar de enamorados adolescentes, lo somos del derecho, no de la figura. El derecho tiene que

cumplir los fines para los cuales nació, y este amor se muestra en tratar de encontrar el cauce.

En cuanto a la inquietud de la contadora Fortunato, me parece que ha interpretado mal. Nosotros creamos la figura con un capital; ese capital es de integración diferida, diferimiento que se produce hasta la necesidad de hacer frente a una responsabilidad determinada. Inclusive prevemos la fiscalización profesional. Pero la sindicatura no viola sus normas, y nuestra legislación positiva permite la integración diferida.

Disentimos con la legislación italiana, que le da como total responsabilidad al fondo consorcial. Nos parece que es otro despropósito, porque si estamos pensando en la imagen argentina, en hacer frente a las responsabilidades de los incumplimientos, si lo agotamos en el fondo consorcial, seguramente no va a ser suficiente. Pensamos que las empresas participantes deben limitar no más del 20 % de su capital operativo, o si se quiere decir patrimonio; o sea, no el capital intangible propio, sino el patrimonio, y en definitiva funciona como una provisión o una previsión, exactamente igual que una cuenta de orden, que a lo mejor no juega en el equilibrio exacto del activo y del pasivo. Nosotros conocemos los balances de fórmula de las compañías de seguro, en donde independientemente de su situación patrimonial, están obligados a una serie de previsiones, y funciona perfectamente.

El trabajo de Colombo hace una exquisita elaboración de todas las previsiones que a su juicio tendría que tener cualquier empresa. ¿Por qué no recoger esa posibilidad para una actividad que operativamente no necesita de un capital? Porque se trata fundamentalmente de la prestación de un servicio. Pero si en esa actividad se engendran incumplimientos y conflictos y hay que hacer frente a una responsabilidad, el que le compra a ese consorcio sabe que ese consorcio, formado por las empresas A, B, C y D, en su momento tendrá que hacer frente hasta ese límite, y tendrá que perseguirlo, como tenemos que perseguir a aquellos accionistas con las responsabilidades que la contadora señaló, que se obligan al suscribir el capital.

No sé si esto contesta su inquietud.

Cra. FORTUNATO. — Sí, la contesta perfectamente.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Bien. Cerrámos el debate sobre el tema.

Quisiera solamente recordar que uno de los requisitos de la sociedad mendocina, ha sido algo que es tan difícil a veces para la Argentina, y es que ha logrado control de calidad de los productos de exportación, que es un requerimiento económico primordial, que desgraciadamente no se da muchas veces, como se ha señalado, y se han perdido mercados por una mala especulación, de presentar buenos productos y luego vender malos productos.

Creo que ha sido un debate muy rico.

Pasaremos a cuarto intermedio, para no fragmentar el tratamiento de la siguiente ponencia, hasta las 16.

Es la hora 12.

A la hora 16 y 30.

AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES. FENÓMENO DE
CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. METODOLOGÍA
DE AGRUPAMIENTO. REGULACIÓN JURÍDICA
DEL AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES
Y DE SUS EFECTOS

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Continúa la reunión.

Quedó a considerar esta tarde el trabajo que hemos presentado juntamente con la doctora Bisio de Viano y la doctora Mercado de Sala. Nosotros, para no ser menos en este tema de la colaboración interempresaria, decidimos hacer una colaboración científica, y en este sentido cabe poner de relieve nuestras palabras iniciales: hemos tenido la satisfacción de realizar un trabajo grupal, de haber podido conjugar esfuerzos y actividades, y de alguna manera hemos realizado una labor científica, que ponemos a vuestra consideración.

Al iniciar este tema, habíamos dividido los asuntos a tratar en esta comisión en tres grandes grupos: la primera parte estaba referida al fenómeno de concentración visualizada en su aspecto fundamentalmente económico. La segunda parte se dedicaba al tratamiento de las metodologías que vehiculizan el fenómeno de concentración económica. Y la tercera parte estaba destinada a los efectos.

Nuestro trabajo se ha centrado fundamentalmente en destacar algunas cuestiones del aspecto económico, no porque sea nuestro objetivo tratarlo en sí mismo, sino porque pensamos que es imposible delimitar las bases en miras hacia una futura legislación, sin conocer previamente la realidad. En las ciencias epistemológicas se dice que primero está la fenomenología, luego la aporía y después la teoría. En el derecho pasa lo mismo: es inimaginable concebir una norma que no tenga inserción vital, es decir, la inexistencia de un derecho abstracto, carente de vitalismo, en el decir de Recaséns Siches.

En este sentido, pensamos que la fórmula para aproximarnos a las soluciones jurídicas, es partir de una observación atenta y minu-

cosa de la realidad, esta realidad que actúa como sustrato a toda metodología y a todos los efectos de agrupación. Porque creo que partiendo de una observación clara, desapasionada y objetiva de los hechos, es que vamos a poder avizorar las soluciones al tema.

Por eso nuestras primeras palabras serán para describir, lo más rápidamente posible, este fenómeno de concentración económica. Como lo dice el propio término en su significación semántica, concentrar significa reunir en un punto lo que estaba disperso.

Un importante economista francés decía que si imaginásemos por un momento una persona que se dedicase a estudiar la evolución económica del siglo xx y de mediados del xix, habría advertido que se desarrollaron en función de tres grandes revoluciones: la revolución del carbón, la revolución del petróleo y la revolución de la energía nuclear.

Estos tres grandes períodos que se dieron en el campo de las ciencias naturales, iban a traer profundas repercusiones en el plano jurídico. Y no es raro ni casual advertir cómo estos fenómenos que produjeron una aceleración de los procesos y motivaron una interrelación de las sociedades entre sí, fueron generando todo este camino de concentración económica cuyos parámetros más extremos se ponen al descubierto desde el fin individual a la etapa societaria, y de la etapa societaria al grupo. Y es precisamente a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, por una serie de factores —entre ellos la tecnología— que estos factores se agudizan, y esta tendencia que se venía dando gradualmente, toma un sino abrupto, pierde todo sentido progresivo, y entró a producirse este remolino económico, cuyas fuerzas de gravedad están motivando a las empresas a dejar de permanecer aisladas, so pena de perecer.

Por la concentración económica, que significa reunir, puede hacerlo de dos modos básicos: o lo es en función del acercamiento de dos polos de gravedad económica de diverso tamaño —el más fuerte con respecto al más débil, la sociedad más poderosa con relación a la sociedad de menor poderío económico, la que dispone de la tecnología y aquella que no la dispone—, éstos son los que se llaman los movimientos de subordinación, donde la empresa de superior nivel ejerce su influencia sobre la de menor poderío económico.

A la inversa, también los movimientos económicos encuentran su motivo en otro sentido. Este fenómeno de concentración o acercamiento puede estar motivado como un acuerdo de colaboración celebrado entre dos entidades de igual tamaño jurídico. Es lógico que la colaboración va a presumir un presupuesto fáctico de igual-

dad, porque si no hubiese esa igualdad económica, lo más seguro es que se daría la subordinación, y no la colaboración.

Es decir que si nosotros observamos los comportamientos económicos de ese fenómeno de concentración, advertimos que están signados básicamente en función de la subordinación, o de la colaboración.

Evidentemente que de la subordinación surge un conjunto de instituciones jurídicas. Está, sin ninguna duda, la fusión, que es la manera más aguda del fenómeno de subordinación. Está el control, o sea, la adquisición de las participaciones societarias suficientes como para formar la voluntad social, en sus distintas manifestaciones.

Está el fenómeno de la unipersonalidad, para nombrar alguno.

Pero esos temas —sin que, por cierto, estén agotados, y sin que dejemos de reconocer su importancia, y nos hemos dedicado a estudiarlos en alguna oportunidad— sin embargo, dentro de nuestra Ley de Sociedades, están contemplados en alguna medida por disposiciones expresas que todos conocemos y que no es necesario repetir.

En cambio, en lo que se refiere a los acuerdos de colaboración, en lo que respecta a este otro movimiento del fenómeno de concentración económica, que es el que se conjuga entre empresas de igual poder económico, y con un destino determinado, es donde precisamente surgen las mayores dificultades. ¿Por qué? Porque si nosotros observamos nuestra ley de sociedades, encontramos que no existe una gran respuesta a este fenómeno. Desde el punto de vista estricto de la ley, tenemos el art. 30, que establece los límites de la participación, encontramos esta sociedad anómala, que se llama la sociedad accidental, que no es sujeto de derecho, y que si bien expresa la conjugación de dos empresas en pos de un objeto accidental, sin embargo no se transforma precisamente por la necesidad del ocultamiento en una fórmula de utilidad.

No desconocemos que en alguna oportunidad puede ser un vehículo capaz de motorizar un acuerdo de colaboración, pero no nos cabe ninguna duda de que la realidad, o este conjunto de fenómenos que presenta la colaboración, exceden con creces el marco legal de la sociedad accidental.

La otra posibilidad que queda dentro de la ley, es el control conjunto de una sociedad, dentro del marco del derecho societario.

Es decir, tenemos una solución muy rígida, que es la que está dada por la utilización de los tipos que están especificados en la ley, y una solución que evidentemente no parece estar adecuada a las necesidades contemporáneas.

Precisamente entonces nosotros, frente a esta disyuntiva —y recordamos aquí las palabras del eminente profesor doctor Cámara, que dice que la realidad golpea las puertas del derecho, y nos está demandando a los abogados soluciones—, es que nos preocupamos por tratar de ver cómo encontrar soluciones que serán, por cierto, *de lege ferenda*, porque, como vemos, dentro del derecho positivo no son muchas las alternativas que se nos presentan, empezamos a pensar cómo construir fórmulas jurídicas que reciban los modos de comportamiento y de concentración económica basados en la colaboración, es decir, asentados en esta conjunción de esfuerzos entre empresas de cierta paridad económica.

Como ustedes comprenderán, la figura base de todo esto fue la llamada "*joint ventures*". Nosotros hemos escuchado tantas alusiones al derecho americano, y en verdad, teníamos cierta preocupación porque advertíamos citas diversas, que temíamos que hubiese un desconocimiento de lo que realmente la "*joint ventures*" significó en el derecho americano.

Precisamente, para despejar esto, y haciendo una suerte de metodología de trabajo, estimamos que el mejor camino para llegar a pensar las soluciones a proponer, era partir del conocimiento concreto de la realidad, para lo cual había que ir directamente al derecho americano, a estudiar el proceso de evolución de la *joint ventures*, analizar luego el derecho comparado; y en función de esto, estudiarlo en nuestra realidad, conociendo nuestra modalidad argentina, conociendo las limitaciones de nuestro derecho, tratar de proponer algunas fórmulas que serán tentativas de trabajo, y que si algún mérito tienen, será precisamente el de poner a consideración de ustedes estos temas para ir tratándolos, mejorándolos, corrigiéndolos, y para que vayan abriendo huellas en lo que puede ser una futura legislación en este sentido.

Para seguir cumpliendo con la palabra de que éste es un trabajo de *joint* científico, voy a ceder la palabra a la doctora Mercado de Sala, especialista en derecho americano, quien con su conocimiento técnico de ese derecho nos permitió abreviar en las fuentes, y estudiar concretamente la evolución del concepto de la *joint* dentro del derecho americano.

Dra. MERCADO DE SALA. — Como dijo el doctor Palmero, era preciso llegar a las fuentes. O sea, en muchos trabajos hemos visto que se habla de la *joint*, y se la llamaba "consorcio". Es decir, no había conceptos precisos al respecto.

Por lo tanto, hemos tratado en cierta forma —decimos en alguna medida, porque a lo largo del trabajo no hemos determinado concretamente qué es la *joint*— de abordar el problema. Porque la *joint* es justamente lo que es el derecho americano, que es una respuesta a la realidad. Tiene aquello que posee el derecho común, que no lo tiene nuestro derecho. Tienen la posibilidad de interpretar, de dar la solución conforme al caso concreto.

En este sentido, hay una cita en la bibliografía consultada, de la Corte de Nebraska, que dice: “establecer qué es una *joint*, es cuestión de derecho, pero decidir si en el caso concreto estamos en presencia de una *joint*, es cuestión de hecho”.

Entonces, esta sola aclaración nos lleva a la conclusión de que en muchos casos las cortes pueden contradecirse, y lo hacen justamente para responder a la realidad; para lo que ellos llaman hacer justicia, es decir, para juzgar conforme a la equidad.

Es más, ellos mismos propugnan una regulación legal; o sea que las cortes americanas insisten en que es necesaria una reglamentación. Entonces, llegamos a la conclusión de que no existe un concepto cierto y acabado de la *joint*; no tienen una legislación que les dé una formulación, como tienen, por ejemplo, las corporaciones. Si bien no cuentan con una definición de corporación, sin embargo la tienen reglamentada, se reglamentan los artículos de incorporación. Basta que una persona se acomode a los artículos de incorporación, y entonces de esa forma habrá creado una corporación.

Ahora bien: ¿cuándo se crea una *joint*?

Ante esta evidencia, surgió la idea de realizar este estudio, porque por un lado teníamos la realidad; por otro lado teníamos la tendencia legislativa a reglamentar las concentraciones empresarias, y por otro lado pensamos que es nuestra obligación dar una respuesta conforme a nuestro ordenamiento jurídico. Pero para poder dar esa respuesta, teníamos que remontarnos a muchos años atrás, porque —quizá la fecha no sea totalmente cierta, pues puede haber existido antes— en el año 1808 ya se parte de la idea de la existencia de la *joint*. Es decir, se reconoce a la *joint* antes que la colectiva.

Entonces, si existe o se ha considerado que existe desde esa época, teníamos que tratar de saber qué era. Yo he escuchado que los distintos oradores aquí presentes hacen la distinción entre la sociedad y el contrato. Y partimos siempre de lo mismo: la *joint*, ¿es un contrato o es una sociedad? No sé si llegaremos a un acuerdo sobre el particular, porque todo depende de la corriente que cada uno siga. Yo pienso que la *joint* es más que un contrato, y así lo señalan los autores y las

distintas cortes. Es más que un contrato, porque inclusive reconoce la existencia de la *affectio societatis*, la cual puede o no ser reconocida por nosotros, pero digamos que el consentimiento existe, para crear la *joint*.

Ahora bien, penetrando en el tema encontramos algo que nos llama la atención, y que hasta puede relacionarse con nuestro art. 30, cual es la imposibilidad de que una corporación forme parte de una colectiva. ¿Por qué las corporaciones tienen imposibilidad de formar parte de una colectiva? ¿Porque exista una norma expresa al respecto? Yo no la he encontrado. Pero dicen los autores que a las corporaciones se les reconocen poderes, pero dentro de esos poderes no está implícito el formar una colectiva.

Nos encontramos con un caso concreto en el cual el juez dice lo siguiente: "en este caso concreto estamos en presencia de una *joint*, porque las partes son una corporación".

Entonces, como una corporación no puede formar parte de una colectiva, creemos que nunca habrá tenido esa intención, sino que tuvo la intención de crear una *joint*. He aquí uno de los elementos que tienen en cuenta los jueces, cual es la intención de las partes.

Así, pues, *joint* proviene de un contrato, que puede ser escrito u oral, pero también hemos encontrado que en ausencia de ese contrato, si los terceros creyeron en la existencia de una *joint*, el juez considerará que se está en presencia de una *joint*, porque las partes dieron lugar a esa creencia en los terceros, aun cuando entre ellos no existiese intención.

De manera que si bien es cierto que los jueces dicen que la intención hace a la *joint*, en este caso ni siquiera la intención hace a la *joint*, pero se protege al tercero, el que creyó que se estaba en presencia de una *joint*.

Entonces, puede o no ser contrato, puede o no creerse en él, pero ¿tienen responsabilidad los "aventureros"? Sí la tienen. También pueden responsabilizar a los otros, porque el juez considera que un principio de equidad ordena que tengan responsabilidad.

Son principales de la obra, y son gestores del coaventurero.

Entonces, es casi imposible aplicar la *joint* a nuestro derecho societario, porque inclusive la *joint* no tiene una regulación que ordene que debe contar con una organización determinada. No la tiene, pero se aconseja que la tenga. En los casos en que la *joint* tome parte de empresas de gran envergadura, el abogado que participe en la formación de este contrato de *joint* deberá reglamentarlo de la mejor manera posible, para prevenir posibles consecuencias entre

los aventureros. Pero resulta que como puede o no ser contrato, puede serlo escrito u oral, entonces quiere decir que esa organización, de no existir un contrato escrito, no la podemos probar. Por tanto, la organización tampoco hace a la *joint*.

Ahora bien, hemos encontrado una necesidad imperiosa de distinguirla de la colectiva, de modo que los jueces se contradicen. Se dice que lo que la caracteriza es el objeto *ad hoc*: siendo transitorio el objeto, estamos en presencia de una *joint*. Si no es transitorio, estamos en presencia de una colectiva. Pero resulta que ha habido casos en los cuales, estando en presencia de un objeto transitorio, se consideró que existía la colectiva, y estando en presencia de un objeto no transitorio, se consideró que existía una *joint*.

Para nuestra formación, para nuestro criterio, es difícil llegar a interpretar la *joint*; pero la *joint* es una respuesta a esa necesidad urgente.

Como dice el doctor Cámara, si la realidad nos llama, hay que responderle.

No debemos ver en la *joint* americana la panacea universal. Pero ¿no tenemos la obligación, partiendo del conocimiento de la *joint* y de los demás sistemas de agrupación societaria o de empresas —debemos tener cuidado de no confundir términos económicos con jurídicos—, de reglamentar? Porque en el derecho americano, cuna de este problema, existe el conflicto entre la colectiva, entre la *joint*, entre la corporación. Entonces, si el derecho americano tiene conflictos, pese a que los pueden solucionar mediante lo que ellos llaman la equidad, ¿por qué no podemos nosotros darle una respuesta que esté adecuada a nuestro ordenamiento jurídico general?

Nada más.

Dra. BISIO DE VIANO. — Después de haber escuchado a los colegas durante los días de ayer y de hoy, yo he dejado de lado las notas que había preparado para exponer esta tarde ante ustedes. Y lo hice por dos motivos fundamentales: en primer término, porque todo lo referente al derecho comparado, si bien hubiera sido la lógica continuación de lo que acaba de exponer la doctora Mercado de Sala, ha estado suficiente y eficientemente expuesto por el doctor Lo Celso, por una parte, y esta mañana por el doctor Kleidermacher. Y porque ustedes nos han reafirmado en dos ideas señeras que tuvimos presentes permanentemente al elaborar este tema. La primera de ellas es la necesidad de la regulación jurídica de este fenómeno del mundo económico, pero que en el mundo jurídico tiene su correlato en el

agrupamiento empresario, y especialmente, como decía el doctor Palmero, a través de las formas de la colaboración, que es el campo en el cual nuestro derecho nos ha dejado en mayor orfandad. En segundo lugar, a la par de la necesidad de la regulación de estas formas de agrupamiento, se nos presenta una diversidad de situaciones en virtud de las cuales los empresarios que entre sí colaboran, establecen su relación o su vinculación.

Así, por ejemplo, el doctor Zaldívar nos ha formulado una propuesta contractual para las situaciones de colaboración estrictamente transitorias o momentáneas. El doctor Gigena Sasía nos hacía notar la importancia de este tema en materia de licitación de obra pública. El doctor Kleidermacher se refería específicamente a la colaboración en la tarea de exportación.

O sea que en cierta medida he establecido un parangón con el régimen societario, aunque quiero que entiendan que no me refiero a la variedad de tipos en el derecho societario, ni la pretensión a la consagración de tipos. Además, cuidando, como decía el doctor Gigena Sasía, en no establecer una figura para cada una de las actividades. Pero el parangón que me establezco es el siguiente: si así como, especialmente las personas físicas, cuando van a trabajar en colaboración, es decir, en un plano de igualdad, adoptando para ello la forma societaria, la ley les ha provisto de diversos tipos a los efectos de adoptar el que más se adapte a su situación propia o particular, después de escucharlos he llegado al convencimiento de que en materia de agrupamiento sobre la base de la colaboración, la norma jurídica no podrá solucionar todas las cuestiones que se plantean y se presentan, mediante una sola figura.

Por eso es que nos adherimos ayer a la ponencia del doctor Zaldívar, cuando sugería la forma contractual a los efectos de la regulación de la colaboración eminentemente transitoria. Pero a la par de esta posibilidad sugerida por el doctor Zaldívar, nosotros traemos también nuestra propuesta, referida a una situación especial y particular que en la práctica se da, y que trataré de transmitir lo más claramente posible. Pero pido a todos ustedes buena voluntad, en el sentido de saber interpretarla, y además con la conciencia permanente de que quizá, en este tema recién comenzamos a balbucear, y si tuviéramos la fortuna de escribir la última palabra, es indudable que de esa última palabra cada uno de nosotros quizá podría poner solamente una letra.

La situación de la práctica en particular que me interesa es la siguiente: ya no la vinculación societaria para la obra muy tran-

sitoria, de muy corto alcance, que puede ser solucionada por medio de un simple contrato entre las sociedades intervinientes, sino la obra de mayor aliento, que se relaciona directamente con la actividad inherente al objeto de cada una de las sociedades. O sea que no pasa a ser la empresa autónoma de una nueva sociedad comercial, sino que se vincula con la empresa de cada una de estas sociedades, que no la asumen individualmente —porque no pueden hacerlo— y por eso tratan de hacerlo mediante la colaboración. Pero dado que está destinada a una sola obra en particular, y que no se le otorga la trascendencia de una empresa independiente —sino vinculada con la empresa relativa al objeto de la sociedad—, no se destina a esta realización un capital propio, o sea que las sociedades intervinientes no se desprenden de la propiedad de los bienes que integran su activo fijo, sino que transitoriamente lo afectan a la obra que están realizando en común, en la medida en que la obra lo vaya requiriendo, porque simultánea o paralelamente, cada una de estas sociedades continúa con las obras que individualmente han emprendido, y para las cuales requieren de estos bienes que transitoriamente han afectado a la obra en común, pero que una vez desafectados, vuelven a utilizarlos en las obras que particularmente realizan.

De esta tarea, así efectuada, nosotros tenemos innumerables ejemplos en obras que demandan extraordinaria capacidad de realización y cuya proyección en el tiempo supera varios lustros.

Y aquí se nos presenta la cuestión acuciante a la cual se refería el doctor Zaldívar, cual es el tema de la representación. Porque mientras la colaboración se traduzca en un período de meses, cada una de las empresas contratará individualmente o bien por intermedio de un mandatario designado en común. Pero cuando esa relación se prolonga en el tiempo y la contratación con terceros, especialmente a los efectos de la provisión de materiales, se extiende también, aparece necesariamente el problema de la representación.

Por eso creemos que para este supuesto, lo indicado es la regulación de un sujeto de derecho, que por todo lo que dije anteriormente, no considero que deba enmarcarse dentro del ámbito del derecho societario, porque si para este supuesto apeláramos al instrumento técnico sociedad comercial, creo que lo estaríamos desnaturalizando. No creo que se satisfagan estas cuestiones por medio de la sociedad comercial. Pero, dadas las características de esta colaboración, tal como he tratado de exponerlas, pienso que es necesaria la regulación de un sujeto de derecho.

Por este motivo es que nosotros proponemos que a este sujeto de derecho se lo denomine "agrupamiento de colaboración empresaria". Esta denominación es meramente tentativa, por cierto que podrán sugerirse otras que podrán ser más acertadas. Lo que sí, en cuanto a la denominación, me voy a permitir solamente señalar el peligro en el cual podríamos caer, subjetivizando a la empresa si dijéramos, por ejemplo, unión temporal de empresas, porque no creemos que sean las empresas las que se agrupan, sino que lo hacen los empresarios. Esto es la único que señalamos a la denominación: evitar el riesgo de la subjetivación de la empresa en virtud de la denominación.

Consideramos que debe ser sujeto de derecho, y que su capacidad debe estar delimitada por la ley que lo regule, y por el objeto que se le asigne, o que las partes prevean al momento de su constitución.

En cuanto a los miembros, deberán ser por lo menos dos, pudiendo ser tanto personas físicas como jurídicas, y en este último caso, las personas jurídicas no perderán su personalidad.

El objeto de este agrupamiento de colaboración empresaria debe estar íntimamente relacionado con el objeto de estas sociedades que lo han adoptado como instrumento de colaboración, dado que por medio de él podrá desarrollar o perfeccionar el objeto para el cual se han constituido.

En cuanto al capital, dado que tal como están planteadas las cosas es imposible la correlación entre capital y objeto, pensamos que tanto podrá tener como no tener capital, y que en el supuesto de tener capital, éste podrá ser variable.

Correlativamente con lo que hemos dicho en materia de capital, la responsabilidad de los integrantes, por cierto, deberá ser ilimitada y solidaria. Podrá analizarse la posibilidad de algún pacto con terceros en materia de solidaridad.

En cuanto a constitución, interpretamos que debe ser un instrumento ágil y flexible, de manera que podrán preverse los lineamientos generales del contrato constitutivo del agrupamiento de colaboración empresaria, el régimen de publicidad, que deberá ser registral, pero, a partir de ahí, quizá sea conveniente dejar un considerable margen a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Igualmente en materia de asambleas.

En cuanto al control interno, cada miembro tendrá derecho a efectuarlo. Ahora bien, si uno de los miembros del ACE fuere una sociedad anónima, a este control lo ejercerá el directorio de la so-

ciudad anónima miembro del ACE, y además su síndico, porque en virtud del control que éste ejerce, los accionistas de la sociedad anónima miembro estarán controlando la gestión del órgano de administración del ACE.

En cuanto al control externo, interpretamos que cuando uno de los miembros del ACE estuviera sometido a un control externo, deberá estarlo el ACE, para evitar de esa forma el riesgo de que por medio de esta figura se trate de evitar aquel control.

En materia de contabilidad, pensamos que tanto la contabilidad del ACE como la de cada uno de sus miembros, deberá reflejar el estado contable grupal. Nosotros no nos atrevemos a fijar normas en este sentido. Posiblemente el contador Belmaña pueda aportarnos una solución que quizá pueda relacionarse con el balance consolidado.

Igualmente, en materia fiscal, es probable que la legislación impositiva deba considerar esta nueva figura, y mediante el tratamiento tributario se podrá instrumentar tanto sea la promoción como el tratamiento igualitario con otros sujetos empresarios, según el tipo de actividad económica que se desee implementar: concentrada o dispersa.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — Corresponde ahora, luego de las disertaciones que me precedieron, seguir analizando otros supuestos donde las interrelaciones societarias se basan en función de la colaboración, porque si no se hubiesen hecho en términos de igualdad, se habría dado el fenómeno liso y llano del control, donde la más fuerte habría ejercido control sobre la más débil. Es decir, siempre que se llega a estos acuerdos, se llega en mérito de lo que ya hemos explicado, de una igualdad, igualdad que no es sólo de capital, no es sólo de potencialidad económica, a veces —y lo demuestra muy bien la jurisprudencia francesa— la igualdad también deviene del propósito de lograr un objetivo común. A lo mejor, las empresas que necesitan hacer una fábrica de tableros, no tienen la misma potencialidad económica; hay una que es mucho más fuerte que las otras. Pero la necesidad común de producir tableros, es la que las lleva a encontrar una manera de paridad para utilizar los recursos técnicos de la personalidad.

Decimos que se debe tratar de dos o más sociedades, es decir, exigimos la pluralidad de componentes. Porque allí cabe establecer una diferenciación entre lo que es la filial común de lo que es la subfilial. Porque también el control por subordinación puede hacerse por medio de otra sociedad, como muy bien lo señala el art.

33 de la ley 19.550. Y cuando una sociedad controlante tiene dos controladas, y estas dos controladas controlan a su vez a una tercera, eso no es filial común, como mal se ha denominado, sino subfilial, porque en definitiva y a la postre, hay un control de subordinación, y no un control de colaboración.

Incluso la jurisprudencia francesa en un fallo de una Corte de Casación, dijo que hasta esta pluralidad se acepta cuando devenga de dos grupos, porque si fuesen sociedades independientes pero que a la postre fuese un solo grupo, sería subfilial, y no filial común.

Es muy importante poner esto de relieve, porque es un detalle técnico que puede tener consecuencias ulteriores.

Y decimos que es de control; cuando nos pusimos a estudiar este tema, la doctora Bisio de Viano, con gran agudeza, me observó si esto era realmente una situación de control. Porque, ¿qué diferencia hay entre dos empresas que adquieren el 50 % y el 50% de otra sociedad? Está perfectamente permitido, se cumplen los límites de la participación del art. 31. Pero nosotros decimos que hay control, porque nace del acuerdo previo. Porque se trata de una situación en donde dos empresas se ponen de acuerdo en controlar a una tercera. Es decir, estamos en una situación de control, y en este sentido nosotros entendemos que a la filial común deben aplicársele todas las disposiciones establecidas para las sociedades controladas, en lo que respecta a la publicitación por medio de la memoria, la registración de los estados contables, a los problemas de incompatibilidad de los directores, incompatibilidades de los síndicos, etc. Es decir, se trata de una auténtica situación de control, y ya vamos a ver que hay que tener cuidado en cuanto a que este control no se torne abusivo, porque si el control es abusivo, es decir, llega a desnaturalizar el recurso técnico de la personalidad, podrán venir las consecuencias de la desestimación de la fórmula societaria.

Decimos, por último, que es un control igualitario, y al decir que es un control igualitario, es evidente que todos estos pactos se hacen 50 % por 50 %, 33 % por 33 % por 33 %, etc. Es decir, siempre se llega al control de la actividad común en virtud de una adquisición de participaciones societarias suficiente como para imponer igualitariamente. Porque si este equilibrio se rompiera, pasaría a ser inmediatamente sociedad controlada, porque ya saldríamos de la etapa de la colaboración y entraríamos dentro del campo de la subordinación.

Quiero por último señalar que cuando hablamos de control; no sólo en el sentido de control jurídico o interno, es decir, adqui-

sición de las participaciones societarias suficientes como para imponer la voluntad social, sino que también nos referimos a cualquier otro mecanismo de control, es decir, al control externo o económico, o a cualquier otro pacto o contrato que se celebre, pero que llegue a producir el control. Porque podría estudiarse una manera muy sutil de establecer un control externo de una filial común, el cual también debería estar incluido, según nuestro parecer.

Con esto creo que hemos perfilado los lineamientos generales de la filial común. Nos queda por tratar los dos grandes problemas de la filial común. ¿Qué valor tienen estos acuerdos, cuáles son los límites de estos contratos presocietarios, que establecen las bases de un control igualitario de otra sociedad?

Champaud, con su habitual agudeza para analizar estos problemas, nos dice que hay que tener mucho cuidado con la filial común, que generalmente son pactos que alteran las leyes de la competencia. Son pactos que están guiados para producir alteraciones en la libre competencia. Creo que esto es verdad. Supongo que cuando se inventó el cuchillo, se habrá pensado que era peligroso porque podía servir para matar, pero también era útil para comer. Creo que el caso que tratamos es lo mismo: es una situación peligrosa, pero ello no quiere decir que con toda la moderna concepción de lo que es el abuso del recurso técnico de la personalidad, con la explicitación de la figura mediante la fórmula que ya hemos propuesto, utilizando las bases del viejo art. 1071, y con alguna combinación de los elementos sentados por Serik en su viejo libro sobre *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, el refresco de las leyes sobre monopolio, como bien señala el doctor Bustelo en su ponencia, etc., se podrá corregir y utilizar todos los recursos que tengamos al alcance para controlar que esta situación no se desvíe. Si la filial común cae en el ilícito, se le aplicarán las sanciones de la desestimación, responsabilidad individual, e incluso responsabilidad penal, en el caso que correspondiere.

El otro problema más grave, a mi juicio, es estudiar hasta qué punto este protocolo o este contrato que pactan o acuerdan las bases del control conjunto, no está afectando principios esenciales del tipo, como sería, por ejemplo, si en el acuerdo se quebrase el principio de la libertad de voto, que evidentemente está presente en una situación muy conflictiva, y la Corte de Casación francesa, en un fallo muy reciente, pone en evidencia el peligro con toda claridad, y señala la división entre lo que significa imponer por contrato la obligación de que una persona sea director, o preservar por el mis-

mo medio la repartición igualitaria en los cargos en un directorio, sin designar concretamente a qué persona corresponde.

En un caso, lo sanciona por afectar la estructura del tipo, y en otro lo respeta, como cláusula que instrumenta un acuerdo de colaboración.

Por último, vuelvo a repetir, nos queda el problema del abuso de la personalidad. Creo que ésta es una figura esencialmente compleja, que presenta riesgos y problemas en su aplicación práctica, pero que evidentemente habrá que tenerla en cuenta por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la tenemos a la mano, no es necesario entrar a hacer tantas reformas, y en segundo lugar porque pienso que haciéndose algunas clarificaciones, el día que se establezcan normas generales sobre la política de grupos, se podrían establecer ciertos límites al contrato, e introducir, alguna, seguridad en los riesgos que hay al establecer los límites de un control igualitario conjunto.

Para no abusar de la atención que me han dispensado, dado que nos hemos excedido en el tiempo, quiero terminar recordando el pensamiento de un insigne amigo y jurista platense, el doctor Morello, que dijo en una conferencia que dictó en Córdoba: el derecho no debe ser el furgón de cola de un tren, pero tampoco la locomotora.

Nosotros no pretendemos trasformarnos ni en locomotora ni en furgón; simplemente buscamos algunos elementos para tratar de aportar soluciones a este complicadísimo fenómeno de la concentración económica dentro del área del derecho.

Nuestras tentativas están dadas sobre la base del derecho existente, y sobre proposiciones *de lege ferenda*.

Nada más.

DR. GIGENA SASIA. — Yo le quiero pedir a la doctora Bisio de Viano una aclaración acerca de una expresión que ella formuló: creo haber entendido que la doctora dijo que no se puede hablar de agrupamiento de empresas, sino de empresarios.

DR. BISIO DE VIANO. — Efectivamente. Pienso que quienes se relacionan sobre la base de la colaboración son sujetos, tanto personas físicas como jurídicas, los cuales son empresarios. Nunca las empresas, dado que, conforme a nuestra legislación, las empresas no son sujetos de derecho. De manera que no advierto la posibilidad de la relación entre empresas, sino entre empresarios, que son los titulares de las empresas.

Dr. GIGENA SASIA. — Perdón, doctora, insisto en mi pedido de aclaración.

Cuando tipifica las sociedades, tipifica a las sociedades empresarias o empresas. ¿Qué quiere significar usted: que en el contrato de colaboración interviene, por ejemplo, el señor Juan Pérez, accionista de la sociedad fabricante de muebles, o la que participa es la fabricante de muebles?

Dra. BISIO DE VIANO. — Lo que quiero significar es que participa la sociedad fabricante de muebles, que es el empresario colectivo, sociedad comercial titular de la empresa. Porque es quien ha organizado la actividad comercial desde el punto de vista empresarial.

Dr. GIGENA SASIA. — Perfecto. Gracias.

He señalado en algunas intervenciones anteriores, quizá expresando una gran admiración por nuestro derecho positivo —no pierdo oportunidad de señalar la gran clarividencia de nuestros autores de la ley 19.550, entre otras cosas cuando ellos señalan la transitoriedad de la ley—, creo que en el análisis que los autores de la ponencia han realizado, y que han señalado con toda claridad la complicación del problema, pero no puntualizaron que esa colaboración empresaria tiene una figura jurídica expresamente determinada en la ley 19.550, que es la sociedad de hecho. Han puntualizado una unión entre empresarios, para un objetivo común, y esto es una sociedad de hecho.

En cuanto al aporte, la ley también lo dice: son obligaciones de hacer.

A esta altura del desarrollo de la ciencia societaria, me resisto a aceptar que tengamos que retrogradar al inicio de este instituto jurídico de las sociedades, en el cual los socios no se desprendían de su aporte. Ustedes recordarán que en los primeros estadios del desarrollo del derecho societario, los socios no transmitían a la sociedad su aporte. La sociedad no era una cosa distinta de los socios.

En este caso, no debemos confundirnos: se han asociado, y han efectuado un real y efectivo aporte, que son las obligaciones de hacer. No se puede pretender la aportación material, en el caso concreto de la construcción de un camino, que uno de los socios aporte todas las obras civiles cuando van a ser desarrolladas en el tiempo. Si bien son obligaciones de hacer, no hay por qué transferir la propiedad de los equipos y maquinarias a utilizarse. Se irá haciendo a medida que se va ejecutando la obra.

En cuanto a la representación, prácticamente lo mismo. Respecto de la responsabilidad, como bien puntualizan, es solidaria e ilimitada, exactamente como en el caso de una sociedad de hecho. En relación al capital, si además de las obligaciones de hacer queremos aportar obligaciones de dar, entonces estará el capital tangible. Si no la responsabilidad estará dada por el patrimonio de cada uno de los socios que han intervenido.

En cuanto al control, al igual que en la sociedad de hecho, lo ejerce cualquiera de los socios.

Sería extenso abundar sobre el tema, pero creo que la magnitud del problema, lo interesante del hecho real y efectivo del agrupamiento de empresas, hace que magnifiquemos el problema. Insisto en lo que dije con anterioridad: lo que necesitamos es la adecuación de la ley 19.550, a las distintas situaciones concretas, modificando uno o dos artículos.

Muy bien puntualizaron ustedes que evidentemente, el objeto social de las sociedades empresarias debe contemplar la posibilidad de la participación en el otro tipo societario, y va de suyo, porque de lo contrario el administrador o representante no podría haber celebrado ese contrato de colaboración que yo llamo directamente la constitución de una sociedad.

En cuanto a la duración de una sociedad, tampoco debe preocuparnos, porque todos sabemos que el art. 94 contempla el caso de disolución de la sociedad por el cumplimiento del objeto social. Si esa sociedad tenía por objeto la construcción de un camino, quedará disuelta al realizar el camino, o a la imposibilidad del cumplimiento de tal construcción.

Yo no acepto —modestamente dicho, porque no he tenido la suerte de estudiar este problema con la profundidad que lo han hecho los autores— lo dicho al respecto, porque la práctica nos demuestra que para tener el control de una sociedad no es necesario adquirir una parte igualitaria del paquete accionario. Me ha tocado en algunos casos dar cursos para empresarios y puedo dar ejemplos —exento de pedantería, por cierto— en que existe la posibilidad de tener asegurado inexorablemente el manejo de una sociedad, siendo minoritario.

Entonces, estamos diciendo simplemente que vamos a manejar y controlar la sociedad.

Sr. COORDINADOR (Dr. Palmero). — ¿Me permite, doctor? Nunca podría haber dicho lo que usted ha interpretado, dado que precisa-

mente en este aspecto nuestro art. 33 tiene una riqueza doctrinal increíble y se ha apartado de la teoría tradicional del control. No hablo de la concepción clásica del control. Para nosotros hay control societario así se disponga del 5 % de las participaciones societarias, siempre y cuando el núcleo de representaciones societarias imponga la voluntad social. Y con el fenómeno del abstencionismo de las asambleas, usted sabe perfectamente bien que no es necesario tener la mayoría del capital con derecho a voto para obtener mayoría en las asambleas.

Dr. GIGENA SASIA. — Perfecto. Viene bien la aclaración.

Dra. BISIO DE VIANO. — Acerca de la solución propiciada por el Dr. Gigena Sasia, en el sentido de que la concentración empresarial en virtud de la colaboración se estructure mediante la sociedad de hecho prevista por nuestra ley de sociedades, no la considero viable. Entre otras cosas porque, debido a los intereses económicos que se hallan en juego, estas agrupaciones requieren estabilidad y no pueden estar sujetas a la incertidumbre que acarrea la posibilidad que tiene el socio de pedir en cualquier momento su disolución, como sucede en las denominadas sociedades de hecho.

A partir de aquí, y debido a una deficiencia en la grabación, es imposible transcribir las restantes opiniones vertidas por los Dres. de Aguiñes, Kleidermacher, Bergel y Cont. Belmaña dado que no quedaron registradas.

La Dra. de Aguiñes y la contadora Bas de Sar fundamentaron su ponencia. Su expresión no quedó registrada.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Hay cuatro oradores anotados, y el tiempo urge para que concluyamos con el debate. Por eso ruego que apuntemos todas las observaciones en forma concreta, y que los ponentes respondan de una sola vez.

Dr. DÍAZ CANO. — Quiero hacer una observación sobre el problema del control, que es un problema de política económica, y han habido leyes que en la Argentina han legislado sobre los modos de operar el control.

Dr. KLEIDERMACHER. — Yo quiero señalar, con relación a las observaciones hechas a los autores, que naturalmente en esos países el problema tiene un matiz político. Un informe previo muy publicitado llegó a la conclusión de que entre el 45 y el 65 % de la economía europea estaba en manos de americanos. En aquella época, De

Gaule estableció este control, que no fue preventivo, sino que se reservaba el derecho de agrupación, y se incorporó inclusive a las transferencias internacionales.

Algo similar hicimos nosotros con respecto a determinadas actividades, cuando sacamos la resolución de lo que es específico, sujeta la transferencia de los paquetes accionarios en este tipo de actividades, a la aprobación del Banco Central, y, en su caso, el Poder Ejecutivo.

Es decir, en este tipo de circunstancias, ya el problema excede los límites jurídicos, y se transforma en un problema económico y político.

Con respecto a la ponencia de la doctora, quiero agregar lo que usted bien señala en la última parte, en cuanto a que la fusión no funciona, porque hay un problema de costos y de exigencias, y tal vez estamos en un sistema demasiado complicado, ya medio esotérico, de controles y balances, que cuando alguien decide hacer una fusión tiene que preparar tantas cosas que se desiste de hacer la fusión.

Cr. BELMAÑA. — Yo quería agregar algo a lo que dijo Lo Celso con respecto a en qué momento se podría efectuar una oposición a la fusión, obviamente en forma preventiva. Tal vez la publicación debería contener algunos puntos más que los habituales.

Con respecto a la inquietud del señor abogado, con referencia a los valores de las empresas, mi experiencia en fusiones indica que lo fundamental es el "techo" a que se refería la doctora, mientras no exceda los valores de plaza. Pero los valores son esencialmente producto de una negociación de partes, como sucede, por ejemplo, con las llaves: sobre las llaves hay muchas fórmulas para calcular su valor. Sin embargo, se hace una mera negociación: sus máquinas valen tanto, las mías tanto; sus clientes son más morosos que los míos, etc. En definitiva, su empresa vale tanto y la mía tanto, y de ahí surge el valor de los bienes, con el techo a que hacía referencia la doctora.

Dra. DE AGUINIS. — De acuerdo. Se trata de una negociación.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Mi inquietud de alguna manera se aclaró a lo largo del debate, y se refería a los valores a tener en cuenta en el balance consolidado. Esos valores interesan, para ver cómo se va a determinar el capital de las sociedades en trámite de fusión, por cualquiera de las dos modalidades, y evidentemente se tendrán

en cuenta los sistemas tradicionales, que ya contemplan la resolución que citó la doctora de Inspección de Personas Jurídicas de Buenos Aires, y con el techo de no pasar el valor plaza.

Pero no interesa tanto cuál es el valor que finalmente se va a tener en cuenta, cuanto que este valor sea uniforme en estas dos sociedades, porque la otra función de ese balance consolidado es establecer la paridad del canje que va a recibir el accionista de la sociedad que se disuelve por la nueva o la incorporante. Y aquí si los sistemas tienen que ser parejos, porque es muy difícil que se haya dado en las dos sociedades una coincidencia total de métodos contables; ello puede ocurrir, y entonces tanto mejor. Pero aquí si hay que acertar especialmente en la paridad de canje, sobre todo para no crear alternativas de receso como consecuencia de que accionistas queden descolocados porque esa paridad de canje no ha respondido a la realidad patrimonial de las sociedades que se van a fusionar, y entonces hay que compatibilizar los métodos para saber exactamente cuál es el valor patrimonial de la acción en una y en otra sociedad, para ver cuántas acciones de la sociedad nueva o incorporante va a recibir el accionista de la sociedad que se disuelve. Y aquí sí es esencial la uniformidad de métodos.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Muy bien. Dado que las formulaciones últimas no han tenido cuestiones que deban absorber los ponentes, damos por levantada la reunión, y recuerdo que a las 20 tenemos el plenario.

Es la hora 19 y 30.

Día 19 de agosto, hora 10.

LA TRASFERENCIA PATRIMONIAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Vamos a continuar con las actividades correspondientes al día de la fecha.

Va a exponer ahora el doctor Vergara del Carril, quien se va a referir al tema "La transferencia patrimonial en la fusión de sociedades".

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — El tema que voy a tratar está referido a la transferencia patrimonial en los casos de fusión de sociedades, es decir, un aspecto aislado dentro del esquema de la fusión, pero que ofrece algunas alternativas y algunas dudas, porque la Ley de Sociedades ha sido bastante escueta en este tema, y en la mecánica de la fusión se producen algunas dudas en la transferencia patrimonial.

Como ustedes saben, la mayoría de la doctrina sostiene —y sobre esto creo que no hay discusión— que en la fusión se opera una transferencia a título universal, o sea que los bienes del patrimonio de la sociedad que se va a disolver, se transfieren a la nueva sociedad en la fusión propiamente dicha, o a la sociedad incorporante, en un solo acto; no hay una transferencia singular de los distintos bienes que componen ese patrimonio.

El patrimonio está integrado, desde luego, por distintos bienes del activo, débitos, bienes de cambio, bienes de uso, bienes inmateriales, y desde luego también por las deudas, ya que la sociedad resultante de la fusión asume los pasivos de las sociedades que se han disuelto.

Establecer cuál es el momento preciso en que se produce esa sucesión a título universal, es algo que no está explicitado en la ley. Esta transferencia a título universal operaría de una manera similar a como opera una sucesión o transferencia *mortis causa*. En ese caso podemos decir que la transferencia se ha operado en el momento del fallecimiento del causante. Pero la fusión supone un trámite bas-

tante prolongado, con una serie de alternativas muy complejas, por otra parte, y es difícil, o al menos no está claro, el poder decir exactamente en qué momento se operan esas trasferencias a título universal en un solo acto.

Diremos que se empieza por el acuerdo previo, después hay que reunir las asambleas extraordinarias, luego se abre el capítulo del receso y de la eventual oposición de los acreedores, hasta que se puede llegar al acuerdo definitivo de fusión. Parecería que el momento técnico-jurídico en que se operaría esa trasferencia, sería el momento en que es inscrito en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de fusión. Porque en realidad, recién en ese momento, según la norma del art. 7 de la Ley de Sociedades, habría tomado nacimiento oficial la nueva sociedad en la fusión propiamente dicha, o se habría operado la reforma estatutaria que habitualmente acompaña el procedimiento de fusión por incorporación.

Si esto es así desde el punto de vista de la técnica jurídica, no hay que olvidar tampoco que en los hechos, el proceso de fusión se está materializando desde el momento en que las sociedades han consolidado sus balances, y ya hay una sociedad en formación en uno de los casos, o la sociedad incorporante en el otro, que está actuando en los hechos como sociedad resultante. Y tanto es así que para prever esta situación, la Ley de Sociedades ha contemplado que los administradores de esa nueva sociedad en formación, o los de la incorporante, actuarán como administradores de las sociedades que se están disolviendo —éste también es otro problema, porque la disolución sólo podría considerarse configurada cuando queda inscrita en el Registro Público de Comercio, habitualmente coincidiendo con la inscripción del acuerdo definitivo de fusión, ya que en cualquier momento se puede producir una interrupción de ese proceso de fusión por las varias causas que la ley da, y en ese caso las sociedades en tren de disolución retomarían nuevamente sus características habituales, o sea que se interrumpiría ese proceso de disolución.

Esta trasferencia a título universal supone una trasferencia en bloque de todos los bienes que componen el activo, y desde luego, también de las deudas, pero, no obstante esa trasferencia en bloque, evidentemente ciertos bienes que componen ese activo, y particularmente los registrables, tienen que seguir sus propias leyes de trasferencia registral, y aquí es donde se puede plantear uno de los problemas a que alude el tema de la ponencia. Porque en el caso, por ejemplo, de los bienes muebles, el solo proceso de fusión, en vir-

tud de esa trasferencia universal que consagra el art. 82, es suficiente. El art. 3266 del Código Civil, no exige la tradición de los bienes muebles cuando hay una sucesión a título universal. Por cierto que en la época de Vélez no creo que se haya pensado en la fusión, pero de todas maneras la fusión es un caso de trasferencia a título universal, y por tanto los bienes muebles no necesitan la tradición, tampoco en los casos de los créditos hay que hacer ninguna cesión o endoso, basta para ello la publicidad que supone frente a terceros el proceso de fusión, y lo mismo ocurre con todos aquellos bienes en general que no exijan registros. En los que exijan registro, el traspaso de la posesión a la sociedad resultante es la consecuencia de esa sucesión a título universal, pero hay que proceder a inscribir en los registros a nombre de la sociedad resultante de la fusión o sociedad fusionante, como Otaegui les llama en su trabajo.

Ustedes saben que en este caso se ha sostenido —y así lo han hecho algunas publicaciones de órganos notariales— que en el caso de los inmuebles era necesaria una escritura pública para cumplir con el art. 1184 del C. Civil. En realidad, considero que esto es un error, y de hecho, después de algunas vacilaciones iniciales creo que casi todos los registros locales del país admiten que esta inscripción de cambio del titular como consecuencia de la fusión, puede ser registrada por simple toma marginal en el registro, sin necesidad de realizar ninguna escritura de trasferencia de dominio.

Desde luego que el tema no es solamente teórico, no escapa a nadie que hay de por medio todo un problema económico de costos, e inclusive un problema impositivo. La propia ley impositiva está apuntalando esta conclusión, cuando alienta impositivamente los procesos de reorganización de sociedades, entre los cuales está la fusión; liberándola, por lo pronto, de impuestos de sellos, y además admitiendo como consecuencia también de esa trasferencia a título universal y del proceso de reorganización, que la sociedad resultante pueda utilizar los saldos de quebranto impositivo, impuesto a las ganancias que pudiera tener la sociedad que se disuelve, o también los beneficios impositivos que hubiera tenido como consecuencia de regímenes de promoción industrial.

Lo que ocurre es que como nuestra ley ha sido muy escueta en esta materia, es necesario hacer una serie de remisiones —o por lo menos una de ellas— a un artículo que tampoco de por sí es muy claro. El art. 83, inc. 3, remite al art. 77, inc. 5, que corresponde al capítulo de transformación de sociedades, y ese inciso, con mucha economía de palabras, señala que al cabo de la terminación del

proceso de transformación de sociedad, el juez de registro ordenará las transferencias que correspondan en los registros respectivos. A pesar de la brevedad del texto, pienso que éste es el procedimiento que corresponde seguir en la fusión. O sea que la sociedad que va a inscribir el acuerdo definitivo de fusión, una vez que ha culminado todo ese proceso, debe solicitar al juez de registro que libre oficio al registro de la propiedad inmueble en el caso de los inmuebles, al Registro de la Propiedad Automotor en el caso de automotores, o a los registros de marcas o patentes en los casos de estos bienes inmateriales registrables, para que esos registros simplemente tomen nota de que como consecuencia de la fusión, el nuevo titular de la marca, el automotor o el inmueble, es ahora la sociedad resultante de esa fusión.

En cuanto a las deudas, ha ocurrido en algunas jurisdicciones —entre ellas la Capital Federal— que al intentar inscribirse la disolución de la sociedad como consecuencia del proceso de fusión, el juez de registro exige certificado de libre deuda impositiva y previsional. Esto no corresponde, porque en la fusión la sociedad resultante está tomando todo el pasivo, no es como en la transferencia de un fondo de comercio, en que el comprador no asume la deuda. La sociedad resultante de la fusión la asume, incluso con un patrimonio mayor que el que podía tener la sociedad deudora.

En este sentido, la posición que tenía el Registro en la Capital Federal, fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, que estableció, precisamente por estos motivos, que no se podía exigir tales certificados de libre deuda, porque había una asunción de la deuda por parte de la sociedad resultante de la fusión.

ST. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — En consideración la ponencia del doctor Vergara del Carril.

Dra. BISIO DE VIANO. — A mi criterio es muy interesante el tema abordado por Vergara del Carril, y lo es también, desde el punto de vista práctico, porque es, indudablemente, cuando actuamos en este orden, que nos encontramos con esta serie de situaciones que hay que resolver.

Es por ello que quiero pedir al doctor Vergara del Carril que me aclare un aspecto: yo creo haberle interpretado que cuando la sociedad concluyó el proceso, debe pedir al juez libre los oficios a los respectivos registros, con las correspondientes tomas de razón. ¿No podría ser, doctor, que cuando se solicita al juez la inscripción

del acuerdo definitivo de fusión, simultáneamente se pida el libramiento de los oficios?

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Sí, es lo que quise decir. En ese momento, cuando ya se sabe que ha culminado el proceso, cuando ya se acabó el tema de los acreedores, del receso, y se ha cumplido con todo, en el momento de la inscripción se puede sin duda pedir que se proceda a librar los oficios para que se tome nota.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Inclusive, creo que por razones de economía procesal, puede disponer que el secretario simultáneamente libere el oficio.

Cr. BELMAÑA. — Yendo a un tema práctico, por razones de economía ya no procesal sino de dinero, nosotros en Córdoba tenemos un problema muy serio en el Registro Público de Comercio, cual es la tasa de inscripción, equivalente a un impuesto de sellos. En el año 1975 nosotros teníamos una tasa máxima de \$ 800, fija, y de pronto nos encontramos con que en una transformación la tasa era del 5 por mil, o sea, igual que el impuesto de sellos. Tanto es así que hace poco tiempo pude hacer una gestión afortunada en la provincia, y para las sociedades que están promocionadas, acogidas a la ley 5319, de promoción industrial, haciendo una gestión personal, porque si además de los impuestos provinciales se agrega éste, resulta una barbaridad.

Entonces, es verdad, como usted dice, que se suprime el impuesto de sellos, pero pagamos un impuesto igual, hay que pagar la tasa porque es un servicio. Entonces, la única manera de obviarlo, fue recurriendo a asignar a los bienes que se trasferen —sobre todo los bienes de uso— los valores adecuados a la ley 19.742, o sea, hacer prácticamente un revalúo, conforme a la ley 19.742. Y de esa forma, logré que el Registro Público me eximiera de pagar la tasa a la inscripción. Pero no en virtud de la transformación, sino en virtud de la ley 19.742.

Dra. BISIO DE VIANO. — Pero usted no inscribía el revalúo, sino la fusión.

Cr. BELMAÑA. — Claro, pero existe un mayor valor. Entonces, sobre ese mayor valor, me cobraban el 6 por mil. Fue un proceso que demoró diez días en la Dirección de Rentas, y afortunadamente, como estos institutos se dan poco, y no manejaban el problema, ante la duda prefirieron eximir del sello.

Pero éste es un problema serio en Córdoba.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Es un problema que también existe en otras jurisdicciones locales, y debería ser contemplado. Porque los fiscos incentivan de alguna manera con exenciones el proceso, pero estas exenciones no alcanzan a las tasas de servicios, que cuando son importantes, como es el caso citado por el contador Belmaña, equivalen prácticamente a los impuestos eximidos.

Habría que lograr que también hubiera en este caso una exención de tasas, porque no hay una creación nueva en realidad, hay una reorganización, y el mismo motivo que hay para eximir de impuestos, debería regir también para eximir de estas tasas de servicios.

Cr. BELMAÑA. — Yo dejo planteada la inquietud para que, si ante los poderes públicos ustedes pueden hacer algo, me parece de justicia.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Queda como una preocupación lo manifestado por el contador Belmaña.

Tiene la palabra el doctor Ferro.

Dr. FERRO. — Quería preguntar al doctor Vergara del Carril, en relación con lo que prescribe el art. 12 de la ley para las modificaciones no inscritas. Esa coma, que implica la palabra "salvo", en el art. 12, con respecto a las sociedades por acciones, hace bastante incompleta la relación que...

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Claro. Es que la duda suya también la tengo yo. El art. 12 no ha quedado claro. Hay muchos supuestos en que se plantean dudas. Yo creo que una vez que pase el plazo que la ley da a los acreedores por los edictos correspondientes a la ley de transferencia de fondos de comercio, desde el punto de vista de eventuales acreencias, ya se les habría pasado el plazo para formular algún tipo de oposición, sin perjuicio, como usted señala, del acto integrativo que supone el acuerdo definitivo.

Pero el problema consiste en la redacción defectuosa del art. 12.

Dr. FERRO. — Son inoponibles a los terceros; el artículo dice que se pueden oponer contra los socios otorgantes —y ésta es la coma a que hacía referencia—, salvo en las sociedades por acciones y en la sociedad de responsabilidad limitada.

Dr. MIQUEL. — Yo encuentro perfectamente claro el art. 12, es el reflejo del criterio de la Ley de Sociedades en materia de inoponibilidad, ineficacia, nulidad, etc. Son los conceptos nuevos.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — En cuanto a la inscripción.

Dr. MIQUEL. — Claro, es el art. 12 el que precisamente protege los derechos de los terceros frente a los actos no inscritos, es decir, responde a todo el sistema registral de la publicidad de los negocios societarios.

Desde el momento que no se ha inscrito, el acto de fusión no tiene efectos respecto de terceros. Quiere decir que las dos sociedades conservan plenamente su responsabilidad individual, e incluso los terceros pueden hacer valer una responsabilidad solidaria, si es que ellos acreditan esos acuerdos.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Podría, por ejemplo, caer en un embargo en algún bien registrado a nombre de la sociedad.

Dr. FERRO. — Sí. Mi pregunta llevaba anexa —digamos así— esta otra consideración. Disintiendo con el doctor Miquel, para mí el art. 12 no ha resultado hasta el día de hoy lo suficientemente claro. Pero aun suponiendo que fuera claro, lo que no encuentro claro es la conciliación entre la aprobación tácita prestada por los acreedores, en función de lo que determina el capítulo de la fusión, y el art. 12, que les permite luego desconocerlas.

Entonces, en el juego de estos dos artículos ¿cuál sería el artículo prevaleciente? ¿El aceptar la tácita aprobación, o permitir el desconocimiento posterior? Porque la cesión de deudas es un acto que debe ser expreso, y aquí parecería que se sustituiría por una aprobación tácita, ya que por no haber formulado que hay oposición, se está permitiendo la transferencia.

Pero luego —repito— todo eso se desmorona cuando el art. 12 establece, con carácter general, la necesidad de la inscripción para que ello tenga efecto. Entonces, si se planteará después, precisamente, como usted muy bien lo significa, del lapso que media entre toda esta instrumentación interna de las sociedades y la inscripción en otros registros donde, por imperio de la ley, la inscripción vale título, pienso que aquí se podría producir una distorsión, y hacer una conciliación de estas dos normas.

Yo no he estudiado en profundidad el problema, pero a partir de la exposición de Vergara del Carril me surge la inquietud. La pregunta está orientada a saber si usted ha previsto una sistemática de razonamiento que permita, con más o menos seguridad jurídica, arribar a una respuesta más sólida.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Yo entiendo su preocupación. Sin embargo, me da la impresión que en la práctica tal vez no debiera ocurrir nada muy grave, porque el derecho de oposición de los acreedores —que muchos incluso han criticado diciendo que la fusión no es un caso de transferencia de fondos de comercio, hay asunción de deudas por la sociedad resultante, y entonces no debería exigirse el tratamiento de la ley 11.867, pero dejando de lado ese tema— es un poco un derecho de oponerse a un proceso. Pasan los días señalados por la ley, y se supone que esa oposición no existe, o si existió, habrá sido garantizado o desinteresado el deudor. Pero eso no significa que el acreedor que no formuló oposición haya desistido de hacer valer su crédito; y las sociedades que se están fusionando, están asumiendo deudas desde el momento en que se consolidan fácticamente, que es cuando arranca el proceso de fusión, cuando se hace el balance consolidado, y deben saber que deberán ir atendiendo las deudas de una y otra, a medida que el proceso de fusión avanza, y aun después de terminado. De manera que no debería sorprenderles un reclamo de algún acreedor que pide el pago de su crédito, so pena de tomar las medidas del caso.

En definitiva, ese momento de la inscripción, con efecto hacia terceros, fija un momento de consolidación jurídica de todo el proceso de fusión, pero mientras tanto antes, durante y después, todo ese proceso de créditos y deudas está jugando sobre las sociedades que se van a fusionar, que además ya han hecho el estudio económico-financiero, y saben que las tendrán que ir atendiendo.

Por eso pienso que quizá en la práctica eso no debería preocupar, porque las sociedades que se van a fusionar ya están formando una sola sociedad desde el punto de vista fáctico de entrada, desde que se hace el balance consolidado.

Dr. IZET. — Yo pienso que no habría mayor problema. Se publican los edictos durante cinco días, luego hay diez días para oposición, y después tenemos otros veinte días. Cumplido ese término, indefectiblemente la inscripción; si se realiza dentro de los diez días en forma inmediata, se retrotraen los efectos al momento de la firma del contrato definitivo.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Pero usted es muy optimista.

Dr. IZET. — Directamente lo absorbe la nueva sociedad, porque si no, como usted señaló, pasa automáticamente a ser objeto de la otra sociedad y se terminaría el problema.

Yo pienso que directamente lo absorbe la nueva sociedad, y, en caso contrario, quedaría directamente dentro de ese ejido.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — El problema con relación al art. 12 es que, si se realiza, desde el punto de vista jurídico, un edicto, y se lo convoca a formular oposición, ¿hasta qué punto el tercero es totalmente ajeno al planteamiento del acuerdo? Y el problema se dificulta mucho más si después la fusión no llega a fructificar.

Entonces, ¿el problema es desde qué momento la nueva sociedad es el titular de la deuda? Evidentemente, desde el momento de la registración, lo que no significa que no tenga que pagar, en función de un compromiso, previamente durante el proceso, pero pagaría por la sociedad originaria, deudora, titular, auténtica, como tercero.

Sucede lo mismo con la transferencia de fondos de comercio: la oponibilidad a terceros la da el registro, pero para los acreedores que son tales con motivo del giro de los fondos, ¿se da? Si ya los están convocando antes, ¿hasta qué punto ellos pueden hablar de inoponibilidad, si ya están llamados a ser opositorantes? De modo que ellos tampoco pueden decir que son absolutamente ajenos al proceso.

CRITERIOS QUE DEBEN SER TENIDOS EN CONSIDERACIÓN EN EL ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS SOBRE AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Vamos a escuchar ahora la exposición del doctor Francisco Quintana Ferreyra sobre el tema “Criterios que deben ser tenidos en consideración en el estudio de los problemas sobre agrupamiento de sociedades”.

Dr. QUINTANA FERREYRA. — Señor presidente: La lectura de varios de los trabajos agregados al cuaderno de esta Comisión, y entre ellos el muy brillante de mi querido amigo el doctor Palmero y las doctoras Mercado de Sala y Bisio de Viano, me ha hecho resurgir el recuerdo de una “novia”, que he creado a través de algunos estudios, cual es la integración latinoamericana.

La integración latinoamericana creo que no debe ser dejada de lado por nosotros en la consideración de todos los problemas que hacen que de alguna u otra forma puedan vincularse. No se trata aquí de hacer la apología de los mercados comunes, pero sí debemos atender a esa realidad que, muchas veces, olvidamos.

Esto nos lleva a la necesidad de hacer otra consideración: para el tratamiento del agrupamiento de sociedades, creo que debe tenerse en cuenta colateralmente, con miras a la eventual constitución —en algún momento ha de cristalizarse— del Mercado Común Latinoamericano. Es decir que independientemente de lo que dentro del ámbito interno pueda regularse, estimo que es necesario tener en mira ese horizonte, y para eso es necesario tener en cuenta también la colaboración de especialistas, porque creo que los comercialistas aquí nos vamos a quedar en un punto, tal vez en un callejón sin salida. Me refiero a los especialistas del derecho penal y del derecho de integración, sin perjuicio de otros puntos que trataré.

Sobre el tema del derecho de integración, todos conocen que muchas veces es confundido como si fuera un apéndice del derecho internacional, pero el enfoque es totalmente distinto, puesto que no está en mira, como en el derecho internacional público, la pro-

tección de la soberanía de cada uno de los países sino que, al contrario, existe una suerte de concesión recíproca en este aspecto de la soberanía, con miras a estas construcciones económicas que no son otra cosa que la búsqueda de soluciones a la concentración de capitales, a la concentración de técnicas, a la concentración de esfuerzos; en definitiva, a un agrupamiento de corte netamente económico. Y el jurista no puede estar desinteresado o desatento a esa realidad.

Por eso es que uno de los puntos de la ponencia que he formulado, es que en ocasión de realizarse los estudios sobre la problemática que surge del agrupamiento de sociedades, se tenga en cuenta particularmente esa referente tendencia al agrupamiento, con miras a los fundamentos y propósitos del Mercado Común Latinoamericano.

El otro aspecto que también considero importante señalar es referido al derecho penal; de ahí la sugerencia de que en estos estudios de concentración de empresas, se tenga en cuenta también al especialista en derecho penal, porque estamos corriendo dentro de una zona gris, cual es el eventual desliz —si cabe la cacofonía— hacia los monopolios, y la constitución, ya no dentro del aspecto integrativo internacional sino en el aspecto local, de monopolios, so pretexto de la necesidad de agrupar a las sociedades. Y para ello, ya sabemos todos cuáles son las distintas variantes y sutiles mecanismos que se emplean para disfrazar esta constitución del monopolio, ya sea encareciendo precios, limitando la producción, limitando el desarrollo técnico y las inversiones, ya en el reparto de mercados y fuentes de aprovisionamiento, en fin, toda maniobra dirigida a esos fines. Es sabido que estamos atrasados en nuestro país, en lo que atañe a una adecuada legislación sobre los monopolios. Hay varios proyectos; el último que llegó a mis manos estaba listo para ser sancionado, pero pasaron los años y ello no ocurrió. Entiendo que en la actualidad hay un proyecto pronto a ser publicado.

De tal manera que éstos son los dos aspectos que contiene la ponencia, sobre la base no de una interpretación de la Ley de Sociedades, sino que concierne exclusivamente a los criterios que deben ser tenidos en consideración en estos estudios.

Nada más, muchas gracias.

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — En consideración de los señores congresistas la ponencia.

Dr. PALMERO. — Yo quisiera en primer lugar suscribir plenamente lo dicho por Quintana Ferreyra, con excepción de los elogios a mi persona, solamente por lo que le comprenden las generales de la ley.

Pero al margen de esto, creo que la ponencia del doctor Quintana Ferreyra apunta realmente a uno de los aspectos del fenómeno de concentración económica, que consiste precisamente en buscar una estrategia continental, que no está dada solamente en lo que es la creación de mercados, sino que también puede consistir en encontrar un derecho uniforme, que de alguna manera establezca condiciones de igualdad frente a la desigualdad propia que se produce como consecuencia de esta concentración desmesurada de poder, al que hemos aludido en sesiones anteriores. Y de alguna manera cabe poner de relieve esta experiencia que vivimos en Italia en setiembre del año pasado, donde por rara paradoja se dio que un conjunto de juristas proveniente de Latinoamérica discutía la unificación y armonización de la legislación latinoamericana en torno del problema de la sociedad multinacional. Y yo me preguntaba —sin perjuicio de lo positivo y valioso que resultó ese Congreso— por qué estábamos reunidos en Roma y no en Caracas, Río de Janeiro, Buenos Aires, o en cualquier otra ciudad latinoamericana: pienso que somos los latinoamericanos quienes debemos preocuparnos en trabajar, porque muchos de los problemas que existen están dados por causa de que quienes tenemos las posibilidades de trabajar, no asumimos la responsabilidad necesaria de poner a nuestros derechos a la altura de la legislación universal.

En ese sentido cabe una responsabilidad nuestra en primer lugar, y antes de exponer quejas, es menester trabajar y tratar de poner nuestras legislaciones a tono, para evitar los abusos, y para evitar que por otro lado se produzcan los aislamientos e incomunicaciones que el siglo en que vivimos no los admite.

En lo que se refiere al derecho penal societario, que tan bien señaló Quintana Ferreyra, creo que es un aspecto que merece nuestra preocupación, pues es muy grande la diferencia que existe entre nuestra legislación y la de los países más avanzados del mundo. El art. 175 de la Ley de Quiebras, que es el agregado al art. 437 del Código de Comercio francés por decreto del 8 de agosto de 1935, en Francia, se lo ha transformado en tipo penal, textual como está en la ley concursal, a semejanza de lo que ocurrió en nuestro sistema con el art. 974 del C. Civil, que a la lesión subjetiva la transformó en el tipo penal que reprime la usura; y advertí —yo no soy especialista del derecho penal, pero con motivo de trabajar este tema he podido conocer su legislación— que hasta en la jurisprudencia del art. 437, se estudia la interpretación que van dando las cámaras civiles o comerciales, con la que van dando las cámaras penales, porque juega

igual; entonces, se analiza cómo fue considerado un elemento determinado por la Cámara Civil y Comercial, y cómo lo hizo la Cámara Penal. Lo que demuestra que en este aspecto estamos muy retrasados y hay incomunicación, porque los que estamos en el derecho privado, cuando llegamos al campo del derecho penal, abandonamos, arguyendo que se trata de otra especialidad. Y es evidente que los penalistas no van a poder invadir ese campo sin el concurso de los que están en la especialidad, porque es muy difícil transformar un tipo sin conocer el meollo de la cuestión.

Por lo expresado hasta aquí, suscribo plenamente lo dicho por el doctor Quintana Ferreyra, y sería importante dejar una convocatoria a que este tema se estudie en forma interdisciplinaria.

Nada más.

Dr. FERRO. — Refirmando y adhiriéndome plenamente a lo expresado por Quintana Ferreyra, días pasados, conversando con un colega cordobés, precisamente hacíamos referencia a esta orfandad que tiene nuestro derecho societario. Recuerdo haber asistido, en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, a una convocatoria formulada por ésta, en la que se invitó a algunos especialistas del derecho penal y a especialistas en derecho comercial, con el fin de lograr una unidad de criterio para encarar la legislación penal del sistema societario.

Lo que yo pude advertir en esa convocatoria, es lo que con mucho acierto acaba de manifestar el doctor Palmero; los especialistas del derecho penal no tienen noción del contenido que tienen que poner en el continente; desconocen sobre todo las problemáticas que las relaciones comerciales han producido, con mayor imaginación por parte de quien las pone en práctica; conductas ilícitas de una categoría y de una calidad que solamente quizá nos está permitido percibir a los que, como comercialistas, actuamos dentro del campo mercantil.

Esta convocatoria no trajo ningún resultado práctico, y recuerdo también que uno de los asistentes, en oportunidad de celebrarse el Primer Congreso Comercial en Rosario, en una de sus ponencias se dedicó a significar la conveniencia de la instauración de una serie de figuras penales de tipo societario, aspecto del que lamentablemente desconozco el resultado, en función de que las actas no fueron publicadas. Pero releendo no hace mucho tiempo la ponencia, y viendo también la legislación comparada, especialmente la francesa, que es la que mayor preocupación ha tenido sobre el tema, advierto que estas figuras penales no contemplan las conductas que

están surgiendo todos los días con motivo de las nuevas formas que traen aparejadas las cuestiones vinculadas a los agrupamientos societarios, y lo que es más, principalmente, al ejercicio del control. Las relaciones entre las sociedades controladas y las controlantes, la falta de una legislación adecuada, ya dentro del terreno mercantil propiamente dicho, permite —y esto lo puedo apreciar en mi experiencia profesional— que se incurra en una ilimitación en la arbitrariedad del control, es decir que para el accionista controlador, que tiene la posibilidad del manejo interno, hay una serie de conductas que están orillando la ilicitud, y que no son debidamente conocidas, y mucho menos contempladas como conductas ilícitas.

Lo mismo ocurre desde el punto de vista del control externo; hay ciertas actitudes de quienes tienen el poder de controlar una sociedad, que realmente, a más de ir a lo que podríamos calificar como un abuso del derecho, ese abuso del derecho no sólo implica el ejercicio de tal categoría, sino que en algunos aspectos, está signado por el dolo, un dolo realmente particular, que le permite ejercer un *chantage* sobre ciertas empresas dependientes informalmente.

Creo que este tema es realmente serio; quizá en nuestro país, donde no tenemos una economía totalmente desarrollada, no se percibe con total intensidad, como puede apreciarse en países de mayor desarrollo económico. No obstante, pienso que estamos en la puerta de un despegue que quizá nos transforme, en un tiempo no mucho mayor, en la necesidad de estudiar estas conductas y estas figuras para que se logre una conexión fluida entre los que estamos en el derecho privado, con la economía y con los principios fundamentales del derecho penal. Y refirmando lo expresado por el doctor Palmero, pido que se contemple la posibilidad de que esta Comisión propugne como un significativo anhelo, la necesidad de promover un congreso interdisciplinario, y provocar una inquietud seria sobre este tema, en aras de que nos reunamos quienes tienen el dominio de la ciencia penal y los que de alguna manera manejamos —en la teoría o en la práctica— el derecho comercial, con el fin de canalizar estas inquietudes, y ver en qué medida podemos salvar una orfandad que realmente nos está perjudicando.

Dr. BERINI. — Yo quería significar, con referencia al Mercado Común Latinoamericano, que en un ámbito bastante específico, ya se han celebrado dos conferencias, la primera en Caracas, la Conferencia Interamericana de Comisiones Nacionales de Valores y organis-

mos similares, y la segunda en Perú, en el año 1976; en el corriente año la Argentina será sede, y el organismo anfitrión la Comisión Nacional de Valores, de la Conferencia Interamericana. En todo momento, ya en las dos anteriores conferencias, se ha puesto de manifiesto en todos los países del área, incluyendo a los Estados Unidos, la necesidad de una integración de los mercados de valores.

Por otra parte, un anhelo profundo de una coordinación sistemática para una legislación uniforme en materia del ilícito penal y bursátil.

Esto fue tratado en encuentros con cada una de las comisiones de valores de los distintos países, a los efectos de fijar normas de información comunes para los inversionistas.

Esto también apunta muy concretamente a que se deba tener en cuenta el allanamiento de la personalidad jurídica. En el Perú, en 1976, la Comisión Nacional de Valores de la Argentina presentó una ponencia que tuvo espectacular acogida por parte de los peruanos, por su sistema económico-político, y se dio gran preponderancia a la desestimación societaria.

Éste es un planteamiento muy concreto, a pesar de las grandes diferencias que nos pueden separar, por ejemplo, de Trinidad-Tobago, pero realmente ellos en este momento están muy preocupados por la creación de un mercado de valores que tenga confluencia.

Por eso yo recojo su inquietud por lo ilícito, y en materia bursátil con frecuencia nos encontramos con situaciones que pueden orillar lo ilícito, como en el caso, por ejemplo, del balance falso; nosotros hemos tenido infinidad de denuncias. Y sin embargo, tales denuncias no pueden prosperar, ya que no consta que los balances son falsos. Pero en los hechos, como ya está en trámite de intentar la judicatura, es imposible probar.

Dr. PALMERO. — ¿Pero en los balances falsos no está previsto el tipo?

Dr. BERINI. — Sí, está previsto el tipo, pero en la misma tipología, prever el encuadramiento, el dolo, es casi imposible. A nosotros nos consta. Y también nos consta, como organismo federal, el problema sancionatorio, y tenemos muchos.

Nosotros nos hallamos con un problema serio, porque tenemos que lograr, en materia bursátil, una transparencia del mercado.

Dr. MIQUEL. — Apoyando la ponencia de Quintana Ferreyra, quería poner de relieve la importancia que pueden tener, al menos desde el punto de vista comparativo, las resoluciones del Pacto Andino, sobre

todo la resolución 29, de Cartagena, donde se establece la existencia de la sociedad o empresa binacional.

Si bien por razones de política está un poco en desuso, es evidente la importancia, máxime en nuestro país, que ha firmado tratados con países continentales y extracontinentales sobre la regulación de empresas binacionales sobre casos específicos, por ejemplo la pesca o el transporte. Pero hay normas para reglar y adecuar las legislaciones de los diversos países a la creación de una especie de sociedad binacional o de una sociedad nacional única, como ocurre con el estatuto común del Mercado Común Europeo. Y creo que, teniendo en cuenta las particularidades de los países que forman parte de la región andina, inclusive con las proyecciones que tendría en el Mercado Común Interamericano, incluso hay una tentativa de flota centroamericana, siendo muy probable que la Argentina se convierta en rector y guía de esos estudios de sistemas comparativos, de sociedades, de empresas, y aun está en otros temas, como la transferencia tecnológica, las patentes y marcas, todo dentro del marco regional o interregional.

Dr. BERGEL. — Yo me adhiero a la ponencia de Quintana Ferreyra, porque creo que tocó un punto que es una falencia dentro de nuestro derecho positivo, más aún con relación al derecho societario, que otras legislaciones le han dado un tratamiento adecuado; así, por ejemplo, la francesa, la italiana, la alemana, etc.

Este tipo de delitos exige una formación especial para su tipificación. No pertenecen al derecho penal común, y tampoco al derecho penal económico. Es otra figura que los italianos la han trabajado mucho: el derecho penal comercial, que engloba los delitos derivados de la actuación de las sociedades, tanto de la sociedad externa como de las situaciones simultáneas que se dan dentro del funcionamiento de las sociedades, y los delitos relacionados con las quiebras.

Los tratadistas italianos la tratan como perteneciente al derecho penal comercial, y en este campo es necesario un profundo conocimiento del derecho privado y del derecho penal, para una adecuada sanción. Nosotros no podemos conformarnos, en nuestra legislación positiva, con que todo problema derivado del funcionamiento interno de la sociedad prácticamente se encuentra en el "*penalis*". Eso es imposible, porque los delitos de quiebra toman una configuración tal, que prácticamente, si recorremos todo el repertorio de la jurisprudencia, no encuentra nada, es decir, se cometen defraudaciones escandalosas y nunca se puede probar. En el derecho comercial se califica

a la conducta de fraudulenta, pasa al derecho penal, y aquí no contamos con los mecanismos necesarios para reprimir esta conducta.

En la legislación penal existe una falencia en cuanto a configuración de tipos penales, pero también hay que reconocer que existe una falta de formación de jueces penales, cuando tienen que tratar problemas vinculados al derecho comercial, y no pueden resolver por esa falta de formación. El juez penal debe contar con una sólida formación en derecho privado, esto es fundamental. Un colega señaló recién el problema de los balances falsos; esto está tipificado en el Código Penal, pero si el juez no conoce el mecanismo del balance, no podrá encuadrar la figura. Es el mismo caso del juez que va a tratar un problema de usurpación y no conoce lo que es posesión. Debe conocer el fondo de la materia, y ello normalmente no sucede. Hace pocos días, se dio una prisión preventiva por quiebra fraudulenta en un asunto escandaloso, y esa quiebra no está firme. Entonces, ¿cómo se puede dictar prisión preventiva por quiebra fraudulenta cuando no existe quiebra? Esto es elemental, al juez penal le falta la base del derecho privado.

De modo que creo que es sumamente necesario el dictado de una adecuada legislación sobre el particular. La vinculación es tan íntima, que incluso en legislación comparada, vemos que la ley francesa, la italiana, la alemana, etc., tienen comprendidas normas penales dentro de las propias normas del derecho privado.

Con estos fundamentos, apoyo la ponencia del doctor Quintana Ferreyra.

Dr. BERINI. — Apoyando lo que manifestó el doctor Bergel, yo hago una memoración del interés social. Aquel directorio que está en contra del interés social, que llegare a formar con su voto, que llegare a dañarlo..., esto parece una recomendación moral. ¿Pero si se trata de un ilícito?

Dr. BÚSTELO. — Yo me adhiero estruendosamente a la posición de Quintana Ferreyra, no sólo por la gran admiración que me merece en el plano intelectual, sino porque el plátéu que realiza coincide totalmente con lo que nosotros —algunos kilómetros más allá— estamos pensando.

Recuerdo que los últimos códigos latinoamericanos de comercio, cuando hablan del tema, también incluyen la faz penal; así, por ejemplo, el Código de Colombia, el de Bolivia, que precisamente tipifican delitos estrictamente societarios. Y en ese sentido, el problema de la concurrencia y la interdisciplina, es el tema del siglo.

Supongo que la idea del Dr. Ferro, de que de ahora en más en muchos casos tengamos que transitar juntos con otras disciplinas —no solamente del derecho penal—, es esencial.

Pero quiero apuntar algo más: no sólo debemos hacer buenas leyes, también debemos tratar que se apliquen correctamente. De lo contrario, el martillo puede ir al clavo, o puede ir al dedo.

Dr. MIGLIARDI. — Señalo que no solamente es necesaria la tipificación específica del delito societario o del delito de quiebra, sino que también es importante aceptar bien la máquina de la acción repressiva. Si al ministerio público no se le dan pautas muy precisas en materia de intervención pública, vamos a encontrar que en materia de quiebras los expedientes mueren en los juzgados, porque el ministerio público no está complementado con normas indicativas para promover las acciones. Además, no conocen el asunto.

Dr. BUSTELO. — En este momento una Cámara Comercial de la Capital ha pedido un estudio para poder determinar exactamente cuál es el índice de punibilidad en la quiebra. Porque vamos a encontrar que la estadística que nosotros hemos traído con respecto a una circunstancia relativa al aspecto monopólico, es exactamente cero.

Dr. MIGLIARDI. — Esa estadística que menciona el doctor Bustelo es justamente la que incide en el Poder Ejecutivo para modificar la ley de ministerio público. Y una de las pautas que se toman en cuenta, es ver el índice de punibilidad y el índice de acusación, y prácticamente nos encontramos con que la cantidad de quiebras es cero, los fiscales no actúan, porque consideran que no cuentan con los instrumentos legales para actuar.

Dr. BERGEL. — En el problema de quiebras, lo grave es la diversidad entre los tipos comerciales de calificación y los sistemas penales. Si hubiera uniformidad, sería más fácil.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Hay un desfase histórico.

Dr. MIGLIARDI. — Y tenemos algo importante, como la calificación de la quiebra fraudulenta por no llevar libros. Pero, sin embargo, en el derecho penal esto no es considerado una presunción que obliga al juez, ni mucho menos.

Dr. OLGUÍN. — Yo me adhiero también calurosamente a la ponencia de Quintana Ferreyra, y ante la acogida tan unánime y notoria que ha merecido, complementada con las observaciones de los colegas pre-

opinantes, propongo que el doctor Quintana Ferreyra, o el conjunto de la mesa, plasmara estas argumentaciones complementarias y se elabore una aspiración de esta Comisión, por unanimidad, concretando detallada y específicamente todas las inquietudes que acaban de exponerse. Creo que sería un aporte muy positivo de la Comisión a este Congreso.

Dr. BUSTELO. — Yo mociono por que sea el doctor Quintana Ferreyra quien lo redacte.

Asentimiento general.

Dr. QUINTANA FERREYRA. — Según la reglamentación del Congreso no caben declaraciones de esta naturaleza. Agradezco la gentileza de los colegas.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — De todos modos queda su propuesta en el acta, y marcamos la limitación reglamentaria que nos impide recogerla.

Cedo la presidencia circunstancialmente, para adherirme de modo expreso a la moción del doctor Quintana Ferreyra, particularmente porque un aspecto, referido al derecho de la integración, me toca de alguna manera, porque en La Plata existió una licenciatura de Derecho de la Integración Económica.

Cuando la tendencia fue de izquierda, se la suprimió porque el título que se trataba era de derecha; cuando la tendencia del gobierno de la Universidad fue de derecha, se la suprimió nuevamente, porque el título que se trataba era de izquierda.

Pero resulta que esto es indicativo de que aquí hay un problema práctico en el fondo; que es la percepción de que existe un derecho de la integración, y que su consideración es esencial en sus términos cabales, como muy bien apuntó Quintana Ferreyra.

Lo que Palmero relata que le ocurrió en Roma, a mí, me sucedió en España, donde un latinoamericano estaba discutiendo la necesidad de analizar el derecho de integración. Y el doctor Moyano, secretario general del Mercado Común Centroamericano, apuntó algo que creo que merece ser tenido en cuenta: la necesidad de que exista una clara actitud entre todos los individuos que por sus distintas funciones y desde distintas vertientes actúan en el ámbito de los mercados comunes en gestación o ya concretados, de que el derecho es un aspecto esencial, y que no viene a la zaga del Mercado Común. El mercado común no lo hacen sólo los economistas, tienen que coparticipar necesariamente los abogados. Y Moyano señalaba que preci-

samente los problemas que dificultaban la prosperidad del Mercado Común Centroamericano, eran la falencia existente en el análisis previo de los aspectos jurídicos, que significan en un momento dado una valla infranqueable. Y su preocupación era conseguir quebrar esa actitud, que es un poco la actitud general del abogado que no se dedica a lo comercial, cuando le indica al empresario que esto no se puede hacer, y aquello tampoco. Entonces el empresario le dice: señor, yo antes ganaba más dinero que ahora, de modo que...

Se trata de un problema de educación y de percepción. Nuestro país acusa una seria falencia —como bien se señaló— y es un horizonte que debemos tener en mira en la perspectiva de los problemas.

Dr. BUSTELO. — Yo creo que posiblemente el mayor énfasis hay que ponerlo en el tema sustancial, que es el prejuicio ideológico. Es decir, generalmente cuando se tratan ciertos temas, inmediatamente se decretan y se ejecutan.

El doctor Berini manifestaba su preocupación por los balances falsos, que hace bastante poco tiempo se está legislando en los Estados Unidos, por ejemplo, la represión de los "insiders", es decir, no ya del uso abusivo de la personalidad societaria, sino incluso el uso abusivo de la información que tiene la sociedad.

Se ha sutilizado hasta tal punto, que nosotros en este momento estamos hablando de que no podemos detectar un balance falso, y se extiende el tipo penal no solamente a aquellos que están directamente comprendidos y que pueden usar esa información, sino a todos sus colaterales, a todas las personas que pudieron haber tenido acceso a esa información, usada en forma no equitativa.

Dr. QUINTANA FERREYRA. — Si bien aquí no se trata de ejercer derecho a réplica —agradezco a los señores contrarios el merecer las oposiciones—, quiero apuntar una circunstancia que corrobora lo que dijo el doctor Bergel, que fue apoyado por otros congresistas.

En ocasión de redactarse la Ley de Concursos, se planteó el problema, dentro de la Comisión, acerca de si también se determinarían pautas para la regulación en lo penal, pero advertimos que no era propio, porque las facultades de nuestra Comisión alcanzaban exclusivamente a la modificación de la ley.

Ello no obstó a que hiciéramos dos esfuerzos: en la nota de elevación al Poder Ejecutivo se destacó la imperiosa necesidad de regular sobre dos temas: la infraestructura para los fines de que hubiera jueces de concurso, y la necesidad de adecuar las normas penales a la figura jurídica específica.

El segundo aspecto es que en la medida que consideramos que estaba dentro de nuestra facultad, se dictó una norma, que no sé en qué grado se puede aplicar, pero que provocó la reacción de un profesor de derecho penal que publicó un trabajo en "La Ley", y es éste: el trámite de la calificación de la conducta en sede comercial, interrumpe la prescripción de la acción penal.

Fue tal el desasosiego de este estimado colega, porque nosotros habíamos invadido el fuero en lo penal, no obstante haber manifestado en la nota de elevación al Poder Ejecutivo, que la Comisión no interfería en nada en lo penal. Pero se consideró que debía hacerse, y es ley. Aunque no sea parte integrativa del Código Penal, actualmente es ley de la Nación, y por consiguiente es una consideración que debe ser tenida en cuenta por los jueces en lo penal.

Nada más, y muchas gracias.

LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES, EN EL DERECHO COMPARADO Y EL ARGENTINO

Sr. PRESIDENTE (Mallo Rivas). — Seguidamente, como el doctor José Antonio Vallejos Meana tiene que retirarse, va a exponer su tema y entonces al debate lo vamos a postergar, para poder darle así la oportunidad al doctor Lo Celso de exponer su ponencia.

Dr. VALLEJOS MEANA. — Yo voy a fundamentar muy brevemente este trabajo, por razones de tiempo, y me voy a referir a la protección de los accionistas minoritarios en los grupos de subordinación, es decir, me voy a referir expresamente a este tipo de agrupamiento societario.

Se ha caracterizado el grupo de subordinación por dos elementos: uno, el control, y otro, la dirección indicada. Los proyectos de ley francesa, el proyecto de estatuto de sociedad europea, caracterizan estos dos elementos como los necesarios para la existencia del grupo de subordinación.

¿Cuál es el problema de los grupos de subordinación? Principalmente, caracterizarlos y probarlos, porque no sólo por el control societario se logra la existencia de este tipo de agrupamiento societario; puede también darse por contratos, cuando especialmente la ley lo prevé: caso del derecho alemán, caso de la reciente legislación brasileña. También se pueden dar por cláusulas contractuales muy sutiles. Unas se dan por los contratos de licencias, donde existen muchas normas que indirectamente ocasionan un grupo de esta naturaleza. Además, hay que agregar la unión personal por identidad de dirigentes. Pero esta diversidad de formas a adoptar entre distintas sociedades es tan amplia y tan rica, que su caracterización resulta muy difícil, y éste es quizá uno de los escollos que han tenido las legislaciones extranjeras para caracterizar al grupo de subordinación de manera unitaria.

¿Cuál es el problema que plantea el grupo de subordinación? Es la contraposición entre el interés de la sociedad controlada y el interés de la sociedad controlante, que va a ser en definitiva el interés del grupo.

No me voy a referir a la manera como se ocasiona esta contraposición de intereses. Sólo haré referencia a las normas que tiene nuestra legislación sobre este tema, si bien no expresamente, y que se pueden aplicar. Es, en definitiva, el art. 248, que habla del interés social y que se puede aplicar cuando la asamblea toma por el voto decisiones que estén en conflicto con el interés particular. Esto podrá dar lugar a una inclinación de los acuerdos asamblearios y a una responsabilidad del accionista controlador por aplicación de los arts. 251 y 254.

¿Qué sucede? ¿Esta norma se puede aplicar en el caso de contraposición del interés de la sociedad y el interés del grupo?, porque el interés del grupo es también un interés válido y razonable. No estoy hablando del grupo que está en el ilícito o que está en situaciones patológicas, pero la verdad es que tiene también su protección, es decir, está el elemento racionalización, que está muy en presencia en los grupos societarios.

En Francia, donde hay algún tipo de experiencia, la justicia penal ha sido muy reacia a aplicar sanciones a los dirigentes societarios por contraposición de intereses entre la sociedad controlada y el interés del grupo. Esto lo manifiesto así para que veamos que no es un asunto tan sencillo.

Pero yendo expresamente a la protección de los accionistas minoritarios, uno de los elementos que debe tenerse muy en cuenta es la información que deben tener estos accionistas externos al grupo dominante. Nuestra Ley de Sociedades tiene varias normas referentes a la información, tanto en el balance que deben realizar las sociedades controladas, controlantes o vinculadas, cuanto en los estados de resultados y en las memorias que deben presentar los administradores.

Es muy importante que los accionistas tengan información, porque va a tener mucha importancia el conocer primero cuál es el patrimonio de la sociedad, si este patrimonio está correctamente valuado, porque sus derechos van a estar muy relacionados con la existencia y valuación de este patrimonio. Pero evidentemente que la sola información no le va a permitir al accionista minoritario salvar todos los problemas que puede ocasionarle la entrada de la sociedad en grupo, es decir, la sociedad controlada; por este tipo de información no va a poder recuperar aquellos daños o pérdidas que ha sufrido

como consecuencia de su entrada o de su permanencia en un grupo, ni se le va a poder permitir, mediante la información, al accionista minoritario, salir de la sociedad controlada ejerciendo de alguna manera una especie de receso.

¿Cuáles son, entonces, los medios de protección que vemos en el derecho comparado y el argentino, para proteger a los accionistas minoritarios? Uno, es la garantía de un beneficio mínimo, que está en la legislación alemana. Otro medio es el aseguramiento de algún puesto en el directorio o en el órgano de fiscalización o eventualmente, para aquellas legislaciones que lo contemplan, el consejo de vigilancia. También la anulación de las decisiones tomadas en conflicto de intereses entre la sociedad controlada y la controlante. La reparación de los perjuicios derivados de este tipo de decisiones. Y, en último término, la admisión del derecho de receso.

El otorgamiento de puestos, tanto en los órganos de administración como en los órganos de fiscalización, está en nuestra legislación de alguna manera acordado mediante el voto acumulativo, pero con el alcance de que sólo grupos importantes o de cierta relevancia pueden tener acceso al directorio o a la sindicatura o a los consejos de vigilancia en su caso.

La anulación de las decisiones asamblearias y las consiguientes acciones de daños y perjuicios no son siempre fáciles de realizar. El accionista no siempre tiene la información adecuada, los medios de prueba no son lo suficientemente fáciles para el accionista y no le va a ser muy conveniente embarcarse en una acción que le va a resultar costosa.

Este tipo de solución se puede dar en nuestra legislación por el art. 248. Está también en la legislación alemana, para los grupos no contractuales. Y está también en la legislación brasileña.

El receso, que sería quizás una solución que iría más allá de las anteriores, sólo está dado, en cambio, en la legislación alemana para los grupos contractuales, y en la brasileña en la legislación reciente, de fines del año pasado.

También el ejercicio del derecho de receso por la entrada de una sociedad en un grupo de subordinación, plantea muchos problemas; uno es en qué momento se puede ejercer este receso, cuál es la valuación que se va a otorgar a las acciones o a las participaciones del socio minoritario que ejerce este derecho.

En cuanto al primer punto, o sea, cuál es el momento para otorgar el receso, hay algunas legislaciones que lo otorgan sólo en la oportunidad en que la sociedad entra en el grupo, y no con posterioridad.

ridad. Es decir, quizá sería más plausible que se otorgase este derecho exclusivamente en el momento en que la sociedad entra en un grupo de subordinación, porque evidentemente los accionistas minoritarios pueden prever que de ahí en más la sociedad dominante puede cambiar la estructura de la sociedad y que si bien no la cambia por razones de organización, la puede cambiar al año, a los dos años o a los tres años. Entonces, ya se puede prever esta situación y para la sociedad dominante, evidentemente esto va a ser más provechoso en tanto y en cuanto ya de entrada va a saber que va a tener que responder a los accionistas minoritarios, si no está pendiente que en cualquier momento se le pueda reclamar el pago del receso a los minoritarios que se quieran retirar.

En cuanto a la valuación, las legislaciones que la prevén son las que prevén el receso: la ley alemana y la ley brasileña permiten que en algunos casos al recedente pueda otorgársele el pago en dinero en efectivo o acciones de la sociedad dominante. Esto depende de los casos. No voy a entrar a qué supuestos se pueden dar con más posibilidades o en qué supuesto se puede dar una sola de ellas. En el caso de que se entreguen acciones de la sociedad controlante, habrá que determinar la paridad de cambio entre las acciones que los minoritarios tenían en la sociedad controlada y las que van a tener en la sociedad controlante. Por eso es que esto va a estar muy relacionado con el problema de los balances de fusión, porque a esa institución se le van a aplicar todas esas normas. Es decir, está todo ese problema de que los balances tienen que tener criterios similares y también el problema con respecto al criterio de valuación, que tiene que ser un criterio real, porque si no las posibilidades de los recedentes estarían muy limitadas.

En cuanto a cómo se puede proteger actualmente a los accionistas minoritarios, ustedes conocerán las distintas soluciones. Ahora bien, ¿vamos a caracterizar de una manera unitaria cuándo existe control y cuándo existe dirección unificada, y adjudicarles a todas las sociedades esa caracterización? ¿O se van a tomar algunos tipos de grupos societarios y en ellos se va a tratar de legislar para proteger a quienes se pueden perjudicar con la existencia del grupo, es decir, a los acreedores y a los minoritarios de la sociedad?

En Francia existe una experiencia muy reciente: cuando se sanciona la Ley de Sociedades de 1966, como ustedes sabrán los legisladores no contemplaron una regulación específica en materia de agrupamientos de subordinación, por considerar que esta legislación se iba a realizar en dos etapas: una primera que iba a proyectar a los

grupos para que unitariamente realizaran contratos de grupos, y que como consecuencia de ello se legalizaran los contratos. En una segunda etapa, se iba a regular a todos los grupos en su totalidad, y a aplicarles normas uniformes.

El proyecto de ley francesa, del año 1973, aparentemente —por las informaciones con que contamos— no tiene mayor posibilidad de ser consagrado.

Con posterioridad, en 1975, oportunidad en que se trata sobre la reforma de la legislación de empresas, se prefiere en cambio ir a la primera etapa, es decir, concitar a los grupos para que de manera unitaria realicen contratos de agrupamientos de subordinación, los que tendrán que regirse por determinadas normas, en las cuales se protegerá tanto al accionista minoritario como a los acreedores de la sociedad controlada.

Creo que ésta podría ser una primera aproximación a seguir en la Argentina, siguiendo esta huella de la legislación francesa, es decir, en un primer término, mediante la legislación positiva, posibilitar a las empresas que realicen contratos de agrupamiento de subordinación, regidos por determinadas reglas, en virtud de las cuales han de ser protegidos los accionistas minoritarios y los acreedores.

Evidentemente, esta posición no está exenta de críticas, porque se podrá decir que la sociedad controlante no va a tener interés en realizar este tipo de contrato, o lo realizará en el momento que le convenga. Al respecto, la experiencia alemana no es muy exitosa, en el sentido de que no hay muchas sociedades que hayan realizado contratos de agrupamiento de esta naturaleza.

Con todo, creo que este tipo de solución podría ser factible, esto es, se podría concitar a las empresas a que realicen este tipo de contratos, si se le otorgan algunas ventajas, especialmente fiscales, como ocurre actualmente en Francia donde, por una ley del año 1971, se permite la supresión de la doble imposición, con referencia a los dividendos que obtiene una sociedad madre y una filial, y luego esos dividendos son distribuidos entre los accionistas de la sociedad madre.

De modo que es posible, con una reforma impositiva, favorecer este tipo de contratos. Y eventualmente, para la sociedad dominante puede existir la ventaja de no utilizar el ejercicio de control, en tanto y en cuanto la sociedad controlante pueda impartir directivas a sus controlados, quienes deberán obedecer dichas directivas, siempre que no se opongan a la ley o al estatuto de la sociedad controlada.

También la circunstancia de que algunos grupos realicen este tipo de contrato, va a facilitar a los accionistas minoritarios el otor-

gamiento de derechos para poder posibilitar que no surjan los perjuicios que habitualmente sufren en los casos de subordinación de hecho, precisamente mediante el otorgamiento del derecho de receso, otorgado con el alcance que ya manifestamos, solamente en el momento en que la sociedad se incorpora, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el contrato toma publicidad. En este lapso, se podrá otorgar a los accionistas minoritarios la opción de retirarse, con el reembolso de sus acciones.

Nada más.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Según la propuesta que hicimos anteriormente, vamos a postergar el debate de este tema hasta la tarde, para permitir al doctor Lo Celso exponer su ponencia.

ALGUNAS BASES PARA LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DERIVADOS DEL AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Vamos ahora a ceder el uso de la palabra al doctor Rogasiano Lo Celso, quien va a exponer sobre el tema "Algunas bases para la regulación de los efectos derivados del agrupamiento de sociedades".

Dr. LO CELSO. — Tengo la impresión de que, dado el curso de estas Jornadas, es posible omitir el tratamiento de algunos puntos relacionados con el tema de la regulación de los efectos del agrupamiento de sociedades, porque ya hemos visto que antes de mi intervención, se han abordado algunos aspectos que se relacionan con el tema de mi ponencia.

Dr. MUGUILLO. — Como no tenemos la totalidad de la ponencia, sino solamente las conclusiones, le ruego que hable en voz más alta.

Dr. LO CELSO. — Decía que es posible que muchos de los puntos que voy a tratar en el curso de esta exposición, ya hayan sido desarrollados en anteriores intervenciones: no obstante ello, creo que debo hacerlo, en primer lugar, porque hay una serie de reafirmaciones de principios esenciales, no porque —desde luego— sean desconocidos por ustedes, sino porque creo que de alguna manera, este Congreso debe realizar ese aporte con la reafirmación de algunos postulados de derecho relativos a la cuestión esencial del agrupamiento de sociedades.

A primera vista, para alguien que no esté avisado del problema —no me refiero a los que estamos aquí reunidos, evidentemente— pareciera que se le quiere dar demasiada importancia al tema, y bien sabemos nosotros que la tiene en gran medida, porque es el gran fenómeno de concentración económica que surte poderosos efectos —por sus vías causales o concausales, no interesa— que se expresa en una faz jurídica, que es la solidaridad.

Entonces, frente a este poderoso fenómeno de concentración económica, sabemos que los estamentos sociológicos y políticos —sobre

todo estos últimos— lo han utilizado como caballito de batalla. He tratado de hacer una especie de denominador común omnicomprendivo—valga la redundancia— y a mi modo de ver el tratamiento de la concentración económica según la visión o cosmovisión que tenemos los juristas es muy distinta. Nosotros nos guiamos por los grandes principios, que son incommovibles.

Por eso estimo que aunque algunas cosas puedan parecer superfluas, es necesario que alguien las diga en el Congreso.

Frente al tema que voy a tratar, la primera pregunta que me he formulado, sin salir del terreno jurídico, es cuál es la posición de todo aquel que encare estos problemas. Como en cualquier otra disciplina, lo primero que debe hacerse es tratar de resolver el fenómeno de recepción de aquello que ocurre en la realidad por el derecho. Y bien sabemos que en materia de derecho comercial, como en pocas ocurre, tiene importancia decisiva, dada la celeridad e intensidad de los fenómenos que ocurren; están siempre primero los negocios jurídicos, y luego —con bastante retardo— la recepción jurídica.

Esto confirma la necesidad de establecer, desde las bases del propio negocio jurídico, cuál es la misión del jurista en la tarea de recepción. Desde luego, no he de detenerme en un concepto conocido por todos, pero voy a precisar, en el curso de la exposición, los principios que fundamentan la ponencia.

En síntesis, la posición del jurista es saber distinguir el contenido del negocio jurídico, que pertenece a la iniciativa privada, aquello que por lo general se llama la autonomía de la voluntad sobre la base de la autonomía privada. Este contenido es el producto de un régimen de libertad, donde se respeta el derecho de propiedad, y donde justamente está la mayor riqueza del progreso humano.

Desde todo punto de vista es plausible la exquisitez con que la Comisión organizadora ha planteado este punto, pues hasta en la redacción del título.—regulación de los efectos derivados del agrupamiento de sociedades— se advierte que aquí el legislador se va a enfrentar con esta realidad.

En los efectos del agrupamiento es también donde se conjugan esos valores. No se trata de meros valores de orden inmediato, relativos al ganar o perder de la empresa, o a una circunstancia meramente coyuntural, sino que, al contrario, importan el respeto y la aplicación de esos otros grandes valores, para que la norma cumpla su función y acoja todos esos valores, que pueden sintetizarse en uno solo: la supremacía de la justicia.

Para abreviar, partiendo del negocio jurídico he tratado de ir avanzando, pero respetando la estructura actual de la ley. Muchos de los presentes han manifestado que es una ley nueva; y efectivamente, yo también considero que la ley 19.550 tiene una moderna y elevada textura técnica. Pero, uno de los más insignes colaboradores en esa comisión, el maestro Halperin, dice que es incompleta con relación al tema de los agrupamientos.

Pero sobre los cauces de la propia ley, y tratando, en lo posible, de no apartarme, he intentado estructurar algunas bases que deben ser muy restringidas —en cuanto prudentes— y muy esenciales, para cumplir la finalidad de toda ley, o sea, el principio de generalidad; en cuanto una ley quiera caer en el casuismo, ya no es ley.

Me parece que con la mayor delicadeza y exquisitez, es necesario insistir en que cualquier modificación o reforma debe respetar totalmente el principio de generalidad.

Ello sin perjuicio de que se incorporen algunas figuras, como veremos luego; pero insisto que como se trata de bases, debemos distinguir lo sustancial de lo accidental. A mí me interesa lo sustancial, porque nosotros, en esta reunión, no podemos pretender elaborar toda una regulación acabada. Por eso yo me limito a sugerir bases, orientaciones o cauces.

Voy a leer a continuación las conclusiones, para luego hacer referencia a los fundamentos.

Del agrupamiento de empresas societarias, expresión típica del fenómeno contemporáneo de concentración económica, derivan relevantes consecuencias de diversa índole —positivas y negativas— que inciden vivamente en distintos órdenes del derecho; la regulación jurídica de tales efectos constituye una imperiosa necesidad a satisfacer, conforme a objetivos escaladas de valores, conformantes del ser nacional, resumibles en la supremacía de la justicia.

Digo positivas o negativas; ya se ha dicho anteriormente que el fenómeno del agrupamiento societario es de suyo positivo, porque tiene que hacer frente a las grandes y masivas necesidades de la distribución y del consumo, y paralelamente este fenómeno concentracionista apareja la necesidad de hacer frente a la expansión, que algunos años atrás se traducía en la expansión individual de la empresa y ahora es la empresa que sale de sus propios límites para constituir otro género de empresas, de mayor potencia, precisamente para hacer frente a las necesidades masivas de distribución y consumo.

En segundo lugar, el problema del tratamiento jurídico de dichos efectos, que consisten en el contenido, límites y ubicación de las

normas ante el carácter polivalente de ellos, se resuelve en una natural distribución de competencias legislativas, según las diversas disciplinas requeridas: art. 67, incs. 11, 15, 16 y 28, de la Constitución nacional. Halperin decía en su tratado que en rigor el problema del agrupamiento debería ser tratado aparte. Por eso me pareció prudente exponer el problema aquí, porque creo que debe ser regulado en una ley especial que sea eco de las políticas económicas relativas a la política de la economía y a la política de prosperidad. Observen que estos temas inciden sobre otras ramas del derecho —como el derecho público principalmente— porque el fenómeno de concentración de empresas tiene, como cualquier otro fenómeno jurídico, distintas facetas, de ahí que la Constitución nacional prevea en distintas disposiciones del art. 67, precisamente la posibilidad de que un mismo fenómeno pueda ser tratado desde muy distintos ángulos; es decir, código de comercio, código penal, leyes federales y especiales.

La licitud genérica del art. 953 del C. Civil y leyes vinculadas al tema —la ley de inversiones extranjeras, ley sobre defensa nacional, etc.—, ya existen, pero abordan aspectos laterales o accidentales que interesan a la preocupación política, pero no al derecho común societario, que viene a ser la base cultural y funcional. Como digo, no constituye legislación suficiente de base el derecho común de sociedades, a cuyo tenor deba operarse en forma sistemática el fenómeno de recepción, por el derecho, de los efectos resultantes de múltiples negocios jurídicos, en virtud de los cuales se manifiesta el agrupamiento societario.

En tercer lugar, la ley 19.550, no obstante su moderna y elevada textura, es incompleta con relación a agrupamientos. Las soluciones faltantes al respecto sobre distintos problemas actuales, deben articularse en formulaciones esenciales en cuanto certeza y seguridad jurídicas para las empresas societarias, como lo requiere el progreso del país, pero al propio tiempo en punto a garantía de los fluyentes derechos, obligaciones y responsabilidades de aquéllas, y de socios accionistas y acreedores, teniendo en cuenta las técnicas grupales de dominación y de colaboración.

De ahí que me ha parecido siempre, en un terreno muy prudente y esencial, que es conveniente regular en la ley de sociedades comerciales —en sección especial, si se quiere— el contrato de consorcio, que pudiera denominarse “consorcio empresario” —el cual no es sociedad, en mi modesta opinión—, a fin de dotar de un instrumento legal a las empresas que han menester agruparse en colaboración para actividades determinadas de considerable envergadura.

Ya manifesté esta idea en ocasión del debate acerca de la ponencia del doctor Zaldívar.

En quinto lugar, debe completarse el primer párrafo de la citada ley de sociedades, art. 33, con previsión suficiente sobre control económico externo. Bien sabemos que la disposición del art. 33 sólo contempla el control interno, pero no el externo.

En sexto lugar, es recomendable la personificación del grupo de sociedades como tal, entre empresas controladas o no, previa adecuación de normas, como la del art. 30 de la ley citada, con la finalidad de delimitar de modo orgánico reglas precisas que brindarán certeza y seguridad jurídicas, eliminando en gran medida, problemas atinentes al grupo, a los socios o accionistas de las empresas agrupadas y a los acreedores, sobre derechos, obligaciones y responsabilidades.

En séptimo lugar, se reconozca o no por la ley el grupo según la proposición anterior, es necesario establecer en protección de socios o accionistas minoritarios, y de acreedores, la expresa responsabilidad solidaria de la controlante y controlada, por utilidades o dividendos no percibidos y deudas, respectivamente, más daños y perjuicios que fueren consecuencia necesaria, en su caso.

Trataré ahora de hacer una breve referencia a los fundamentos. Es indudable que la categoría de negocios jurídicos abarcada en el agrupamiento de sociedades, plantea problemas jurídicos, siendo el más importante, al tenor del enunciado correspondiente a este subtema, la regulación de los efectos, el del contenido de las articulaciones normativas, resumible en otras cuestiones de medida y ubicación.

A primera vista, esto parece un lugar común en la tarea corriente de cualquier ordenamiento; sin embargo, es necesario destacar la importancia que le atribuyo, porque en esta materia los problemas son muy frondosos, y su ramificación afecta directa o indirectamente, por un lado, a distintas disciplinas pertenecientes a los diversos órdenes del derecho —derecho público y privado— y aun dentro de este derecho privado, encuadre metodológico y técnico, aunque también sea necesario, desde luego, el derecho público, y por el otro, porque aquella frondosidad colosal trae, a su vez, en el plano sustantivo, esta normatividad concreta, implicancias nada sencillas para su solución, si es que, como creo, la recepción de los efectos del agrupamiento societario en el orden jurídico, ha de hacerse conforme a la función económico-social. El interés que supone en la adopción o el seguimiento de políticas legislativas, la prudente estimación entre lo necesario, útil y correcto, y lo desechable.

En aquel subtítulo he partido de la base indispensable de la regulación de los efectos del agrupamiento, significando en el fondo esto un reajuste de las disposiciones vigentes al respecto.

En general, es indiscutible que la realidad supera las previsiones legislativas, particularmente las tradicionales, que poco o nada han avanzado al encuentro de estos problemas, según ocurre en la mayor parte de los países en vías de desarrollo, como el nuestro.

La incidencia de la concentración empresaria en sus distintas formas jurídicas, interesa o afecta la compleja trama de derechos y obligaciones de socios o accionistas, entidades accionistas, terceros, mercado, consumidores, orden público económico, en fin, el bien común en sus diversos estamentos, y los derechos subjetivos, en sí mismos, son los que en mayor o menor medida, en sentido positivo o negativo, para bien o para mal, acusan esta influencia.

Obviamente, esto significa que la regulación de estos efectos corresponde a diferentes sectores en la distribución de competencias legislativas, conforme al derecho delimitado por su esfera de acción. Será así el derecho privado, seguramente el comercial; el derecho público administrativo y tributario, según los distintos ámbitos jurídicos prescritos por la Constitución nacional.

Desde los distintos ámbitos hasta aquí esbozados y otros afines, puede hablarse de una regulación del conjunto; debería decirse que esto corresponde al sistema de leyes o cuerpos normativos, en plural. Si se quiere, puede denominarse como regulación integral dentro de lo ordenativo.

Por tanto, resulta claro que no pertenece a la ley de sociedades comerciales una regulación integral de todos los efectos derivados del agrupamiento. Algunos autores han dicho que ya esta regulación integral fue la Ley de Sociedades. En esto concuerdo con Halperin, y no cabría discrepar conforme a los cauces constitucionales, es decir art. 67, incs. 11 y 16, e inclusive los inherentes a los incs. 15 y 28. En efecto, esta materia está ligada al control estatal de la economía, policía de economía, política de prosperidad, y también a la seguridad nacional; verbigracia, adquisición de extensos territorios cerca de zonas de frontera, por subsidiarias de empresas transnacionales o multinacionales. En cambio, no comparto la opinión de tan ilustre maestro, lamentablemente desaparecido, con referencia a que el problema no es esencialmente de técnicas ni de fórmulas jurídicas, pues sería esencialmente político, agregando que los grupos de sociedades requieren una estructuración jurídica especial, porque mu-

chas de sus manifestaciones son ajenas a las formas societarias en su formación, estructuración, funcionamiento y disolución.

Reiterando lo expuesto, estimo que aquello que pudiera llamarse integralidad del tratamiento legislativo, se resuelve —como en el fondo lo reconoce el autor— en una constitucional distribución de competencias. Esto es, según los diferentes fines de las respectivas políticas legislativas, que requieren los diversos perfiles presentados por el mismo fenómeno. Leyes generales y especiales, atinentes a cada faceta de este único problema, sustanciales o accidentales que estén referidas a los supuestos centrales de la estructura o construcción jurídica de base, cimentada, de los efectos del agrupamiento de sociedades; aquellas leyes ya existen, verbigracia, la Ley de Radicación de Empresas Extranjeras (arts. 1 a 5: domicilio, actividades, etc.), la ley 20.794, sobre transferencia de tecnología del exterior, cuya reforma está en cierne, etc.

Entonces, no es suficiente la licitud genérica basada en el art. 953 del C. Civil, en ausencia de regulación especial de los efectos del agrupamiento empresario. Las citadas leyes sólo tocan algunos aspectos laterales, de modo indirecto o alusivo, tendientes a prevenir resonancias negativas, y no todas con evidente retraso por parte de aquella normativa referente a la seguridad o a la protección de derechos de terceros.

Quedan así desprotegidos otros importantes intereses y derechos, como ha de verse, y sin instrumentación dinámica, los positivos efectos que presentan ciertas formas necesarias de agrupamiento, reclamados por las exigencias de modernas sociedades.

Nuestra ley 19.550, moderna, y de elevada tesitura técnica, presenta, sin embargo, deficiencias en lo concerniente a agrupamientos. Vuelvo a subrayar que en manera alguna me refiero a defectos o vacíos supuestamente subsanables con una inadmisibles casuística. Esto conspiraría contra el principio fundamental de generalidad de la ley. Pero, precisamente, lo intrínseco de este sabio principio reside en su esencialidad, dirigida a aprehender la mayor y más neurálgica porción de casos o situaciones conflictivos. Y es, insisto, en este tema de agrupamientos donde se evidencia el vacío o defecto, confrontando el punto con dicho principio.

Halperin reconoce que las normas sobre fusión, absorción, escisión, adquisición recíproca de acciones, control de las sociedades, limitación de las participaciones, etc., constituyen un comienzo de regulación en el ámbito del derecho societario común, y efectivamente es así. Se trata de un comienzo, pues falta el complemento,

ajuste o adecuación que sean indispensables, con cuidadoso empeño, para no caer en la improvisación ni en la adopción servil de normas ajenas, tal como ha señalado el distinguido comercialista citado. Porque, si bien se advierten carencias en esa faena, en las distintas áreas jurídicas que ya he señalado, pero entre ellas se cuenta la Ley de Sociedades Comerciales, o sea, la primera herramienta por excelencia. La función dinámica del derecho, a la cual me he referido en los primeros capítulos, cuando decía que en el fenómeno de concentración el derecho no puede constituirse en una norma pacífica, en el sentido de que sea meramente estático, sino que al contrario, debe tomar las posibilidades dinámicas, tal como lo exige el proceso del país. Entonces, la función básica del derecho, cual es la regulación de conductas, se encuentra directamente corporizada en aquellas normas tutelares, tales como las represoras de delitos económicos; tratamiento de delitos societarios y de monopolios, por ejemplo.

Tampoco los denominados contratos de empresas tienen lugar en la ley de sociedades. Pero una cosa es que tales contratos se legislen aparte, sobre todo en la esperada actualización del Código de Comercio, y otra muy distinta es que en alguna necesaria medida, tengan incidencia directa en el capítulo propio de las sociedades, es decir, en los efectos de agrupamientos que afectan esencialmente aquel derecho societario.

Como se ha dicho, el común denominador del fenómeno del agrupamiento societario es la concentración económica, con los signos positivos o negativos que en líneas generales deben ser destacados, hacia una justa regulación de sus normas. Es una realidad que enfrenta el derecho, exteriorizada en o a través de categorías de negocios jurídicos, fundamentalmente calificados en la colaboración o en la dominación, y ambas articulan la eficacia de la concentración en la unidad de decisión. Cada una encauza la función negocial perseguida mediante la gran variedad de técnicas jurídicas utilizadas en el agrupamiento, ya por la vertiente societaria o bien por la contractual.

Habida cuenta de todo lo dicho, nos parece lógico —a esta altura de la realidad y de los resultados de la doctrina, como de las tendencias del derecho comparado, pero sobre todo a partir de la ya bastante prolongada experiencia en nuestro país— que la ley debe afrontar de una vez por todas los problemas generados concretamente por algunas formas de agrupamiento. Por tanto, las soluciones correlativas de los aludidos problemas conciernen, dentro del derecho común de sociedades, a formulaciones indispensables que, según la cualidad esencial de toda norma jurídica societaria —ser al propio tiempo que

instrumento de certeza y seguridad en la vida social, para el progreso de nuestra economía—, una justa asignación de garantía de los fluyentes derechos, obligaciones y responsabilidades de aquéllas y de los accionistas y acreedores, precisamente por la compleja incidencia que en tales relaciones jurídicas entraña el agrupamiento de sociedades.

En el caso de la colaboración, como en el de la subordinación o dominación, son necesarias cartas de ciudadanía, por así expresar mejor la recepción que el derecho debe hacer de algunos de estos institutos, con recepción de la realidad en forma amplia y general. Considero que éste es el camino hacia las soluciones que buscamos.

Los problemas que suelen suscitarse en general con los contratos de empresas, son en el fondo similares en punto a agrupamientos a los planteados en estructuras societarias, y en uno u otro esquema hace falta una vertebración, o reconocimiento esencial de efectos regulados, aunque para esto haya que institucionalizar algunas figuras.

Tales contratos de empresa —pese a que podrán ser protagonizados por sociedades como ocurre en la mayor parte de los casos de titularidad societaria, tanto de colaboración cuanto de integración— deben tener su lugar fuera de las sociedades, como ya lo he puntualizado. La bondad de la norma no consiste en ser hermética, y al contrario debe permeabilizar en determinados sistemas aquellos puntos indispensables de conexión, tendientes a la mejor télesis normativa, ya sea en forma general, o en particular, en el caso de algunas figuras societarias.

Con referencia a agrupaciones societarias con estructura contractual de colaboración, ya se ha abundado sobre este tema; no obstante, estimo que debe incluirse en la ley de sociedades comerciales la figura contractual que pudiera denominarse “consorcio empresarial”. No hago cuestión de nombres; al decir consorcio, simplemente me refiero a lo que ocurrirá ya de ordinario en una cantidad de situaciones, que se les llama consorcio. Así, por ejemplo, la sociedad paraguayo-argentina para el complejo Yacyretá.

Su finalidad consiste en dotar de un instrumento legalmente establecido a las empresas que han de reunirse para encarar grandes obras que, por su presupuesto, resultaría imposible abordarlas aisladamente; v.gr., obras públicas de gran envergadura, empresas técnicas con despliegue de inmensos recursos.

Este contrato de consorcio empresarial es para la ejecución de actividades determinadas, encontrándose entre las más comunes, canales, puertos, complejos habitacionales, etc.; aparte de ser un nego-

cio jurídico de más ágil implementación, aleja el riesgo de zonas grises, frente a la valla del art. 30. de la ley.

Claro que esta figura contractual debería ser específicamente regulada, y no confundir este instituto con la sociedad accidental o en participación. En este último aspecto, son conocidas las críticas de Halperin, cuando se ensayaron proyectos de modificación del art. 30, en 1973, sobre la base de sociedades accidentales. Existe, indudablemente, un cercano parentesco entre dichas sociedades anómalas y las *joint ventures* del derecho angloamericano, por lo menos tal como están reguladas aquéllas en los arts. 361 y siguientes (aun cuando su naturaleza puede ligarse también a la denominada cuenta en participación), parentesco que no es identidad entre una y otra, aunque actúen en otros países, como las trasnacionales o multinacionales, siendo asunto aparte el de su encuadre por los países recipientes en otra clase de normas, atinentes a la orientación y promoción de la economía. Sobre todo el ajustado, celoso y efectivo control jurídico y económico por los entes estales.

El consorcio que propugno es más bien un acuerdo, y se asemeja a la convención, que en Francia ha sido denominado contrato de empresa piloto, y ha resistido ante la jurisprudencia francesa los intentos de encasillárselo en las disposiciones de la sociedad de hecho; y también se asemeja al *Konzern* alemán, igualmente contrato de empresa, pero sólo de coordinación o de comunidad de utilidades.

El consorcio italiano de actividad externa tiene algunas similitudes con el aquí propiciado, y lo mismo puede decirse con respecto a una ley recientemente dictada en el Brasil que lo legisla como modalidad de sociedad no personificada.

El consorcio que propugno —insisto en que no hago una cuestión de nombre— es uno de los tantos acuerdos de empresa, con sustancia especial incisiva en fines interempresarios, en este caso de colaboración, que por lo mismo no responde a las figuras jurídicas tradicionales típicas, aunque combine lógicamente alguna de éstas, v.gr. el mandato con representación, a objeto de mecanizar la unidad de decisión en las empresas independientes, en la función coordinadora que constituye su finalidad. Pueden operar con o sin fondo consorcial, y si normalmente lo forman, obedece a destinación distinta de un auténtico aporte societario, en el sentido técnico de la expresión.

Es decir, lejos de ser la constitución de un fondo capital o “puesta en común”, pues sólo servirá a necesidades de la gestión ordenadora hacia el objetivo buscado, es decir, lejos de constituir un fondo capital o fondo común por cuya causa y según la cual deba realizarse

aquella finalidad de colaboración coordinada y hacerse distribución de utilidades o carga de pérdidas. La convergencia de acción, cosas, técnicas, proporcionadas por cada empresa consorciada, no entraña la creación ni el "ser" de una masa común o social; y al contrario estos elementos continúan perteneciendo a cada participante empresario, obligado cada cual por su respectiva obtención de un resultado. Y no se trasfieren al conjunto o grupo consorcial, ni en propiedad, ni en uso, estrictamente considerado, como corresponde a una precisa elucidación jurídica.

Por lo demás, el prorrateo de beneficios o pérdidas según el acuerdo base, tampoco es por sí solo indicativo de un contrato determinado. Como ocurre en los contratos parciarios en los cuales, se ha dicho, no hay puesta en común, faltando entonces la debida relación entre ambos extremos, aunque medie la gestión común coordinante interna, y, además, frente a terceros.

Este acuerdo o contrato es una especie dentro del género correspondiente a los contratos plurilaterales, como son, entre otros, las sociedades, los sindicatos de accionistas, etc. No es, pues, sociedad, conforme a mi modesto criterio.

En líneas generales de base, la regulación necesaria en nuestro país habría de establecer los requisitos mínimos del contrato, aclarando, por lo pronto, que no es sociedad para obra o actividad determinada. Cláusulas delimitativas de obligaciones y derechos de cada consorciado; mandato suficiente otorgado por cada sociedad o empresario individual a un miembro del consorcio, el que sólo será representante de cada consorciado. Organización de la gestión, contabilidad, rendición de cuentas, etc., salvo pacto expreso con terceros, no será presumida la responsabilidad. Pero por lo general el contratante establecé un pacto de solidaridad, lo cual es factible, como en el caso del art. 1197 del C. Civil. Pero la construcción jurídica que propugno no tiene por qué presumir la solidaridad. Lo cual no quita que en el orden interno contractual, el grupo establezca entre ellos la solidaridad para hacer frente a los problemas que eventualmente puedan presentarse, incluso atender los problemas individuales de la insolvencia.

La actividad del consorcio deberá pertenecer al objeto social de cada empresa consorciada; me estoy refiriendo especialmente a las sociedades, que son, en el 99,9 % de los casos, las empresas que concurren a la formación del consorcio. O bien debe ser conexas con él. El consorcio no podrá funcionar sin previa autorización de la autoridad correspondiente, en los casos previstos por otras normas

legales, cuando la respectiva superintendencia lo exija. Por eso hablamos de actividades, no solamente de obras.

El acuerdo y sus modificaciones deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio de cada empresa consorciada, al objeto de que todos sepan a qué atenerse, con cierta publicidad.

Esto en cuanto a formas de agrupamiento societario con estructura contractual.

Propugno que esto sea incorporado en la Ley de Sociedades, por su incidencia, aunque aparentemente resulte atécnico, o asistemático, porque debería estar en el Código de Comercio como título de complementación de los contratos de empresas.

En cuanto al grupo societario por estructura contractual pero de dominación, es el control de sociedades ejercido externamente, como se advierte, y connaturalizada en una situación fáctica proveniente del predominio económico. El art. 53 de nuestra ley 19.550, no incluye este control externo, limitándose al interno o jurídico únicamente. Mientras tanto, cabe considerar que este modo de ser del control —y que según muchos autores, y conforme a la experiencia, es más usado que el interno, o al menos lo es en la misma medida, v.gr. en lo correspondiente a socios y accionistas y acreedores, y entre éstos a los minoritarios— constituye implicancias y derivaciones comprendidas en la primera persona afectada, o sea, la sociedad sometida. Ello impone la necesidad de regulación en la medida que interese en el campo del derecho societario. Acertadamente ha puntualizado Ferró Astray, que la previsión legislativa debe tener en cuenta la existencia de las dos categorías de controles: el interno y el externo, aunque use una fórmula unitaria, desde luego.

Las fórmulas son también múltiples desde el ancestral contrato de mutuo hasta los hoy llamados contratos de integración. La gama es rica en medios proclives a la hegemonía. Por ejemplo, contrato de suministro, concesión y distribución, licencia para la utilización de marcas o de patentes de invención, subempresa integrada, *leasing*, la cláusula de exclusividad, etc. Y de ahí que por sus conformaciones diversas y especiales, pero sobre todo por los resultados prácticos que en cada situación deban establecerse, el *leit motiv* de la respectiva dependencia, se establece en un estado de hecho, como igualmente ocurre en el control interno. Ya es *ius receptum* en nuestra doctrina, incluso en alguna jurisprudencia, que estado es una situación de hecho, que es la que ha recibido el art. 36, y que recogen prácticamente todas las legislaciones, con algunas variantes, por ejemplo, la ley brasileña, que exige que ese estado de hecho sea permanente. Otras

no, por el principio de generalidad de la ley, han sido más cautelosas y dicen simplemente que es una situación de hecho, que puede ser el control jurídico interno, o el control económico externo, por vía contractual.

Dichos contratos no son ilícitos, claro está, pero entrañan riesgos con la finalidad del ejercicio del dominio societario y la consecuencia que de éste puede suponerse sobre la empresa controlada y los accionistas afectados. Como el control por medio de aquellos contratos de empresa no puede determinarse de antemano por sí, pero sí son, en cambio, en su mayoría, potenciales para ello, conforme inclusive a la experiencia, el resguardo de los derechos deberá encontrar entonces en la norma jurídica societaria, alguna regla esencial previsoras de la responsabilidad.

Enseguida he de referirme al control en nuestro derecho. Ya he anticipado que la ley 19.550 sólo contempla en su art. 33 el control jurídico. Es clásico el pensamiento de Ascarelli, recordado por Ferro Astray, precisamente en sociedades por acciones, en punto a que su disciplina general sea dictada y estudiada teniendo presente la normal existencia de un control preconstituido, o exteriormente constituido, para el caso que nos interesa. Y en efecto, de esa realidad universal se han hecho cargo los juristas desde hace muchas décadas. Desde el punto de vista legislativo, la incorporación de normas específicas comenzó primero en el derecho público, tocante a monopolios y sus tipos punibles, y a regulaciones tributarias; luego en el derecho privado, a lo largo de preceptos dispersos en distintas leyes, pero en tendencia cada vez más unificada, en estos últimos tiempos, en fuerza de la intensidad, celeridad, expansión del fenómeno de concentración; paralelamente, y no pocas veces, con retraso en su diligencia del ajuste progresivo de determinados conceptos que en el plano jurídico ha ido exigiendo aquella realidad.

Uno de esos conceptos —y está entre los más importantes— es el referente al control societario, construido en una teoría con suerte varia en las diversas aplicaciones legislativas, y que se inició con el control económico, mas lo destacable, en síntesis, es la convergencia general, que es la de tratarse de una situación de hecho que constituye el presupuesto indispensable de la norma reguladora. Ahora bien, esta situación llamada de hecho, sin embargo, ha ido tomando cuerpo con el trascurso del tiempo, al compás de la aceleración de estos fenómenos en su evolución. Porque sigue siendo, desde luego, el fundamento. Y ha ido tomando cuerpo mediante el refuerzo conceptual del lenguaje jurídico con expresiones esclarecedoras, o añá-

didados tendientes a involucrar la idea unitaria de las dos modalidades de control —el jurídico y el económico—, v.gr. influencia dominante en Alemania, Italia y otras naciones, o considerar filial a aquella sociedad que tiene de derecho o de hecho el poder de disponer de su patrimonio o de dirigir su actividad, como el caso de Bélgica. O, volviendo a la aludida fórmula italiana —art. 2359, inc. 2— “la influencia dominante de otra sociedad en virtud de las acciones o cuotas por ésta poseídas” —hasta aquí la fórmula jurídica, y a continuación la económica— “o de particulares vínculos contractuales con ella, la controlada”.

Este artículo fue comentado por Hollin diciendo: “La fórmula es muy flexible y muy general, y ella se aproxima a aquella que en el derecho fiscal francés, denomina el control como una noción de hecho que no puede casi ser puesta en fórmulas dirigidas”.

Estimo, pues, que debe completarse el primer párrafo del art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales, incluyéndose el supuesto de control considerado, y con ello habría de satisfacerse una muy evidente necesidad nacional. Las distintas leyes argentinas que he citado antes, no regulan, lógicamente, el concepto central o núcleo esencial del cual debemos partir, y que corresponde esencialmente al esquema de las sociedades comerciales. Esas leyes, ya vimos, abordan aspectos parciales, que interesan a distintas situaciones de política legislativa. Por lo demás, es superfluo abundar en las notorias razones social-económicas del caso, que prescriben aquella necesidad.

El art. 165 de la ley 19.551, de concursos, proporciona, en el tema del control externo, en el fondo, un argumento de apoyo en este sentido, y no me parece caer en superfetación el complemento que propongo al art. 33 de la ley societaria. Algo de ello se deduce implícitamente en las dificultades que describe Champaud en Francia, de cuyo derecho proviene precisamente el origen de aquella disposición argentina, o sea, de la ley francesa del 13 de julio de 1967, sobre quiebras, y ordenanza del 23 de setiembre del mismo año, que incorporaron los antecedentes que ya existían en normas anteriores de 1935 y 1940, incluídas en materia societaria, y a la cual me referí hace muchos años, en el año 1942, precisamente sobre estos decretos-leyes de 1935 y 1940.

El capítulo concerniente a la responsabilidad del grupo, sobre todo lo que toca a la controlante, requeriría un extenso desarrollo, pues se han elaborado distintas doctrinas al respecto, y el análisis profundo de cada una, a su vez, una nueva incursión al derecho comparado, todo lo cual prolongaría desmesuradamente el objeto de

este trabajo. En cambio, creo útil y práctico extraer de aquellas investigaciones, los factores conclusivos provenientes de los hechos del ejercicio de la autonomía privada negocial, que, por sus propias características, deben conducir a resolver el problema de la responsabilidad. Actúan, en rigor, esencialmente, cualquiera que sea la modalidad del control, sea externo o interno. Por ende, ha de tenerse en cuenta:

1º) La pérdida de toda o parte de la autonomía de la empresa, precisamente de su cualidad sustancial. Esa pérdida de autonomía es ante otra empresa, ya en declaración o bien en comportamiento. Aquí empleo la jerga del negocio jurídico, porque se puede producir una declaración expresa, o un comportamiento, una conducta, de una actuación, de un hacer, que a lo mejor no está escrito, pero que conduce a demostrar, en un momento dado, la existencia de control.

Esto vale tanto para la hipótesis de ser institucionalizado el grupo por la ley, cuanto para el supuesto corriente de que esto no ocurra.

2º) En consecuencia de ello, el desmedro de la personalidad jurídica, realidad económica, y no sólo jurídica de la sociedad, o sea, del titular de la empresa. Desde luego, ésta sigue siendo independiente ante la ley, pero la controlada dependerá de otra para la consecución negocial económica que el grupo ha de alcanzar.

3º) Surge así una distinta manifestación del modo de ser de la empresa, que saliendo de sí misma, se concentra en comunidad con otra, abdicando poder en la controlante, que acumula poder —valga la redundancia— a fin de lograr la mejor eficacia en la unidad de decisión, como autoridad de mando. Esta comunidad de mando no es sino esto: empresa organizada ahora en grupo. Mas, como en toda empresa, el riesgo es inherente a ella. Recordemos el viejo principio de economía política que reza que toda empresa tiene sus riesgos.

En este método de concentración, por hegemonía de una entidad sobre otra u otras, tal poder de mando importa a la vez responsabilidad económica. Mientras tanto, la teoría general del patrimonio continúa surtiendo sus efectos, sólo que por o a través de los cauces consiguientes, y llegando a cierto punto, ante el requerimiento de discernir la titularidad del patrimonio, si es necesario, será justo aplicar la desestimación en la personalidad jurídica, a objeto de atribuir, también, la condigna responsabilidad.

4º) La figura del agrupamiento reconocida o institucionalizada mediante adecuada regulación de normas cuidadosas, significa un régimen indudablemente beneficioso, según el cual el derecho transcurre por cánones precisos. Un ejemplo de esto lo suministra el sis-

tema alemán, aunque por muy obvias razones no sería adaptable a nuestro país, como tal régimen general, pero sería interesante establecer, como allá lo hace el denominado "*Konzern*", un método especial de publicidad, la disciplina de las relaciones entre el interés de dicho órgano de dirección y el adherente singular, la fijación de los poderes de esa dirección, la solución del problema de la responsabilidad, la tutela de las minorías que no afectan o no se adhieren al mentado control, y además, la de los acreedores de las empresas agrupadas.

Pareciera que en esta tendencia se orienta la nueva ley brasileña, que establece el "grupo de sociedades", sobre la cual se ha visto en uno de los capítulos anteriores.

La personificación del grupo a partir del reconocimiento legal, suscita en nuestro derecho problemas de previa adecuación de normas, como la del art. 30. Me estoy refiriendo ahora al grupo de dominación; la personificación del grupo a partir del reconocimiento legal, suscita en nuestro derecho problemas de previa adecuación de normas como las del art. 30. Parece recomendable que la tarea sea abordada, se lo considere o no un nuevo tipo societario. En rigor, se trataría de una sociedad de sociedades, entre empresas controladas o no. El *status* fundamental previo, sería una clara y bien regulada convención de acuerdo, aprobada por socios y accionistas en sus asambleas o reuniones legales, con derecho de receso a valores reales por disidentes y ausentes, normas específicas sobre sus responsabilidades, inscripción en el Registro Público de Comercio, publicidad, fiscalización externa, etc. Naturalmente ese acuerdo significará que una vez delimitada la situación, y dada la facultad de receso a aquellos que no se adhieren, entonces ya la regulación jurídica va a trascurrir con la base de ese acuerdo, de esa convención de grupo, más la de la ley que, desde luego, está por encima de todo.

Pero como el control existe y existirá con o sin el esquema precedente, aunque se establezca por la ley, porque no puede ser obligatorio, esto será inevitable. Aquellas que no se agrupan, tendrán un cauce de responsabilidades distinto de éste que en cambio sí se agrupó. Entonces, establecidas las reglas de juego, las reglas no serán idénticas para los casos en que media el agrupamiento, o sea, ese sacar a luz con la publicidad, que aquellos otros que no se ajustarían a este esquema del agrupamiento, en cuyo caso la responsabilidad trascurre por otras vías.

Entonces, repito, la personificación del grupo a partir del reconocimiento legal, suscita en nuestro derecho un problema de previa

adecuación de la norma del art. 30, y parece recomendable que la tarea sea abordada, se lo considere o no un nuevo tipo societario. Pero como tal control existe y existirá con o sin el esquema precedente, pues aun adoptado por la ley no puede ser obligatorio, residiendo la diferencia entre una y otra hipótesis en la mayor o menor seguridad jurídica que las especiales disposiciones legales brindarian, deben, sin embargo, contemplarse de todas maneras, entre otras, las situaciones injustas en las cuales pueden verse comprendidos y afectados los accionistas minoritarios —como ocurre de ordinario— y además los acreedores. Más bien habría que decir socios y accionistas de la gran masa, sobre todo estos últimos, que no concurren a las asambleas, o que concurriendo en ínfima minoría, no votan favorablemente los acuerdos pertinentes de los cuales resultan las situaciones de control.

Todo socio —y el accionista es socio— goza del derecho de utilidad o dividendo, entre otros, que forma parte de la causa asociativa, y es genéricamente irrenunciable. No se puede renunciar *a priori* a la utilidad. Si se puede renunciar a la utilidad tal o cual, es decir, una vez especificada.

Éste viene a ser el punto de convergencia traducido por diversos actos u operaciones de cesión y disposición del activo social. De manera que su desconocimiento o minusvaloración en los frecuentes casos concretos, o sea, con arreglo a extremos configurantes, debería hallar, amén de las responsabilidades por las vías operativas que ya establece la ley 19.550, el cauce que marca el art. 51, o el cauce de la responsabilidad de administradores, síndicos, etc. (arts. 274 y siguientes). Entonces digo que al lado de esa responsabilidad solidaria del grupo, el hecho entrañaría también los daños que fuesen consecuencia necesaria, desde luego. Pienso que sería justa una norma expresa sobre esta solidaridad.

El fundamento reposa, me parece —y entre otros principios— en el hecho de la comunidad de intereses, y del abuso de poder de la controlante, y en su caso, en el dolo, desde luego. Mas, aun cuando no haya abuso ni dolo, la noción de comunidad de empresa y el principio de corresponder la responsabilidad al ejercicio de la autoridad —léase poder, dominio, control—, pienso que la comunidad de empresa sería suficiente, en mi modesto entender, porque implica la consiguiente responsabilidad, y el ejercicio de una autoridad que este tipo tan singular y poderoso de autoridad económica entraña.

Respecto de los acreedores, también creo necesaria la solidaridad del grupo, expresamente prevista por una norma. Militan, en rigor,

los mismos fundamentos que en la hipótesis de los minoritarios, pero yo añado que en este caso cabría decir, además, porque el grupo distorsionaría, en su caso, la aplicación fáctica de ser el patrimonio del deudor la prenda común del acreedor.

Con esto termino mi exposición de los fundamentos, y quedan a disposición de ustedes las conclusiones, algunas de las cuales son de principios, y otras son ya de previsiones concretas para incorporar en la ley. Es decir, muchos de estos aspectos han sido tratados ayer, y el señor coordinador dirá en qué medida pueden ser tratadas.

Siendo la hora 13, se pasa a cuarto intermedio, reanudándose la sesión a las 16.30.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Siguiendo un poco el movimiento alemán, señalo lo que considero que es una necesidad de excusar la responsabilidad mediante una situación de responsabilidad de un directorio que ha actuado concreta y efectivamente en función de instrucciones, pero no de cualquier instrucción, porque aquí se da el problema que hoy se señalaba cuando se trató de lo ilícito en la administración, sino de instrucciones que sean regularmente emitidas y cuya legalidad sea inobjetable.

Por otra parte, cuando esto no ocurra así, los directores tienen que tener conciencia de que son responsables de la plenitud del régimen legal positivo y que no tiene ningún tipo de excusabilidad la situación frente a quien demuestra la existencia del delito.

No quiero extenderme en esto, quiero ser muy breve y pasar en suma a la situación del concurso, considerando que como regla, en principio, la quiebra de una sociedad controlada, particularmente, siempre debe ser conectada a la de la sociedad controlante. Pero en el supuesto de grupos empresarios en los cuales se ha actuado con regularidad en la constitución del grupo, supuesto un régimen jurídico dado, creo como eventualidad en la posibilidad de que se excluya a la sociedad controlante de las consecuencias de una extensión de la quiebra en la medida en que se libere satisfaciendo el pasivo, sea porque haya constituido reservas o porque urgentemente acuda a solucionar la faz patrimonial comprometida. Y señalo en este sentido que la quiebra se extenderá a la controlante, pero toda vez que habiendo reservas para atender a la exención de pago de las controladas, ellas fueran suficientes, no se extenderá la quiebra.

Considero, por otra parte, por una razón de congruencia, que si se está autorizando supuestamente y por hipótesis la formación de grupos empresarios, la extensión de una quiebra en este caso no

puede significar, de ninguna manera, una presunción de abuso de la responsabilidad, porque se parte del supuesto de que ha sido legítimamente constituido el grupo.

Claro, el fundamento de esto es un punto polémico. Sin penetrar en la teoría de cuál sería en todo caso la justificación, en última instancia lo que se debe atender o pretender es que haya una función de garantía de la sociedad controlante que debe ser controlada sobre la base administrativa, con respecto a lo que el doctor Lo Celso hoy acudió en el sostenimiento de una posición en este sentido.

En lo que concierne a las otras empresas alcanzadas por contratos, alcanzadas por situaciones de hecho, el problema que no está solucionado en la Ley de Quiebras es hasta qué punto la conexión de la quiebra alcanza, qué de la sociedad controlada a la controlante y qué posteriormente. Entiendo que en ese sentido en función del principio de conservación de la empresa, las otras sociedades controladas no deben padecer la extensión del concurso, y solamente no podrán sufrir o padecer consecuencias sino en los alcances del art. 57 de la Ley de Sociedades, sin perjuicio de que si por ejemplo hubiera relaciones entre el directorio y a causa de la quiebra de la sociedad controlada los directores cayeran en incompatibilidades o si existiera la posibilidad de intervención, ese u otro tipo de remedios, pero en definitiva estaría excediendo el marco específico. Serían remedios a situaciones de hecho concretas de otra índole.

El art. 165 de la Ley de Quiebras, en mi concepto, como conversábamos ayer incidentalmente, contiene en su última parte ese extremo legal de que se haga todo un fraude a los acreedores. Personalmente no participo de llegar a la necesidad de probar semejante extremo, difícil por lo demás dentro del proceso concursal desde el inicio poder manejar, y aparte que el art. 165 considera la posibilidad de que se haga todo bajo la apariencia de un acto societario en beneficio o en utilidad de sujetos de derecho, es decir, un individuo o una persona jurídica que se va a beneficiar con el acto de vender. En realidad, tampoco es absolutamente necesario que se haga por la apariencia, porque lo fundamental es que se haya actuado por interpósita persona. No sé si está ligada a la figura de la apariencia; simplemente, una sociedad actuó y sus beneficios fueron a parar a las arcas de un tercer sujeto. Creo que con eso solamente ya se está evidenciando el abuso de la personalidad, sin necesidad de determinar si el titular o el beneficiario último de ello, sea un individuo predominante o fueran a ser más de uno o un conjunto de sujetos dentro del paquete accionario de la sociedad.

La desestimación de la personalidad, por otra parte, que es entre nosotros un tema muy nuevo, es a la vez también un tema muy viejo, como lo señala Vélez Sarsfield al hablar de la hipoteca. Ya en aquel entonces, en 1870, considera que los jueces no pueden tolerar por ajuste a la forma soluciones que no le hagan honor a la ley.

Entonces crea el art. 165 en definitiva, frente al marco de lo que puede ser el exceso en la acción de las sociedades controlantes, tiene ciertas limitaciones que también es menester necesariamente superar.

En síntesis diría que se deben promover los grupos e insistiendo en la regla se deben también puntualizar con rigor todos los límites en los que los grupos legítimamente pueden actuar. Ésa es un poco la idea que teníamos en Punta del Este y particularmente considero que, por lo demás, en orden, digamos, a que estos grupos son empresas trasnacionales o empresas extranjeras que dominan a empresas nacionales, la situación tiene que dar el producto de que la quiebra también se les conecte a estas empresas en tanto no garanticen ese pasivo y hacer lisa y llanamente que no puedan oponer los beneficios de la personalidad societaria. A su vez, hacer cesar todo tipo de beneficio fiscal que pueda haberseles concedido a estas empresas. Pero, es claro, en la hipótesis, feliz expectativa o utopía, de que estas empresas dominantes pudieran ser argentinas —insisto en que hay empresas argentinas que están minando ciertos rubros de mercados extranjeros—, en ese caso ya no tenemos esta temática, que obviamente es un punto sumamente opinable, porque a su vez tiene raíces en una actitud acerca de cuál debe ser la política jurídica en orden a la política económica. Pero en el caso de tratarse de empresas argentinas, el tema caería dentro de las reglas con las que se trataría a los grupos extranjeros.

La idea, entonces, en síntesis, ha sido la de traer una precisión simplemente a la posición a la cual nos habíamos adherido en Punta del Este, respecto de la necesidad de la promoción de grupos y una limitación específica, diría yo, tratando de esclarecer en este sentido que no todo grupo debe merecer protección, cosa que allá por las razones que se dieron no había quedado definitivamente en claro.

Dr. MIGLIARDI. — Entonces, desde el punto de vista de la técnica legislativa sería menester una regulación específica en la cual se excluyeran expresamente de la aplicación a los sujetos comprendidos en la extensión de la quiebra, para evitar que los jueces apliquen alguna norma de fondo.

Dr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Sí, yo creo que con respecto al problema del fraude al que usted se está refiriendo, si usted recuerda el anteproyecto verá que el extremo legal del fraude estaba ahí y que de alguna manera se provoca la inversión de la prueba. Entonces, se declara en quiebra y por vía de incidente la empresa tendrá que probar su exclusión. Pero yo me pregunto: si ahora se declara en quiebra una sociedad, ¿cuándo es el momento en que el juez llega realmente a tener conciencia de que recién ahora le puede extender la quiebra a otra?

Dr. BERGEL. — Hay un fallo de la Corte, muy interesante, donde la Corte abrió juicio sobre el procedimiento habilitado a los fines de la extensión de la quiebra, donde aseguró el procedimiento, donde, digamos, se establecen los resguardos mínimos de la defensa en juicio, que es el procedimiento federal en el incidente. Es decir, demanda, contestación, prueba, sanción, etapas mínimas que se pueden dar a la defensa en juicio. Y precisamente con arreglo a eso se hizo la extensión de la quiebra.

Dr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Exacto. Pero fíjese usted entonces que para extenderle la quiebra a una sociedad controlante, prácticamente caemos en una especie de juicio anti quiebra. Tenemos que probar que existe la vinculación.

Dr. BERGEL. — Pero ya es una cosa distinta.

Dr. PALMERO. — La verdad es que si entramos en ese tema no terminamos más.

Dr. BERGEL. — Precisamente con esos argumentos la Corte desestimó la extensión de la quiebra, lo cual expresamente significa que el procedimiento de extensión de la quiebra es distinto del procedimiento llevado a la quiebra directa de una sociedad.

Dr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Pero previamente le señalo, doctor, que ahí en ese punto es donde yo he dado mi modesta opinión. Llegamos a la controlante; ahora bajar de la controlante a la controlada, es otra cosa.

Dr. FERRO. — Lo que usted sugiere es lisa y llanamente la inversión de la prueba, es decir que la quiebra de la controlada se extendería a la controlante y ésta tendría que probar que no se beneficiaba como resultas de la quiebra de la controlada. Yo personalmente estoy en una posición totalmente inversa.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — O pagando.

Dr. FERRO. — Bueno, o pagando, pero entonces no hay quiebra. Porque fíjese usted que el primer problema sería que los efectos del auto declarativo de la quiebra crearía a la controlante una situación prácticamente de irrecuperación definitiva desde el punto de vista comercial. Es una cosa ya gravísima empresarialmente.

A la vez, creo que en toda la materia hay cierta sustancia penal, y ésta no la tiene; tanto, que no se caracteriza por un tipo penal, pero sí en definitiva es una sanción si cabe en un sentido más genérico de pesos. Es decir, me cabe necesariamente suponer que pueden existir normas con presunción de tales, que están hablando de que hay una responsabilidad patrimonial o un beneficio patrimonial que en última instancia si tiene una procedencia dolosa va a ver que en definitiva tiende al perjuicio de terceros, perjudicados en el área de la controlante.

Esta materia, como usted bien lo indicó, es un punto en que la doctrina está bastante litigada; pero le signífico, en el terreno que nos incumbe, la significancia particularísima que tiene la acusación...

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Que le aclaro, doctor: parte de un presupuesto de que existe una regulación y que todos conozcan la regulación. Yo quiero ser controlante, ya sé qué riesgo corro.

Dr. LO CELSO. — ¿Me permite una interrupción, si es que puedo hacerla? Usted parte de la base de la constitución, de la oficialización, digamos, del régimen.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — De la personificación del grupo.

Dr. LO CELSO. — Bueno, ¿usted no piensa que bien ya la ley puede establecer un tipo de solidaridad, etc.? Porque entonces ya no habría problema de pensar en juicio de antiquiebra ni nada de eso. Eso correría por la vía correspondiente, tal como ocurre con las obligaciones mancomunadamente solidarias.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Podría ser también.

Dr. LO CELSO. — A eso era a lo que me refería hoy. Si uno pudiera hacer un corte, perfecto. En ese caso ya no habría problema.

Dr. FERRO. — Entonces estamos ante un planteo que modificaría sustancialmente el principio de la individualidad jurídica y económica

y traería como consecuencia el desconocimiento de la personalidad jurídica *a priori*, atento a que a nadie le puede interesar preocuparse en coparticipar en una sociedad como accionista mayoritario si como consecuencia de esa circunstancia pierdo la independencia jurídica y económica que me confiere ese hecho. Es decir, en ese caso estamos sustituyendo la personería societaria por la personería grupal.

Dr. LO CELSO. — Precisamente por eso hablamos de personificación del grupo. Quien se integra en el grupo cumpliendo sus requisitos, inscribiéndose y demás, tiene que asumir la responsabilidad. Quien no lo hace está en cauce de otra responsabilidad, que evidentemente tiene que ser mayor.

Dr. FERRO: — Yo diría, sin entrar a discrepar o apoyar una situación como ésta, que un país como el nuestro, que sobre todo es un país de empresas controladas y no controlantes, encontraría una tremenda resistencia a las inversiones extranjeras. Yo creo que nosotros tenemos que ser muy cautos en todo cuanto tenemos que contemplar en esta materia, teniendo en cuenta que somos un país con las características apuntadas. Pero si bien es cierto que podemos adoptar moldes que protejan al accionista minoritario y a los terceros afectados, a las sociedades, tenemos que tener muy en cuenta al inversor extranjero que viene con el fin de arriesgar determinado capital, a jugar alguna determinada suerte, porque va a ser profundamente reacio a aceptar una legislación que esté sustituyendo la personalidad misma que le ha creado la legislación del país de origen y que lo obligue a considerarse formando parte de una misma unidad jurídica y económica que no va a querer tener en cuenta en el momento de la inversión.

Dr. LO CELSO. — Doctor, ¿me permite una interrupción? Pero fíjese que al menos como está ocurriendo ya en algunos países, eso no sería obligatorio. Es el esquema que se ofrece para los que se agrupan. La carta de normas será la convención de grupo, la ley, por supuesto. Entonces se resuelven los problemas de minoritarios, acreedores, etc., que como está publicada ya saben a qué atenerse. Pero como no es obligatorio, esas inversiones extranjeras pueden acoger ese régimen o bien decidirse por el otro.

Dr. FERRO. — Nosotros hicimos una magnífica ley de inversiones extranjeras, pero las inversiones no vinieron.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Pero, doctor, yo creo que en ese sentido hay un aspecto que se siente; si el inversor conoce las

reglas de juego tiene un antecedente más. Lo peor que le pasa al inversor es venir con la duda. Ése es un punto.

Dr. MIGLIARDI. — Yo quiero acotarle al doctor Ferro que desde el punto de vista de las inversiones existe una norma que expresamente excluye a la sociedad digamos controlante de la quiebra de la controlada, es decir que se lo ha puesto en una situación favorable al inversor.

Dr. LO CELSO. — Perdón, yo no tengo presente esa norma, disculpe. Pero no es tanto como una garantía, porque fíjese que esa controlante, no obstante evidentemente esa ventaja, llegado el caso, por lo menos teóricamente se da la posibilidad de que en un momento dado pueda ser perfectamente hasta tomada en el campo de la responsabilidad para hacer las imputaciones que corresponda. Puede darse el caso. Pero esa ley no le garantiza, no le da un *bill* de indemnidad.

Dr. MIGLIARDI. — No. Me refiero a garantía en sentido genérico.

Dr. LO CELSO. — Se limita simplemente, lo cual me parece bien, a favorecer la inversión, nada más. Pero ahora creo que nos toca a nosotros, sentando la estructura de base, decir cuándo será responsable y cuándo no. Habría dos campos, según el tema —que me parece muy bien— del colega: uno el cuadrículado, por así decir, la institucionalizada, ahí están en la ley una serie de requisitos, de normas, publicaciones, balance consolidado, derecho de reserva para los socios que no quieran, etc., etc. Y el otro, el que se sigue actualmente. Bueno, el que quiera seguir actualmente tendrá que tener un cúmulo de responsabilidades, pero que comparado con el otro, va a ser mayor, forzosamente tiene que ser mayor. Así que no escaparía a ese control. Ahora, llama la atención, muchos lo están poniendo; muchos países hay que no tienen, por otra parte, problemas tan disímiles como el nuestro: No hablo de Alemania, desde luego.

Dr. PALMERO. — Sin embargo, doctor, no es la tendencia general.

Dr. LO CELSO. — No hablemos de tendencia, pero observo ese fenómeno que se está produciendo.

Hablan simultáneamente varios señores congresistas.

Dr. FERRO. — ... por una indicación de pautas que *prima facie* esté indicando esa posibilidad. Evidentemente estamos en una colisión

completa de la que nos cuesta salir, porque las posiciones extremas, ambas, me parecen acertadas y ambas me parecen muy peligrosas, sobre todo la última.

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Es decir, usted haría una suerte de acto de extensión de la quiebra.

Dr. FERRO. — Pienso en la necesidad de modelar un camino intermedio, porque —repito— me sugiere, digamos así, una suerte de tremendo temor que después de tres años de cárcel le digan a un señor que lo absuelven de culpa y cargo porque no se le ha podido probar el delito. Directamente es liquidar a una empresa. Es decir, la corrida que se produce sabe producir efectos psicológicos muy terribles. Yo soy abogado de empresas que han tenido no hace mucho la necesidad de estar dando balances con utilidades para que no den pérdidas, única y exclusivamente para que sus créditos no se resintieran. Eso lo resuelve la empresa y con esa finalidad, pero imagínense ustedes lo que puede significar una declaratoria de quiebra para la empresa que después que demostró que no existe delito pretenda seguir trabajando.

Insisto, entonces, en que salvo circunstancias muy especiales, en todo cuanto implique una actitud sancionatoria, es indispensable no castigar *a priori* en un concepto de culpa, y esa idea de culpa o de responsabilidad le incumbe a quien le toca y anula a aquel de quien nos ocupamos.

SR. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — No se funda esto en una posición de culpa ni dolo, sino simplemente; usted es controlante, asuma la consecuencia de lo que por otra parte son sus beneficios, que también no siempre salen a la luz y que generalmente son cuantiosos.

Dr. FERRO. — Pero nosotros estamos hablando de la conveniencia de prohiar la existencia de estos grupos, y si estamos en esta inteligencia de estimularlos, yo diría que éste es un antiestímulo, porque sinceramente me parece difícil que una empresa asuma la responsabilidad de controlar a otra empresa si sabe que en definitiva va a tener que asumir la totalidad de los riesgos de esa otra empresa. Para eso la absorbe y asunto terminado.

Dr. BERGEL. — Yo creo que el tema central en el derecho privado, del agrupamiento de sociedades, es el tema responsabilidad. En el derecho público hay temas censurados por culpa de eso de "economía",

“soberanía”, que ha puesto de manifiesto el doctor Lo Celso, y en el derecho privado, como sugerencia, es el tema responsabilidades.

La realidad concreta nos enseña que el agrupamiento de sociedades se basa en una realidad económica. La evolución del sistema capitalista hace que las empresas deban agruparse para tratar de salvar las situaciones, es decir, toda una serie de aspectos relativos a la faz económica de la situación, y regulemos o no ese fenómeno, el fenómeno existe. En nuestro país, un país receptor de capitales, ¿qué debemos hacer? ¿Debemos elegir medios químicamente puros para establecer un control?, y las formas de control externo, sobre todo, son infinitas. Entonces, frente al problema de la responsabilidad actual debe estar el arma jurídica. Al arma jurídica la disponemos nosotros. Las disposiciones de la Ley de Quiebras sobre extensión de la quiebra, por lo menos en este momento, son armas muy importantes. Debemos dar lugar a una formación jurisprudencial. No podemos encasillar nosotros. No podemos hacer toda una legislación detallista sobre el problema antes de dar una jurisprudencia, y la experiencia, la legislación extranjera, enseña los frutos que va obteniendo. Si nosotros analizamos los diversos fallos de la Corte francesa vamos a ver que en definitiva hay un criterio de equidad para tratar cada una de las situaciones concretas. Dejemos que los tribunales cooperen en eso. No establezcamos una apriorística allí. Entonces, dejemos la fórmula de la sociedad en el capítulo sobre extensión de la quiebra y con ello daremos una respuesta muy importante dentro de nuestro derecho positivo al fenómeno de la concentración de empresas en el ámbito del derecho privado.

Dr. PALMERO. — En realidad he oído todo esto y la verdad es que llegué a este problema de los grupos a través de esta cuestión del 165. Hace varios años que estoy trabajando en un libro, que todavía no lo he concluído y que me preocupa mucho, y por eso gran parte de las preocupaciones que ustedes planteaban son un poco la preocupación de plantear este espinoso y difícil tema de la extensión de la quiebra. Primero, porque la extensión de la quiebra tiene una estructuración teórica y parte de una base jurídica, es decir, de una fundamentación de por qué se extiende la quiebra; que yo originariamente pensé que era indudable que se podía constituir para el 164 y para el 165, y después de estudiar mucho llegué a la conclusión de que no parece ser igual.

Ustedes conocerán que hay una importantísima tarea doctrinal en Francia, Italia, para justificar por qué es esto de la extensión de la quiebra en el socio ilimitadamente responsable, que es la hipótesis

más sencilla, pero que tiene una riqueza doctrinal que puede dar motivo a que la tratemos el tiempo que se quiera.

Ustedes saben que se dividieron en tres escuelas: las escuelas realistas, las escuelas normativistas y las escuelas sancionatorias. Las escuelas realistas decían: la quiebra se conecta porque el socio no concurrió a defenderla en el momento correspondiente. La escuela normativista en esencia dijo: No; ése no es un argumento de ninguna clase. Ésa es una consecuencia en todo caso. Aquí hay una sanción que se le aplica. El descenso de la quiebra se produce, dice que desciende de la norma como una sanción, como una pena. Por cierto que para eso argumentaban la facilidad de que la extensión se produce en el socio ilimitado sin exigírsele las condiciones básicas para la declaración de la falencia, es decir, cesación de pago. Entonces, por eso decían: al ser una norma excepcional, es una norma punitiva. Pero, claro, evidentemente que hablar de un derecho punitivo en ese campo, después de toda la evolución del derecho concursal, parecía algo que no estaba muy en caso. Y vinieron las modernas teorías, entre ellas Nigro, Alejandro Nigro, que tiene ese libro tan importante sobre la extensión de la quiebra. Y dice lo siguiente: No; ni lo uno ni lo otro. La justificación de la norma de extensión tiene su fundamento en la ley. Sí, es verdad, pero no porque sea una sanción sino por la necesidad que surge de la conexidad causal que deviene de liquidar dos patrimonios conjuntamente. Sería imposible la liquidación de dos patrimonios donde hay que conjugar intereses acreedores de una sociedad con acreedores personales y societarios de otra, si no los liquidáramos juntos. Ésa es la razón por la cual se declara en forma automática y conjunta la quiebra de la sociedad al socio ilimitado. Sin perjuicio de que está toda la otra tendencia que está defendida por el derecho alemán, que se opone francamente a la extensión de la quiebra al socio ilimitado y dice: ¿Por qué? De ninguna manera. Si el socio o la sociedad tienen el beneficio de excusión, ¿por qué les vamos a dar un trato más exigente en el proceso concursal que en el caso de la responsabilidad individual? Y ahí viene toda una discusión larguísima.

Yo adelanto que comparto sin ninguna duda —y lo tengo escrito— la posición de Nigro, que además es la posición, diríamos, de nuestra jurisprudencia, de nuestra doctrina, en el sentido de que la extensión de la quiebra al socio ilimitado deviene no de una sanción sino de un imperativo legal, que es una norma excepcional pero como consecuencia de esta necesidad práctica de establecer la liquidación conjunta de dos patrimonios independientes.

Pero esto que pasa dentro del campo de la ilimitación de la responsabilidad en la sociedad colectiva, se complica cuando pasa a este problema donde todos los que han hablado han dicho algo de verdad. Fijense que analizando en Francia justamente el artículo nuestro, el 165, y comparándolo con los antecedentes franceses, se advirtieron muchas diferencias importantes. La primera: los franceses se asustaron de ver que el juez —dice— “deberá”. Allá no es imperativo. Allá la extensión se produce cuando el síndico promueve el incidente de la extensión. Pero no hay una extensión automática como la que quería el socio ilimitado. Primera diferencia. Segunda diferencia: es una conjunción ilativa, es decir, haber actuado detrás de la sociedad, es haberse escondido detrás y haber dispuesto de bienes como si fuesen propios. Allá ya la tendencia más moderna es hacer como lo concreta el art. 101 de la Ley de Quiebras: empieza a dividir las dos tendencias. Y después aparece esto del fraude, y yo les pregunté: y ustedes, ¿qué opinan con esto del fraude? Y dicen: Bueno, esto del fraude nosotros no lo entendemos, porque en el supuesto del agregado del 8 de agosto, del 277, no estaba lo del fraude. Eso del fraude es una inclusión que sinceramente, pese a que tengo información extraoficial pero no lo conozco exactamente, a mi juicio fue puesta para quebrar toda una línea jurisprudencial que estaba asentando la extensión de la quiebra en función del riesgo, y no en función de la culpa. Es la impresión que tengo. Pero fijense qué curioso: que esto no va a operar así, porque la palabra fraude en este contexto insertada, no tiene los alcances del fraude pauliano, como surge en la legislación común, sino que aquel fraude pasa a ser un componente más de la característica propia de este aspecto. O sea que fijense todo lo compleja que es esta situación, y aquí yo rescato la opinión del doctor Bergel: creo que realmente ese art. 165 nuestro al cual se le puede agregar una fórmula que yo he propuesto en ese trabajo último que tengo sobre la explicitación de lo que es el abuso del recurso técnico de la personalidad, un estándar jurídico sin llegar a la caracterización muy particularizada de los casos concretos; una norma elástica, flexible que le permita al juez con la debida explicitación ir aplicando en cada caso particular la situación. No nos olvidemos que el proyecto Cousté, por ejemplo, en Francia, está paralizado justamente por establecer pautas de automaticidad de la extensión. Es decir, crea también lo que señalaba el doctor Ferro exactamente, es correcto, es justamente la gran preocupación. Lo que no quiere decir que tampoco tenga razón el doctor Lo Celso, en el sentido de que la responsabilidad va a venir en un

momento posterior a la estructuración del grupo. Porque si la queremos poner antes, se va a producir una confusión que va a terminar con el principio de la ilimitación de la responsabilidad y el principio de la ilimitación de la responsabilidad tiene que seguir siendo un principio general, porque es evidentemente alguna conquista efectuada por el ordenamiento jurídico.

Quiero terminar agregando otra característica más. Los franceses hablan no sólo de abuso de la personalidad, sino que también hablan de la falta de delicadeza en el manejo de la conducción social. Y esta falta de delicadeza o abuso de poder encuentra un entronque magnífico, a mi juicio, dentro del estándar jurídico que tiene nuestra Ley de Sociedades en el art. 59 cuando habla de la lealtad, que nadie lo ha explotado suficientemente. Esa lealtad de la cual está hablando el art. 59 es una lealtad objetiva; es la lealtad que señala el doctor con gran exactitud, la lealtad para con la persona jurídica, para con su objeto y para con su función como ente moral al cual se le otorgó el recurso técnico de la personalidad. Y cuando los dirigentes trasgreden esa lealtad —que por lo demás está explicitada en incompatibilidades, etc., que existen en la propia ley— vendrán las sanciones. Creo que no hay mejor remedio —no hay que pensar en tantas cosas—, y en eso los franceses me dijeron una cosa muy cierta: cuando usted impone la ilimitación de la responsabilidad tendrá en los dirigentes o en los conductores de la sociedad sus mejores aliados para que se cumpla la ley. El arma de la ilimitación de la responsabilidad y de la sanción personal del abuso de los recursos de la personalidad es un arma muy poderosa, y es un arma que está a la mano cuando los jueces están en conciencia y comprenden de todos estos problemas que son muy complejos, y que hay que reconocer que no son fáciles de apreciar y donde uno se tiente porque ve injusticias y porque ve muchas situaciones donde se podría allanar el camino. Pero creo que hay que andar despacio, hay que dejar que la jurisprudencia se enriquezca, hay que estudiar las experiencias pasadas y creo que ese art. 165 de nuestra Ley de Quiebras, con algunos retoques que pueden surgir, sigue siendo un instrumento más que apto para resolver todas las hipótesis posibles con tal de que se ilustre realmente este aspecto.

Yo voy a dedicar en este libro más de dos capítulos a señalar todos los casos de la jurisprudencia francesa que han venido evolucionando desde el caso Vidal primero hasta el último caso, porque creo que recorriendo la jurisprudencia francesa es realmente donde se ve la riqueza que tiene este artículo y toda la elasticidad de los

tipos, sin llegar a introducir normas de inseguridad que pueden producir los inconvenientes que dice el doctor. Pero de cualquier manera quiero dejar sentado concretamente que me reservo un poco la opinión definitiva, porque todavía no estoy en claro sobre cuál es la solución más justa sobre el problema.

Dr. GIGENA SASIA. — Yo quería hacer un simple comentario enseñado por la práctica. Yo luego de escucharlos a ustedes, retomo un concepto que humorísticamente dije ayer: una mala mujer que uno sublima por el amor, llega a ser una bellísima dama. No siempre la agrupación de sociedades tiene un origen bastardo, al contrario.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — En eso estamos contestes, en que no es así.

Dr. GIGENA SASIA. — Sí, pero digo que a pesar de ello, el aplicar inexorablemente la quiebra es un poco la reminiscencia de suponer que la han movido intereses bastardos.

Hay mil y una razones para agruparse en sociedades. En nuestra Ley de Sociedades Comerciales, que permite incluso el voto múltiple, es muy dable ver sociedades cuyo poder de decisión está en personas visibles o jurídicas, entidad jurídica, que tienen en realidad una participación minoritaria dentro del capital. Yo quiero señalar esto: Philips, por ejemplo, en Holanda tiene separados cada departamento como si fueran empresas independientes, como una forma de lograr la eficiencia y la economía, o sea, un rendimiento óptimo. Personalmente me ha tocado participar en una especie de agrupamiento de empresas en cadena, el cual naciendo de dos socios terminaba en sociedades que tenían setenta y más socios en las que todos tenían el control de la sociedad y se buscaba justamente un parángón a aquella filosofía de la casa Philips que es un caso conocido para mí, y se obtenía gran eficiencia. Entonces, se incorporaba un socio a ese funcionamiento societario, se lo invitaba a entrar, y una serie de circunstancias —su capacidad, sus conocimientos— le significaban a veces tener la llave del negocio, etc., etc.

También mi experiencia me indica, dejando de lado la parte teórica —que ustedes la manejan maravillosamente bien—, que si el doctor Palmero, que ha profundizado este tema, todavía no tiene una idea concreta, ¿qué será del caso nuestro? Pero quiero puntualizar un hecho traído de la vida real. No siempre la controlante tiene el manejo real, fáctico, del manejo de la sociedad. Hay mil y una circunstancias que hacen que esa sociedad sea manejada en la práctica por esos socios que se han incorporado y que son minoritarios

en cuanto al poder de decisión, pero que tienen el manejo real, efectivo, de la sociedad. No siempre, a mi modo de ver, la controlante maneja la sociedad; e incluso hay situaciones de mercado totalmente ajenas a la voluntad de la controlante. De modo que sería pernicioso, y de allí que yo me adhiera muy calurosamente a la idea del doctor Bergel de dejar a la justicia para que en cada caso concreto vea si fue una quiebra producida por circunstancias, digamos una quiebra casual, o fue una quiebra en la cual, aunque sea casual o no casual, esa sociedad fue utilizada como un elemento, tratando de soslayar responsabilidades. De modo que querer catalogar, encuadrar, hacer una clasificación de esta situación de cuándo sí o cuándo no, sería imposible. De allí que hay una sola alternativa: o se extiende o se deja librado al criterio judicial. Yo creo —como dije así muy rápidamente— que sería sumamente peligroso en nuestro país, amén de esa idea interesante por cierto de atraer las inversiones extranjeras, sobre lo cual no sé quien dijo pero me acuerdo en este momento, que también es ilusorio suponer que en nuestro país tengamos la posibilidad de regular el funcionamiento de las empresas multinacionales; que a su vez se representa a la empresa multinacional como un pulpo y con querer cortarle un solo brazo no vamos a matarlo al pulpo; lo más seguro es que el pulpo no se deje cortar la mano, sino que recoja el brazo.

De modo entonces que lo ideal es dejar que las empresas vengan, que trabajen y que la realidad muestre los defectos, ya que si abusan, sin duda tendremos las posibilidades de encaminarlas.

Nada más.

Dr. FERRO: —Yo creo que el tema de hoy, que comenzó el doctor Vallejos Meana, prosiguió luego en el uso de la palabra el doctor Lo Celso, y luego el Dr. Mallo Rivas hizo lo propio, trae una multiplicidad de aspectos que quizá nos hablan un poco de la posibilidad de analizarlo en mayor extensión.

Precisamente, estábamos circunscribiendo el tema a la preocupación que trajo el doctor Zaldívar, que en definitiva coincide en sus líneas generales con todo esto que estamos tratando. Todos estos temas, en una forma u otra, no han sido votados pero sí han sido examinados. Creo, sí, que algunos aspectos merecerían que los analizáramos un poco más en profundidad, porque se han mencionado algunas normas del ordenamiento vigente por lo presuntivamente satisfactorias para enfrentar algunas problemáticas y como el tema naturalmente no ha sido debatido, creo que nos hemos visto priva-

dós de algo que hubiera sido interesante, a pesar de haber sí podido escuchar tan eruditas opiniones, que por lo menos en lo que a mí respecta me han enriquecido. Y tengo que decir, entonces, que si tuviéramos la posibilidad de recapitular un poco y volver a conversar todo lo que hoy se dijo, encontraríamos algunos puntos muy importantes.

Yo estaba memorizando, por ejemplo, lo que expresó el doctor Vallejos Meana cuando se refirió a las acciones entre la controlante y la controlada, tema en el cual nuestra legislación tiene la más absoluta orfandad, porque no se ha contemplado de ninguna manera y en ningún aspecto del régimen societario este fenómeno. Se puso en el caso del art. 248, que dice: "El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios..." societarios.

Luego expresó la conveniencia de que se instituyeran directores por la minoría, para lo cual trajo a colación lo que nuestra ley establece en cuanto al voto.

Efectivamente, la jurisprudencia francesa también tiene en la ley una norma bastante parecida y en algunos casos aplicó esta norma para juzgar los actos en que se relacionan las controlantes con la controlada, es decir, cuando se establecen negocios jurídicos, en lo cual parecería que hay negocios consigo mismo, ya que el accionista controlador, al ejercer el dominio la controlante, controla con la propia empresa.

Como vivo exactamente el problema en este momento, y no es que como se usa a veces, digamos, la consulta, sino simplemente que lo estoy advirtiendo en carne propia, es decir, estoy asistiendo al directorio de una sociedad que tiene el paquete mayoritario de otra sociedad, tiene —porque tiene el mismo objeto social esta sociedad— una vertiente de relaciones permanentes y sistemáticas, y si bien porque estatutariamente existe un directorio de las minorías, los directores por la mayoría no son formalmente miembros de la sociedad controlante.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas).— Perdón: ¿los directores de la mayoría?

Dr. FERRO.— De la mayoría de la controlante.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Los directores de la mayoría de la controlada no son miembros de la controlante.

Hablan simultáneamente varios señores congresistas.

Dr. FERRO. — No es necesario ser accionista de una sociedad para tener voto. Conscientemente los directores de esta sociedad controlante que han sido elegidos por el grupo mayoritario —que es el controlador—, no tienen aparentemente ningún tipo de relación jurídica ni dependencia de ninguna naturaleza. Por otra parte, el director es un hombre común, donde no hay directores de los accionistas A y directores de los accionistas B. ¿Cómo se resuelve el problema de la relación contractual entre la controlante y la controlada?

Dr. PALMERO. — De la Ley de Sociedades surge. Por lo tanto, tiene que individualizar todas las operaciones, la controlante tiene que exteriorizar en su memoria el balance de control. . .

Dr. FERRO. — El problema está en que si la controlante le impone a la controlada negocios en su provecho, los accionistas minoritarios no tienen ningún instrumento legal realmente para poder deducir.

Dr. BERGEL. — El problema es que la defensa del interés societario persigue el interés de los accionistas.

Dr. FERRO. — Lo traigo a relación incluso en este preciso momento, porque soy abogado de la controlante y entonces les digo a mis clientes: señores, yo no les aconsejo, en una operación específica trascendente, que ustedes prescindan de una asamblea; ustedes traigan a los accionistas aquí a que les presten su anuencia. ¿Por qué traigo a colación esto? Sirve para darle la razón al doctor Lo Celso, para darle la razón al doctor Vallejos Meana y para darles la razón a todos los que creemos que es indispensable que en este momento nos sentemos a reflexionar y procuremos promover realmente una legislación de los grupos societarios, porque los que vivimos el quehacer profesional tenemos diariamente la vivencia de cosas que ya comienzan a ser una realidad en el país. Hasta aquí nosotros, con una economía bastante embrionaria, no teníamos estos complejos que ya se están dando en la realidad fáctica y que están generando una serie de problemáticas de muy difícil, no digo solución, sino de muy difícil seguridad. Es decir, nos pone en la tesitura, frente a la ausencia de normas específicas que regulen ciertas situaciones particulares, de tratar de extraer normas generales, consecuencias que no podemos

afirmar que analizadas con criterios diferentes, pueden traer consecuencias también diferentes. Es decir, yo quiero rendir mi homenaje a esos legisladores del '72, porque realmente es una ley que merece el más cálido de los elogios, pero es indudable, como ellos mismos lo dicen y ellos mismos lo reconocen, que en el momento de su dictado ya quizá la ley no era absolutamente suficiente para enfrentar las consecuencias del desarrollo.

Dr. LO CELSO. — Ellos mismos hablaban de un comienzo.

Dr. FERRO. — Sí, de un comienzo. Y con una prudencia sabia que es digna de la mejor ponderación han esperado que se decantara la ley y la jurisprudencia fuera más firme, pero la rapidez y la celeridad de los procesos en materia económica es tan tremenda, que ya está en muchos aspectos superando el marco de mesura con que los legisladores han dejado en blanco alguna hipótesis.

Por ello es que esta exposición es con el fin de refirmar lo que vengo manifestando, que —insisto— es fruto de mi experiencia profesional; no es una mera teorización en el campo de la investigación científica, sino que es lo que recojo diariamente en el ejercicio de la profesión. Estoy advirtiéndole ya realmente la preocupación de no saber en ciertos momentos qué decisión aconsejar y qué camino tomar, frente a la falta de normas específicas que de alguna manera, aunque muy genérica, regulen ciertas situaciones que se están creando y que a medida que el país se va desarrollando y va teniendo ese desarrollo que todos esperamos y deseamos, cada día van a ser más exigentes y más requeridas.

Repito, toda esta charla viene para refirmar vehementemente la necesidad de que los que tenemos la responsabilidad de promoverla, nos adheramos a este tipo de regulación normativa que nos permita satisfacer este tipo de inquietud.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Es la manera de empezar a esclarecer un poco el ámbito de legalidad en que se mueve el directorio de la controlada.

Dr. BERGEL. — Y después que el interés societario no se puede subordinar al interés del grupo mayoritario.

Dr. GIGENA SASIA. — ¿Si me permite, doctor Ferro? No sé si entendí bien o mal el ejemplo que usted puso, pero yo creo que el caso que usted presenta está contemplado en la ley y muy inteligentemente. El 248 está dentro del capítulo de las asambleas. El caso que usted

presenta es el siguiente: existe una empresa controlante que, ya sea en forma directa o por medio de terceras personas, tiene en el directorio gente que ha sido votada por ella; sin hacerlo el director de la minoría, que sabemos son votados por sí mismos y representados por sí mismos. Se presenta un negocio que como dice aquí, existe un interés contrario; interés contrario de quien compra y quien vende. Cuando uno vende, el interés contrario es el de quien compra.

Dr. FERRO. — Contrario ¿entre quiénes?

Dr. GIGENA SASIA. — Cuando hay uno que compra y otro que vende.

Dr. FERRO. — Ése es un fin, doctor. Tal vez sean en todo caso intereses coincidentes. Justamente, no nos olvidemos de la definición tradicional del contrato: ¿a quién representan los directores? ¿A la sociedad o a los accionistas? Representan a los accionistas que tienen el interés contrario...

Dr. GIGENA SASIA. — Correcto, doctor. A eso quería llegar. No sé si entendí bien el ejemplo: supongamos una empresa controlada que va a hacer un negocio con los accionistas mayoritarios de ella, controlantes de ella.

Dr. FERRO. — Sí, pero lo que pasa es que quien va a concretar el negocio es el órgano de dirección, que no tiene ninguna identificación con los accionistas que lo designaron. Consiguientemente, para ellos no hay ningún interés contrario en la sociedad.

Dr. GIGENA SASIA. — Pero es que la ley habla del accionista, no habla de la dirección de la empresa.

Dr. FERRO. — Bueno, pero ellos no son accionistas.

Dr. GIGENA SASIA. — Por eso, doctor. El problema es que si el negocio está dentro del giro normal de la firma, los administradores van a poder concretar el negocio. Está dentro de sus facultades. No hay problema. El problema es cuando hay contradicción entre el accionista y la sociedad. Si no, no va a haber una asamblea. ¿Cuándo se va a una asamblea? ¿A la asamblea se va a ir justamente por qué? Porque se justifica la autorización de una asamblea para hacer determinado negocio; negocio que va a ser realizado por un accionista que está en un interés en contra. El interés en contra es abstenerse de participar, por ejemplo. Entonces, si el negocio se celebra es porque el accionista mayoritario no interesado en el problema, prácticamente ha estado de acuerdo.

Dr. FERRO. — Creo que ése es un problema tangencial.

Dr. MIQUEL. — No sé si está a consideración también la ponencia del doctor Lo Celso.

Dr. LO CELSO. — Así es. Se vinculan tanto los temas...

Hablan simultáneamente varios señores congresistas.

Dr. MIQUEL. — Yo quisiera hacer una breve reflexión, si se me permite, abusando un poco de esta situación familiar a la que ha llegado la Comisión en este momento, después de una exhaustiva labor que ha provocado mi satisfacción personal ante tanta jerarquía científica.

Un hecho que uno experimenta a diario es el valor de poseer una vasta experiencia, la que a medida que el tiempo transcurre va creciendo y lógicamente uno la valora mucho más. En este caso creo que el doctor Lo Celso es el hombre más experimentado...

Dr. LO CELSO. — ¡Oh!, muchas gracias.

Dr. MIQUEL. — ...no sólo por la edad sino por la calidad de la ponencia que ha desarrollado de manera tan eficaz.

Dr. LO CELSO. — Muy opinable, por cierto, en muchos aspectos; lo reconozco. Yo soy un enamorado de las cosas que he escrito, pero admito que puedo estar equivocado, por cierto.

Dr. MIQUEL. — Pero creo coincidir en buena medida con las conclusiones que ha vertido Lo Celso, porque en 1972, en ocasión de las VIII Jornadas Sudamericanas de Derecho Comparado, presenté una ponencia cuyas conclusiones en síntesis se refieren a la necesidad de contemplar en una legislación específica todo el problema de la concentración capitalista. Pero esa ponencia tiene una característica especial, que es la posesión nacional de esa legislación, es decir, una legislación que considere el problema de manera integral, no parcializada como hasta la fecha, aunque sí teniendo en cuenta las especiales circunstancias económicas que caracterizan a nuestro país como país necesitado del torrente inversionista. De este modo —no quiero abusar de los señores congresistas, porque ya están con la suficiente conciencia hecha en este sentido—, yo me voy a permitir leer muy brevemente algunas de esas conclusiones, que son las siguientes, un poco a modo de resumen de varios de los criterios de los congresistas que pretenden encontrar coincidencias y demostrar esas coincidencias

en estas conclusiones que ya fueron elaboradas en el año 1972 y que hoy tienen plena vigencia, pero que lamentablemente siguen en alguna medida insatisfechas las soluciones que se propugnan: Como primera conclusión, consideré en aquel entonces necesaria la intervención estatal en la elaboración de una adecuada política económica nacional y regional en bien de la preservación de las economías nacionales sudamericanas.

Como segunda conclusión, consideré fundamental la necesidad de elaborar una legislación que regule el problema de la concentración capitalista en cada Estado sudamericano, reconociendo el atributo de la nacionalidad de las personas jurídicas, problema sobre el cual hubiera querido elaborar una ponencia específica, pero lamentablemente razones extrañas a este evento me lo han impedido, para una adecuada canalización de la política económica local. En dicha ley serán legisladas las sociedades nacionales y extranjeras considerando una estructura multinacional.

Como tercera conclusión propicié la adopción legal del sistema de penetración de la personalidad jurídica, para permitir la adecuada y justa calificación de la personalidad de las empresas nacionales; y la constitución de su patrimonio y determinación de los intereses, etc., en la inversión.

Como cuarta conclusión propicié los procedimientos tendientes a la elaboración de leyes apropiadas a la depresión de las actividades monopólicas, las cuales deben ser determinadas en función de la etapa del desarrollo económico y de la política económica del Estado. Para el cumplimiento de estos propósitos será necesario que las leyes y acuerdos o tratados regionales entre los países latinoamericanos y aquellos que se celebren con las potencias exportadoras de capital, faciliten el establecimiento y radicación de las industrias extranjeras como elementos coadyuvantes al desarrollo de las economías nacionales. Será menester tener en cuenta la reiteración de la política internacional adoptada como tradición por nuestro país en cuanto a respeto por los Estados, ciudadanos e intereses de los gobiernos extranjeros, estableciéndose una legislación propiciada en condiciones de seguridad y libertad necesarias, que sean un estímulo, y no un obstáculo para la afluencia de la corriente inversora. Esto no significa olvidar las necesidades de nuevas concentraciones y creciente influencia de los centros nacionales de decisión en materia de conglomerados, *joint ventures*, etc., cualquiera que sea la denominación que se adopte, que podrán facilitarse por medio de organismos administrativos en instancia preliminar, tanto en materia de

legislación promotora como represiva. El control estatal deberá realizarse respecto de la instalación y financiamiento de expansión de las empresas extranjeras o a la adquisición de empresas nacionales por grupos extranjeros. Es fundamental el estricto control de las fusiones, respecto de actividades conectadas a sectores claves de la economía, con el fin de reservar para los respectivos Estados o sus empresas comerciales, de manera exclusiva, el control de las industrias dinámicas que se consideren vitales, tratando de recuperar y fortalecer el poder de decisión nacional como manifestación del pleno ejercicio de la soberanía.

Traigo a colación estos criterios, porque creo que en alguna medida son colectores de las opiniones que se han vertido en el Congreso. Pero, de lo que se ha dicho extraigo importantes conclusiones para considerar que ha llegado el momento oportuno de materializar en normas positivas todas estas conclusiones. Y me encuentro con un problema un tanto tradicional en nuestro país, que es el de copiar o ver en la solución de los problemas extranjeros la solución para la economía nacional. En este sentido he visto en la moción del doctor Palmero que habría, digamos, la recolección de los frutos de la doctrina francesa a través del sistema de los contratos de colaboración, y por otra parte la posición de Lo Celso, que preconizando la recepción del sistema de los consorcios adopta en alguna medida la solución italiana del Código del 42.

Dr. LO CELSO. — Perdón. No es propiamente la solución italiana, Hay semejanza, nada más. No sé si he sido claro, pero he dicho que me baso en aquello que ya está ocurriendo de ordinario desde hace tiempo en nuestro país.

Dr. PALMERO. — Yo quiero aclarar también que nosotros tomamos como base eso, pero no hay una identificación de ordinario. Es decir que hay que tomar siempre con beneficio de inventario aquello que sucede en otras partes.

Dr. LO CELSO. — Son diferencias dignas de atenderse, pero especialmente atendemos lo que pasa aquí en casa; aquí y ahora.

Dr. MIQUEL. — Claro, pero frente a esta dicotomía, frente a esta dualidad de caminos, yo me inclino por el criterio del doctor Palmero y las doctoras de Viano y de Sala, porque considero que coincide o digamos empalma mejor con nuestro ordenamiento de tipo contractual y precisamente con las necesidades de nuestro país de que vengan esas corrientes inversoras, a las que no les tenemos que poner

la barrera de una legislación demasiado compleja, porque los países sudamericanos se caracterizan en alguna medida por ser países legismaníacos, por oposición al sistema inglés. Nosotros todo lo legislamos, y somos tan legisladores que a veces incurrimos en legislaciones contradictorias o incongruentes o que no responden a un espíritu uniforme, centrado. Eso creo que indudablemente determina consecuencias perniciosas con relación a las empresas extranjeras.

Fuera de ello, el problema de los consorcios, si bien existe, lo es como una realidad económica. Como una denominación puede aceptarse o no, pero a nosotros —no sé si coincido con el doctor Lo Celso— en este momento no nos significa absolutamente nada desde el punto de vista de la dogmática jurídica y menos aún desde el punto de vista de los conceptos jurídicos. Para nosotros el consorcio, salvo el consorcio del régimen de la ley 13.512, de propiedad horizontal, no tiene en derecho una consagración positiva específica.

Dr. LO CELSO. — Por supuesto. Le aclaro que no hago cuestión.

Dr. MIQUEL. — Todo lo contrario. Yo creo que esta palabrita “consorcio” nos va a traer serios problemas. Es decir, no nos va a traer problemas, porque el estudio no es un problema, pero nos va a dar mucho que estudiar; vamos a tener que analizar mucho este concepto. Yo le tengo un poco de temor porque es un concepto que incluso ya está trayendo graves problemas. Entonces, como tengo mis serias dudas, quería expresarlo para que tengamos cuidado cuando hablemos de consorcio, para que canalicemos muy profundamente la posibilidad de analizar ese término en el momento de la legislación, teniendo en cuenta que se crearía una figura un tanto híbrida que está un poco entre el contrato y la sociedad.

Dr. LO CELSO. — Perdón. Ahí es donde disiento. Yo creo que he sido claro en eso. Consorcio puede ser sociedad o puede ser contrato. Es un término omnicompreensivo. De ahí que a lo mejor no convenga. Pudiera, entonces, llamarse así, o pudiera llamarse agrupamiento de colaboración, como señala usted.

Dr. MIQUEL. — Claro, yo por eso coincido más con la otra denominación.

Dr. LO CELSO. — Pero yo me basaba...

Dr. MIQUEL. — Doctor, perdóneme, pero ¿usted propugna su inclusión legislativa como eso o como complemento de eso?

Dr. LO CELSO.— Dentro de la Ley de Sociedades, porque incide en el agrupamiento societario.

Dr. MIQUEL.— Claro, pero usted, doctor, acuérdesese que nuestra Ley de Sociedades responde a un método específico que se basa en una tipología societaria.

Dr. LO CELSO.— Por supuesto que sí, pero como esto es contrato, y no sociedad, entonces no hay problema con la tipología. Lo único que sí se podrá objetar —pero crea usted que alguna defensa he hecho en esta modesta tesis— es que ¿cómo en una ley societaria se introduce allí en una sección especial una convención contractual entre sociedades? Eso es el Código de Comercio. Eso pertenece sencillamente a los contratos de empresas, y lo dije. Dije y lo aclaré: que todos los contratos de empresas debían estar en su lugar, en el Código de Comercio, en las disposiciones que faltan dictarse, etc. Pero pensé que aquí se puede hacer una excepción, porque una buena técnica legislativa no quiere decir que sea hermética; puede ser permeable a ciertas situaciones donde se dan puntos exactamente incidentes sobre un sistema y donde pueden crear conflictos. Entonces, me parece que no es un dogma, que no es un tabú eso de que en una ley de sociedades haya una pequeña excepción, dentro de la problemática de los efectos del agrupamiento, que diga: El consorcio, o como se llame, consistirá en lo siguiente. ¿Por qué? Porque eso tiene influencia en la forma contractual del agrupamiento. Entonces, no trae problema ni con el art. 30 ni con el aspecto de la tipología, ni nada. Por eso lo propugnaba como consorcio. Alguien me podrá decir: bueno, ¿usted elige la figura, y la naturaleza jurídica? Un momento, no hay tal naturaleza jurídica de consorcio en el sentido de que esto sea fatalmente y evidentemente, dogmáticamente, una sociedad. No, señor. En eso me opongo. No, señor. Puede no ser sociedad. El mismo consorcio de copropietarios no es sociedad. Sin embargo, goza de la personería jurídica que le ha atribuido la jurisprudencia. Pero no es sociedad.

Dr. PALMERO.— Yo quiero traer a colación aquí una dubitación que tuvimos nosotros cuando estuvimos trabajando en este problema, y un poco es esto de si es persona o no es persona. Yo creo que aquí el derecho comercial tiene que tener una visión más amplia. No debemos olvidarnos que existe un art. 33 del Código Civil reformado por la ley 17.711, que ha incorporado a la legislación común el principio de libertad corporativa, donde en el segundo apartado del art.

33 habla de sociedades civiles y comerciales, es decir, se reconoce la personalidad jurídica de la sociedad civil, que es —digamos—, prácticamente, casi una actuación en conjunto en cuanto están perfectamente liberados todos los tabiques patrimoniales y en cuanto ustedes saben que el objeto, la forma de desenvolvimiento, tiene características muy primarias de lo que puede ser una organización social. Y esto no es nada. Ahí nomás, más adelante, en el art. 46 del Código Civil, las simples asociaciones civiles y religiosas, siempre que se constituyan por escritura pública o por documento privado auténtico, forman parte del sujeto de derecho, como está dicho en la doctrina B, G y S y toda la más moderna doctrina, y así lo enseñamos nosotros permanentemente, en el sentido de que nuestro Código Civil se ha enrolado en la más moderna y correcta tesis del principio de libertad corporativa y debemos reconocer que ése es un gran avance. Entonces, nosotros nos planteamos esta discusión: aquí hay un punto medio entre el contrato y la persona, porque es evidente que el gran problema del *joint venture* es cómo insertar esta figura entre el tipo —con todos los rigorismos del tipo— y el contrato. La jurisprudencia norteamericana la refleja palpable a la duda, porque en algunos casos habla de contratos de *joint ventures* y en otros casos habla de asociaciones de *joint ventures*. La misma duda que pasó durante mucho tiempo en el derecho civil cuando se discutía sobre la personalidad de la sociedad civil. La misma duda que se planteó en el derecho romano de las *societas mercatorum* a las *societas mercatoria*, que fue la misma evolución y el mismo proceso.

Entonces, hay un punto donde viene el drama de Shakespeare: "*To be or not to be*". No hay término medio. Hay un punto donde se es o no se es, y no hay alternativa. Yo creo que se puede ser sin necesariamente ser tipo. Entre sujeto de derecho y tipo cabe una posición intermedia. No todos los sujetos de derecho son tipos. Y ya les digo: sí a una sociedad irregular. . . .

Dr. LO CELSO. — ¿Una fundación, por ejemplo?

Dr. PALMERO. — Fundación, las asociaciones civiles, etc.

Si a una sociedad irregular se le reconoce una personalidad ilimitada, etc., ¿cómo éstos grupos de colaboración, consorcios, *joint ventures* o como quiera llamárseles, no van a ser sujetos de derecho? Ésta fue la duda nuestra. Nosotros también dudamos como el doctor Lo Celso, y lo dudamos mucho. Pero si dentro de nuestro contexto, dentro de nuestro derecho nacional, bien afianzadas las cosas así, una sociedad irregular es persona jurídica, una simple congregación

religiosa que lleva el estandarte en las procesiones es sujeto de derecho, ¿cómo estos consorcios no van a ser sujetos de derecho? Nosotros nos inclinamos, y en ese aspecto nos apoyamos en la legislación francesa, en el sentido de que era un sujeto de derecho. Como lo dice magníficamente la doctrina francesa, es un sujeto de derecho de personalidad restringida. ¿Por qué es de personalidad restringida? Porque está apoyado, como lo hemos dicho nosotros, en los límites de la ley que lo va a crear, y además no va a chocar con la rigidez —y es lo lógico—, con las imposiciones que surgen del tipo, de la persona del tipo.

Entonces, tenemos: persona-sujeto de derecho; persona-asociación o persona-tipo, que pueden ir variando sin necesariamente confundirse. Ésta fue nuestra posición y en este sentido nosotros la expresamos. Al flexibilizar esta posibilidad, al establecer estas posibles modificaciones soslayamos todos los inconvenientes del rigorismo del tipo y al mismo tiempo que le dimos la posibilidad de ser un ente, de existir en la vida jurídica, resolvemos el problema de la representación en alguna medida y desde el punto de vista de los terceros no afectamos en nada porque hacemos la conexión, la responsabilidad ilimitada de tipo personal. Entonces logramos —creemos, respetando todas las demás ponencias— compatibilizar todos los problemas que giraban en torno de esa situación.

Dr. LO CELSO. — En ese punto yo me he apartado. No quise tocar si era o no persona. Es tan candente el problema de la sociedad accidental en participación, chocando, reteniendo el art. 30, que preferí no poner cosas conflictivas justamente en el art. 30. Entonces pensé que no debía tocar ese aspecto de la personalidad. Me pareció, en mi modesta opinión desde luego, que no era indispensable; sobre todo por lo que ocurre en la práctica de ordinario, porque esos contratos que se hacen generalmente con obras públicas no les requieren que se asocien. En algunos casos puede ser que ocurra, pero en muchos casos. Conozco muchos casos en donde no es necesario; concurre un conjunto de empresarios, hacen un contrato y el Estado les dice: pero todos ustedes serán solidarios ilimitadamente ante el Estado. Pero sin necesidad de personificación, en el caso mío desde luego, que es el único apartamiento que veo en la sustancia con la ponencia del doctor Palmero.

Dra. BISIO DE VIANO. — Una pregunta, doctor Lo Celso, que es nada más que un pedido de aclaración a los efectos de la relatoría. Y hablando de relatoría, señor presidente, si me permite, voy a agradecer

a los integrantes de esta Comisión la amabilidad y buena voluntad que han tenido para con nosotros los relatores, quienes indudablemente en más de un informe habremos dejado pasar alguna inexactitud que se pudo haber deslizado y que han tenido, sobre todo, como causa la brevedad del tiempo de que dispusimos para trabajar y elaborarlos. En ese sentido estamos muy reconocidos por la consideración que ustedes han tenido para con nosotros.

En este caso, doctor Lo Celso, para intentar reflejar con exactitud su pensamiento, desearía que usted me aclarara si nosotros estamos ubicados: usted advierte dos posibilidades: una de tipo contractual, y otra de una entidad de tipo jurídico.

Dr. LO CELSO. — Así es.

Dra. BISIO DE VIANO. — O sea, una sería el contrato de consorcio...

Dr. LO CELSO. — Hago la aclaración de que pudiera denominarse de otra manera, pero que es lo que ocurre en la realidad actual.

Dra. BISIO DE VIANO. — ...mientras que el grupo de sociedades, tanto sea por la subordinación o por la colaboración...

Dr. LO CELSO. — No.

Dra. BISIO DE VIANO. — ...entre empresas controladas o no.

Dr. LO CELSO. — Claro, porque se admite la posibilidad de que haya empresas que no estén controladas.

Dra. BISIO DE VIANO. — Que haya colaboración.

Dr. LO CELSO. — Indudablemente, las empresas controlantes están en una situación tal, que las que no están controladas van a terminar siendo controladas.

Dra. BISIO DE VIANO. — ¿Y aquí el recurso técnico de la personalidad, por supuesto?

Dr. LO CELSO. — Por supuesto que sí...

Dra. BISIO DE VIANO. — Perfecto.

Dr. LO CELSO. — ...porque ésa sería una verdadera asociación de sociedades, pero a condición de adecuar la estructura jurídica actual, sobre todo la del art. 30.

Dra. BISIO DE VIANO. — Muy bien, muchas gracias por la aclaración.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Muchas gracias, doctor Lo Celso.

LAS POSICIONES DOMINANTES Y LAS PRÁCTICAS
RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA. EFICACIA DE LA
LEY ANTIMONOPÓLICA. LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS
COMO FORMA DE EVITAR DISTORSIONES
IRREPARABLES EN EL MERCADO.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Malló Rivas). — Vamos a pasar ahora al tratamiento del último tema, referido a “Las posiciones dominantes y las prácticas restrictivas de la competencia. Eficacia de la ley antimonopólica. Las medidas precautorias como forma de evitar distorsiones irreparables en el mercado”, de los doctores Rovira, Negri y Bustelo.

Dr. BUSTELO. — Yo quisiera hacer dos reflexiones antes de empezar el tratamiento del tema. La primera es que creo que no podemos decir mucho más de lo que dijo en general hoy el doctor Quintana Ferreyra, a quien le expresamos nuestra viva admiración. Para nosotros es una alegría muy grande encontrarnos aquí en Córdoba con que las dudas y la misma problemática sea compartida por mucha gente y que la unanimidad que se apreció esta mañana, como también esos deseos de profundizar en el tema se manifiesten de esta manera, aunque quisiéramos que no sólo fuera de viva voz sino también en los hechos.

El aporte nuestro es muy humilde y de alguna manera derivado de alguna ponencia en la cual tuvimos el gusto de apoyar la muy brillante exposición del doctor Palmero en Punta del Este. En aquel momento se había focalizado la cosa en cuanto a si era conveniente o no insertar dentro de toda la problemática del agrupamiento todos los aspectos patológicos, de él. Creo que eso quedó perfectamente señalado en la mañana de hoy, y sería totalmente regulado.

La segunda reflexión se refiere a un problema metodológico. Lo que se quiso hacer es una primera aproximación. Se ha hablado mucho de la realidad. Alguien dijo que yo hacía abrir las ventanas. En este caso hemos tratado por lo menos de mirar por el pestillo y

tratar de que esa realidad que todos conocemos pudiera ser cuantificada. A veces decimos: la realidad dice tal cosa. Pero si bien las estadísticas sirven para los fines que se les quiera dar, porque es el arte de mentir con números, dicen algunos, nosotros hemos tratado de ser honestos, ponderar esa situación para poder analizar sobre esa base como hipótesis, es decir, más que todo formular a partir de esa hipótesis de trabajo. Pensamos, sí, que de alguna manera algo que se ha hablado aquí bastante queda como una primera hipótesis. Las leyes no son a veces buenas o malas por sí mismas, sino según como se las aplique. Específicamente en el caso de la Ley de Monopolios, hemos escuchado siempre: y bueno, no la aplique. Entonces, nosotros queríamos saber qué había pasado con esa ley; porque evidentemente salimos no ya a abrir la ventana sino a destapar la olla y a meternos en ese tema más que tabú, ese tema que viene incidiendo un poco negativamente sobre el tema agrupamientos. Queríamos preguntarnos: los temas del agrupamiento ¿inciden en el contexto de esa situación de dictancia, podríamos llamarlo así? Es decir, cuál es la incidencia del agrupamiento societario dentro de toda la problemática y de todos los aspectos del monopolio. Pero eso no pudimos entenderlo demasiado, porque nos faltaron los elementos necesarios para en cada uno de los casos detectar si había o no agrupamiento, ya que evidentemente de las técnicas de agrupación —se ha dicho aquí— muchas son, como dicen los italianos, *sotto voce*.

Con esa pequeña salvedad, queda el doctor Negri con ustedes, que vive el problema todos los días y que podrá decir las cosas con mucha más amplitud que lo que puedo hacer yo.

Dr. NEGRI. — Además de no ser cierto lo que ha dicho el doctor Bustelo (risas), el problema que habíamos planteado nosotros es nuestra desazón ante la vigencia de una ley que después de treinta años de aplicación ha tenido una sola sentencia condenatoria a empresas. Por lo menos en nuestro conocimiento es así.

El problema lo tengo también desde el punto de vista de las posiciones dominantes del mercado y, sintéticamente, a mi modo de ver, en la forma que están hechas radican en la aplicación de medidas precautorias durante la tramitación del proceso, que es como apartado diariamente de la realidad en nuestro trabajo. Cuando se trata de empresas con capacidad financiera suficiente, si se toman actitudes restrictivas, las eliminan a éstas y después de seis, ocho o diez años si obtienen una sentencia condenatoria sucede que tienen una multa de un millón de pesos moneda nacional, por ejemplo.

Otro inconveniente que hay en la ley antimonopólica es el problema de que las empresas damnificadas tienen que recurrir al proceso ordinario en la justicia común para obtener las indemnizaciones.

La ponencia es muy simple y parte de la base de que la ley antimonopólica no es medio idóneo dentro de la política del Estado, no solamente de la Argentina sino también en el Brasil, en Colombia, en Venezuela, donde los casos son prácticamente mínimos. Conclusiones: "1) ratificar la necesidad de que se apliquen en la instancia judicial las medidas precautorias que autorizan las normas procesales vigentes, ya sea dictando órdenes de «cesar» en los casos de maniobras contrarias a una sana competencia, de «no innovar», etc., evitando que el tiempo de duración de los procesos tornen ineficaces las resoluciones finales; 2) proveer en el futuro a la instancia administrativa —que actualmente funciona dentro de la Secretaría de Comercio, con un total de seis empleados; la Comisión Antimonopólica del país, con un total de seis empleados, y un equipo de contadores, es decir, un único contador, y un experto— de los instrumentos idóneos para poner fin a maniobras perjudiciales, facultándola a ejercer una amplia vigilancia del mercado, evacuar consultas, publicar estudios e informaciones, acordar autorizaciones frente a particulares situaciones de mercado, etc., pudiendo asimismo desarrollar procedimientos informales de negociación con las empresas; y 3) se establezca en la reforma legal que el mismo órgano judicial entienda, tanto en la investigación del ilícito como en las indemnizaciones que los eventuales damnificados por las prácticas restrictivas pudieran reclamar".

Ésa es la ponencia, y si hay alguna pregunta que formular quedamos a disposición.

Dr. BUSTELO. — Hay algo que yo quisiera agregar, doctor Negri: implícitamente también en el trabajo se puntualiza precisamente la actividad de un órgano de control. Aquí se ha hablado muchas veces del órgano de control. Aquí tienen un caso. Yo he estado en ese Ministerio pero no tenía conocimiento de cómo se trabajaba ahora. Pasados los años he vuelto y me he encontrado con que se mantiene la misma situación, que la gente se sigue moviendo con patriotismo, con un esfuerzo que uno no sabe hasta qué punto eso le puede ser útil al país. De alguna manera yo debo expresar para esa gente nuestro reconocimiento, así, como argentinos. A veces se habla demasiado mal de la administración pública y hoy me toca decir a mí algo demasiado justo.

Dr. NEGRI. — Quiero agregar otra cosa: la ley antimonopólica se ha tomado en la práctica como un marco de referencia dentro de las políticas generales del Estado. El Ministerio de Economía utiliza en la práctica otros medios de acción directa. Más que una aplicación de la ley antimonopólica es simplemente una especie de amenaza latente. Sin perjuicio de ello yo he visto muchas querellas iniciadas por el espíritu del Poder Ejecutivo, que han tenido este resultado que mencionamos en la ponencia: sobreseimientos profesionales por falta de elementos probatorios ante la necesidad de una prueba objetiva...

Dr. NEGRI. — ... Ubicados en ese marco general es necesario, si existe la ley, que se la aplique, o si no directamente que no se la aplique. Es una especie de cupo de personas. En la práctica es eso. Es la visa de los expedientes. Lo habitual para mí, cuando me vienen estos expedientes —el recinto es de seis u ocho metros cuadrados— es que me cubran todo el escritorio, y después, digamos, se trata de ver qué elementos faltan de los requeridos por el Código Penal para poder sancionar. Pero nosotros vemos que no se han aplicado esas medidas que pueden aplicarse durante el procedimiento, con lo cual podría haber en definitiva un mercado preferente o más o menos preferente.

Nada más que eso es la ponencia.

Dr. BUSTELO. — Yo creo que hay algo que también subyace. El tema de la concurrencia es un tema específico. Hoy lo comentó el doctor Quintana Ferreyra y creo que eso está dicho. Otra cosa es el tema de los agrupamientos empresarios. Tienen puntos grises, tienen zonas grises, pero no necesariamente un tema es correlativo del otro. Las prácticas desleales, en fin, toda la disciplina de la concurrencia puede ser ejercitada negativamente por personas individuales, personas físicas, sociedades, a título particular. Eso es lo que queremos decir.

Dr. PALMERO. — Ya lo había dicho esta mañana y lo vuelvo a repetir ahora: mi coincidencia y sobre todo el mejor de los elogios para este magnífico trabajo que han presentado los doctores preopinantes y que de alguna manera demuestra con cifras lo que todos intuimos en la realidad.

Pero yo quisiera hacer algunas reflexiones más, pensando poner en claro algunos aspectos y preguntándome por qué pasan estas cosas. Voy a poner un ejemplo un tanto repetitivo: cuando enseñamos en derecho civil lo que es el delito civil, se plantea una suerte de susceptibilidad del alumno que dice ¿cómo es posible que pueda haber

un tipo de ilicitud abierta? Porque la ilicitud civil esencialmente es igual a la ilicitud penal, pero se caracteriza por una diferencia fundamental: que la ilicitud civil es abierta, no necesita del tipo, no necesita del verbo punitivo, mientras que la ilicitud penal es cerrada, tiene encima de ella el principio de inocencia, tiene las garantías constitucionales de la actividad represiva del Estado, tiene todo ese contexto legal que hace que la libertad de los ciudadanos deba estar recortada en los verbos de los tipos penales. Es decir que si bien esencialmente son una misma cosa, su implantación dentro de la ley responde a dos premisas diferentes. Y esto es lo que generalmente crea una prevención, pienso yo —y en esto me atrevo a hablar un poco así intuitivamente, para ir rompiendo esta incomunicación entre penalistas y privatistas—, en los penalistas, porque es evidente que al abogado que lee la ley de monopolios, lo primero que le llama la atención es esta generalización; casi diría que es una ley que en una parte dice etcétera, etcétera, lo que a los penalistas los llama realmente a la preocupación y les dice: ¿cómo estos tipos abiertos, tan amplios, tan extensos? Yo creo que aquí es donde está un poco el primer conflicto del problema, porque las leyes que reprimen concretamente este tipo de actividades deben tener una suerte de generalización, ya que es casi imposible captar la maniobra particular.

No descarto —y pienso también un poco intuitivamente— que si se agudizara el proceso y se estudiaran a fondo todas las hipótesis de la realidad, podría avanzarse un poco más en la casuística. Pero es evidente que éste es uno de los problemas que por lo menos aquejan —y lo pongo así un poco sobre la mesa—. El otro problema evidente está en la falta de elementos probatorios, porque evidentemente que hay que hacer la prueba, hay que imputar un hecho delictivo. Evidentemente que cuando se roba una gallina, como decía un viejo jurista francés, con encontrar las plumas está la prueba del delito, aunque se la haya comido el ladrón. Es mucho más fácil lograr sancionar los delitos fácticos, es decir, los que dependen de un hecho de la vida humana —el asesinato, el robo—, que encontrar estas sutiles formas de defraudación, que son mucho más perversas pero más sutiles, y para lo cual hay que tener un recurso técnico; primero, en la formación del juez, que podrá empezar a acondicionar las competencias especiales, y segundo, una infraestructura en el juzgado que le permita poder avanzar sobre pasos ciertos. Aquí existe un representante de nuestros colegas los contadores —de quienes yo me siento muy cerca; no es que los quiera reivindicar, sino que simplemente lo digo—, y aprovecho para decir que pienso que también la ciencia

contable tiene sus puntos de dubitación en muchos aspectos y muchas veces decidir si ha habido o no ha habido este tipo de cosas es problemático, sin caer en los casos típicos de un balance falso, porque ahí estaría perfectamente materializado un delito. Pienso que hay cosas mucho más sutiles, que son precisamente las que al hombre que tiene sobre sus manos la responsabilidad de mandar a la cárcel a otra persona, le crean una seria duda antes de avanzar en la punición.

Es decir que pienso que habría que atacar por dos puntas para que esto llegue a la realidad: por un lado, empezar a tener reuniones más frecuentes entre penalistas y civilistas. Por ejemplo, fíjense lo que pasó con la usura durante mucho tiempo. Durante mucho tiempo la usura se resolvió por el 953 del Código Civil y los pactos usurarios de las hipotecas cayeron por ese magnífico artículo de Vélez Sarsfield, que sigue siendo así pilar de la ilicitud y el límite de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ¿cuántos años pasaron hasta concretarse la figura de la usura? El 954 del Código Civil concreta la lesión, y en 1971 ó 1972 —no recuerdo exactamente— se sancionó la ley de la usura poniéndole pena al tipo civil de la lesión y se avanza sobre la usura y se la lleva al marco de la ilicitud penal. Ahí tienen ustedes la evolución, cómo una figura en un momento se manejó dentro del área de la ilicitud civil general, cuando caía por el 953; después cayó dentro de la ilicitud civil más concretada, que fue el art. 954 del Código Civil, introducida por la ley 17.711, y después entró en la ilicitud penal a través de la sanción de la ley de usura. Ahí se ve cómo va haciendo la evolución.

Pienso que una evolución semejante —y lo demuestra todo el derecho penal societario francés, que no lo conozco profundamente pero lo he podido observar en algunos aspectos fundamentales— se logra repitiendo la fórmula civil. Y ahí pienso que los penalistas tienen también un poco de miedo. Yo reconozco que pisamos un terreno peligroso —y quiero dejar en claro que sigo creyendo en el derecho penal basado en las garantías constitucionales y en los principios de inocencia, y sabemos perfectamente que el tipo es la garantía de libertad y de los ciudadanos—, pero creo que hay ciertos tipos penales que van a tener que estar dotados de cierta generalización, porque si no, pasa lo que pasa, es decir, no se llega a concretar nunca la fórmula tan precisa que logre concretar en cada caso particular las mil y una maneras que tiene el ingenio humano de defraudar con estos mecanismos que tiene a su disposición.

Dr. BUSTELO. — ¿Me permite? En la ley nuestra de sociedades hay una norma que está ahí silenciosa y por sus dueños tal vez olvidada. Sin embargo, el art. 19 cuando reprime la actividad ilícita es una norma formidable, y yo he tratado, también correlativamente con esto, de ver si esa norma había sido alguna vez aplicada. Tenemos noticia de un caso, aunque tal vez el caso era distinto, porque los capitales que integraban el ente societario habían sido mal habidos. Es el caso de una sociedad formada por gente que había hecho un desfalco a un banco y que luego había constituido una sociedad. Tengo entendido que ése es el único caso, aunque no lo puedo afirmar con certeza. Pero no conozco, en algún momento dado, otra aplicación de esa norma en Capital Federal.

Dr. FERRO. — ¿Me permite? Aunque no precisamente en torno del art. 19, recuerdo también dos casos famosos que tuvieron pública notoriedad, pero aclaro que hablo de la época correspondiente a la década del 30. En ambos casos el objeto era perfectamente lícito, se trataba de desarrollar una actividad lícita, pero luego se descubrió que se trataba de una actividad tremendamente delictiva.

Dr. BUSTELO. — Pero fíjese que la norma del art. 19 hasta trae una disposición que es confiscatoria de los bienes. Es decir, va o apunta adonde más duele. Porque generalmente, a veces, extender la sanción penal es ir hacia los directores, pero que, como está visto, pueden no ser accionistas, sino que pueden ser hombres de paso, y entonces aquel que va a ser directo beneficiario va a quedar en algún momento dado fuera de su alcance. Es decir, la sabiduría de este dispositivo no se ha puesto para mí suficientemente de resalto en cuanto a la sabiduría de la norma. De lo que se trata, precisamente, es de aplicar la sanción en el lugar donde debe ser aplicada. Podrá, desde luego, discutirse en algún momento dado la constitucionalidad de esa confiscación; alguien lo va a hacer, pero primero tiene que ser aplicada.

Cr. BELMAÑA. — Comparto la opinión de los expositores, pero yo soy un tanto pesimista y pienso que ha habido por lo menos algo que se ha traducido en una actitud mental y que nos ha arrastrado a todos. Me temo que mientras haya una actitud mental de ese tipo, mentes tan talentosas como las que están presentes en este Congreso podrán dar a luz leyes magníficas, muy sabias, y mientras esa actitud no varíe y la autoridad de aplicación siga la misma tendencia anterior, esas leyes van a correr la misma suerte que la ley de represión

de monopolios. Fijense ustedes: hasta el mismo empresario nuestro difiere mucho del empresario de otros países. Yo les puedo traer a ustedes un estado de la integración de fondos de las empresas y en ese caso van a ver que las empresas se financian con los impuestos evadidos y con los aportes jubilatorios que todavía no han sido aportados efectivamente.

Aquí, en realidad, vamos hacia un concepto de eficiencia. Creo que ése es el pensamiento del gobierno, y Dios quiera que así sea. Es el pensamiento que rige en los países más avanzados del mundo: la eficiencia.

Piensen ustedes que estamos en este momento bajo la vigencia de una ley de blanqueo de capitales y el gobierno nos permite evadir en el futuro pero no más de un veinte por ciento. Así lo establece la ley de blanqueo. Dice: señores, el que en los próximos cinco años evada más de un veinte por ciento, tendrá la sanción correspondiente. O sea que el propio Estado en este momento está combatiendo actitudes anteriores que para mí son fundamentales.

Yo soy un amante de la empresa y me gusta la empresa bajo esa faz de eficiencia.

Resumiendo un poco esto, he extraído dos o tres casos de la práctica, que algunos inclusive atribuyen a un origen étnico, porque la evasión, por ejemplo —recuerdo lo que nos decía el profesor de Finanzas—, en los Estados Unidos, está en estos términos: del ciento por ciento, el 90 paga correctamente; un ocho por ciento se equivoca de buena fe, y un dos por ciento evade. Y nosotros estamos en una evasión del 50 ó 60 por ciento. Con ello también se beneficia Francia y se beneficia Italia, o sea que por eso algunos atribuyen esto a razones étnicas. No sé si será eso o no. Yo estoy muy contento con ser descendiente de españoles. Pero quiero resumir esto diciendo que no solamente se va a limitar a una legislación adecuada, que es imprescindible, sino a una evolución en la actitud mental del pueblo en general y obviamente de la autoridad de aplicación de la ley.

Dr. BUSTELO. — No sólo para eso vamos a necesitar abrir la ventana siempre; no sólo para ver lo que pasa, sino para que alguien caiga afuera. (Risas.)

Dr. NEGRI. — A eso también tiende la ponencia, a la aplicación de la ley.

Dr. LO CELSO. — Unas palabras, simplemente. Deseo señalar mi total y entusiasmada adhesión a la ponencia que los doctores Rovira,

Negri y Bustelo nos han traído, más la complementación que ha formulado en este momento el señor coordinador en cuanto a la necesidad de llevar con cierta exquisitez este problema al plano de la regulación. La forma de llevarlo a cabo la ha señalado con toda exactitud el grupo ponente, pero el doctor Palmero ha añadido unos argumentos que robustecen la tesis, porque efectivamente ahora ocurre más que antes, no solamente por la proliferación de los agrupamientos, que de suyo no son la causa suficiente del fenómeno oligopólico o monopólico, pero que sí contribuyen a configurar todas las zonas grises y conflictivas. Y no es cuestión, como alguien dijo, que después de que algún empresario sufra dos años de prisión, se le diga: disculpe, nos habíamos equivocado. De ahí que apoye con entusiasmo todo esto. Recuerdo en este sentido la tesis de Aftalión de la instancia administrativa previa. No sé si ustedes han leído el informe.

Dr. BUSTELO. — En la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en el comité correspondiente, creo que estaba preparado eso. Creo que el doctor Aftalión ya terminó ese cometido.

Dr. LO CELSO. — Pero a condición de que sea realmente una instancia administrativa previa, preventiva, y que en alguna medida tenga facultades no de represión porque es sobre el Poder Judicial. Al Poder Judicial hay que llevarle los resultados de una previa investigación, de un previo análisis y estudio, que incluso puede ser preventivo para evitar situaciones monopólicas, a fin de que esas zonas grises sean perfectamente esclarecidas, para que se desdibujen las situaciones que pueden ser muy bien de concentración económica necesarias y distinguirlas con toda exactitud de los monopolios o de los oligopolios, donde se pone en peligro la economía nacional.

Las aportaciones que usted acaba de hacer, doctor Palmero, son muy útiles, porque —repito— robustecen la tesis que ustedes nos han traído, para desentrañar de una vez por todas este fenómeno que se produce y que lamentablemente ha quedado con la ley 12.906 en una pura ley y nada más. Usted dijo algo que ha llamado la atención de todos: no se conocen casos de la ley 12.906.

Dr. NEGRI. — Hubo uno sólo, que es del año pasado.

Dr. LO CELSO. — Confieso que no lo tengo presente. ¿Y se llegó a condena?

Dr. NEGRI. — Sí.

Dr. LO CELSO. — Esto entonces está diciendo el porqué de las cosas, no por la ineficiencia del Poder Judicial, sino por la problemática que trae aparejada. Indudablemente tiene que ser sobre la base de una instancia administrativa previa. La palabra parece sencilla y hasta un poco burocratizante. Pero no es así. Se ha puntualizado que se trata de un cuerpo de técnicos, perfectamente organizado, ágil, de intervención rápida, de sumario ultrarrápido, donde se llega a conclusiones positivas. Entonces, así sí se puede hablar en un momento dado de esa ley o una ley mejorada de represión de monopolios y trusts, que pueda tener realmente una dinámica en la vida nacional y sea suficiente.

Dr. BUSTELO. — Nosotros entendemos que precisamente este tipo de investigaciones del dato tiene que ser previo a todo, y en segundo lugar pensamos que también nos va a servir para clarificar eso que hablábamos con el doctor Quintana Ferreyra esta mañana, es decir, para demitificar el problema del monopolio y la relación íntima con los agrupamientos empresarios, porque si todos estamos de acuerdo en que es necesario y en que es una exigencia real, una exigencia no doctrinal, algo como se decía que nos está golpeando la puerta, entonces, precisamente para que eso se pueda concretar sin todos esos prejuicios de que yo hablaba esta mañana, tenemos primero que tratar de tener ese dato, ya que de esa manera vamos a poder avanzar mucho más en el trámite legislativo y aun en el mismo estudio de la disciplina. Una vez que se pueda detectar "grupos empresarios, igual monopolio", yo creo que también se podrá avanzar en los dos caminos en forma coincidente y en profundidad.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — Yo quería brindar mi apoyo a esta intervención administrativa que se propone en la ponencia. Indudablemente, la solución por la vía judicial es harto difícil. Justamente se acaba de señalar cómo quedan encerrados los funcionarios en una sola jurisdicción cuando reciben esa tonelada de expedientes y cuando además la propia normativa penal le tipifica de tal manera el delito, o bien la prueba es imposible o bien es imposible llegar a la tipificación penal. En cambio, con esta intervención administrativa, de tarea especializada, de actos de cesar y también de actos de continuar, porque aquí —y esto es justamente lo que quería señalar— hay una doble faz: no sólo el control y eventualmente la represión, sino también la tranquilidad que tienen que tener los empresarios que desean buscar formas de agrupación, en el sentido de que esa actitud no va a caer después incurso en una cuestión de monopolios; un pro-

ceso de fusión o de agrupación, como digo, a lo mejor no va a ocurrir por ese temor. En cambio, con una explicitación del proyecto a este cuerpo administrativo especializado que lo estudia y le dice "muy bien, prosiga"; y algo de eso el doctor Aftalión preveía...

Dr. BUSTELO. — Y en derecho comparado, en la ley alemana, art. 73, también se contempla.

Dr. VERGARA DEL CARRIL. — ... se puede seguir con toda tranquilidad si es que uno ha empezado, y no estar como con una espada de Damocles, porque además, como nuestra ley de monopolios tiene algún léxico que habla de agrupación, de fusión, etc., parece que todo está en la ley. De manera que para las dos cuestiones hace falta, la positiva y la negativa, al decir cesen en la actitud o al decir continúe que no hay problema.

Dr. FERRO. — Yo quería significar lo siguiente: la exposición del doctor Negri propugna, en la ejecución del proceso, la toma de acciones, de medidas preventivas, y, por otra parte, está la sugerencia de constitución de un organismo administrativo para la fase preventiva del proceso.

Quiero fundamentar que *a priori* estoy de acuerdo con ambas cosas, en la medida en que el órgano administrativo competente no haga uso de esas facultades preventivas, sino que eso quede reservado exclusivamente a la jurisdicción, y digo esto porque nosotros tenemos vigente en este momento una ley de cambios donde el Banco Central de la República tiene unàs facultades tan extraordinarias en materia preventiva, que llega muchísimo más lejos que lo que la jurisdicción penal puede aplicar en definitiva en el caso de una sanción que hubiera correspondido al inculpado.

Entiendo que la división de poderes es una garantía constitucional que forma parte sustancial de nuestro sistema político y que es indispensable salvaguardarla porque constituye la esencia de nuestra propia naturaleza política.

Por tanto, mi posición obedece exclusivamente a significar mi adhesión en cuanto estas medidas precautorias sean tomadas dentro de un proceso penal con la garantía debida, porque entiendo que la jurisdicción lo va a fundamentar dentro de las prescripciones normadas por el Código de Procedimientos Penales, y no librado a la arbitrariedad sino a la libertad que tiene indudablemente un funcionario administrativo para tomar este tipo de decisiones, porque no está constreñido a la norma prescritoria.

Dr. NEGRI. — Probablemente ya en este momento esté firmado un decreto por el Poder Ejecutivo, que fue proyectado por la Secretaría de Comercio, por el cual se autoriza a la Secretaría de Comercio a solicitar a los jueces o a los fiscales del fuero penal-económico, la adopción de medidas precautorias en salvaguarda de la libre concurrencia, pero a solicitar, y no a otra cosa.

Dr. GIGENA SASIA. — Yo quería aportar un pequeño comentario, que es simplemente el siguiente: este problema del monopolio evidentemente nace de una serie de modificaciones por la realidad. La misma economía en sus pautas ha evolucionado excepcionalmente después de la última guerra mundial.

Mientras conversábamos y explicaba esta tarde esta situación, refería de memoria la lectura realizada hacía un rato de uno de los clásicos de la economía libre, del mercado libre, el cual señalaba cómo en el mundo moderno, sin que en manera alguna implique o signifique monopolio, se ha canalizado la competencia; cómo ha pasado prácticamente a archivos aquello de que la competencia comercial en última instancia redundaba en beneficio de la comunidad, sino que es muy al contrario, poniendo un ejemplo muy concreto en el sentido de cómo en algunos tipos de empresas, en un proceso así de dimensionamiento, una caída transitoria del mercado produce la quiebra de esa empresa; incluso, de cómo la competencia en el agrupamiento entre dos compañías, a la larga o a la corta, significa la desaparición de la empresa más débil o la menos eficiente. De allí que los mismos empresarios hayan analizado la importancia de la interdependencia disciplinaria y visto cómo esta ley de monopolios necesitaría de la aportación de un grupo de economistas.

Como decía, entonces, han llegado a la conclusión de que en vez de hacer una competencia es preferible canalizar —y canalizar, en última instancia significa casi aprobar criterios—. Y esto no está en silencio. Esto no ha caído en saco roto. Porque si vamos a las compañías aéreas mundiales, tienen un pacto público y manifiesto de fijación de precios. Es decir que hay actividades empresariales en las cuales la parte empresarial está en manos y en poder de muy pocas empresas, que algunas veces son acusadas de monopolio o de pequeños modelos de oligopolios, lo cual estaría dado, como un elemento demostrativo de este oligopolio, en el precio uniforme. Sin embargo, yo me animaría a manifestar que en ese caso no habría oligopolio. Habría una captación de la realidad de hecho. ¿Qué sentido tiene una lucha desenfadada, cuando a la postre habría de significar el

deterioro o la desaparición de algunas empresas? Y en esa fijación de precios acordada por medio de cámaras, me permito —como decía recién— puntualizar que no habría monopolio, porque era simplemente una confrontación de la realidad, teniendo muy en cuenta que el interés de la sociedad, o ese precio que estaba fijado, no estaba dibujado con una ambición, con una voracidad, sino que es una realidad y que el criterio de querer encontrar ahí un oligopolio por la fijación del precio, no era real.

Esta aportación mía, como digo, simplemente de la práctica vivida, es para señalar lo dificultoso del tema y quizá lo muy interesante de aquello de una instancia previa, para no echar sombras innecesarias.

Dr. MUGUILLO. — Voy a ser relativamente breve. Deseo expresar mi adhesión a la propuesta de Rovira, Negri y Bustelo, y esencialmente me refiero a ese control administrativo que fundamentó Lo Celso.

Dr. LO CELSO. — En realidad lo ha fundamentado el grupo ponente. Yo me limité a hacer una simple acotación, nada más.

Dr. MUGUILLO. — En ese sentido yo quería disentir con el doctor Ferro en cuanto a ese control administrativo previo, en la medida que me ha tocado actuar en la parte del control de entidades financieras en el Banco Central, y creo que dentro de la soberana idiosincrasia de los controles administrativos, el Banco Central, mediante ese control bancario de entidades financieras, ha sido uno de los organismos que mejor se ha comportado. O sea que en ese sentido no creo que sea obstáculo la existencia de ese órgano administrativo que le dé pie al órgano judicial en forma posterior.

Eso solamente era lo que quería expresar.

Dr. FERRO. — Quisiera hacer una aclaración: no he puesto en tela de juicio en ninguna medida, la eficacia de ningún órgano administrativo en el cumplimiento de la misión que la ley le otorga, sino que lo que he cuestionado y lo sigo cuestionando es que a los órganos administrativos se les otorgue la facultad de adoptar medidas preventivas, restrictivas de la libertad, que son exclusiva competencia de la jurisdicción, por cuanto en ello está la salvaguarda de los intereses que están confiados a la jurisdicción, sobre todo cuando las medidas precautorias son de una gravedad tal que implican, si *a posteriori* no se concreta la existencia del hecho punible, un perjuicio de tanta magnitud que es mucho mayor que la pena misma que a veces suele tener la infracción que se persigue.

Dr. PALMERO. — Yo quisiera simplemente plantear una duda, que creo que el doctor Negri me la va a poder aclarar, y es ésta: generalmente, cuando se habla de la instancia previa y visualizado el asunto desde el punto de vista penal, aparece aquello del amparo de los jueces naturales de la ley, que nuestra sabia Constitución lo dice y sabe por qué lo dice. Porque la mayoría de estas situaciones administrativas en algunas oportunidades han tenido connotaciones muy particularizadas a una circunstancia histórica también muy determinada que no es el caso mencionar; o al contrario, se procede de alguna manera sin los recaudos que necesita imprescindiblemente la actividad represiva del Estado para llegar a sancionar a los ciudadanos dentro del ámbito puramente penal. Entonces, ¿qué es generalmente lo que ocurre? Esa instancia administrativa previa, cuando pasa a sede penal es impugnada de nulidad por miles de circunstancias, y se ha denominado "previa" a la parte penal, de manera que el juez de instrucción tiene que verse abocado a estudiar todas las impugnaciones planteadas acerca de esa circunstancia en la sede administrativa. Yo pregunto: en esos problemas —pregunto porque no lo conozco—, ¿no se ha intentado estudiar alguna suerte de compatibilización, de estar lo más próximo posible a la Constitución? Es decir, hay que tener mucho cuidado con tocar las funciones de los jueces naturales de la ley, porque los jueces naturales de la ley tienen una razón de ser y nuestra Constitución puso eso como garantía de los ciudadanos, y sabemos por qué lo pone. Creo que en ese sentido hay que tener cuidado, porque si hacemos como si fuese una cuestión prejudicial lo que resuelvan las del área administrativa, debemos tener presente: —tenemos la obligación— el hecho de no haberlo privado al ciudadano o a la empresa de su legítima defensa. Y si mantenemos el proceso clásico penal con las garantías normales a que estamos nosotros acostumbrados, nos vamos a ver en una obstaculización de la tarea instructora debido a las conclusiones arribadas en el área administrativa. Entonces, considero que habría que pensarlo, lo planteo simplemente como duda. Creo que el problema en esas leyes de Industria y Comercio alguna vez se planteó en ese sentido, se hacía el sumario, después venían las complicaciones, nulidades, etc., etc. Así que esto yo creo que también subyace un poco a las dificultades.

Dr. NEGRI. — La práctica ha solucionado un tanto esa situación. Hablando de lo que usted acertadamente plantea sobre la inconstitucionalidad —me refiero al tema central—, yo creo que no va a ha-

ber problema. Se ha solucionado el problema de la siguiente manera: el sumario administrativo en las actividades de la autoridad de control no es nada más que un informe técnico en definitiva. Se toman declaraciones a una serie de personas sin control oficial, se hacen unos análisis económicos, se valora la situación del mercado —llamémosle algodón, llamémosle cueros, té, café, el caso de los servicios fúnebres, por ejemplo, muy conocido, que también es un monopolio—, y se hace un estudio. Ese estudio se puede haber hecho con intervención judicial previa y después se deriva a la Secretaría de Comercio el expediente.

Dr. PALMERO. — Con intervención judicial previa, es decir el juez de instrucción preside...

Dr. NEGRI. — No precisamente. No. El juez de instrucción puede haber tomado intervención directamente y entonces después, la instrucción, en virtud de la ley 19.106 deriva el expediente para que quede en instancia administrativa. Ésa es una posibilidad. La otra es que se haga una denuncia directamente en la instancia administrativa y ésta investigue, por supuesto.

En el primer caso, una vez que se recibe el informe por la instancia administrativa, el juez vuelve a tomar declaración a los testigos que considera importantes para la investigación administrativa.

En el segundo, también; en el caso de que sea una resolución importante, vuelve a tomar declaración y las pericias hechas por el organismo de control son vueltas a hacer por los peritos oficiales. Es decir, hay un doble proceso: uno por la autoridad administrativa y después el Juzgado juzga, el Juzgado ratifica o rectifica lo que ha hecho el organismo administrativo.

De esa manera se subsana el problema. En la práctica eso es lo que se hace.

Dr. BERGEL. — Yo creo que aquí el problema central es el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la administración pública. La Corte Suprema, en un fallo muy fundamentado, declaró que es inconstitucional el ejercicio de facultades jurisdiccionales por la administración cuando declaró la inconstitucionalidad de las cámaras de arrendamientos y aparcerías rurales. Creo que esa ley es inconstitucional, porque todo el proceso se ejercita desde el Banco Central y solamente la sentencia es la que vale ante la justicia penal económica. Esa ley es inconstitucional. El problema central

está ahí: si la administración pública puede ejercer facultades jurisdiccionales, evidentemente está en contra de los preceptos de la Constitución.

Hablan simultáneamente varios señores congresistas.

Dr. MIQUEL. — Este es un tema que tiene varios matices sobre los cuales se puede opinar. Pero yo creo dos cosas: una, que es fundamental, es el distingo que debe hacerse —y que la Corte nacional lo tiene perfectamente formulado— entre facultades del órgano jurisdiccional y el ejercicio del poder de policía, que es facultad exclusiva del órgano administrador. Eso es esencial. Y, en segundo lugar, que no es un tema propio de tratamiento de esta Comisión, porque ya tiene derivaciones relativas a temas de otra comisión.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Sí, hemos invadido un poco el tema de la Comisión IV, hace una hora.

**LAS SOCIEDADES EN PARTICIPACIÓN
Y EL ART. 30, L.S.**

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Vamos a considerar ahora el tema “Las sociedades en participación y el art. 30, L.S.”, perteneciente a los doctores Marta Cristina Mercado de Sala y Efraín Hugo Richard.

Luego de fundamentar el trabajo la Dra. de Sala, intervienen sucesivamente en el diálogo los Dres. Richard, Gigena Sasía, Ferro, Fornari, Bustelo, pero no pudo registrarse por deficiencias en la grabación.

LIMITACIONES A LAS RELACIONES DE AGRUPAMIENTO SOCIETARIO

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Queda por considerar una ponencia referida al tema "Limitaciones a las relaciones de agrupamiento societario", del doctor Efraín Hugo Richard.

Luego de fundamentar su trabajo el doctor Richard, intervienen sucesivamente en su consideración los doctores Gigena Sasía y Lo Celso. Seguidamente, en síntesis, se expresa lo siguiente.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Mallo Rivas). — Con este tema se concluye la consideración de los asuntos correspondientes a la Comisión I.

El doctor Palmero ha pedido la palabra, pero yo quiero anticiparme para agradecer, como persona de afuera de Córdoba, lo que ha sido la realización de este espléndido Congreso, difícil de adjetivar y difícil de poder concretar una resultante tan exitosa como lo ha sido en este caso. Lógicamente es un compromiso para cualquier otra reunión que pudiera concretarse. Eso realmente nos mueve a decir que ojalá así sea y ojalá también pueda realizarse con el mismo éxito que ésta ha tenido. Ha sido un logro fundamental de la Facultad de Derecho y del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba, que no porque sí ha sido nuestra vieja Universidad Nacional.

Dr. FINAMORE SIMONI. — ¿Me permite, señor presidente? Es para mí un honor muy especial dejar registrado ahora, que fue muy provechoso para mí todo lo que he escuchado durante estos días en que estuve integrando esta Comisión.

La realidad argentina y la realidad brasileña son dos cosas muy parecidas, que incitan al abogado a obtener una solución que respete los intereses de la nacionalidad y que por coincidencia son idénticos en este tema que consideramos en esta Comisión. Hay una identidad en lo que respecta a la protección de nuestras economías.

El calor humano con el que fui brindado, no por mis méritos propios sino mucho más por ese corazón tan grandioso de los cordobeses y de los demás participantes en este congreso, me llevan a pedir el registro de este agradecimiento y a expresar mi deseo de que este ejemplo de labor y de confraternidad que se puso de manifiesto durante todo el tiempo de realización de este congreso, sea tomado como punto de mira en la realización de un próximo congreso que se pretende realizar en el Brasil, aunque todavía está en proyecto, no hay nada concreto, es simplemente una información. De manera entonces que yo deseo que éste sea tomado como ejemplo por nosotros, justamente para poder alcanzar esta productividad tan marcada y tan visible. Vayan, pues, mi agradecimiento y mis felicitaciones para los organizadores de este Congreso.

A continuación usa de la palabra el Dr. Palmero para cerrar las deliberaciones de la Comisión (Aplausos).

Es la hora 20.

COMISIÓN II

**Tema: "ITER CONSTITUTIVO Y SOCIEDADES
IRREGULARES"**

Autoridades:

Presidente: Dr. Guillermo Casiello.

Vicepresidentes: Dr. Héctor García Cuerva y Emilio Cornejo Costas.

Secretarios: Dres. Alfredo Rovira y José María Cristiá.

Relatores: Dres. Raúl Etcheverry y Jorge P. Seara.

Coordinador: Dr. José Ignacio Romero.