

**COMISIÓN IV.1:**  
**CONCENTRACION. REORGANIZACION.**  
**Grupos. Control (dominación): relaciones y efectos. Responsabilidad.**

**RELATORES:**

**INTERNACIONAL:** José M. Embid Irujo  
**NACIONAL:** Julio Otaegui  
**LOCAL:** M. Cristina Mercado de Sala

**PRESIDENTES:** Carlos Odriozola  
Mariano Gagliardo  
Jorge Carranza

**VICEPRESIDENTES:** Carlos Vanasco  
Daniel Moeremans  
Roberto Muguillo

**SECRETARIOS:** Silvia Miccio-Maria T. Acquarone  
María Galimberti  
Julio Escarguel

## PONENCIAS PRESENTADAS

### COMISION IV.1

#### TOMO I

CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO MODERNO,  
PERSONALIDAD Y TIPICIDAD. EMPRESA INDIVIDUAL Y  
SOCIEDAD UNIPERSONAL.

de Ricardo Gulminelli.

PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY 19. 551, ART. 165 INC. 2º.  
de Julio Otaegui.

#### TOMO II

APLICACION DEL CONCEPTO SOCIETARIO DE CONTROL  
EN MATERIA DE CALIFICACION DE LA CONDUCTA.

de Augusto Mallo Rivas.

PERSONALIDAD Y TIPICIDAD; INOPONIBILIDAD DEL TIPO.

de Francisco Junyent Bas - Laura L. Filippi.

¿INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA?.

de Efraín H. Richard.

¿IMPUTACION AL SOCIO (O CONTROLANTE) O RESPONSABILIDAD?.

de Rafael Mariano Manóvil.

LA DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD; EL ONUS PROBANDI  
A CARGO DE LA SOCIEDAD COMERCIAL.

de Daniel M. Turrin.

LOS ACREEDORES FRENTE A LA IMPUTACION DE ACTIVOS POR  
INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA. (LEGE LATA).

de Miguel F. Bargalló - Eduardo M. Favier Dubois (H).

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

**INOPONIBILIDAD.**

de Enrique Manuel Butty.

**ABUSO DE CONTROL DEL SOCIO UNICO EN LA SOCIEDAD UNIPERSONAL O DEL EMPRESARIO EN LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.**

de Julio Manuel Escarguel.

**EL DISREGARD Y EL DERECHO SOCIETARIO INTERNACIONAL EN ARGENTINA.**

de Daniel E. Moeremans.

**LOS LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EN LOS SUPUESTOS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIAL.**

de Salvador Darío Bergel - Martín Esteban Paolatonio.

**TOMO III****SITUACION ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.**

de José Miguel Embid Irujo (ESPAÑA).

**LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN DERECHO ESPAÑOL.**

de José Miguel Embid Irujo (ESPAÑA).

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

de Julio Otaegui.

**APROXIMACION AL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO DERECHO DE ORGANIZACION DE LA EMPRESA POLICORPORATIVA: LA LEGITIMIDAD ESTATUTARIA DE LA DIRECCION UNITARIA COMO CLAVE DE LA LEGITIMIDAD DE LA FORMACION DEL GRUPO DE SOCIEDADES.**

de José Massaguer (ESPAÑA).

**LOS GRUPOS SOCIETARIOS EN NUESTRA LEGISLACION.**

de Alberto Jambrina - Norma Cristóbal - José Tsanis.

**CONCENTRACION ECONOMICA, DERECHO E INTEGRACION.**

de María Cristina Mercado de Sala.

**CONCENTRACION SOCIETARIA. DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**  
de Arnoldo Kleidermacher.

**REFLEXIONES SOBRE GRUPOS SOCIETARIOS EN RELACION A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**  
de Hernan Racciatti (H) - Alberto Romano.

**PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES PARA FACILITAR EL DESARROLLO EMPRESARIAL.**  
de Julio Otaegui.

**LA CESION DEL CONTROL SOCIETARIO CONSTITUYE UNA OPERACION JURIDICA ESPECIFICA Y DEBE, EN CONSECUENCIA, ESTAR SOMETIDA A UN REGIMEN JURIDICO PARTICULAR.**  
de Fernando Estanislao Bougain.

**REORGANIZACION DE EMPRESAS; DERECHO DE OPOSICION DE PERSONAS CON INTERES LEGITIMO.**  
de Nilda Di Bartolo - María Cristina Brea.

**CONCENTRACION - REORGANIZACION.**  
de María José Antelo - María Anahí Cordero - María José García Tejera - Pedro Sadler - Gustavo Mirko Schlossberg.

**LIMITACION EN LA PARTICIPACION EN OTRAS SOCIEDADES.**  
de Alberto Jambrina - Oscar Albor.

**LIMITACION A LA PARTICIPACION EN SOCIEDADES.**  
de Angel Vergara del Carril.

**PARTICIPACIONES COMPUTABLES EN EL ART. 31 DE LA LEY 19.550.**  
de Noemí Bdil - Enrique Skiarski.

**PROYECTO DE REFORMA DEL ART. 31 DE LA LEY 19.550.**  
de Juan Carlos Forestier.



**Presidente (Dr. Odriozola):**

Buenos días. Vamos a dar comienzo a la Comisión IV.1, siendo que en primer lugar hará su relatoría el Dr. Embid Irujo, de España.

**Relator internacional (Dr. Embid Irujo):**

La concentración económico-empresaria tiene que integrarse en estructuras organizativas amplias, de naturaleza capitalista. Fundamentalmente la sociedad anónima y la S.R.L. son las principales protagonistas de estos procesos de unión de sociedades. Como es obvio tales uniones de sociedades alteran significativamente el tipo, esto es la normativa de la sociedad prefigurada por el legislador; y así de la sociedad que llamamos "isla" con personalidad jurídica propia y autonomía económica, se pasa a la sociedad vinculada a otra u otras como es un grupo.

Los diferentes grados y técnicas de vinculación entre sociedades con incidencia muy diversa en la libertad de decisión empresarial de la sociedad abren una problemática jurídica específica que distorsiona la aplicación de una buena parte de las normas del derecho de sociedades vigentes.

Entre otros temas el estudio de los vínculos entre sociedades plantean necesariamente los de su intensidad y su duración. Al ir a estos dos extremos se ha articulado en la doctrina la distinción entre concentración y cooperación empresarial. En la concentración por regla general se percibe una mayor integración y centralización del poder en la empresa con vocación de permanencia y en la cooperación en cambio aludimos a vínculos más ligeros, más livianos y habitualmente de inversión más reducida.

Cuando hablamos así de cooperación empresarial estamos hablando de una unión que no altera sustancialmente la autonomía económica de las sociedades vinculadas, ya se realice a través de la creación de una persona jurídica independiente o sin ella.

El estado de cooperación empresarial no produce, como vengo diciendo, modificaciones significativas en la libertad de mercados de las sociedades, ni por lo tanto afecta a la modificación del derecho de sociedades tal como habitualmente lo conocemos. En cambio cuando aludimos a concentración empresarial estamos refiriéndonos a un proceso de cambio sustancial en el poder de decisión económica de las sociedades agrupadas, ya se haga tal concentración con desaparición de la personalidad jurídica de las sociedades, la fusión; o ya se haga sin desaparición de esa personalidad jurídica. En el supuesto de los grupos nos encontramos por lo tanto con una nueva empresa propiamente hablando como resultado de los vínculos entre las sociedades a agrupar. Aquí sí, el derecho tiene que establecer o formular principios nuevos a fin de lograr la tutela de los intereses que se ven afectados por los excesos de concentración empresarial.

La distinción que les acabo de trazar teóricamente se ha hecho con una gran ligereza y sin duda alguna necesitan mucha mayor precisión porque en la realidad de todos los días, en la realidad cotidiana de los vínculos entre las sociedades nos encontramos con figuras intermedias, como por ejemplo lo que la ley alemana en la sociedad por acción llama "grupos por coordinación". por eso reitero que en cualquier caso la distinción trazada entre concentración y cooperación empresarial no es una distinción trazada con gran precisión.

En esta comisión del congreso, nos vamos a ocupar fundamentalmente de los grupos según he leído en las ponencias presentadas. La perspectiva que yo creo que se adopta es habitualmente la del derecho de sociedades, pero esto no permite desconocer que sobre el fenómeno de los grupos sociales inciden otros sectores del derecho como son el derecho fiscal; así el derecho tributario casi siempre se adelanta al derecho mercantil en fijar el perfil de las instituciones; y por otro lado el derecho del trabajo también incide sobre el grupo o viceversa (como queramos). En el caso del derecho tributario como ustedes saben es habitual en el derecho comparado que al grupo se lo someta a una tributación unificada sobre la base de la consolidación contable de las sociedades que lo forman. En el caso del derecho del trabajo hay una experiencia interesante en mi país por vía jurisprudencial.

Los tribunales han tendido a establecer la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por las deudas laborales de una de ellas. Es decir, por ejemplo, una sociedad que entra en situación de quiebra y no puede hacer frente a los compromisos derivados de los contratos de trabajo en curso. Pues bien, si esas sociedades están integradas en un grupo los tribunales españoles habitualmente suelen establecer sin base legal para ello una responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por esas deudas de trabajo. Pero también hay que referirse a otros sectores jurídicos, a los que afectan los grupos de sociedades. Los derechos de competencia en los sistemas de economía de mercado, son un sector cada vez más importante, porque evidentemente la competencia, como bien jurídico tiene un valor evidentemente constitucional junto con otros bienes igualmente tutelados, como la defensa del consumidor, la protección del medio ambiente, etc.. Pues bien, la defensa de la libre competencia es un valor constitucional pero como es evidente, todo grado o todo tipo de concentración de empresa supone, como es obvio, una disminución de la competencia.

Ahora bien, los economistas nos han demostrado hace ya cierto tiempo, que no toda restricción de la competencia es sinceramente negativa, y por lo tanto no todo grupo de sociedades debe ser considerado como un fenómeno negativo desde el punto de vista del derecho de la competencia. Pues bien, este planteamiento sobre lo que la competencia puede y debe ser en el mercado inspira al tratamiento del fenómeno de los grupos de sociedades desde esta perspectiva jurídica de la que vengo hablando y me permito citar a tal efecto un texto legal de la Comunidad

Europea el Reglamento del 21 de diciembre de 1989 sobre control de las concentraciones de empresas en el mercado común.

Este reglamento afecta a los diferentes tipos de concentración de empresas, las fusiones, los grupos; y el título del reglamento se preocupa (como ven ustedes), por controlar, pero no por prohibir esa formación de concentraciones de empresas. Además la práctica de la comisión en las comunidades europeas en la aplicación de este reglamento nos demuestra una gran flexibilidad a la hora de aplicar el control; y no la prohibición sólo de los grupos; como se observa, por la todavía escasa experiencia que se tiene.

Pero volviendo al derecho de sociedades que es la materia que yo mejor conozco y creo que además es la que nos congrega a todos aquí. Ese estudio de los grupos como saben ustedes ya solía ser desde la perspectiva de la sociedad anónima, habitualmente, (ya sea la sociedad anónima dominante o sociedad dependiente del grupo). Esta perspectiva es válida sobre todo desde que el derecho alemán con su ya citada ley de sociedades por acciones de 1965 que estableció por primera vez el régimen jurídico de los grupos dentro de una ley, repito, de sociedades por acción y las sociedades anónimas, como diríamos con nuestra terminología. Pero también es verdad, que dentro de la amplia y compleja terminología del grupo, hay que prestar atención a que no sólo es la sociedad anónima una persona jurídica integrada habitualmente en grupos, sino también otros tipos societarios.

Estoy pensando sobre todo en la S.R.L., y de nuevo el ejemplo del derecho alemán; pero esta vez no por vía legislativa sino por vía de creación jurisprudencial de los tribunales. Nos enseña una vez más que, la S.R.L. está siendo cada vez más protagonista de la formación y del funcionamiento societario. Esta es la perspectiva de los ordenamientos que siguiendo al derecho alemán, se han preocupado de la regulación del grupo; yo diría que la filosofía, como le suelen decir ahora de estos ordenamientos, es muy similar.

En el grupo se ve un conjunto permanente, entre el interés colectivo del grupo y los intereses singulares de las sociedades en ellos integrados. Un conjunto de intereses del grupo y los intereses particulares de tales agentes societarios, que para el derecho alemán, para el brasileño y el portugués (que sucesivamente han contemplado el fenómeno) ese conflicto se trata de una manera muy similar. Por un lado, primero se reconoce la legitimidad del grupo; es decir, el grupo es una estructura empresarial válida ante el derecho, no ilícita, y por lo tanto su interés puede ser promovido, puede ser perseguido lícitamente, aunque ello pueda traer consigo perjuicio para las sociedades dominadas o sociedades dependientes, o para los socios o acreedores de estas sociedades dominantes.

Así por ejemplo el Art. 308 de la ley alemana de sociedades por acciones nos habla concretamente de una facultad, de una especie de poder de impartir por la

sociedad dominante instrucciones vinculantes a las sociedades dominadas, que estas tienen que ejecutar, aunque sean perjudiciales para ella, con tal que el interés del grupo sea promovido a través de tales acciones. Pero como segunda idea de esa filosofía, que inspira el derecho societario de los grupos, hay que decir que a imitación del legislador alemán se establecen medidas de protección de las personas, o de los grupos afectados por esa legitimidad del grupo de sociedades que el derecho reconoce.

Estoy pensando sobre todo, en medidas de protección de los socios minoritarios de las sociedades dominadas, en medidas de protección de los acreedores de estas sociedades dominadas; y saliéndonos un poco también de nuestro ámbito, medidas de protección de los trabajadores, también lo veíamos antes a propósito del derecho español de las sociedades dominadas.

El estado legislativo que les acabo de describir, es el todavía dominante y mayoritario en la reflexión contemporánea, -que aparte del derecho alemán, brasileño y portugués, no conozco un ordenamiento que con esa perspectiva del derecho de sociedades, regule los grupos con otras perspectivas; sí los hay fiscal, laboral, contable por supuesto, y muy abundantes. Pero con este planteamiento de comprender, de tratar, de regular el conflicto societario ahí planteado desde luego creo que no.

La Comunidad Europea por ejemplo, lleva ya muchos años intentando abordar la elaboración de una directiva sobre grupos de sociedades, pero una directiva no contable en sí, una directiva específicamente societaria; y hay que decir por las últimas informaciones que me han sido conocidas, que esa directiva está abandonada, que el proyecto no sigue adelante.

Pero todo lo que les estoy diciendo y enseguida terminaré, no pasa de ser lo que podríamos llamar la visión clásica del derecho de grupos de sociedades, y la palabra clásica no es una paradoja a pesar de que la ley alemana solo tiene 27 años de vigencia, y digo que es la visión clásica porque en el mundo de los grupos, los problemas se suceden con un carácter ciertamente vertiginoso, y la legislación sin duda alguna no ha llegado a comprenderlos de una manera adecuada. Y es la propia práctica empresarial de los grupos la que plantea nuevos problemas, y la que está obligando sobre todo a los tribunales a dar una respuesta jurídica al fenómeno de los grupos en toda su dimensión y en toda su complejidad; y son dos fundamentalmente diría yo las cuestiones que habitualmente no han sido contempladas por el derecho, aunque últimamente algunas de ellas sí. Me refiero fundamentalmente a los procesos de formación del grupo, a los procesos que conducen a la toma del control de una sociedad por un lado, y de otro a lo que es propiamente hablando, la organización del grupo, es decir como se estructura internamente (si tiene órganos, si no tiene órganos, etc.etc., todo lo que es la construcción interna del grupo).

Estos dos problemas insisto, son problemas en cierto sentido nuevos, no abordados por las leyes. Y están obligando a los tribunales, (pienso una vez más en los tribunales alemanes), a afrontar, a dar una respuesta jurídica en un auténtico proceso de creación judicial del derecho, que puede plantearnos a veces dudas de carácter profundo como juristas, dudas que se sitúan incluso en el terreno de la legitimidad constitucional de los tribunales, para dar en la sentencia, que es un acto si ustedes quieren jurídico individualizado, una solución que viene a ser más que una solución a un problema concreto, una solución de carácter general a un problema también general.

Bien, yo con estas reflexiones, que están mucho mejor explicadas en el texto, (figuran en el Vol. IV del Congreso), voy a dar por terminada mi intervención no sin antes, por supuesto, agradecerles su atención y también, a pedirles que cuando llegue el momento del debate, entre todos intentemos ir precisando, concretando estos muy diferentes aspectos; aquí solamente han podido ser esbozados.

Nada más, muchas gracias.

#### **Relator nacional (Dr. Otaegui):**

El tema, requiere de alguna manera una ubicación de vocabulario o de terminología, por la imprecisión del temario, y por eso voy a comenzar a dar mi interpretación de las palabras que voy a usar.

El tema propuesto es, organización y concentración.

Es evidente que la reorganización y la concentración societaria, son respuestas jurídicas al fenómeno del crecimiento de la empresa, que tomo vuelo durante los siglos XIX y XX.

La reorganización societaria yo la interpreto, como un conjunto de situaciones; primero la reorganización de los procesos de transformación, en virtud de los cuales la empresa puede lograr la estructura jurídica adecuada para su envergadura; sabemos, pero igual lo repito, que la estructura jurídica más apta para la estructuración capitalista de la empresa, es la sociedad anónima. El segundo aspecto de la reorganización societaria son, los fenómenos de unificación de sociedades, el proceso de fusión; otro fenómeno es el fenómeno de la descentralización, los procesos de escisión y los procesos de constitución de filiales; y otro fenómeno al cual llegamos es el fenómeno de la concentración, en el cual repetiré conceptos del Prof. Embid Irujo. En la concentración, nosotros nos encontramos frente al tema del agrupamiento de sociedades, y en el agrupamiento de sociedades pueden incluirse por un lado, las agrupaciones de sociedades que procuran una coordinación sectorial y parcial de las actividades de las sociedades y los grupos de sociedades, en los cuales personas jurídicas independientes se encuentran sometidas a una dirección común.

Las agrupaciones de sociedades y ejemplificaré con algunos casos, apuntan a distintas finalidades; una finalidad de la coordinación es la correulación, tiende a eliminar la competencia en el mercado, parte de acuerdo entre sociedades competidoras; diría que el arquetipo de la coordinación es el cartel alemán o el consorcio italiano del año 42, inspirado en una filosofía política que no es la actual vigente; normalmente estos acuerdos societarios caen bajo los juegos de las legislaciones antimonopolios. Otra finalidad distinta de las agrupaciones de sociedades, es la que señaló el Prof. Embid Irujo, la finalidad de la cooperación montadas estructuras empresariales comunes parciales no completas y yo creo que puedo dar algún ejemplo. Creo que un ejemplo de esto son las agrupaciones temporarias españolas del año 63, otro ejemplo de esto es el grupo económico francés del año 67, otro ejemplo de esto es la agrupación de colaboración argentina del año 83 y otro ejemplo de esto es el grupo de interés económico uruguayo del año 81. Doy los ejemplos para ubicar lo que quiero significar, otra fórmula de coordinación es la fórmula que permite la coparticipación accidental de negocios determinados, el arquetipo de esta es el joint venture no personificado norteamericano, y en el derecho continental diría que la fórmula clásica es la sociedad accidental o de la sociedad momentánea; y existen otros institutos no societarios o aparentemente no societarios, como puede ser el consorcio brasileño del año 76, la unión transitoria de empresas argentinas del año 83 y recuerdo si no estoy confundido la unión transitoria de empresas españolas del año 63 y a la cual hay que añadir últimamente el consorcio uruguayo.

Otra finalidad de estas agrupaciones coordinativas parciales, son las que procuran el desarrollo de compartir una actividad permanente; su arquetipo sería el joint venture incorporado o norteamericano, o la filial común, o la sociedad de sociedades del derecho europeo.

Estos son los grupos de sociedades, en los grupos de sociedad cada grupo mantiene la independencia de sus criterios y que contractualmente pueden limitar o coordinar para determinados fines.

La restricción principal se encuentra, en las leyes de defensa de la competencia, los acuerdos de coregulación.

Aparte de esto, frente a estos fenómenos aparece el grupo de sociedades. El grupo de sociedades está consustanciado con el fenómeno de control, no puede haber grupos de sociedades sin control aunque puede haber control sin grupo, puede haber control sin grupo cuando el controlante no es empresario. Primer pregunta ¿es lícito el control? entendido cómo qué?. El control, entendido como el poder de administración indirecta sobre un patrimonio societario, en virtud de una influencia dominante ejercida sobre los administradores de una sociedad. Esto es lícito o no es lícito?. Si comenzamos a analizar los distintos supuestos o casos de control, veremos que esto es lícito; en el supuesto del control interno o del control

participacional, se ejerce la influencia dominante sobre los administradores de una sociedad porque se está en condiciones de nombrarlos, de removerlos o de responsabilizarlos y remunerarlos. Y esto de dónde surge?. En el control interno o participacional, surge del principio colegial de la prevalencia de la mayoría, esto es perfectamente lícito; y esto sólo se torna ilícito cuando el voto se ejerce impropriadamente, cuando se vota en conflictos de intereses o cuando se votan acuerdos objetivamente contrarios a la ley.

El control interno y el control participacional es lícito por su naturaleza.

Existe como es sabido otra suerte de control, que es el control que deriva de convenciones entre sociedades, contratos en los cuales fundamentalmente se procura la integración empresarial. Una integración empresarial que por su naturaleza consiste, en que una sociedad integre la sociedad de otra de manera, que para la sociedad que se integra es imprescindible esta participación, pero que para la sociedad que la integra la participación no es imprescindible. Esto crea una obvia relación de predominio de la sociedad integrante sobre la sociedad integrada. Esto es lícito?. Esto es lícito, en la misma medida que los contratos que son el sustento de esta solución, sean lícitos. A la luz de la libertad de los principios convencionales, mientras estos contratos no ofendan al interés público, al orden público o a las buenas costumbres, esto es perfectamente lícito. Es lícito el control, es lícito desde este enfoque la constitución de un grupo de sociedades sobre la base de control.

Naturalmente que como antes dijimos esto es lícito, mientras no se ejerza torpemente; y *el control ejercido torpemente con prescindencia de que haya grupo o no grupo, plantea los siguientes problemas*. El primer problema que plantea, esta dado por el hecho de que el controlante puede dañar al patrimonio de la sociedad controlada, de este supuesto deriva el eventual perjuicio a los acreedores de esa sociedad controlada y si se quiere inclusive a tener rangos especiales, el fisco, los trabajadores; eso lo vamos a ver después. El segundo problema que plantea el control ejercido torpemente, es cuando se invoca la personalidad de la sociedad controlada en perjuicio de terceros; estos son problemas genéricos para todo control. *El control dentro de un grupo*. Además de estos problemas genera otros. ¿Qué otros problemas genera el control dentro de un grupo?. El primer problema que genera el control dentro de un grupo, es el problema de las relaciones especiales; entre las sociedades integrantes de un grupo se dan relaciones comerciales, empresariales e industriales; son relaciones favorecidas, si esta situación no se evidencia frente a terceros en los estados contables, los terceros van a llevar una impresión equivocada de lo que realmente es la situación o de los resultados de una sociedad determinada. Primer problema: la existencia de relaciones especiales, que si no se evidencian perjudicaran a terceros; y atentarán en definitiva contra la veracidad, o por lo menos contra la claridad de los estados contables.

El segundo problema que plantean los grupos de sociedades, es el problema de las participaciones recíprocas; las participaciones recíprocas son un tópico muy próximo al de adquisición de las propias acciones, no es exactamente el mismo tema, pero es un tema muy próxima y a través de las participaciones recíprocas en los grupos de sociedades pueden producirse dos efectos indeseables.

El primer defecto indeseable es la licuación de los capitales; el segundo defecto indeseable es la apropiación del voto por los administradores de la sociedad controlante, esto será también la adquisición de acciones no con características exactamente iguales.

El tercer problema que plantean los grupos de sociedades, es un problema referido a los supuestos de regímenes objetables, en los cuales existe órganos de fiscalización interna. Si los integrantes de los órganos de fiscalización interna no solamente son elegidos por la controlante, que es el mayoritario en los casos de control interno, sino que además son dependientes de la controlante evidentemente se afecta radicalmente la posibilidad y la actuación parcial de estos órganos.

El cuarto que visualizo en este momento, es el problema de la aceptación de los regímenes estatales de fiscalización. Los regímenes estatales de fiscalización, sean regímenes de fiscalización estructural, como por ejemplo nuestra ley de sociedades que controla la sociedad anónima por ser sociedad anónima; sean regímenes de fiscalización por actividad, actividad bancaria, la actividad aseguradora, etc. etc., pueden verse afectados a través de procedimientos de agrupaciones de sociedad. Esta es la problemática general del tema actual, esta es la respuesta de la legislación argentina. Naturalmente la legislación argentina llegó a esta respuesta no en el código de comercio de siglo XIX que esto es obvio. En el siglo XIX apenas había una referencia al fenómeno de la fusión sin indicar cuál era su procedimiento, se empezaron a tocar estos problemas en primer lugar, como ha señalado el Prof. Embid Irujo, y esto se reproduce acá en el derecho tributario.

En la década del 40, se introdujo la solución norteamericana de las reorganizaciones no imponibles; los norteamericanos después de la primera guerra mundial quisieron favorecer la reorganización de las empresas, y crearon un régimen de extensión impositiva para determinados agrupamientos societarios, esta idea fue recogida por nuestro derecho tributario allá por la década del 40; primera aproximación de la temática de los grupos y también en el derecho tributario.

Hay autores fiscalistas, que dicen que esta solución es igual que la norteamericana, pero si no lo es se parece mucho. También en el derecho tributario ha tomado lugar el principio legal de la realidad económica, los Arts. 11 y 12 de la Ley 11683 establecen que por encima de toda reforma jurídica, el fisco tomará en cuenta la realidad económica y esto ha sido aplicado tanto en beneficio del fisco como en beneficio de los contribuyentes; nuestra Corte Suprema de Justicia ha



aplicado este principio para ambos lados.

Una segunda respuesta o aproximación al tema de los grupos de sociedades, estuvo relacionado con los trabajadores, con los acreedores laborales. Nuestra legislación laboral en la ley del régimen de contrato introdujo una solución especial para los trabajadores, actualmente la mantiene; actualmente tiene dos normas, una norma destinada a evitar la interposición entre el trabajador y el verdadero tomador del trabajo, esta norma esta dando lugar a conflictos de momento muy graves, porque se considera que esa norma es muy valiosa para determinados contratos.

Cuando ha mediado conducción temeraria o maniobras fraudulentas, no solamente es responsable el supuesto controlante, sino que también, son controlantes los controlados; y nuevamente aparece la regulación en la Ley de Sociedades del año 72, modificada por reformas en el año 83.

La Ley de Sociedades del año 72 digamos que en sus lineamientos generales, toma la alineación del código civil italiano. Contempla y caracteriza al control en la legislación del 72 como exclusivamente un control interno. En la legislación del 72, se hizo control interno de derecho, o sea un control interno caracterizado por la titularidad de votos autosuficientes para imponer la mayoría con prescindencia de la actitud de los restantes accionistas; o si era asimismo además un control interno de hecho, o sea, un control que se trate no por tener una mayoría suficiente de votos, sino porque se está en posibilidades de contar o con el ausentismo de los asambleístas, o que se está con posibilidades de captar el voto de los otros asambleístas el fenómeno de la toma de control de los americanos, esto no estaba claro en la ley del 72. La ley originó discrepancias de tipo doctrinario. Además la calificación incluía el control indirecto. También era controlante, la controlante de una controlada que a su vez la primer controlante era controlante de la última subcontrolada.

Dentro de estas pautas, la ley del 72 introdujo normas preventivas de las consecuencias desfavorables de los grupos de sociedades. Entendiendo la ley de 72 y esto es interesante, como grupo de sociedades al grupo matricial, al grupo de sociedades que se constituye sobre la base de una sociedad matriz, pero sin contemplar el problema de otros grupos de sociedades que no se constituyen porque tengan una sociedad matriz; no tienen una dirección unificada porque haya una sociedad matriz, sino que tienen una dirección unificada porque en estas distintas sociedades hay accionistas comunes que son los que imponen la política común. En estos otros grupos que no son muy frecuentes en nuestro medio, no hay una sociedad matriz, y literalmente no estarían dentro de las regulaciones de la ley.

¿Qué soluciones incluyó la ley del 72? Primer norma preventiva, la exposición en los estados contables de la situación de control.

Segunda norma preventiva, topes a las participaciones recíprocas, que de

alguna manera siguió la solución italiana sin imponer la prohibición de voto, lo que es criticado por algunos autores.

Tercera norma, incompatibilidades para el desempeño de los cargos de síndico o de consejero, en razón de relaciones con la sociedad controlante. Y cuarta norma preventiva, la extensión de la fiscalización estatal dentro de determinado campo. Este es el panorama de la ley de 72.

Paralelamente con la ley del 72 aparece una solución jurisprudencial en materia de quiebras. La ley de quiebras vigente hasta el año 72, era una ley del año 34; esa ley no contemplaba y tampoco podría haberlo hecho, el fenómeno, el procedimiento o el tópicos de la extensión de la quiebra.

Sin embargo en un sonado proceso judicial bajo la vigencia de esa ley, por la aplicación en definitiva de la doctrina de desestimación de la sociedad, nuestros tribunales, incluyendo la corte suprema de justicia, dispusieron una extensión de quiebra con análisis muy interesantes; inclusive una de las sociedades integrantes del grupo no fue sujeta a la extensión de quiebra, porque se demostró que si bien era una sociedad que estaba bajo el mismo control mayoritario a esa sociedad, no se le había impuesto una política grupal, y esa sociedad quedó liberada de la extensión de la quiebra. Sobre la base de esta solución jurisprudencial sobreviene la ley de quiebras del año 72; y toma la solución de la extensión de la quiebra al dueño del negocio. Es una solución inspirada en la clásica respuesta francesa; si bien no es exactamente el mismo texto ya criticado, que es un texto más grave en la práctica. Los jueces le dieron una interpretación muy flexible, y así llegamos al año 80. En el derecho tributario ya sabemos lo que hay; en el derecho laboral lo hemos dicho.

En la ley de sociedades, hay un ordenamiento sensiblemente inspirado en la legislación italiana; en la ley de quiebras hay una solución de extensión inspirada en la legislación francesa.

Llega la reforma del 83 en la ley de sociedades, que aclara, que el control es tanto el control interno de derecho como el control interno de hecho, y si no lo dicen estas palabras, suma a estos controles internos el control externo, sobre la base de relaciones convencionales, y no solamente convencionales, va a la solución más amplia de la administración extraordinaria de grupos italianos.

Mantiene las soluciones anteriores, impone un balance consolidado para los grupos de derecho, e introduce una solución harto novedosa, (la solución del Art. 54 de la ley de sociedades), sobre la cual todavía no nos hemos puesto de acuerdo. El Art. 54 de la ley de sociedades tiene dos partes.

En la primera parte reprime al controlante torpe que ha dañado al patrimonio de la sociedad controlada, y los sujeta en definitiva a la misma regla que al administrador infiel.

El controlante torpe debe responder por los daños causados al patrimonio de

la controlada, sin poder compensarlo por las ganancias que le hubiera brindado a esa sociedad en otros negocios.

La segunda parte del Art. 54 se refiere, no al daño causado al patrimonio de la sociedad controlada, sino al daño causado a terceros por la invocación impropia de la personalidad de una sociedad.

Es algo que se asemeja mucho a la doctrina de la desestimación. A quien sostenga que no es la doctrina de la desestimación, yo diría lo siguiente; no sé si es un león, se que tiene cabeza de león, cuerpo de león, patas de león y cola de león.

Este es un tema que esta abierto a la discusión; y en la ley de concurso, en la reforma del año 83 se amplían los supuestos de la extensión de la quiebra.

No tenemos tiempo para detenernos en esto; inclusive hay una referencia al control que no concuerda exactamente con el ordenamiento de la ley de sociedades:

Por un lado se amplían los supuestos de actuación de la quiebra, y por otro lado se ponen o se pretende poner un coto a los jueces, porque el legislador dice, que solamente estos supuestos que yo regulo, son susceptibles de extensión.

Para concluir haré, una referencia a nuestro régimen de defensa de la competencia. Tenemos una ley de defensa de la competencia inspirada sustancialmente en las pautas del tratado de Roma; consecuentemente diremos que hay dos campos.

Un primer campo son los acuerdos de evitación de la competencia, los acuerdos entre empresas competidoras; esto está sancionado por la ley, es un primer supuesto. Naturalmente que toda la ley también está inspirada en el principio de la reglamentación norteamericana o significatividad de la concentración, esto no es automático.

Y en el otro supuesto, que por un lado condena los acuerdos que evitan la competencia, la ley lo que castiga es el abuso indebido de una posición de predominio. La ley no declara ilícito el predominio, castiga el ejercicio abusivo de una posición de predominio; para buscar una alegoría, diríamos que ese abuso de la posición de predominio de una sociedad monopólica, en definitiva, viene a ser un resabio de la doctrina del precio justo medieval.

Yo estoy en condiciones de imponer el precio que quiero al mercado, pero no puedo, por razones de otro tipo, que acá no es una razón moral; es el perjuicio al interés económico general. Todo suena a lo mismo, lo que no contiene la ley de defensa de la competencia argentina.

Actualmente se está hablando de una reforma en este sentido. Es un control preventivo de la configuración de la evitación, es decir no hay una obligación de comunicar sesiones a los efectos de esta ley, no hay una obligación de solicitar autorización para tomas de control; la única conexión que en la legislación societaria argentina tiene, es por la reforma del 83, que introdujo dos contratos parasocietarios; un contrato de agrupación de colaboración, digamos inspirados en los grupos de interés económico francés con variantes estructurales, y la unión

transitoria de empresas inspirada en la unión temporaria de empresas española. Naturalmente, los acuerdos de cooperación, como son nuestras agrupaciones de colaboración a través de montar estructuras empresarias comunes, pueden facilitar el camino a la coregulación; y por lo tanto, nuestra ley establece que los contratos de agrupación de colaboración deben ser comunicados a la Dirección Nacional de Defensa de la competencia.

Resumiendo el tema, nuestra legislación societaria se inspira sencillamente en el derecho italiano; nuestra legislación falencial se inspira sensiblemente en el modelo francés, nuestro derecho tributario se inspira sensiblemente en el derecho norteamericano; nuestra legislación laboral contiene normas no jurisprudenciales, sino expresas, y nuestro derecho de la competencia se inspira sensiblemente en el tratado de Roma. Somos el ecumenismo puro, muchas gracias.

#### **Relatora local (Dra. Mercado de Sala):**

Tengo que pedirles, disculpas cosa que nunca se debe hacer. Nunca se debe comenzar pidiendo disculpas, pero debo hacerlo, primero porque voy a tener que leer. Mi relato se refiere específicamente a ponencias presentadas; si no leyera puedo dar libertad a mi capacidad creadora, entonces podría desvirtuar lo que los ponentes han presentado, y en segundo lugar porque evidentemente van a encontrar ciertos temas que voy a ser reiterativa, porque dos ponencias muy importantes que tengo que comentar están precisamente presentadas por los Dres. Emilio Embid Irujo y por el Dr. Otaegui, por lo tanto ellos tienen los derechos de autor, y yo solamente voy a hacer un relato al respecto. Me pide el señor presidente que les aclare que una vez que yo termine mi relato, se va a abrir el listado de ponentes para darles tiempo para que ellos en particular hagan referencia, o refuercen lo que pueda haber sido dejado de lado en mi relato. Van a ver ustedes que el relato es un poco extenso, porque el material presentado es sumamente rico, sumamente amplio, por lo tanto vamos a tratar de que cada uno tenga libertad de hacer hincapié en lo que el relato pueda haber dejado de lado, y no que sea una lectura de cada una de las ponencias. Mi relato contiene breves referencias a las ponencias presentadas, enfatizando sus puntos esenciales de identidad y disenso, según indica el reglamento en la parte inherente a los relatores.

Se informará específicamente en relación a 33 ponencias que aparecen incluidas en los 3 volúmenes de trabajo.

Cabe destacar que los autores de las mismas son abogados y contadores, con lo que los objetivos interdisciplinarios y de inserción en la problemática del Mercosur se han visto ampliamente satisfechos.

Nuestro especial reconocimiento a los autores de las ponencias, sin cuya colaboración en tiempo y forma, este relato se habría hecho imposible.

No vamos a pretender bajo ninguna circunstancia hacer un resumen de ellas, solamente mención, para que ustedes puedan ubicarse. He utilizado la siguiente metodología; he agrupado valga la redundancia del término, en dos grandes bloques.

El primero, está referido a la problemática general de la concentración y la reorganización; el segundo a los efectos y responsabilidades derivados de la concentración. Con relación al primer bloque, podemos distinguir: 1º) el pensamiento doctrinario sobre la concentración y los grupos; 2º) comunicaciones referidas a la legislación extranjera y a la nacional; 3º) propuestas de reformas a las mismas; 4º) ponencias referidas a temas específicos relativos a la cesión, variación de control, ausentismo en las asambleas, defensa de la competencia y el alcance del interés legítimo para oponerse a la reorganización.

También haremos una breve reflexión, con relación al punto de identidad entre las mismas, el disenso y la problemática que se introduce especialmente en algunas, no siendo contempladas por otras, con lo cual intentaremos motivar a ustedes respecto de supuestos que pueden generar debates, sin por ello intentar cercenar la libre creatividad, que es en sí misma la confrontación de ideas generadora del crecimiento del hombre en las comunidades.

Respecto al segundo bloque cabe distinguir la problemática abordada en cuanto al ejercicio torpe del control, de la siguiente forma: 1º) inoponibilidad de la personalidad con especial referencia a la legislación argentina, que oportunamente constituyó un hito importante en el derecho comparado, y que luego la ley uruguaya 16060 del 89 imitó con ciertas diferencias; 2º) la teoría de la desestimación de la personalidad, según su desarrollo originario y su relación con la inoponibilidad de la personalidad en el derecho argentino; 3º) la extensión de la quiebra, el concepto de la misma, su extensión a otros institutos en la propia ley de quiebras y propuestas de reformas al Art. 165 Inc. 2do.; 4º) nuestra breve reflexión respecto a las coincidencias, puntos en disenso y la personal solicitud respecto a que en el debate debe prestarse especial atención a la necesidad de un riguroso tratamiento del alcance de la teoría de *disregard*, comúnmente traducida en nuestra doctrina como desestimación de la personalidad, ya que sí la misma fuera entendida a sí mismo a partir de otro significado del término inglés, tal por ejemplo *in spite of* o "a pesar de", otras serían las coincidencias entre los autores. Fundamental consecuencia acarrearía, en cuanto a los efectos que se le atribuyen por una diferente interpretación del *disregard*. Así podríamos acordar con claridad la posible imputación o coimputación, imputación aditiva o total desimputación a la sociedad, de los actos realizados en los supuestos de los Art. 54, 3ra. parte de la Ley 19550, ya que sí el mismo consiste en un instituto de responsabilidad, o mejor de imputabilidad, y la extensión de quiebra es un supuesto de responsabilidad extrema, carece de lógica pensar que en la extensión se coimputan en definitiva

actos a la sociedad y a aquel a quien se le extiende la quiebra, y en cambio en el supuesto del Art. 54 3ra. parte los actos deberían ser de imputación exclusiva a quienes abusaron de la sociedad, cuando es la sociedad la que aparece ante los terceros actuando, y es ella quien se ha otorgado sus administradores o representantes. La coimputación correspondería en beneficio de terceros y de todos aquellos que, como accionistas minoritarios en virtud de su relación con la sociedad, podrían exigir tanto a la sociedad como al actor de la conducta. Asimismo, de la propia sociedad que debiendo responder frente al tercero y/o a los accionistas, simultáneamente le asistiría el derecho al resarcimiento y toda otra acción que le correspondiere contra el que realizara un ejercicio torpe del consorcio.

Ahora sí y respetando la metodología de exposición autopropuesta, deseo informar a ustedes sobre las ponencias que en minutos más comenzarán a debatir. 1º) Ponencias referidas al pensamiento doctrinario sobre la concentración y los grupos; las mismas revelan lo siguiente: a) los autores coinciden en afirmar que la importancia de los grupos no fue acompañada por el tratamiento jurídico de dicha problemática; sin embargo el interés actual por la misma lo demuestra la jurisprudencia centrándose en tres parámetros; el proceso de formación del grupo, la organización interna del mismo y la creación entre sociedades que no sean sociedades anónimas. Como verán subyace la problemática empresa, sociedad, personalidad, ya que al partirse del supuesto de que el grupo carece de personalidad y que la personalidad no admite el funcionamiento en beneficio del interés ajeno, se llega a conceptualizar al grupo como empresa unificada, escindida en lo jurídico, por lo que la formación y funcionamiento de ella en la práctica comercial modifica el presupuesto de aplicación del derecho común de sociedades. ¿Cuál es la correspondencia plena entre empresa y titular jurídico?. Ello aunado a la coexistencia entre el interés propio del grupo, con los intereses individuales de las sociedades que lo componen, lo que obligaría a una política legislativa que previera las tensiones y preeminencias entre dichos intereses.

Se viene a legitimar de esta manera la nueva empresa creada con interés grupal superior a los intereses de las sociedades que lo componen.

Coinciden algunas ponencias en afirmar que la realidad indica la recepción legislativa del modelo contractual, pero se refieren al fracaso de la legislación alemana.

Sin embargo con tristeza debo manifestar que no se expresan simultáneamente los hechos reveladores de dicho fracaso y/o las posibles causas del mismo; se coincide en dar elementos del grupo en los cuales se habla del control y la dirección unificada.

Respecto al control, se lo conceptualiza como poder indirecto de administración de un patrimonio societario, en razón de una influencia dominante ejercida por sus administradores, aparentando circunscribir el concepto al control interno,

no siendo en realidad así; afirmándose la realidad de que no puede haber grupo sin control, pero sí control sin grupo ya, que es obvio que la simple posesión del control no da lugar a la integración empresarial, y que a la propia situación de control se llega por diversas técnicas.

Las propias leyes caracterizan al control en sí mismo, regulando la responsabilidad por el ejercicio torpe, llegándose a la desestimación por el ejercicio torpe del mismo.

También se hace referencia a la toma de control, y se habla de lo que se llama la oferta pública de adquisición de acciones, o sea la OPA. Este instrumento es uno de los más obvios e idóneos para la toma de control, en los cuales tenemos que tener presente la necesaria igualdad de trato entre todos los socios de la sociedad destinataria, y la más completa información del proceso económico llevado a cabo. Por ello coinciden los autores que son temas propios del control, todo lo relativo a estados contables, participaciones societarias, fiscalización privada estatal, derecho de información entre las sociedades agrupadas y la salvaguarda de derechos de terceros y accionistas externos.

Respecto a la dirección unificada, cabe resaltar que los autores distinguen perfectamente el hecho de que, las sociedades que mantienen entre sí autonomía jurídica pueden encontrarse en diversa situación. Si la sociedad dominante se limita simplemente a gozar de las prerrogativas derivadas de su participación mayoritaria en el capital, reconocen que estamos en presencia del derecho común de sociedades; en cambio si se pierde la independencia económica, indican que estamos en presencia de una dirección unificada, que es en sí mismo un elemento empresarial constitucional del grupo.

En lo referente a grupos hay una posición que clasifica en medidas de planificación, de organización y de gestión empresarial; y a través de ella se logra descubrir la dirección económica unificada, y se refleja en el problema de establecer la necesaria clarificación respecto a que competencia serían, las que mejor reflejarían o darían el mejor dato indicador de la dirección económica unificada. Un autor considera discutible, la idea de grupo en el supuesto de que la dirección unificada no se derive del control societario, caso del llamado grupo de coordinación; específicamente la integración cooperativa. Las sociedades cooperativas, por su naturaleza, harían inviable el control por participación mayoritaria en el capital, no obstante y a pesar de lo contradictorio de la noción de grupo por coordinación, es evidente que el mismo puede darse. Consideramos que la dificultad para reconocerlo radica en la adecuada especificación y concepto de control.

Otra explicitación realizada por un ponente, es la distinción entre lo que llama agrupación de sociedades como equivalente a agrupamiento coordinante, y lo que llama grupos societarios, influyendo en ambos distintos supuestos.

Finalmente y siguiendo en ello un criterio transaccional, los ponentes se pronuncian por una regulación jurídica del grupo; difieren sin embargo, tal vez, por su inserción en el propio derecho nacional; en sí, tal regulación es suficiente o no. Mientras se opina que no lo es en el derecho español, un autor argentino, concluye su ponencia refiriéndose al derecho argentino, expresando que en su conjunto la legislación es satisfactoria. En general se aconseja la regulación no sólo en el derecho de sociedades, sino también en todos los derechos relativos a los diferentes sectores que se ven afectados por la actividad del grupo. Cabe destacar que a través de tal tratamiento mixto de la problemática, se legaliza la defensa y promoción del interés del grupo, incluso por encima de los de correspondientes a las sociedades integrantes. Sin embargo y en justicia, se pronuncian los autores por que se debe arbitrar medidas de protección respecto de lo que pueden verse afectados, tal el caso de los socios minoritarios, los acreedores y los trabajadores. No todos proponen el sistema a emplear; sin embargo en una ponencia en concreto, se sugiere que en cuanto a los minoritarios, se permita la opción de permanecer con compensación anual en metálico, o separarse de la sociedad a cambio de una indemnización en metálico, o en valores, en acciones u obligaciones preferentemente de la dominante.

Con relación a los proveedores, se los trata de proteger a través de la asunción por la dominante, de las pérdidas del ejercicio de la dependiente; por ejemplo en el derecho alemán se reconoce la responsabilidad subsidiaria, o en el portugués que sostiene un sistema mixto.

En cuanto a los trabajadores, se los protegería a través del mantenimiento del contrato de trabajo, y otras ventajas además de la representación en un comité de empresas de grupo.

Según la metodología que hemos expuesto correspondería ahora informar al respecto de la legislación extranjera y nacional. No obstante, a los relatos del Dr. Embid Irujo y del Dr. Otaegui por razones de tiempo voy a dejarlos de lado, porque ellos ya han hecho referencia más que completa a cada uno de esos derechos nacionales.

Vayamos al tema que específicamente se refiere a la ley de defensa de la competencia, y hacen referencia también dos ponencias a este caso. En cuanto a las propuestas de reforma, puede concluirse que los mismos se originan en las necesidades de la vida negocial, para facilitar el desarrollo empresarial y en vista a la realidad circundante. Es de destacar la claridad de una de las ponencias presentadas, por la que reconociendo la existencia de preceptos que desfavorecen el desarrollo, obstaculizan el control societario, y dificultan a los grupos societarios; propone en concreto lo siguiente: a) la admisión de la sociedad, la derogación del Art. 30 de la Ley de Sociedad, la eliminación en el Art. 33 del control externo no contractual, la modificación del régimen de inoponibilidad de



la Ley de Sociedades Art. 54, la derogación del 94 Inc.8vo, del 216 última parte y del 263 para la elección de directores.

Asimismo otro colaborador propone la derogación del Art. 32, 2do y 3er párrafo debido a que la deficiente regulación de las participaciones recíprocas, según su opinión, ocasiona la distorsión de la organicidad societaria.

Lo dicho lo fundamenta en que el órgano de administración de la controlante domina al de la controlada, pero si utiliza sus reservas libres para adquirir participaciones en la controlada, puede llegar a convertirse en contratante de hecho o de derecho.

(....) esto es similar, otros proponen ampliar el texto, a fin de que se aclare que a sus efectos solo deben computarse las participaciones en sociedades, cuyo objeto social no sea complementario. Finalmente se propone dejar sin efecto la sanción, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores por daños causados, y la omisión a las entidades financieras.

Corresponde ahora referirse, a determinados supuestos específicos que algunos ponentes han hecho referencia. Así se tratan temas de la ley de defensa de la competencia, uno en su inserción en el Mercosur, y la inconveniencia de la legislación nueva que se presenta. La misma de influencia americana implica la aprobación previa del estado, lo cual según el ponente, es negativo para la posición latinoamericana. El ponente agrega que la ley nro. 22262 es una herramienta útil aunque perfectible. Referido a la misma ley, otro ponente considera que el art. 1 pone un límite a la concentración societaria, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico consagra la licitud del control, concluyendo que en el grupo de sociedades, la inexistencia de competencia real entre las sociedades del grupo, determina que los acuerdos celebrados entre las mismas no deberían celebrarse como prácticas limitativas o restrictivas de la competencia.

Otra problemática abordada, es la de cesión del control; en ambas se re-salta la necesaria regulación del tema. Sin embargo, mientras una considera directamente a la cesión de control societario como una operación jurídica específica, demandando un régimen jurídico particular, la otra señala la necesidad de prever una norma que otorgue a todos los accionistas igualdad de oportunidades.

Ante un proceso de reorganización por variación de control, se toma como antecedente la resolución de la Comisión Nacional de valores 190/91, y se sugiere que la ley de sociedades comerciales incorpore una norma a tal fin.

La primera ponencia, incursiona en la problemática del interés social, y la posibilidad de su modificación por mayoría, resguardándose el interés que llama extrasocial de las minorías, consistente en el anterior interés social; propone en consecuencia el agregado del art. 25 bis referido al valor de compra.

Finalmente dentro de este bloque de ponencias, mencionaremos dos rela-

tiva al alcance del interés legítimo a tutelar en el caso de reorganización y el derecho de oposición a la misma. La otra se refiere al ausentismo en las asambleas. Para el caso de la primera, los ponentes expresan que existen otras personas con interés legítimo en oponerse a la reorganización; además de las mencionadas en los art. 83 y 88 de la ley de sociedades y 2 de la ley de transferencia de fondos de comercio, tales los garantes de la sociedades que se reorganizan, fiadores, coligados y cambiarios. Con lo propuesto, opinan, se aventarían demandas por daños y perjuicios que pudieran promover los garantes; argumentando, cambio fundamental de las condiciones, novación de obligaciones garantizadas, haciendo extensivo el principio a la evasión de capitales.

Por último, la ponencia del colega japonés sobre la reforma de la ley japonesa de 1981, por la que se prevén medidas para hacer frente a la inercia de la asamblea o ausentismo de los accionistas. Es de destacar la prohibición a la sociedad de proporcionar beneficios de carácter patrimonial relacionados con el ejercicio de los derechos de los accionistas. Dejaremos a nuestro visitante la tarea de explicarnos lo relativo a los llamados SOU CAIA. Hemos de esta forma, sucintamente informado el primer bloque de 20 ponencias recurriendo a la generosidad de Uds.. Para el caso de omisiones involuntarias e imprecisas interpretaciones alejadas de los objetos, tenida en miras por los diferentes autores, además la premura de los tiempos puede haber hecho que se deslicen comentarios algo superficiales.

El segundo bloque comprende 14 ponencias que en definitiva como expresáramos más arriba, se refieren al ejercicio torpe o abusivo del control, y a los efectos que el mismo produce. Primero, inoponibilidad de la personalidad. La riqueza de este tema ha aparentemente, diría yo, dividido a nuestra doctrina, la que en el afán de encontrar soluciones más equitativas frente al ejercicio torpe del control, ha adoptado posiciones aparentemente contradictorias. Una precisión de terminología y conceptualizaciones se hacen necesarias a efectos que la doctrina descubra que las posiciones no son ni tan distantes, ni tan similares.

Respecto de nuestro art. 54 tercera parte, se plantean los autores los siguientes cuestionamientos: a) siendo un instituto único, hasta la sanción de la ley uruguaya, se trata de un supuesto de inoponibilidad tal y como lo expresa literalmente la norma? O es un supuesto también de la personalidad, según la conciben la jurisprudencia americana y continental? En otras palabras, prevé la norma tanto la desestimación activa directa como la activa inversa y la desestimación pasiva?. b) si no se trata de un mismo y único instituto, ¿cuál es la conceptualización que cabe a cada uno? y por ende ¿cuáles son los supuestos a los que se aplican tanto uno como otro y cuales los efectos inherentes a los mismos?, c) el efecto que se reconoce tanto a uno como a otro o a alguno de los dos, lleva implícita la imputación directa y solo del actor de la conducta?, o es

también imputable la sociedad? qué ocurre con administradores y síndicos que no impidieron la actuación desviada? d) tanto en uno como en otro caso: quienes tienen derecho a reclamar y cuál es la extensión posible del reclamo? Sintéticamente podemos agrupar las ponencias presentadas en dos grupos: las que consideran que el art. 54 implica un supuesto de la teoría de la desestimación de la personalidad, y los que consideran que se trata de dos institutos diferentes. Unos consideran que se trata de inoponibilidad o desestimación de personalidad, y otros que se trata de la inaplicabilidad de los efectos del tipo. Para los que consideran que se trata de una solución coincidente con la doctrina del *cerec*, la norma prevé literalmente la desestimación activa directa y por analogía se aplicó el 954 del Código Civil, referido a los vicios de la causa-fin de los actos jurídicos, simulación ilícita, fraude y abuso de derecho, con lo que quedarían incluidas la desestimación activa inversa, y la desestimación pasiva. Para los que consideran a la norma del 54 diferente de *disregard*, ello lo infieren de que dicha doctrina, supedita la desestimación de la personalidad, a la concurrencia de causa ilícita en la constitución o cesión, lo que no necesariamente supone el 54; basando el encubrimiento de fines extrasocietarios, aquí aparece entonces la necesaria distinción diría yo, entre empresa y sociedad. Un autor recomienda, la formulación doctrinaria de las diferentes situaciones que pueden derivarse del abuso de la personalidad; otra ponencia entiende por fines extrasocietarios un supuesto de ineficacia, en el sentido estricto del contrato plurilateral de organizaciones, o sea que el contrato es valioso pero por razón de hecho extraña a su estructura formal, alguno o todos sus efectos están imposibilitados de producirse.

Respecto de los otros interrogantes que nos planteáramos, cabe distinguir el alcance que se da a los términos imputación directa; los ponentes son contestes en que, se debe tutelar el principio del límite de responsabilidad, aun en el caso de unimembre, también el límite de actuación de la sociedad; con ello no desimputa a la sociedad sino, que se garantiza a los terceros que tal limitación no podría nunca ser para perjudicarlos, frustrar derechos, violar la ley, el orden público, la buena fe esencial en la vida negociable.

Con lo dicho se infiere que la sociedad será tenida por responsable, frente a los perjudicados; no obstante la imputación directa implica, responsabilización sin beneficio de exclusión sobre bienes de la sociedad, ni insolvencia de esta. También se indica, que a la sociedad demandada, le asiste el derecho de citar a los socios o controlantes a responder como ilimitadamente y solidariamente obligados; aunque el tercero podría rechazarlo, no implica que deba entenderse como no imputable a la sociedad. Un autor lo explica diciendo que, como regla general la imputación se extiende sin liberación de la sociedad; algunas ponencias han insistido en comentar terminologías de otros textos o trabajos

anteriores, por lo que cabe insistir en el necesario ajuste de términos, así se interpreta que algunos circunscriben el 54 tercera parte a un problema de extensión de responsabilidad, con lo cual solo deberían daños y perjuicios. Ello afirman, es contrario a su letra e implica excluir una cantidad de supuestos, lamentablemente los mismos no se explicitan. Este ponente afirma que, basta la producción objetiva de las situaciones sin que sea necesario probar intencionalidad o culpa, y podrá reclamarse al obligado todo cuanto corresponda contra la sociedad, o sea exigir: cumplimiento, sanción por mora y resarcimiento por el eventual incumplimiento. Debe ponderarse que, una ponencia objeto de réplica por opiniones anteriores, disipa aparentemente la duda; ya que expresa unido a una norma específica de imputabilidad aditiva, y de responsabilidad por daños y perjuicios, extensivas a todos los controlantes. Existe así coincidencia, en los ponentes que se refieren al tema, en el sentido que la norma no podría en forma alguna perjudicar a terceros de buena fe acreedores de la sociedad, para atribuir ciertos bienes a otra persona, sin pasar previamente sobre un proceso de liquidación o de disminución del capital social; ello por no ser suficiente una acción de daños contra el socio controlante. Tampoco debe ignorarse, el derecho de quien pretende beneficiarse con la inoponibilidad contra créditos sociales, y el de los acreedores del socio o controlante imputado.

Se aborda también la problemática de la prueba de la existencia de la sociedad, y de sus atributos de personalidad; la que corresponde, según el ponente, a la sociedad cuando se pretende su desestimación. No obstante no hemos encontrado otro tratamiento del tema, y cabría afirmar, que también correspondería a quien se pretende imputar directamente la actividad, ello por un simple principio de defensa en juicio.

Dos ponencias tratarían temas no vistos por otros autores, una propone de lege ferenda, extensión de responsabilidad solidaria e ilimitada al socio único en la sociedad unipersonal, o al empresario en la empresa individual de responsabilidad limitada; la otra hace referencia al *disregard*, y al derecho internacional privado societario; se explicita que en el caso del *disregard*, se trata de normas societarias de protección.

Hemos apreciado como nuestra propio doctrina, discute las coincidencias o diferencias entre inoponibilidad y la desestimación de la personalidad; permítaseme recordar una vez más, la necesaria explicitación de los términos, los alcances y los efectos de los institutos. La doctrina judicial del levantamiento del velo del sistema americano; consiste en que, se deje de lado la usual inmunidad de los administradores de la corporación u otros entes, con relación a la responsabilidad por las actividades en la corporación, exige fraude y se justifica en la sanción del mismo, o en el restablecimiento de la justicia; caso *Hanson versus Bridley*, Masachusets.

Por su parte el *disregard*, también se traduce por tratamiento sin tener en cuenta, dejar fuera de consideración pasar por alto, ignorar, dejar de observar. Los autores americanos aclaran, que si bien los accionistas normalmente no son personalmente responsables por las deudas de la corporación, las cortes pueden levantar el velo, cuando la corporación es para la promoción del fraude, para evadir la ley o cuando se confunden los asuntos de la corporación, sus filiales y sus accionistas; como vemos la desestimación de la personalidad exige el fraude.

En diversas ponencias, se hace mención a la extensión de la quiebra, en ambos bloques hay opinión al respecto. Así se interpreta que el concepto del control de la ley de sociedades; es de aplicación a los art. 165 inc.2º y 240 inc. 1º de la ley de quiebras. Se proponen modificaciones al régimen para el supuesto del abuso, y concretamente al art. 165 inc. 2º. Una en el sentido de que se autorice al juez para decidir, si las deudas sociales serán soportadas en todo o en parte, con o sin solidaridad por todos los sujetos implicados en el 165 inc. 1º y segundo o solamente por alguno o algunos de ellos. En la misma línea de una propuesta informada, en el bloque anterior relativo al control, una ponencia relativa al control, circunscribe que se aclare el 165 inc. 2º de la ley de quiebras, y que se circunscribe el mismo al controlante interno de derecho que ejerce un control parcial. Finalmente otra ponencia, solicita la adecuación de la legislación concursal en este tema, conciliándola con los principios y reglas comunes en materia de responsabilidad civil por daños.

Explicitando los textos positivos dichos principios, los que están implícitos en las normas vigentes.

En último término, relataré una ponencia que si bien, se refiere a los límites de responsabilidad del controlante en el supuesto del contrato de distribución, propone una aplicación restricta del abuso del control y hace hincapié en el supuesto del abuso del control externo.

Debe apreciarse la quiebra restrictivamente, y aplicarse únicamente cuando se verifique con claridad los supuestos del 165, siendo irrelevante la sola alegación de control externo.

Con el presente, he pretendido relatar a vuelo de pájaro, las 33 ponencias que se debatirán en esta comisión; no considero haberlas agotado y por supuesto la exposición de las mismas por sus autores, la posterior deliberación y debate respectivo; estoy convencida que, redundarán en una actividad enriquecedora de todos los asistentes, mis disculpas por las omisiones involuntarias y/o el error de interpretación que pudiera haberse deslizado. Rescato en toda la prolifera labor doctrinaria, la preocupación del jurista comprometido con la seguridad jurídica y la equidad; si logramos plasmar estos principios claramente en nuestras proposiciones, podemos volver a nuestros lugares de origen, con la satisfacción por el rol de servicio que nos cabe, como

miembros de la comunidad jurídicamente organizada. A todos Uds. muchas gracias por permitir compartir esta tarde de hoy, pido disculpas si el relato fue demasiado extenso.

### **Presidente (Dr. Odriozola):**

Bueno muy bien, estos golpes de facto dejan malas consecuencias. Bueno de acuerdo a lo programado se le va a conceder la palabra a los que presentaron ponencias, una duración de 5 minutos más o menos para que amplíen o aclaren las posiciones presentadas, comenzando por el Dr. Embid Irujo. Aquí llega el presidente.

### **"Sobre los grupos de sociedades en el derecho español"**

#### **Dr. Embid Irujo:**

Muy bien con la venia de la presidencia, entonces intentaré utilizar el tiempo que se me concede.

Más que nada, para resaltar algunas ideas que ustedes ya tienen en la ponencia, y que es ocioso repetir, por lo tanto creo que sí se pueden perfilar algunos extremos. Yo he presentado dos trabajos, que están recogidos en el libro; el primero de ellos, es una especie de reflexión general sobre la situación actual del derecho de grupos en las sociedades, una visión comparativa, muy simpática y breve; y el segundo, es un ensayo un poquito más amplio, sobre la situación de los grupos de sociedades en el derecho español, en el país al que yo pertenezco y que creo también puede tener algún interés reflejar aquí.

Viene al hilo de lo dicho ayer. También destacaré algunos puntos que me parecen interesantes: en primer lugar, creo que es oportuno mencionar una vez más, lo que algunos autores han llamado el profundo abismo que hay entre la realidad empresarial del grupo y el derecho, es decir partimos de un dato que se podría llamar fáctico, la importancia de los grupos como elemento de concentración empresarial de nuestros días su importancia económica, su significación en la práctica, no va acompañada en la generalidad de los ordenamientos, de un tratamiento jurídico comparable; y sin embargo esto es ciertamente negativo, por cuanto los grupos de sociedades ponen a prueba, muchas de las ideas tradicionales que tenemos justamente en el derecho de sociedades.

Creo que conviene en todo caso insistir, en el concepto de grupo, en lo que es el grupo, para luego de ahí poder en su caso deducir lo que podría ser la respuesta jurídica frente a los retos, frente a los problemas o planteamientos que el grupo nos coloca o nos impone. Yo creo, que las dos características que la Prof. Mercado de Sala destacaba ayer del grupo, el control y la dirección económica unificada, deben destacarse una vez más, y retomando palabras del

Prof. Otaegui creo que es bueno decir que no hay grupos sin control, pero efectivamente puede haber control sin grupo. Y aquí desde luego, yo me permitiría disentir de la más autorizada opinión del Prof. Otaegui para cuando él decía que, la situación de control sin grupo es cuando quien controla no es empresario, según creo he recogido ayer de mis notas, yo no lo pienso del todo así, porque creo que el control se sitúa en un plano estrictamente societario; y el segundo elemento la dirección económica unificada, nos sitúa en un plano estrictamente empresarial. Y como este es un Congreso de Derecho de Sociedades y de la Empresa yo creo que es oportuno recordar esto; porque una empresa, puede poseer una sociedad, puede poseer en otra un 50%, un 35, el porcentaje de acciones necesaria para controlarla de hecho, pero sin embargo no creo que de ahí se pueda deducir que exista necesariamente un grupo, esa persona que posee, esa persona jurídica, ese empresario incluso que posee ese porcentaje de acciones, meramente se puede limitar a percibir los dividendos adecuados, se puede limitar a una serie de, podríamos decir, de comportamientos que no modifican, que no alteran, que no suponen ninguna sensible modificación de la libertad de decisión empresarial de la sociedad controlada.

Por lo tanto, yo creo que el control e incluso el ejercicio del control, es un fenómeno que se enmarca plenamente en las relaciones intersocietarias, pero que como tal yo creo que, todavía no significa o no nos permite hablar de un grupo en el sentido estricto. Yo creo que es en los grupos de sentido estricto, donde el derecho tiene que aportar soluciones auténticamente novedosas y originales; por eso cuando los ordenamientos jurídicos, por ejemplo la ley argentina, regula el fenómeno del control, en cierto sentido está regulando el grupo pero en cierto sentido no, es decir que el derecho lo que hace no lo debemos de ignorar, que el derecho se enfrenta con la realidades en la medida en que puede enfrentarse con ellas, y la realidad del grupo, el concepto de dirección económica unificada, no es un concepto jurídico, es un concepto eminentemente empresarial, y para el derecho es difícil captar ese concepto.

Por eso, ¿qué se hace en las normas muchas veces?. Lo que se hace, es regular el fenómeno del control, que habitualmente, por eso suele haber en las normas de control una presunción *juris tantum* de existencia de grupo que normalmente repito va aparejado el control al grupo, pero no siempre, y por eso yo pienso que las normas que regulan el control pueden o no pueden ser coincidentes, con las que regulan el grupo. De otra manera, dicho tal vez de una manera más clara, cuando estamos en presencia de un auténtico grupo y para eso tiene que haber una dirección económica unificada y no un simple control. Cuando estamos en presencia de un grupo lo que tenemos que analizar, es qué es esa dirección económica unificada; y eso es un concepto para el cual el derecho no tiene elementos de estudio, no tiene elementos de análisis y tiene

que venir auxiliado de la economía de la empresa y de las ciencias de la contabilidad o de la economía, hablando mucho más en general y por lo demás la dirección económica unificada, es un concepto elástico.

No todos los grupos o no en todos los grupos la dominante ejerce una dirección económica unificada del mismo contenido de la misma extensión. Por eso yo en la ponencia hablo de grupos centralizados y de grupos descentralizados; en los grupos centralizados, la dominante de hecho priva de toda libertad empresarial a la dominada y le impone una política común de financiación, de personal, de ventas, de comercialización, etc.. Todos los ámbitos de lo que es la actividad de la empresa, son transferidos o son asumidos como quisiéramos decir por la dominante.

Eso es un grupo centralizado, y la existencia de dos personas jurídicas independientes no es más que un fenómeno de cierto sentido formal; ahí el derecho tendría que tener una respuesta más dura, más intensa.

Pero en cambio, en los grupos descentralizados, la sociedad dominada todavía tiene una, yo lo digo en la ponencia así, una cierta, o un cierto margen de comportamiento empresarial autónomo; es decir el hecho de estar en un grupo, no supone para la dominada necesariamente, que toda su actividad empresarial este influida, determinada o asumida en cuanto a su gestión por la dominante, ahí la respuesta del derecho podría ser evidentemente más matizada o más suave.

Por lo tanto el grupo es una nueva forma de empresa, esto me parece importante de destacar y no es simplemente un fenómeno de interconexión societaria, que también lo es; pero no solo es eso, yo creo que por lo tanto, el derecho tiene que ser consciente de esta diversidad.

Si bien es cierto que, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos ante la dificultad de captar el supuesto de hecho de la realidad económica, se ve obligado a tomar indicios que hacen presumir la existencia del grupo y uno de ellos, es evidentemente el control; pero tal vez todos tenemos obsesiones, y yo tengo una obsesión que es esta precisamente, y la quería exponer a ustedes por si quieren compartir conmigo sus opiniones al respecto.

Terminaré rápidamente, diciendo algunas ideas sobre la regulación jurídica del grupo en los diversos ordenamientos. Ustedes saben que hay dos modelos concretos de regulación del grupo, desde la perspectiva del derecho de sociedades: la tradicional perspectiva alemana de hacer depender la disciplina del grupo de la conclusión de un llamado contrato de dominación en la ley alemana por acciones entre dos sociedades; es decir, contrato entre comillas de dominación no es un contrato de cambio, de intercambio de prestaciones, es un contrato de organización, en cierto sentido como el contrato de fundación de una sociedad podríamos decir. En cambio en otros sistemas que todavía no han alcanzado realidad práctica, la existencia del grupo para el derecho se hace



depender, volvemos a lo anterior, de una situación de control en la que se presume *juris tantum* la existencia de grupo, es el llamado modelo orgánico.

El único modelo que ha tenido aplicación real en la legislación, es el alemán, también imitado por el derecho brasileño y en parte por el portugués.

El derecho del grupo de sociedades, se aplica a partir del momento en que se concluye ese contrato llamado de dominación o de organización, como quedamos recién, a partir de ese momento se aplica la disciplina jurídica específica, que el derecho alemán, brasileño o el portugués establecen. Bien es cierto, que en Alemania como todos ustedes saben, la realidad de los grupos es una realidad de grupos fácticos; es decir grupos que no se han organizado para el derecho a través de la conclusión de contrato de dominación, y por lo tanto ahí nos encontramos con una falla importante de este modelo, que es un modelo voluntarista, que es un modelo que no se impone por la existencia de simple control; sino que se hace depender de la voluntad de las sociedades de querer concluir ese contrato de dominación. En realidad es la voluntad de la sociedad dominante, hay que decirlo con toda claridad, pero en cualquier caso en el terreno de las formas ambas sociedades a través de sus juntas generales respectivas, aprueban la conclusión de ese contrato.

Y para concluir daré gracias a todos ustedes, además de los detalles del derecho español, dos ideas sobre la evolución última del derecho de sociedades en Europa. En primer lugar, ya los ordenamientos no se preocupan tanto, o no solo por el grupo ya constituido, sino que están preocupando los diferentes ordenamientos jurídicos por la formación del grupo, es decir por las diferentes fases o técnicas que nos llevan a la constitución de un grupo en sentido económico, y eso está haciendo que muchos ordenamientos se regulen con técnicas de protección de los socios de las diferentes sociedades involucradas, las diferentes maneras o modalidades de obtener el control de una sociedad, como el control es el primer elemento del grupo. Ahora la perspectiva de muchos ordenamientos jurídicos, es fijarse tanto en el grupo cuanto en esas modalidades, que hacen posible que una sociedad obtenga el control de otra.

Estoy pensando se dijo ayer en la oferta pública de la adquisición de acciones, como un instrumento que en un solo acto hace posible la obtención del control de una sociedad. En el derecho español por ejemplo es así, tenemos una regulación de las OPAS, también el derecho comunitario está terminándose la elaboración de una directiva sobre este punto; y muchos ordenamientos también se ocupan de ello. Lo dije ayer pero lo vuelvo a repetir ahora también, en el grupo actualmente se está observando que no solo hay sociedades anónimas, sino también otras sociedades de responsabilidad limitada. Por ejemplo se me dijo ayer, por el Prof. Otaegui en el derecho argentino, y esto es muy importante, solo se admite la participación de una anónima en otra

anónima, y eso en cierto sentido cierra o pone una especie de claustro, a la expansión del fenómeno de los grupos a otros tipos.

Pues bien en otros países, no sucede de esta manera, y hay grupos dominados por sociedades limitadas o en los que las sociedades limitadas son integradas o dependientes. Finalmente para terminar me parece oportuno destacar, que el desarrollo completo y actual y último del derecho de los grupos, nos está viniendo de la mano no tanto del legislador cuanto de los tribunales, en una actividad que en cierto sentido, excede la natural función de los tribunales les da respuestas jurídicas a casos concretos; pero una vez más el ejemplo alemán al hilo de ciertas ideas, que he intentado exponer ahora, nos está enseñando que en muchos casos de la práctica no tienen respuesta legal, y el tribunal viene aplicando por analogía las normas de la ley de sociedades por acción; o bien desarrollando principios propios. Está construyendo un auténtico derecho judicial, un derecho pretoriano como dicen los franceses del grupo. Y nada más, lamento haberme excedido en el tiempo pero estoy a su disposición, muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Gracias Dr. Embid Irujo. Es el turno ahora del Dr. Otaegui.

**"Sobre los grupos configurados por la existencia de accionistas comunes"**

**Dr. Otaegui:**

Quería aclarar mi pensamiento sobre el derecho positivo argentino. El derecho positivo argentino caracteriza al grupo en el art. 33. A través de la existencia del control, caracteriza a un grupo configurado por la existencia de una sociedad matriz. Omite al grupo configurado por la existencia de accionistas comunes; este es el art. 33.

En el art. 54 el derecho positivo argentino reprime al ejercicio torpe del control. La represión del ejercicio torpe del control no depende de que exista un grupo, porque puede existir un controlante que no configura un grupo con su controlada; eso es lo que quise significar cuando manifesté que puede haber control sin grupo, pero no puede haber grupo sin control. La otra idea consiste en lo siguiente; dentro del derecho positivo argentino, el ejercicio del control es lícito y lo que se reprime es el ejercicio torpe del control, es decir no basta que haya control, porque el control puede ejercerse, y puede ejercerse adecuadamente. Cuando el control se ejerce impropriamente, es cuando sobrevienen las consecuencias legales, y finalmente también reitero lo dicho ayer. Existen ejemplos en el

derecho argentino en soluciones judiciales, en soluciones legales en las cuales dentro de un grupo se ha considerado que determinadas sociedades no debieran ser consideradas calificadas como sociedades sujetas a la represión de grupo. Un ejemplo es el caso jurisprudencial del ingenio La Esperanza en la quiebra Swift Delttec. Lo podemos explicar si hay tiempo, y otro caso fue el caso de la quiebra de Grecco en el que hubo una ley especial, distinguiendo distintos tipos de categorías que integraban ese grupo societario. Muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Embid Irujo, si me permite un comentario. Uno de los temas que preocupan dentro de la regulación de grupo, es la ubicación o la posición del accionista externo o minoritario. Pensamos como se puede defender ese accionista externo o minoritario, y tal vez la regulación de los grupos de derechos alemanes con el contrato de dominación o de organización, tienda una mano, una salida a esta situación; y creo que para valorar la necesidad o el interés en la regulación de derecho de los grupos, tendríamos que analizar cuál es el comportamiento judicial frente a la pugna de intereses entre aquellos accionistas que están encerrados dentro de la sociedad, y aquellos que detentan el control. En otras palabras en el caso concreto de España, ¿la aplicación de las teorías de abuso de derecho o desviación de poder han tenido acogida?

**Dr. Embid Irujo:**

Vamos a ver en primer lugar y reiteraré nada más que, en el derecho alemán, (como seguramente nuestro presidente también sabe mejor que yo), que la proyección del accionista externo en el grupo ya constituido de derecho, se orienta a través de dos medidas alternativas. En primer lugar, al accionista externo se le permite permanecer en la sociedad dependiente, que ya está dominada, y recibir en cambio de esa permanencia una especie, no de derecho al dividendo, sino una especie de compensación que puede ser fija o variable. Normalmente es fija y de hecho supone que el accionista que decide seguir en la sociedad dominada, una vez formado el grupo, pasa a ser más que un accionista; en sentido estricto un "obligacionista", una persona que de hecho ya no tiene los poderes de control, que no tiene de hecho ninguna influencia sobre la voluntad social, y que percibe, (dado que la política debe a su vez la distribución de dividendos de la sociedad dominada, viene condicionada plenamente por su integración en el grupo) percibe una especie de renta y no un dividendo. Pero en segundo lugar, y alternativamente, la ley alemana permite también que el accionista externo se separe de la sociedad es decir deje de ser accionista. Paradójicamente por lo tanto, como ven ustedes, una medida de protección del socio externo (en el derecho alemán y en todo derecho de grupo

que a su imitación se ha elaborado), es que el accionista deje de ser accionista y reciba a cambio, una indemnización que puede ser en dinero; pero puede ser también en acciones dominantes o en otros títulos emitidos por la dominante. Hoy por hoy este planteamiento del derecho alemán, es el planteamiento que sirve a otros ordenamientos, que sirve también al proyecto de directiva, y en cierto sentido también es un planteamiento que siguen a veces ordenamientos que no regulan al grupo, pero que sí a través de vías jurisprudenciales lo hacen.

En España sin embargo no contamos con una jurisprudencia, vamos a decir mercantil o civil. En España no tenemos especialización jurisdiccional; por lo tanto todo es jurisdicción civil. En este sentido no tenemos una jurisdicción civil que se haya ocupado detenidamente del grupo; lo único que tenemos, yo lo he intentado explicar un poco en la ponencia, es una tendencia en los últimos tiempos (casi diría yo maniática), como la manía que yo les contaba propia en relación al control y al grupo, una jurisprudencia maniática sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Ayer se hablaba entre nosotros que en nuestros tribunales, los tribunales españoles están diciendo, están utilizando como una especie de instrumento, comodín para situaciones de grupo, para situaciones que no son de grupo y parasituaciones en las que en general se observe algo que se pudiese llamar abuso; abuso de la forma jurídica societaria.

Pero esa teoría del levantamiento del velo en España, se está usando y yo creo que es censurable; yo lo he censurado en la ponencia. Desde luego, se está utilizando para lo que es su razón de ser natural. Por ejemplo: para hacer responsable a la sociedad dominante o al accionista de control de las deudas de la dominada; pero se está utilizando para muchas otras cosas. Les contaré otro ejemplo: hay una sentencia muy interesante del Tribunal Supremo Español; creo que es de 1988, en la cual estamos ante una sociedad que es arrendatario de un local de negocio, y esa sociedad arrendataria hace que el control de esas sociedades, sea tomado por otra sociedad distinta. Pues bien, una sociedad que toma el control de otra, y esta última es la arrendataria de un local de negocio, ese hecho, con un problema contencioso ahora no viene al caso; pues ese hecho le permitió al Tribunal Supremo, cuando el asunto llegó ante él, decir que va a aplicar la teoría del levantamiento del velo y la consecuencia de esa aplicación es que queda resuelto el contrato de arrendamiento, porque una sociedad toma el control de otra sociedad arrendataria. En cierto sentido el arrendador, ya no tiene como contraparte la relación jurídica. Este es un argumento muy realista y muy poco formal; como ven ustedes no tiene la misma contraparte que tuvo inicialmente. Yo creo que esta tendencia de decir, que cuando se hace una cosa de esta naturaleza es aplicar la teoría de levantamiento del velo, es excesiva, pero también hay que decir que en algunos casos está bien aplicada.

Hay algunas sentencias en el Tribunal Supremo, que están recogidas en la ponencia (ante situaciones de sociedad unipersonal) pues ha procedido a levantar el velo y hacer responsable al socio único de la sociedad por las deudas, pero siempre partiendo de la base del abuso, partiendo de la base de la utilización de la forma jurídica societaria en beneficio del accionista de control o el accionista dominante. La sentencia, tal vez, o el leading case, como dicen los anglosajones, es la del 28 de mayo del 84. Una sentencia muy bien hecha del Tribunal Supremo Español, en la que en cierto sentido se da fondo, se da argumentación a cuando o ante qué supuestos se puede aplicar ese levantamiento del velo; y normalmente se pueden concretar alrededor de la idea del abuso; pero la consecuencia de todo ello en relación a la pregunta, es que de ahí no se deduce necesariamente una protección del accionista minoritario, creo yo.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Señores, está abierto el debate, ¿alguien quiere hablar?

**Dra. Mercado:**

Yo no quiero hacer ningún comentario de la ponencia. Por otra parte la tuve que leer y la disfruté ampliamente; solamente quería hacerles una acotación de lo que sucede en este momento en Córdoba.

En Córdoba se privatizó la terminal de ómnibus a raíz de un contrato de concesión; y la sociedad anónima que tiene la concesión pretende escindirse en tres sociedades por una razón de anticipos de herencias familiares. Entonces en este momento, el inconveniente que existe es que en el contrato de concesión, se había insertado una cláusula que decía, que había una multa que es cercana al millón de dólares para el caso de que se transfiera esa concesión a una nueva sociedad; por lo tanto en este caso la escisión que sería nada más que, (aunque lo sea jurídicamente) una nueva sociedad, va a seguir en definitiva en manos del mismo grupo familiar, pero jurídicamente escindida a raíz de las necesidades sucesorias. Esto sería un impedimento que tiene esa escisión, en este momento que es netamente económico, porque tendrá el grupo familiar que decidir si está dispuesto a no pagar el millón de dólares de multa. Gracias, nada más, es la aclaración que quería hacer.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Gracias Dra., si me permiten. Ustedes saben que en nuestro país se ha aplicado muchas veces la teoría del corrimiento del velo de la desestimación de la personalidad, y uno de los viejos casos que fue citado ha sido el problema de locación, muy similar al que se ha planteado. Pero con un sentido inverso era en la época que la transferencia de locación estaba prohibida, pues sucedía que había una almacén, propiedad de dos señores; de José Rodríguez (estaban prohibidas las transferencias y esa ley provisoria había sido prorrogada) y Manuel Pérez, ambos eran inquilinos de esa almacén. Pero un buen día, deciden constituir la sociedad Rodríguez y Pérez, entonces el propietario les dice: señores, existe una transferencia prohibida, esas dos personas físicas ahora han desaparecido, es una sociedad la titular de la locación, y la Cámara, revocando una sentencia de primera instancia, dijo no, apliquemos la teoría de la personalidad del corrimiento del velo y veamos realmente que existe detrás de esta sociedad. Estaban los señores José Rodríguez y Manuel Pérez no hizo lugar al desalojo, entonces sería casi el caso suyo una proeza.

**Dr. Embid Irujo:**

Pero por lo que de esto se trata, de lo que en derecho español llamamos una escisión total, es decir que de la sociedad que se escinde, la concesionaria deja de existir. De todas formas yo también, yo no sé, perdón, esta multa del millón de dólares me parece casi, casi una cláusula penal, una cláusula penal en el código español. En el derecho civil se dice que la cláusula penal será moderada por los tribunales (el presidente dice que aquí también); acá también pues es una cláusula penal un poco excésiva, a lo mejor se podría moderar y no habría ningún problema para la escisión, no?.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Se le concede la palabra al Dr. Vanasco.

**Dr. Vanasco:**

Voy a hacer algún comentario respecto a unas notas que tomé de la ponencia del Dr. Embid Irujo. Dijo ayer que en materia de concentración de grupos, no había sido acompañado el pensamiento doctrinario con la doctrina

jurídica, es decir que la doctrina jurídica no ha acompañado el pensamiento doctrinario en esta materia si no que más bien se iba planteando, sobre la base de circunstancias fácticas en las concentraciones de empresas. Yo creo que es cierto esto y me parece que tiene una explicación la vinculación entre el agrupamiento de empresas y el derecho societario. Es que el del agrupamiento es un problema económico, y el agrupamiento a través de la relación societaria es un medio jurídico de lograrlo, es decir que las fuerzas de la realidad hacen que modernamente las empresas tengan que tener gran envergadura, lo cual lleva a que todo el proceso económico de producción y hasta la distribución y en conseguir los insumos etc., está encadenado, a través de las mismas personas o grupos de personas que van ampliando sus negocios a través de esta concentración empresaria. Para ello buscan el medio jurídico de hacerlo y esto me lleva a esta reflexión; es lo mismo que pasa con las personas físicas, cuando el derecho crea la sociedad como un medio técnico de regular los agrupamientos de personas que hacen una actividad económica. Y lo hace con doble sentido, para regular el orden interno de ese grupo y que haya paz y que haya tranquilidad y reglas claras; y lo hace también para regular las relaciones con los terceros.

Durante siglos, el derecho societario fue evolucionando tras esa mira y proclamándose, al fin, en leyes de sociedades. Algo similar está pasando en una especie de segundo plano respecto a los agrupamientos empresarios; ya no son los comerciantes los que se agrupan en sus capitales, ahora son las grandes sociedades, que son los comerciantes modernos los que necesitan agruparse para desarrollar negocios internacionales o de mayor envergadura. Para ello, están formándose en lo que se llama grupo, lo que vendría a ser sociedades de segundo grado, o sea, así como las asociaciones civiles tienen esta confederación o figuraciones o cámaras, en el derecho societario está ocurriendo lo mismo, y yo creo que el siglo XX y el siglo XIX fueron los que crearon la modernización del derecho societario, y el siglo XXI va a ser el derecho societario de los grupos. Este derecho y por eso quizás sea difícil la concentración doctrinaria, va a tener que ser creado por los mismos empresarios, que son los verdaderos destinatarios de las normas, es decir, todas estas relaciones entre socios mayoritarios y minoritarios, socios externos que señalaba el Dr. Otaegui. Si no, no es sino la puja que ha habido hasta hoy en derecho entre, el principio mayoritario y aquellos que no detentan el principio mayoritario.

El principio mayoritario se da o no se da en el instrumento jurídico de funcionamiento de los agrupamientos societarios; no lo sabemos, hasta es la herramienta técnica jurídica con lo que se manejan las sociedades para poder unificar su voluntad. Quizás sea más complejo, quizás sean los juristas del siglo

XXI a los que les toque regular, una vez que la experiencia como todo fenómeno económico y empresario aconseje que es lo que es necesario regular. Cuando aparezcan los fenómenos de protección de los empresarios internos de los grupos, o de protección de los terceros que se vinculan con los grupos. Ahí va a tener que aparecer el derecho y los juristas para establecer las reglas jurídicas, pero no al revés. Regular jurídicamente antes de que se produzca la necesidad económica, es un contrasentido del derecho comercial, nada más.

### Dr. Moeremans:

El problema de los grupos reside en la divergencia justamente que existe, entre lo que es la realidad económica unificada, y la realidad jurídica que presentan estos grupos, como la sumatoria de personalidades jurídicas independientes. Esta problemática se agrava aún más, cuando estas personas jurídicas trascienden los límites de los estados nacionales, es decir en empresas, (en el caso de concentraciones transnacionales para dejar de lado la terminología de multinacionales).

Al respecto, creo que el derecho puede dar distintas soluciones. Una es mantener a rajatabla la independencia jurídica de cada una de las personas que forman el grupo; otra que se podría sustentar es desconocer las personalidades individuales y otorgarle una personalidad jurídica al grupo, en cuyo caso se primaría el bienestar del grupo, aún en desmedro del bienestar particular de las sociedades individuales. Creo que la tendencia en muchos países ha sido mantener no a rajatabla, pero sí reconocer la independencia de las personalidades jurídicas individuales, y es ahí donde a mi entender nació la teoría, o por lo menos el desarrollo de *disregard*, como una forma en principio según algunos autores, de paliar la teoría de la ficción.

Si el Estado, el derecho, reconoce la existencia de personalidades jurídicas individuales aún dentro del grupo, pero en caso de abuso del control se corre el velo de la personalidad jurídica y se considera de pronto a estos miembros individuales como una sola persona unificada, hay otra salida, es decir esta sería una posición de mantener las personas jurídicas separadas, en tanto y en cuanto respetadas, en tanto y en cuanto no se presente el problema del abuso.

En realidad hay otros fenómenos que simplemente para simplificarlos hago mención del de abuso que es el más popular, pero en realidad no se agota ahí el problema del *disregard*. Acá se hizo mención al corrimiento del velo y del supuesto que se lo podría identificar con problemas de interpretación contractual. Si los continuadores de esta sociedad, implican una novación de



los sujetos obligados en el vínculo contractual, que podría ser que no tienen nada que ver con el corrimiento del velo, pero son denominaciones genéricas en definitiva que se le dan a determinados fenómenos; y otra salida en cuanto a la problemática que considero acertada, (un poco disintiendo con la calificada opinión de recién), es de ver que el legislador vea cuáles son los intereses que acá se encuentran en juego, y de paliar los posibles efectos nocivos de una realidad económica que no la podemos negar, que no va a desaparecer, sino todo lo contrario, que va a tender, a raíz de los nuevos procesos de integración económica, a acentuarse tanto en Europa, a raíz de la Comunidad Económica como en Argentina, a raíz de los proyectados mercados nacionales. Entonces yo considero, que la regulación existente en la ley argentina es deficiente en ese sentido, y considero que habría que dictar normas que justamente tengan en consideración los intereses que puedan ser afectados.

Yo justamente noto dos intereses afectados; uno el de los accionistas minoritarios y otro el de los acreedores de las sociedades dominadas. Creo que esa es una función que tenemos en la actualidad los juristas y que no las podemos delegar, y mucho menos, creo yo, delegar a los empresarios. Digamos porque los empresarios que gozan del poder de desarrollar normas jurídicas, muchas veces van a ser aquellos que no tengan en miras ni los intereses de los acreedores, ni los intereses de los accionistas minoritarios.

Esta tendencia creo que se está marcando, uno porque al fisco le interesaba en el derecho tributario y otro en el país, en el ámbito del derecho laboral, donde en Argentina gozamos, que es otro de los polos que están en juego, los intereses de los trabajadores dentro de las empresas del grupo e incluso intereses que han sido previstos aún en países llamados sumamente liberales. En E.E.UU., tengo entendido que existe una ley cuyo número no recuerdo, pero en el Estado de Nueva York en el cual también se hace responsable de la suerte de los trabajadores en el caso de concentración empresarial a las empresas del grupo, de manera tal que esta, creo que es la tendencia que comenzó en el derecho tributario, siguió en el derecho laboral, es la tendencia que hoy estamos llamados a cumplir, es decir velar por los intereses de aquellas personas que pueden verse perjudicadas por un abuso, entre comillas digamos, por control por parte de la dominante, nada más.

**Vicepresidente (Dr. Vanasco):**

Sres., yo les pediría esto para aprovechar que lo tenemos al Dr. Imbidrujo en el estrado y para el beneficio de ustedes, que los comentarios se hagan en relación a su tema. ¿Hay alguien más que quiera hacer uso de la palabra?

**(No se identificó):**

Nosotros, por orden de organización, no recibimos las ponencias; si está la pregunta incluida me lo dice. Yo quisiera consultar que opinión tiene el doctor en relación al control y a la dirección económica unificada, en los casos de control de hecho o vinculación por cadena de venta; por ejemplo las cadenas del franchising en los casos de concesión y demás.

**Vicepresidente (Dr. Vanasco):**

Dr. Embid Irujo.

**Dr. Embid Irujo:**

Bien, el tema está creo, aludido en alguna parte de la ponencia, pero no está resuelto porque yo no lo tengo resuelto, también digamos de una manera en claro, a la hora de hablar de control, siempre incidimos en el mismo tema, en el control societario, es decir una sociedad que participa de un capital de otra, etc. Pero esta no es la única forma de control, o diríamos que no es la única manifestación del control.

Lo que usted acaba de decir tiene un enorme interés, y me parece que dentro de la doctrina alemana le llaman a esto la dependencia, una palabra, una expresión un poco perifrástica, la dependencia económica existencial, es decir una sociedad que sin participar en otra, sin embargo la domina. ¿Por qué?, porque hay un contrato, una relación jurídica duradera, que puede ser un franchising o puede ser una concesión comercial, o puede ser una exclusiva de venta, o puede ser cualquiera de las modalidades muy diferentes que hoy asume la distribución, la distribución de productos, etc. Es decir, en este tipo de contratos nos encontramos ante figuras que son inicialmente contractuales, y no hay en ello redundancia, porque no se establece con tales contratos, aunque sean contratos duraderos.

No se da a lugar o no surge una asociación, podríamos decir e mi opinión, no surge una asociación entre ambas entidades, pero sin embargo son contratos a medio camino de lo puramente contractual, una compra venta, y los contratos societarios por decirlo de alguna manera, es decir esos contratos en cierto sentido producen una o tienden a producir una dependencia económica del concesionario o del franquiciado, respecto del franquiciante o concedente. Es

decir nos situamos ante una relación jurídica que sin ser societaria, que sin permitir que alguien entre en la estructura del capital de esa empresa o de esa sociedad, de hecho puede terminar controlándola. Ayer se mencionó, creo que por el Prof. Otaegui, la ley argentina cuando fue modificada, que creo, si lo entendí bien, (no lo recuerdo del todo), que se hablaba también del control externo, junto al control interno, pues bien la ley argentina creo que contempla lo que usted dice como una manifestación más del control, siguiendo en esto al derecho italiano del código civil, que creo que es el art. 2359, si no recuerdo mal. Por eso tengo la impresión de que el control de hecho es perfectamente posible como control; y creo también que la mejor manera de que ese control sea un control pleno, es también participar en el capital, no solamente por vía contractual.

Pero en cualquier caso estas modalidades contractuales de distribución, son una especie de fenómenos jurídicos a medio camino del puro contrato, y de la formación de la auténtica sociedad entre los agentes que contratan. Por eso yo creo, que es perfectamente posible entender que es una forma de control y aplicar en su caso las normas reguladoras de la situación de control, pero si es posible señor presidente las reflexiones que han hecho los dos personas que han intervenido, me han parecido del máximo interés, y yo creo que hay algunas cosas en las que coincidimos al hilo de lo que yo he dicho en la ponencia, ¿no?; creo que en ambos casos se postula lo que yo he llamado una especie de tratamiento mixto del grupo, es decir por un lado el grupo es una estructura legítima, válida, no podemos prohibirla; pero por otro lado tampoco podemos desconocer que hay intereses implicados en tal fenómeno empresarial que deben de ser protegidos, pero yo creo que hice un planteamiento claro, así; diríamos en la doctrina europea e incluso para aquellos ordenamientos que avanzan tímidamente por este camino.

Pero creo que también a estos temas del grupo y la protección de sus intereses, se añaden hoy otros temas, cuando se pretende que el grupo tenga un tratamiento jurídico legislativo. Antes me he referido a la formación del grupo; ¿cómo se llega a hacer un grupo? Ahí también hay que fijarse, se los, digo porque un profesor alemán el Prof. Bideman, profesor de Bolonia, tiene una frase realmente decisiva.

El dice en un trabajo suyo que después de la obtención del control en la sociedad dominada, impera la paz del cementerio, es la expresión literal, es decir que el control es importante, pero no sólo el control obtenido, sino todo lo que lleva a esa situación. Por eso yo creo que hoy el ordenamiento tendría que decir algo también, y lo que es luego la organización del grupo una vez constituido el grupo, que relaciones hay entre los órganos de las diferentes sociedades, cómo responden los administradores de las sociedades del grupo?;

si responden ante quién, quién tiene legitimación para pedir responsabilidad civil al administrador de la dominante?.

En el derecho español por ejemplo, en una sociedad aislada, el 5% del capital puede pedir responsabilidad a los administradores; pregunto, el 5% del capital de la dominada podrá pedir responsabilidad a los administradores de la dominante?; ese tema no está resuelto. Por otro lado, los temas de poder de representación, quién representa al grupo?; el grupo no tiene personalidad jurídica, (de acuerdo no la tiene), pero cuando contrata el administrador de la dominante, en nombre de quién está contratando realmente? a los efectos de imputación o referibilidad de las consecuencias de ese acto representativo.

Me ha parecido muy interesante también lo que se ha dicho de las sociedades de segundo grado. Aquí tendríamos que mirar tal vez al fenómeno de las sociedades cooperativas; por qué?, al menos en el derecho español, tenemos normas sobre las cooperativas de segundo grado, no tenemos normas sobre las sociedades anónimas de segundo grado.

No desconozco que la causa mutualista es distinta de la causa lucrativa, esto es claro, pero me parece que ahí tendríamos un terreno en el cual no podríamos utilizar algo, porque en una sociedad de segundo grado siempre hay un elemento, (en mi opinión), de consorcio; me atrevería a decirlo, pero en fin, son temas que merecen mucha más discusión y no quiero llevarme una paliza ni mucho menos.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Solari.

**Dr. Solari:**

Gracias señor presidente. Quiero hacer un comentario para ir a una pregunta al Prof. Embid Irujo. Desde mi punto de vista, la situación legítima de control, inclusive se mencionó al pasar recientemente, en lo que hace a la protección de los accionistas externos minoritarios de la sociedad dominada, debiera permitirles la alternativa de la salida, del receso de la sociedad. Desde mi ángulo, en nuestro derecho positivo aunque no está previsto expresamente, sabemos que es restrictivo el uso de las causales de derecho de receso; tal vez podría utilizarse en base al cambio fundamental del objeto, si bien no sea formal este aspecto si, en cuanto a una modificación de la actividad, el fin de la sociedad dominada.

Voy entonces luego de esta reflexión personal a la pregunta: en su

opinión personal y en la experiencia española legislativa creo que no, pero tal vez jurisprudencial o incluso europea, ¿hay antecedentes sobre este tema? Gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Prof. Embid Irujo.

**Prof. Embid Irujo:**

Bien, el derecho de separación o de receso como dicen acá, pues es una facultad del accionista que las sociedades de capital crecientemente tiene mala prensa, es decir se ve como un fenómeno peligroso, la descapitalización de la sociedad, si el derecho de separación se generalizara. En el derecho español tradicionalmente, ha habido una actitud destructiva al regular la sociedad anónima del derecho de separación. En la ley del 51 en concreto había tres casos, el cambio del objeto social, el cambio de la transformación de la sociedad al cambio de tipo de anónima, limitada o lo que fuera, y la fusión de sociedades. Recientemente con la ley que tenemos en España de 1989, ley que sigue las directivas comunitarias en materia de sociedad anónima, el derecho de separación ha sufrido un nuevo recorte y ahora tenemos dos supuestos en los que procede ese derecho de separación. El primero de ellos no es el cambio del objeto social; la ley habla de sustitución del objeto social lo cual en mi opinión, debe interpretarse como una idea más restrictiva de cuando procede ese derecho de separación, y en el segundo lugar procede también en el caso de transformación de una sociedad de capitales a una sociedad personalista.

De la fusión ha desaparecido el derecho de separación, porque la tercera directiva comunitaria no lo reconocía y tras una polémica ciertamente intensa en el ámbito del doctrina española, finalmente la legislación no reconoce el derecho de separación en el caso de fusión. Pero por cualquier caso, estas son normas que están pensando en una sociedad aislada, no en una sociedad controlada, una sociedad integrada en un grupo, y yo creo que la pregunta es de máximo interés. Porque ciertamente cuando hablamos de una sociedad que se integra en un grupo, no podemos decir que se produce un cambio de objeto en sentido formal, no es una modificación estatutaria, pero sí cabe decir y yo creo que esto evidentemente podemos pensarlo, casi siempre se produce una alteración fáctica, una modificación estructural de la sociedad dominada. Esta categoría, a la modificación estructural yo la he intentado defender en algún trabajo, como un concepto algo distinto y superior al de las modificaciones

estatutarias, la modificación estructural es algo que puede afectar a la personalidad jurídica, a la sociedad, a la escisión, a la fusión o que puede afectar a su mismo objeto o actividad, no necesariamente en el sentido formal. Y yo me atreví a defender, siguiendo el ejemplo de algunos autores importantes alemanes o de Estados Unidos, que podría defenderse el derecho de separación ante supuestos de modificación estructural no tipificados, no previstos legalmente de una manera taxativa, y lo que usted dice, yo creo que podría perfectamente defenderse; hay opiniones autorizadas al respecto, e incluso en la jurisprudencia alemana encontramos situaciones en las que se ha favorecido el derecho de separación ante supuestos de cambio. Y hablemos de esa manera tan imprecisa, no previstos en la ley y no tipificados, pero que suponían para el accionista externo una auténtica merma importante en su posición patrimonial y económica. Por eso yo creo que el receso se podría defender perfectamente, eso de esta opinión que usted plantea, ahora bien tendríamos que concretar un poco más o defender un poco más a la realidad concreta, pero me parece en términos generales perfectamente defendible.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Gracias, Dr. Embid Irujo. Dr. Arecha.

**Dr. Arecha:**

Bueno, yo no recibí las ponencias con suficiente antelación, pero siguiendo un poco el relato que usted acaba de formular, quisiera saber si con motivo del fenómeno en el grupo, el accionista tiene un mayor derecho de información, que abarque no solamente la sociedad de la cual forma parte, sino algunas otras del grupo. ¿Cómo juega esto en el derecho español o en la experiencia comunitaria europea?

**Prof. Embid Irujo:**

Muchas gracias por su pregunta. Este es uno de esos temas también realmente trascendental. Es decir, a la hora de proteger al socio externo, no sólo cabe pensar en lo que podríamos denominar medidas patrimoniales, bien que reciba una compensación constante, bien si se queda en la sociedad, bien que se separe de ella, y lo que da a pensar también en otras formas de protección, como

por ejemplo la información, la mejora de la información en su caso, como por ejemplo también hasta qué punto, una minoría de accionistas externos, no podrá recibir del legislador algún sistema de control de la administración del grupo. Hasta qué punto no cambia esto, o bien finalmente, hasta qué punto no cambia lo que yo decía antes, pedir responsabilidad con el accionista externo, con una cierta participación en el capital, a los administradores del grupo.

Pero en cuanto a lo que usted se refiere, en cuanto a la mejora de la información, tradicionalmente en el derecho de grupo se ha vinculado este tema a la contabilidad del grupo, a la contabilidad en el sentido de que el grupo de sociedades, no puede contentarse con la contabilidad aislada de cada una de las sociedades, sino que hace falta una contabilidad consolidada de todo el grupo. Ahí encontramos un elemento informativo de primer orden para el accionista, que es el balance consolidado, la cuenta de previas y ganancias consolidadas, y en su caso el informe a la memoria que se pueda presentar. Esto hoy, tiene una parcialidad legislativa bastante clara en todos los países.

España la tiene por influencia de la séptima directiva comunitaria, que impone cuando hay una situación de control, la redacción de estos balances consolidados; y en el derecho español tenemos en los art. 42 a 49 del Código de Comercio, (ojo es importante este matiz), no está en la ley de anónimas, está en el Código, art. 42 a 49 desarrollados por decisión posterior.

Se recoge en la ponencia, pues, como se deben formular estas cuentas, y en cierto sentido la mejora en el art. 42 que es el derecho de información del accionista a conocer los documentos contables, los documentos contables relativos al grupo en su conjunto; pero la información no solamente puede tenerse ahí. Entiendo que no sólo debe de tenerse ahí; lo que pasa es que la información tradicionalmente tenía otro campo de juego, que es la reunión de la junta general. Me imagino que en derecho argentino será la misma cosa, y ahí ciertamente el accionista puede acceder a la junta general de su sociedad; no está legitimado para acceder, salvo que sea accionista, a la junta general de la sociedad dominante, donde tal vez la información fuera más adecuada. Por eso aquí estamos siempre de nuevo ante el tema del *disregard*, la conveniencia de ampliar la información relativa al grupo en su conjunto, y no limitarla a la sociedad dominada.

Lo que pasa no obstante en la sociedad dominada, se pueden plantear en la reunión de la junta temas que afecten al grupo (obviamente), y claro, hasta qué punto ese derecho de información normal es efectivo en una situación de grupo, ese es el problema. Bien yo creo que efectivo del todo no lo es.

En el derecho español tenemos un instrumento, cuando el presidente de la junta por ejemplo, deniega cierta información solicitada, y es que esa información no se puede denegar cuando la requiere el 25% del capital social;

pero claro, el 25% de un capital social ustedes lo entienden muy bien, es un porcentaje demasiado alto como para que se pueda dar. El que tenga el 25% controla la sociedad y no quiere divulgar esa información, esto es obvio, no?; por lo tanto yo creo que la mejora de la información es otro de los temas.

Finalmente en relación al punto de la información, y creo que también es interesante decir, que cuando las sociedades cotizan en bolsa o acceden al mercado de valores, por el derecho del mercado de valores se puede obtener otra información, información complementaria para el accionista sobre temas específicos del mercado de valores, pero desde luego también importantes.

En el derecho español tenemos una ley de mercado de valores de 1988 que ha mejorado sensiblemente la transparencia del mercado. Crea una comisión nacional del mercado de valores etc., etc., y en cierto sentido impone nuevos deberes de información; pero obviamente a las entidades que acceden a estos mercados, y no a la sociedad meramente de un grupo que no tiene nada que ver con el mercado de valores. En fin, esta es un poco la situación que yo creo, pero en la ponencia tiene usted más información y más datos sobre el derecho comunitario también.

### "Sobre el artículo 30 L.S. y los grupos"

#### **Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Embid Irujo, muchas gracias y queda en reserva porque en cualquier momento otra vez seguramente le requeriremos información. Para un mejor ordenamiento de la reunión, el ponente tendrá cinco minutos para exponer y cinco minutos para responder.

#### **Dr. Otaegui:**

Quería formular una breve reflexión de carácter general. Hemos oído valiosas sugerencias del Prof. Embid Irujo; tenemos que meditar lo siguiente. El Prof. Embid Irujo actúa en un país en el cual el ingreso mínimo per cápita debe ser de mil dólares por lo menos; si no me equivoco, aquí si llegamos a cuatro mil es con suerte, entonces eso tenemos que ponderarlo.

El Prof. Embid Irujo señala el problema de los accionistas externos, yo pregunto: ¿tenemos accionistas externos en la Argentina? Primero tengamos accionistas externos y después ocupémosnos de este tipo de legislaciones. Por



eso he hecho una ponencia, que consiste en lo siguiente: tenemos un régimen estatutario de la anónima, que es adverso, es contrario al desarrollo de la empresa, en el mismo sentido que pone trabas a la formación de los grupos.

Creo que nosotros estamos en una etapa en la cual tenemos que favorecer que vengan los grupos, que haya accionistas internos, que haya inversión y cuando esto esté, desarrollado, podremos aplicar el corsé, si aplicamos el corsé antes, no lo vamos a lograr.

¿Cuáles son los artículos que yo entiendo, en la ley argentina obsta a una adecuada concentración empresaria, primer tema el art. 30.

El tema del art. 30, como nosotros sabemos, veda que las sociedades por acciones formen parte de otro tipo societario que no sean sociedades por acciones, es decir ved a por ejemplo por que las sociedades por acciones formen sociedades accidentales o de participación. Cuando este artículo hubo que aplicarlo en serio, cuando vinieron los joint venture para la contratación de los contratos de riesgo petrolero, en esa ley hubo que expresamente que decir, que para este caso, el artículo no se aplicaba; así que es una excelente solución que cuando hay que aplicarla no se aplica.

El tema se resolvió parcialmente con la regulación de las uniones transitorias de empresas, pero no se resolvió totalmente. Cómo en la concentración societaria europea las grandes empresas recurren a la figura de la sociedad de responsabilidad limitada, y esto es perfectamente razonable en una filial, con un interés a la persona del consorcio, y el tipo de responsabilidad limitada es más apto que el tipo de la anónima; en nuestro derecho el art. 30, eso lo prohíbe.

Propuesta: derogar el art. 30. Tenemos otra solución, que es la solución del art. 94 Inc. 8vo., El art. 94 Inc.8vo., fulmina la existencia de una sociedad unipersonal; es una cláusula tomada del derecho italiano y más severa que la del derecho italiano, eso conspira contra la existencia de las filiales.

Un tema distinto es el tema de la pequeña empresa unipersonal de responsabilidad limitada, pero la filial es una realidad en nuestro medio. Este art. 94 Inc.8vo. es un palo en la rueda; felizmente, proyectos legislativos han abogado por la admisión de la persona societaria unimembre, y no digo la sociedad unimembre, porque esto es un contrasentido. No puede haber una sociedad con un contrato de sociedad con un solo contratante, digo una persona jurídica con un solo partícipe, lo que no es ningún contrasentido, porque hay personas jurídicas sin partícipe, como son las fundaciones. Desde otro punto de vista, desde el punto de vista temático, creo que el tema esta resuelto, y atiende a una realidad.

Otro inconveniente que advierto en la ley argentina, es el tema que se trata, el tema del control externo. La Reforma del 83 introduce el control interno de derecho, una participación mayoritaria autosuficiente, el control interno de hecho, una participación no autosuficiente per se, sino que se completa con el ausentismo o con la captación del voto ajeno; y finalmente introduce el control externo, pero lo introduce de una manera hartamente amplia, porque es un control externo que no sólo resulta de vinculaciones contractuales, sino que de otro tipo de vinculaciones que no tienen por qué ser contractuales. Si se sigue el ejemplo italiano en el cual se inspiró, y esto evidentemente crea un gran plano de inseguridad para la formación de un grupo, no es fácil determinar cuándo se es un controlante interno de hecho, no es fácil determinar; es más difícil determinar cuándo se es un controlante externo contractual, y es totalmente difuso poder determinar cuándo se puede ser controlante externo no contractual. Esta norma merece ser repensada. Existen otras soluciones, otras soluciones que en nuestro derecho apuntaron a la tutela del accionista minoritario, y fueron los amos que matan. Al apuntar a la tutela del accionista minoritario, no hay accionistas minoritarios o hay muy pocos accionistas minoritarios, y en definitiva ahuyentaron la posibilidad del accionista inversor.

Son las normas que castigan a los controlantes del grupo; por ejemplo la norma del art. 216 que prohíbe el voto plural, el voto privilegiado, las acciones con varios votos. Bueno, conocemos todos los antecedentes de la norma, como la década del '30, los regímenes liberales decían que era de inspiración totalitaria, y los regímenes totalitarios decían que era de inspiración liberal, y todos la condenaron. Cuál es la realidad en nuestro medio? La realidad en nuestro medio es el mismo tema que el art. 30. La ley prohibió la emisión de acciones de voto privilegiado; dijo para el futuro, esto se va a ir resolviendo porque en las sucesivas emisiones se va a ir licuando el voto privilegiado y vamos a llegar a ese sueño de la democracia asamblearia, que no tiene nada que ver con los negocios. Pasó lo mismo con el art. 30 y los contratos de riesgo de explotación petrolera. Llegó un momento en que hubo que aumentar los capitales con motivo de la hiperinflación, había, y para esos aumentos de capitales motivados por la inflación y reconocidos en revalúos contables. Para este caso, esto no lo vamos a aplicar, y vamos a seguir emitiendo las acciones de votos privilegiados, y ¿por qué? Porque es una disposición contra natura, esta es otra norma que debe eliminarse.

Y está el tema del voto acumulativo. El art. 263 tomado de la legislación norteamericana, la cual tiene un sentido de la asamblea totalmente distinto del nuestro. Pero que actualmente el voto acumulativo más que para favorecer al accionista inversor, sirve para favorecer situaciones de

abuso procesal, situaciones de hostigamiento. Entonces este sistema de voto acumulativo, entiendo yo debe permanecer como optativo en la ley; la sociedad que quiere salir a la plaza a recoger capitales con voto acumulativo que lo diga, y la sociedad que quiere salir a la plaza a recoger capitales sin voto acumulativo que lo diga, y las personas que son mayores, capaces y hábiles según el Código Civil y tienen una información adecuada, optarán y elegirán por lo que más les convenga. Y finalmente una última referencia dentro de la ley de sociedades al tema del art. 54.

Esa norma también debe ser perfeccionada; por lo siguiente, con anterioridad a la sanción de la ley, se admitían las siguiente soluciones, de la sociedad mal controlada se podía agredir al controlante torpe, del controlante torpe se podía agredir a la sociedad mal controlada e inclusive, se podía invocar la doctrina en beneficio de la sociedad. A la literalidad del art. 54, sólo queda en pie la primera solución, pero las otras soluciones que están vigentes, a la luz de normas del Código Civil no derogadas, deben conciliarse con esto, y esa norma del art. 54 tiene que ampliarse. Concluyó: entiendo que tenemos que liberalizar nuestro régimen societario, para permitir el desarrollo del país; y las preocupaciones que felizmente afligen al Prof. Embid Irujo, ojalá algún día las tengamos nosotros, tengamos sociedades, tengamos capitales. Muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Otaegui muchas gracias. Estoy de acuerdo en mucho de lo que ha dicho el Dr. Otaegui, pero quiero señalar como una nota de alarma, con relación a la tendencia que informa su ponencia y que si bien estamos todos de acuerdo en que el país se necesita capital, se necesita inversión; también va a precisar accionistas y un accionista minoritario, alguien que quiera entrar en la compañía con un condicionamiento tan grande de sus derechos, creo que va a ser una especie de suicida.

Creo que las sociedades, para poder recibir capital, tienen que posibilitar un juego armónico de los derechos de todos sus integrantes, y no dar a una sola de las partes aún cuando tenga el control, la potestad total sobre la vida y la suerte de la sociedad; y no lo comento en el sentido de que me opongo a las reformas que tiendan a la inversión, sería suicida pensar de esa manera, pero creo que corresponde poner una nota de alarma, una luz roja frente a una tendencia que pueda proteger a los accionistas. Bien, ¿alguien se anota en la lista de oradores?  
Dr. Albor.

**Dr. Albor:**

Yo sólo quería preguntar, también que acá ha hecho una reflexión de política legislativa, obviamente es cierto y nadie lo desconoce, y tal como ha sido reafirmado que nosotros necesitamos inversiones, pero creo también y en eso coincido con el presidente, que deben haber reglas claras que reflejen todos los intereses en juego.

Y considero también en base a la posición del Dr. Otaegui, que alguno de los artículos que él ha nombrado como escollos en la inversión, no son en la práctica tal, por ejemplo el art. 30 tiene la particularidad, si bien coincido en su derogación, que no impide que las sociedades extranjeras puedan asociarse con otra forma que no sean sociedades por acciones; esto ha sido ya reiterado por el Dr. Boggiano, por una ponencia acá en este congreso de la Dra. Orchansky, y también ha sido reafirmado por otros autores, por que?, porque el art. 30, se trata de una norma de policía interna que no hace al orden público, razón por la cual las sociedades extranjeras se encuentran en mejor posición que las sociedades nacionales.

Por otro lado el art. 94 si bien es una, también es un impedimento de hecho, ese impedimento fue salvado, participando o aceptando a la jurisprudencia que existan sociedades unipersonales, sobre todo filiales, donde el 0,1% de las acciones está en mano de uno de los directivos de las sociedades, y el resto, en manos de la sociedad matriz.

Es decir que, en muchos casos estos escollos han sido realmente salvados en la práctica, pero debemos apuntar en toda la política legislativa a que existan normas claras, no podemos permitir con ningún concepto, que en definitiva no haya reglas de juegos en aras de la inversión de capitales, y luego cuando se produzca la inversión, cambiar esa regla del juego, trayendo lo que hoy está en boga en nuestro país, el tema de la inseguridad jurídica.

Yo creo que, debemos tener reglas claras que protejan los intereses en juego, y que sepan los inversores a que reglas en definitiva se van a someter, y que no esa regla, después de haber hecho la inversión, sea modificada porque se toman insuficientes para regular la situación de esta sociedad.

**Presidente (Dr. Odríozola):**

Bien, gracias Dr. Albor. Dr. Bomhard.

**Prof. Bomhard:**

Quizás algunas aportaciones a este punto de vista alemán, en cuanto a la regulación o no regulación en el grupo de sociedades, hemos hablado mucho de la amplia regulación del grupo de sociedades en derecho alemán; y no es que el legislador alemán ha llegado a esta regulación porque Alemania ha llegado a un cierto nivel, por ejemplo per capita, es simplemente porque el legislador alemán en los años 1960 también quería armonizar, o también quería empujar a los grupos de sociedad que se formen.

El simplemente quería legalizar este proceso de formación de grupo ; en otros términos el legislador alemán, no tengo que exponerlo de otra forma, para favorecer a la agrupación de empresas, se les concedía a las empresas ciertos incentivos fiscales, y para obtener estos incentivos fiscales tuvieron que pasar estos contratos de dominación, y así que nació esta amplia regulación de este grupo de sociedades, sobre todo mediante sus contratos de dominación, hoy en día casi no se práctica.

La práctica huye de este contrato de dominación, huye de otras formas societarias como sociedad de responsabilidad limitada. Es decir, en el derecho alemán, el legislador regula solamente los procesos de agrupación de control en la sociedad anónima; pero en Alemania tenemos nada más que 2.300 sociedades anónimas y más de 400.000 sociedades de responsabilidad limitada, y en ello no existen ningún reglamento de control de sociedades, pero no es que tenemos más libertad, más libertad empresarial como quizás lo piensa el Dr. Otaegui.

Porque la jurisprudencia ha sido mucho más dura con los grupos de sociedad que el legislador, el legislador solamente tenía tendencia a regular, a legalizar los precios, el proceso de influencia; la jurisprudencia es más dura con el socio mayoritario, con el socio controlante, no tiene que ser torpe es simplemente de ser el control, el dominio que se responsabiliza.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Nuevamente el Dr. Albor.

**Dr. Albor:**

Quería simplemente hacer una aclaración, con respecto al tema de, una aclaración en relación con la previsión de la existencia de votos privilegiados; quiero aclarar a ver si entendí bien lo que manifestó el Dr. Otaegui. Comparto que debería eliminarse la prohibición del voto privilegiado, y entiendo que el Dr.

Otaegui se refería a los casos en que se trata de empresas que hacen oferta pública; por cuanto las sociedades cerradas podrían emitir voto privilegiado, y además, creo que es un tema bastante importante, porque hoy en día se está produciendo justamente el ingreso de empresas a la oferta pública, y uno de los puntos que suele ser analizado profundamente desde el punto de vista de previo al ingreso a la oferta pública, es justamente el tema de la emisión de votos privilegiados, y estas empresas antes de entrar transforman su capital generando acciones de voto múltiple, justamente para asegurarse el control una vez que estén dentro de oferta pública, gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Arecha.

**Dr. Arecha:**

Con relación a lo que decía el Dr. Otaegui de la conveniencia de derogar algunas normas, en particular me voy a referir al 94 Inc. 8vo.. Yo creo, que hay argumentos muy serios en favor de la existencia de un solo socio, la posibilidad de la existencia de la sociedad de un solo socio, como la posición tradicional de efectuar un contrato unilateral y de organización.

Las dos posiciones creo que desde el punto de vista jurídico, tienen una postura muy seria, pero creo que acá el tema es que hay que rescatar, lo que es la tradición jurídica argentina y la tradición jurídico argentina; parte de la base de que hay sociedades con pluralidad de socios y situaciones particulares, se admiten de tratar de una determinada forma como lo contempla el art. 94 inc. 8º. También es cierto, que nuestra legislación admite el caso de las fundaciones con un solo socio, y que sería bueno también que la filial de socio único no tenga que recurrir a una ficción para tener una pluralidad de socios.

Yo creo esencialmente que para tener buenos socios, vamos a tener que darles buenos derechos, de forma tal que ello no perjudique el desenvolvimiento de la sociedad; y que la sociedad tenga buenos colaboradores que le permitan formar un buen capital, que es tan necesario en la Argentina.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Gracias Dr. Arecha. Dr. Vanasco.

**Dr. Vanasco:**

Voy a referirme también a la ponencia del Dr. Otaegui, respecto al art. 30 quiero, quisiera hacer una aclaración al Dr. Embid Irujo. Quizás por los antecedentes de este art. 30 que le debe extrañar; lo que pasa que en nuestro país tenemos un sistema de fiscalización estatal. Esta fiscalización estatal se extiende a las sociedades por acciones.

Uno de los redactores que participó en esta ley, el Dr. Halperin, quien dejó su marca muy precisa en la ley de sociedades, el Dr. Halperin era uno de los juristas más importantes en el Derecho Comercial que tuvo Argentina, pero era un hombre rígido y de cierta moral empresaria, por lo tanto al someter las sociedades por acciones a un control administrativo como parte de un organismo, entendió que si no lo extendía a otras sociedades se podía burlar:

Entonces Halperin sostenía cuando auspició esta introducción, si controlamos a las sociedades anónimas, si estas toman participación en otras sociedades, no podemos controlar las otras sociedades. De ahí que el art. 30, tiene la función de ser una manera indirecta de controlar a toda las cadenas de sociedades por acción, si no se rompía esta cadena.

Sin embargo, se ha propiciado ahora la derogación del control administrativo, y sin embargo no se deroga el art. 30. Por eso yo he presentado otra ponencia en esta comisión, donde desaparece el control administrativo así obligatorio y se deroga el art. 30, que ya no tiene ningún sentido en la legislación argentina; al desaparecer el control de sociedades por acción en forma permanente. No tiene ningún sentido que continúe todavía esta prohibición, que en realidad constituye una incapacidad.

Por eso como dijo alguien, a las sociedades extranjeras no se le aplica, porque la incapacidad se regula por el derecho de origen. Por lo tanto esta figura del 30, efectivamente hay que eliminarlo, porque es una traba que nunca se ha demostrado que pueda ser una contrariedad ni para el Estado ni para los intereses de nadie.

Con respecto al 216, también coincido que ha sido un efecto negativo en las sociedades abiertas, y este art. 216 viene de una ley de 1970, en donde se propiciaba el desarrollo del mercado de capitales

En esta ley se estableció por primera vez, la prohibición de las sociedades abiertas de emitir acciones de votos múltiples o voto privilegiado, para asegurar los paquetes de control; pero en realidad operó de forma distinta, porque al tratar de nivelar las situaciones de control, en la bolsa las sociedades dejaron de abrir sus capitales por miedo a perder las situaciones de control.

Tanto es así que ahora nos hemos ido para el otro lado, la comisión nacional de valores ha sacado una resolución la N° 202 donde permite las acciones ordinarias sin voto, o sea que ya se fue para el otro lado, en lugar de propiciar la

derogación del 216 directamente en lo que se refiere a las sociedades que cotizan ya deja el art. 216, pero permite acciones sin voto, o sea accionistas ordinarios que no pueden votar.

Y una última reflexión sobre lo que dice el Dr. Otaegui, respecto de que efectivamente hay que tener mucho cuidado en la regulación, lo que pasó en Alemania que nos indica el abogado alemán Bomhard que ha traído testimonio de lo que ha pasado allá; es cierto las sociedades de Alemania parecieran ser muy pocas, el legislador trata de regularlas a través de la iniciativa fiscal, en una regulación de los derechos internos y se abandonó. Es decir que la realidad superó realmente el deseo del legislador, porque el deseo del legislador tiene que venir bien después, lo que como están haciendo de que la jurisprudencia ponga orden, a cuales son los verdaderos derechos que la comunidad está sintiendo que se están lesionando, porque empezar de ahora vamos a prohibir esta situación.

Fíjense que todavía no hemos solucionado la situación de los accionistas externos, en los casos de las OPAS que no es grupo, pero en una sociedad común viene un grupo de gente, toma la mayoría y el accionista quedó como accionista externo, y ese accionista nadie piensa que ya no puede, que ya ha variado totalmente su situación, salvo al artículo que ejerce el voto acumulativo. Pero en realidad ha variado sustancialmente la situación, tal como ocurre cuando en una sociedad anónima viene otro señor y toma el control.

Recuerden que nosotros estamos hablando acá en los grupos de sociedades, nada más que por vía de sociedades, acá no se regula el control por vía de accionistas personas físicas; por eso si me permite quizás hacerle una pregunta al Dr. Otaegui que trajo una expresión y dijo, que no puede haber grupo sin control, me pareció oírle haber dicho eso.

Yo medito, puede haber grupos sin control. Son los llamados grupos personales, cuando los mismos accionistas son los tenedores de la mayoría del capital de diversas acciones, no hay control societario; pero hay grupo en el sentido de que los mismos accionistas son aquellos que participan en distintas sociedades, y no hay duda de que hay dirección unificada en este caso, pero no por vía holding o por vía de la participación, sino por la influencia dominante que en cada sociedad tiene el grupo mayoritario de personas físicas, que puede ser uno o dos. Si no es así, le pido al Dr. Otaegui que me aclare su idea, gracias.

(No se identificó):

Dr. Otaegui, si no me equivoco usted al principio de la exposición, habló de que se había ahuyentado al accionista minoritario, al inversor, pero no en el sentido de accionista minoritario. De acuerdo con eso satisface mi inquietud,



porque lo había entendido mal.

En principio, quiero aclarar que estoy totalmente de acuerdo con la ponencia del Dr. Otaegui en materia de derogación de todas aquellas normas que impidan en este momento, sobre todo en este momento en el país la inversión. Por supuesto que la inversión es útil, me preocuparon algunas palabras que dijeron por ahí, respecto de que al inversor había que darle normas claras. Yo creo que cuanto menos normas haya más claras. Es el exceso de regulación que ha tenido la República Argentina, y hacia lo que se tiende actualmente eso de regular justamente ha sido lo que ha ahuyentado justamente la inversión, muchas gracias.

#### **Dr. Olivera García:**

Veo un poco la cara de decepción del Dr. Odriozola, que el tiempo se esta yendo, pero me pareció que valía la pena en este universo de ideas que se vienen ensayando aquí, traer un poco la experiencia de lo que pasa en un país cuantitativamente mucho más pequeño que la Argentina.

No sé exactamente cuál es el ingreso per cápita, pero creo que no pasa por ahí, pasa porque la economía del Uruguay debe ser el 10% de lo que es en Argentina, entonces pasan otras cosas que ustedes conocen bien.

Muchos de ustedes conocen bien la nueva ley de sociedades uruguayas que empezó a regir en el año '90, y que está básicamente inspirada en la ley Argentina. Nuestro legislador ha tenido algunas obsesiones que desde el inicio ya vimos que eran francamente negativas, como era esa preocupación obsesiva y enfermiza por la protección del accionista minoritario.

Nosotros sabemos bien que el accionista minoritario, cuando hay, ya que hay muy pocos accionistas minoritarios en las sociedades uruguayas, creo que también en las sociedades argentinas, me refiero a una masa accionista inversora en la bolsa; en los últimos tiempos ha habido un cambio en el asunto, pero en Uruguay sigue igual

Tenemos una bolsa anémica, con muy poquitas sociedades abiertas, y entonces puede haber allí un grupo de accionistas que sólo están interesados en dividendos, que son partícipes de alguna canasta que puede fabricar algún banco que está consiguiendo inversión, y se hace una canasta para acciones, para que un accionista inversor que coloca en acciones, como podría colocar en el banco. Pero como ahora el banco da muy poco interés, coloca en acciones y está interesado en la rentabilidad de la acción, y para nada le interesa el gobierno y la sociedad de la cual proviene esa acción que le da bueno o mal dividendo. Cuando le dé malo, se va a tratar de cambiar.

Esta obsesión que tiene el legislador por la protección de la minoría, es realmente muy contraproducente, porque lleva a inmiscuirse en la vida íntima de la sociedad, en forma que resulta totalmente contraproducente, y obligando a repartir determinada cantidad de dividendos siempre y obligatoriamente, y muchos ejemplos como éste.

El otro tema es el tema del control, fíjense que nosotros de alguna manera hemos copiado la legislación argentina sobre las sociedades vinculadas y controladas, aunque no tenemos un art.30. Anoche lo hablábamos con el Dr. Otaegui; nosotros no tenemos art. 30, pero por un fenómeno de colonialismo cultural copiamos también la legislación del control, y sobre sociedades vinculadas y controladas, y que parece de alguna manera totalmente innecesario a la luz de lo que estoy escuchando en esta oportunidad.

Por último, quiero hacer un aporte distinto, pero que también se ha discutido acá; y es el tema de la sociedad de un solo socio, por decirlo groseramente y en forma rápida.

También en el Uruguay se había previsto que la sociedad podía devenir con un solo socio, y ahí se le daba un plazo de un año; ahí pasa como en Argentina, para que vuelva a su estrato societario, es decir de dos socios por lo menos, o que entre en liquidación. Pero resulta que el Poder Ejecutivo cuando reglamentó nuestra ley, encontró que esto no era aplicable a las sociedades anónimas, entonces que las sociedades anónimas deben constituirse por lo menos con dos socios, y allí es claramente un contrato. Pero después, para subdividir, si el paquete accionario se concentró en una sola mano, la sociedad puede seguir funcionando con total libertad, lo cual no ha dejado de ser una buena solución práctica, porque en el mundo de los negocios sabemos que esto pasa todos los días.

**Dr. (no se identificó):**

Estoy totalmente de acuerdo con lo expuesto con el Dr. Otaegui. No leí la ponencia, pero yo me adheriría diciendo por qué no deroga también el art. 31. Con respecto a los porcentajes de participación de una sociedad en otra, salvo las que sean de inversión, creo que eso también es un tema que habría que derogarlo lisa y llanamente, nada más.

**Dr. Otaegui:**

Gracias señor presidente. Voy a comenzar respondiendo a una pregunta directa del Dr. Vanasco y después me referiré en general a las interesantes sugerencias que se han formulado.

Es exacto que nuestra ley en su artículo 33 contempla al grupo cuando esta estructurado sobre las bases de una sociedad matriz, contempla al grupo matricial, y es exacto que existe un grupo societario que no se estructura sobre la base de una sociedad matriz, sino que se configura por la existencia de accionistas comunes, que son quienes imponen la política o la dirección unificada.

Este es otro grupo, otra forma de grupo no prevista en el art. 33 ni su legislación complementaria, que tenga que explicitarse en los estados contables; este es un tema para pensar, pero en este grupo sí hay control, porque es el control de los accionistas comunes, es un grupo en cuál existe control. Por eso me permito insistir, por algo vengó de una región del país del Dr. Embid Irujo, me permito insistir si acá puede haber control sin grupo, no hay grupo sin control.

Bueno, nos pasamos a los distintos temas, entiendo que las reglas deben ser obviamente claras, pero que las reglas sean claras no significa como se ha dicho, que tengan que ser particularistas, y no significan que no se puedan dar opciones. Serían reglas perfectamente claras que sociedades ofrecieran a la plaza sus acciones, con votos acumulativos o sin voto acumulativo, con voto privilegiado o sin voto privilegiado; eso es claro y eso bien dicho no va a influir de ninguna manera favorable o desfavorable en la transparencia de la negociación.

Lo que hemos tenido con esta legislación, es lo que se significó a fuerza de querer tutelar al accionista minoritario; nos hemos quedado sin el accionista inversor, y ahora caemos en otro extremo del péndulo, en las acciones sin participación, por una norma de la Comisión Nacional de Valores que altera el concepto clásico del socio en la doctrina argentina, y lo que es algo más grave barre con el art. 69 de la Ley de Sociedades, que dice que es irrenunciable el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables. Esta norma ha ido por el otro lado, y posiblemente para felicidad de algunos abogados a lo mejor, dará origen a sabrosos pleitos, esto sin seguridad jurídica.

Por la derecha, pasamos al tema de las circunvención de las normas; bueno es sabido que en el art. 30 obviamente no se aplica la sociedad constituida en el extranjero, esto es cierto. El problema sobreviene cuando una sociedad constituida en el exterior, quiere hacer una sociedad accidental con una sociedad constituida en el país, y cuando viene el problema, se resuelve la enfermedad cortando la cabeza al enfermo.

En los contratos de explotación de riesgo petrolero, directamente se suprime el art. 30, no porque lo tenga que aplicar las Corporations americanas, sino porque las corporations americanas lo querían hacer con una sociedad argentina, y las

corporations americanas no están obligadas, y la sociedad argentina sí, y no lo podía hacer.

Entonces esto se elimina en cuanto a la admisión del negocio jurídico indirecto, a través de las soluciones de la filial, sí es cierto. La sociedad admite el negocio jurídico indirecto, la ley admite el negocio jurídico indirecto; resulta derechamente del art. 3ro. que las asociaciones pueden recurrir a la forma societaria. Pero para qué insistir en una recurrencia al negocio jurídico indirecto, si la solución es una solución admitida generalmente, y esa solución no es inconciliable con la asistencia de personas jurídicas unimembres.

Otro tema distinto es el tema de los derechos adquiridos. Yo he dicho, que cuando la República Argentina algún día tenga diez mil o quince mil habrá, que reformar esta legislación. La legislación de esa reforma de nuestra ley societaria no pretende ser inamovible. Reformar la ley de concursos, están lidiando para reformarla; ahora habrá que ir adaptando a las circunstancias, pero eso no significa que se puedan avasallar derechos adquiridos, pero eso ya es otro tema.

Si hay señores que han suscrito una sociedad con limitación de voto plural y se cambia la ley, habrá que contemplar esos derechos adquiridos, eso es otro problema. En cuanto a la experiencia alemana, señalo como lo dijo nuestro distinguido visitante, que la aspiración del legislador alemán, fue favorecer las agrupaciones de empresas para favorecer el desarrollo en Alemania, y lo encontré por ese camino, y es lo que yo opino lo que tenemos que hacer nosotros aquí. Tenemos que favorecer el desarrollo empresarial.

La solución de los contratos de dominación alemanes es una solución como bien se dijo, vino acompañada con beneficios fiscales. Beneficios fiscales que, por ejemplo, en nuestra legislación, no incorporó los contratos de colaboración empresarial, beneficios fiscales que son los que explican la solución; y que en materia de grupo, puede darse otro tipo de respuestas que ahora no nos da a entender, y yo creo que los expositores han coincidido con la necesidad de aliviar, de mejorar este sistema, no sé si en concreto con estas normas, no sé si también con otras solventó el art. 31. Creo que también el art. 31 es un exceso de paternalismo, porque en una palabra, si una sociedad tiene el objeto que adquiere originariamente o suscribe acciones de esa sociedad y está conforme con ese objeto, porque el Estado tiene que venir a poner esta tutela, porque existen otras normas, existen otras normas de solución. Las normas de solución son las normas de represión del ejercicio torpe de control, se daña al patrimonio de la sociedad controlada, y tendrá que responder y eso está bien explicitado en la primera parte de nuestro art. 54. La idea de la ponencia es exhortar a liberar de dogmas a nuestra legislación y favorecer el mejor desarrollo de las empresas, que es lo que precisamos con esta reforma de la ley. Muchas gracias.

## "Sobre la concentración e integración económica"

### **Dra. Mercado de Sala:**

En realidad, después que hemos escuchado los trabajos anteriores, la ponencia mía tendría que haber venido después de la del Dr. Embid Irujo, porque yo no he sido tan valiente para proponer las reformas como lo ha hecho el Dr. Otaegui. Sino que lo que quise hacer en la ponencia, y que ustedes lo pueden encontrar en el tomo III y está en definitiva explicitado en los seis puntos de la ponencia a la cual yo le llamaba sumario y conclusiones, era hacer una reflexión propia, respecto de lo que yo llamo el mundo jurídico.

En el tema del grupo estamos imbuidos en el mundo jurídico, o sea no estamos en el derecho, estamos en lo que es la organización social, la cultura y el derecho. Entonces todos esos factores interactúan, y por eso se da el grupo; por eso que la ponencia comienza con el título de concentración, derecho e integración, porque hay un hilo conductor entre la concentración económica y lo que puede devenir en definitiva de una integración económica y jurídica entre los pueblos. Con lo cual tenemos que tener en cuenta lo que para mí es fundamental, el valor que tiene la empresa en sí misma, o sea, no es un fin, pero tiene un valor; y en el nuevo orden económico mundial tenemos que tener en cuenta justamente si ella es un valor que merece ser tenido en cuenta, y que por lo tanto tendremos que darle las herramientas (como dijo el Dr. Otaegui), para que se pueda desarrollar.

Por otro lado, también el tema que es tratado en esta ponencia son las experiencias internacionales, y ustedes van a ver que dentro de las experiencias, yo hice una reflexión respecto a las causas de la concentración y a los límites de la concentración. Evidentemente que la concentración responde a causas, es una responsabilidad. Lo dijo el Dr. Vanasco, no podemos encorsetar; dijo el Dr. Otaegui, es una realidad y es la que se va dando.

El problema es que el derecho tiene que introducir las normas ordenadoras para que las conductas no se desborden, y no haya ejercicio torpe de la concentración, sino que sirvan a la capacidad creadora del hombre, y en definitiva el crecimiento de los pueblos. Por eso ustedes van a ver que yo hice referencia a lo que dijo el profesor alemán, a la experiencia alemana; la concentración en Alemania se da cuando Alemania se da cuenta que ha perdido la competitividad que tenía en el mundo, esa es una causa.

Por eso las políticas del momento son las que van favoreciendo esas concentraciones; eso también se ha dado en nuestro país y ustedes van a ver en la ponencia, una breve reflexión a los tratados internacionales, al tratado con Italia,

al tratado con España, al tratado con Brasil, al recientemente firmado en Paraguay sobre el Mercosur.

En definitiva, son políticas que están generando la concentración. Lo que pasa, es que nosotros como hombres del Derecho tenemos que tener en cuenta, que cuando estamos en este orden, en definitiva tenemos que atender a distintos ordenamientos jurídicos, porque tenemos que tener en cuenta en el campo de las inversiones el derecho del país huésped, el derecho del país inversor. Lo hemos tenido en cuenta en el caso como decía el Dr. Otaegui, respecto a hidrocarburos.

Teníamos el del art. 30, que en mi opinión personal, en contra de lo que dice la exposición de motivos, no tenía un justificativo más que el de la jurisprudencia noteraamericana, que se le había ocurrido decir que el joint venture no podía ser el contratado por corporaciones pero luego se dio cuenta que no era así, y el código de California, específicamente autoriza a las corporaciones a contratar joint venture. Entonces en definitiva lo que había sido una realidad un día, se trajo a una norma como la del 30, que cuando no nos sirve, tenemos que en definitiva dejarla derogada para el caso en particular.

También es fundamental que nosotros tengamos en cuenta el problema de nuestro país, porque las experiencias las tenemos que tomar en cuenta, pero tenemos que vivirlas personalmente. Entonces, en nuestro país al que le hace falta en este momento inversión de capitales; la inversión puede venir por la vía del accionista o puede venir por la vía obligacionista, lo que pasa, claro, habrá que tener en cuenta los derechos que se puedan ver complicados, y ahí está el accionista minoritario, porque a veces tenemos que tener en cuenta un orden de prioridades de los derechos.

Entonces, en definitiva tendremos que propender a no perjudicar al derecho del accionista minoritario, pero a no perjudicar al derecho que puede tener esa sociedad, que necesita necesariamente por razones de naturaleza y de índole económica, propender a una concentración, todo esto es fundamental. Si no lo tenemos en cuenta en el tratado del Mercosur, vamos a ver (incluso existe un trabajo del Dr. Dobson) el problema que se plantea es la compatibilización de leyes argentinas y brasileñas, y uruguayas y paraguayas.

Si nosotros los argentinos tenemos una rigidez en cuanto a la responsabilidad de los administradores, por cierto señores no vamos a constituir sociedades en la Argentina, vamos a ir a buscar el paraíso de la responsabilidad y viceversa. Entonces lo que yo traté de hacer en esta ponencia, fue meramente un mosaico de lo que es la realidad de la concentración, de lo que son las causas de la concentración.

Finalmente el tema de los límites. Los límites por supuesto que son fundamentales, que hay que tenerlos en cuenta, y nosotros en definitiva en nuestro derecho tenemos el 54 en la Ley de Sociedades, las normas de la Ley de quiebra;

pero fíjense lo que es el contrasentido de lo que creemos los juristas y de lo que después la realidad nos muestra, siempre se ha tenido pánico a la concentración, porque se decía que estaba en contra de las leyes del mercado, por qué?. Porque atentaba contra la competencia.

Hace poco tiempo cayó en mis manos una imposición de constitución de UTE, en una licitación que realizó el Instituto Nacional de Jubilados y Pensionados. Compulsivamente a los prestadores se los hace constituir una UTE, pero he aquí que esos prestadores en realidad se unen para competir, porque evidentemente cada uno de ellos quiere el paquete de los servicios prestacionales que va a prestar, con lo cual, al prestador se lo pone en la grave situación de decidir si no accede a ese paquete de beneficiarios, o si a la vez tiene que contratar en igualdad de condiciones, con responsabilidad solidaria e ilimitada, con pares que no son sus pares, porque evidentemente que la calidad prestacional no siempre va a ser la misma y me están obligando a una responsabilidad ilimitada y solidaria, porque de otra forma yo dejo de prestar el servicio prestacional del PAMI.

Esto se acentúa en la ciudad de Córdoba, cuando esto ha sido tomado por una entidad intermedia, entidad intermedia que circularizó entre los prestadores un contrato por el cual los prestadores, tenían que delegar, palabras textuales, la gestión del convenio. Ahora, si ese convenio en cada uno de los prestadores, resultaba ser el convenio principal, evidentemente había una delegación de la actividad profesional en manos de esta entidad intermedia. Ahora fíjense ustedes, como el problema de los límites también tiene que ser tenido en cuenta, porque se están generando grupos, se están generando grupos participacionales donde el consumidor que viene a ser el beneficiario, es el que esta ausente con una total teoría economicista, y costo beneficio.

Para terminar, quiero pedir permiso al señor presidente a cargo, porque yo quedé sin hablar anteriormente con la ponencia del Dr. Otaegui, y quisiera reforzar la voluntad de que tenemos que tener en cuenta que hay normas en nuestra ley que, por proteger, han creado la inseguridad, porque si yo creo que el 30 es ley, no tengo que generar la salida de la derogación para el caso particular. Preferible que sea la interacción, y es como se creó occidente, occidente creció por la fuerza libre en el mercado.

Nosotros hemos estado en una sociedad regulada, encorsetada, en la cual tal vez los abogados somos los que más culpa tenemos, porque nos es muy fácil aplicar una norma que esté escrita, porque si estamos a favor, la forzamos, si estamos en contra, buscamos la salida, y en definitiva a la comunidad le hemos creado una inseguridad, muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Gracias Dr. Arecha.

**Dr. Arecha:**

Realmente me parece muy interesante la exposición, y como no estoy de acuerdo con la línea general, quiero puntualizar primero que creo que hay que alentar la creación de grupos, y que hay que alentar la creación de capitales, y que hay que alentar la inversión en el país. Pero esto no quiere decir que tenemos que suprimir las normas de derecho.

De acuerdo con la experiencia que nosotros tenemos, por ejemplo quiero decirles que nuestro derecho no contempla en modo alguno las infracciones societarias, como lo contemplan muchos otros derechos. Tampoco nuestro derecho ha reglamentado el régimen de grupos como lo hace el derecho brasilero, o como lo hace el derecho alemán; En cierta medida hay una gran libertad. Tampoco nuestro derecho tiene un régimen sobre derecho de información del accionista, como lo tiene el derecho español, como lo tienen otros derechos; últimamente en el último tomo de la revista comercial, hay un artículo sobre la ley española donde recuerdo particularmente este tema de la información.

El derecho de información en España, según tengo entendido, si no que me corrija nuestro congresista que nos visita de España, es muy amplio, es decir que yo creo que no es la culpa del derecho societario que la Argentina tenga una economía tan pobre y una bolsa de comercio que funcione tan mal; yo creo que hay un sin número de factores que influyen, creo que hay normas dentro del Derecho Societario que se pueden mejorar, pero le repito Dra. yo insisto en que para tener un capital tenemos que tratar de crear situaciones para que los inversores extranjeros vengan y para que nuestros compatriotas se vean alentados a invertir de alguna forma, o a participar en inversión bursátil, y esto no lo vamos a arreglar con modificar la ley de sociedades, porque si miramos la historia Argentina con leyes muy liberales o menos liberales siempre hemos tenido problemas.

Mi tesis en consecuencia es que lo que tenemos que tratar de hacer, es hacer un mercado más transparente, darle buenos derechos a los socios y tratar de alentar la inversión y la creación de grupos que inviertan positivamente en el país. Nada más.



**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Acosta Romero.

### **"Sobre sociedad unipersonal"**

**Dr. Acosta Romero (México):**

Una reflexión. Recientemente Muñoz, modificó la Ley de Sociedades en México para admitir ya la sociedad de dos socios, pero el problema en nuestro país es que el derecho societario ya no se regula exclusivamente por la ley general de sociedades mercantiles, sino por una serie de leyes especiales en materia bancaria, de seguros, de bolsa de valores de inversiones, de actividades auxiliares del crédito que regulan lo que se conoce en México como especies de la sociedad anónima. Los grupos financieros son reconocidos en México como bien lo dijo ayer el Dr. Embid Irujo, por las leyes fiscales desde 1978, pero a partir de 1990 y con motivo de la transformación profunda del sistema bancario mexicano y la reprivatización de los bancos que fueron expropiados en 1982, se dio por primera vez una ley de agrupaciones financieras que permite el agrupamiento y reconoce expresamente los grupos financieros a base de una controladora, que tendrá la posibilidad de tener una almacenadora general de depósito, una arrendadora financiera, una casa de bolsa, una casa de cambio, empresas de factoraje financiero, instituciones de bancas múltiples, instituciones de fianzas y sociedades de inversión. Esto es para permitir a los grupos mexicanos competir con el mercado financiero mundial. En la apertura del sistema financiero mexicano, con el concepto de la banca universal, la ley de agrupaciones financieras es muy clara, la vigilancia del gobierno es totalmente definida, se evita la piramidación y el cruzamiento de capitales entre la controladora y las controladas, y las reglas del juego son muy claras. Creo yo, que es un avance el que México tenga esta ley de agrupaciones que permite, como dijo la Dra., ser más competitivos, y entrar en el mercado financiero internacional con una gama muy amplia de servicios, que puede ser prestada bajo un solo techo, toda la gama de servicios que les comenté. Pero esto no es el derecho societario sino en una ley especial que se promulgó y aprobó el Congreso mexicano en julio de 1990; creo que es una experiencia que puede ser saludable para el sistema mexicano y puede ser un reconocimiento de los grupos financieros, que posiblemente también es la apertura para el reconocimiento de otro tipo de grupos que existen en la realidad, como se ha afirmado aquí. Muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odrizola):**

Si me permiten, quizás interpretando a todos los congresistas, ¿tiene usted acá el texto de la ley Dr. Acosta? Bueno, sería muy interesante contar con él. Una sola pregunta. Hay responsabilidad del grupo por la sociedad de bolsa por ejemplo? (no se escucha la respuesta del Dr. Acosta) una sociedad colectiva de segundo grado, muy bien, muchas gracias.

**Dr. Acosta Romero:**

Vigilada por el Estado, por la Comisión Nacional Bancaria o por la Comisión Nacional de Valores, demuestra la mayor importancia si es de bancos o si es de cajas de pensión.

**Presidente (Dr. Odrizola):**

Muchísimas gracias por su aclaración.

**Dr. Otaegui:**

En nuestro país sucede lo mismo, hay un contralor estructural sobre las sociedades anónimas, y después hay un contralor funcional por actividad, el contralor estructural sobre la sociedad anónima actualmente está en cuestionamiento. Este contralor es un resabio del régimen de la autorización que contenía nuestro Código de Comercio, que entiende que el Estado por tratarse de una S.A. debe controlarle; este es el contralor que está en la Ley de Sociedades. Aparte de esto, hay controles por funcionamiento, actividad bancaria, actividad aseguradora, oferta pública, tienen sus propias regulaciones. Dentro de la actividad bancaria, existen normas configurativas de los conjuntos económicos y de los grupos económicos fundamentalmente, con la idea de lograr la dispersión del riesgo de las colocaciones financieras; en materia aseguradora también existen normas, si no estoy confundido, sobre materia de reaseguro en sociedades aseguradoras vinculadas, y finalmente pasando a otro orden de ideas, estoy recogiendo algo que creo que manifestó el Dr. Embid Irujo. La Ley de Cooperativas Argentinas tiene un amplio marco asociativo, muchísimo más amplio que el de la Ley de Sociedades Mercantiles dentro de la estructura jurídica argentina. Dentro de la doctrina argentina no se ha llegado a una conclusión, en orden a si la cooperativa es una sociedad o es una asociación; como no se ha llegado a una conclusión, la Ley de Cooperativas no entra en ese terreno escabroso, va a un ordenamiento particular sobre la base de la mixtura de la anónima, pero ciertamente permite formas de asociación, federación y confederación muchísimo más amplias, muchas gracias.

**Dr. Embid Irujo:**

(...) al hilo de todas las cosas que se van diciendo, que son todas de enorme interés, pero me parece interesante que el Derecho de Sociedades que es nuestro campo de estudios, (estoy viendo que en los últimos momentos están surgiendo orientaciones de muy diferente signo), y quería decir que esas orientaciones de muy diferentes signos son hoy en materia habitual de las leyes europeas de sociedades y en el esfuerzo de unificación jurídica que se desarrolla en la comunidad europea. Es decir que hoy estamos encontrando por ejemplo en la comunidad europea, una directiva específica sobre sociedad unipersonal. Hay una directiva, la duodécima del 21 de diciembre de 1989, que permite porsupuesto y sin ningún problema.

La sociedad de responsabilidad limitada se refiere solamente a este tipo jurídico unipersonal, desde el mismo momento de la fundación, y no con carácter sobrevenido, como creo que se ha mencionado en algún momento, es decir que los resabios dogmáticos de si en la sociedad puede o no puede haber un socio, han sido ya superados de un plumazo y se ha recogido con esa norma comunitaria el estado legislativo habitual en los países europeos. Por otro lado en la ley española actual, encontramos acciones sin voto; me parece que es mejor que la ley lo diga, que lo diga directamente. La Comisión de Valores, como al parecer a hecho en Argentina, pero en cualquier caso hoy subsiste, existen también instrumentos de otro signo, por ejemplo en el derecho español, la posibilidad de limitar el número máximo de votos que un mismo socio o grupos de sociedades puede emitir en la junta. Existen por lo tanto, quiero decir en la ley de sociedades, instrumentos que si se quiere, pueden llegar a ser contradictorios; pero eso depende de la generalogía y la tipología societaria, y por eso yo creo que ni la ley de sociedades puede ser extremadamente liberal, ni puede ser lo contrario, es decir que dependerá en cualquier caso del tipo societario y estará atendida a la voluntad, pero está bien que en la ley pueda haber diferentes instrumentos de financiación, como la acción, sin voto, nada más.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Bien, damos por cerrado acá con esto el debate respecto de la ponencia de la Dra. Mercado de Sala, a quien le damos ahora la palabra para que en breves minutos conteste las observaciones que se han formulado.

**Dra. Mercado de Sala:**

En general, yo diría que cada uno ha integrado lo que yo tuve que dejar afuera, por el tiempo que tenía para poder exponer la ponencia; digamos la colaboración.

En cuanto al Dr. Arecha, yo estoy totalmente de acuerdo que alentar capitales, para nada quiere decir dejar desprotejidos a ningún ciudadano del mundo, no solamente argentino, lo que pasa es que en este caso tenemos que tener siempre en cuenta una prioridad de intereses; o sea los intereses van a estar, el mundo se mueve por intereses. Churchill decía: en Derecho Internacional no hay derechos, si no hay intereses, entonces nosotros no podemos dejar de reconocer que en el mundo de los negocios hay intereses.

Lo que ocurre, que los intereses nunca tienen que ser conculcatorios del derecho de nadie; entonces en esto tenemos que compatibilizar el accionista minoritario, el accionista externo y el interés que pueda haber en una concentración mayor o menor de capitales.

En cuanto al tema del derecho de información, yo estoy totalmente de acuerdo Dr. Arecha, lo que pasa, es que hay una ponencia que expondrá en el otro bloque, sobre el caso presentada por mí, sobre el derecho de información y que se refiere al insider trader entonces, para no ser reiterativa, tuve que dejarlo también. Si bien es cierto, está referida al derecho de información como un derecho en definitiva prioritario, a proteger y no específicamente al inside, y en el tema que dijo el Dr. Acosta, colega de México, sí, yo también había dejado de lado por el hecho de que todas las ponencias lo tienen incluido; el marco en el cual toda la legislación argentina trata el tema del control o sea no solamente lo trata dentro de la ley de sociedades, sino que tenemos la ley de defensa de la competencia, tenemos inclusive, el decreto de regulación de consorcios de exportación, donde también está presente y donde inclusive ustedes van a ver que si hay un tema donde nosotros (los que proponemos las leyes), no podemos ser líderes; es en el tema de los negocios, es al revés; nosotros tenemos que traer orden y en los consorcios de explotación está precisado específicamente este problema.

El tratado con Italia propendía a que las pequeñas y medianas empresas se desarrollarán, pues en base de ese tratado con Italia luego vienen los llamados consorcios de exportación, que en definitiva no sé que son, porque pueden ser cooperativas, S.R.L. o S.A. Entonces jurídicamente, cuál es la categoría del consorcio?, no es una categoría aparte, nada más que se le ha dado ese nombre, pero después no han sido utilizados; por qué? por qué si lo que se quería era concentrar capitales? Evidentemente que las pequeñas y medianas empresas en la Argentina, estaban tan desmanteladas que no se iban a unir, y sobre todo por el pie de igualdad que le trae, porque no pueden acceder a más del 20% del capital, y entonces en definitiva, al quererlas concentrar reservándoles, yo diría entre comillas un derecho más bien cooperativo, estaban más bien desalentando la iniciativa de los empresarios.

Entonces en definitiva, yo creo que lo que podemos ofrecer, es herramien-

tas para organizarse, pero nunca podemos pretender ser los artífices de lo que es la propia organización. Tendrán que aceptarla, la misma comunidad la tiene que internizar.

En el caso de lo que dijo el Dr. Otaegui, estoy totalmente de acuerdo, no tendría nada para agregar, y respecto del tema únicamente de las cooperativas, también hay una ponencia en otra comisión donde, exprofeso, digo que el art. 6 de la Ley de Cooperativas carece totalmente de actualidad, porque (lo anticipo a Uds.) es una aberración jurídica en la Argentina, que las empresas del Estado puedan ser transformadas, y que los miembros de una asamblea de una cooperativa, no puedan decidir la transformación, porque hay un art. como el 6 que se lo prohíbe. Entonces si es por derechos que están conculcados primeramente, esta el de los cooperativistas, que sobre todo en la situación en que están en la Argentina muchas cooperativas, que están al borde de la quiebra, porque no hay otra solución, o si no, se traen soluciones espurias como es seguir dándoles financiamientos, con lo cual se les da un salvavidas de plomo, con el cual se siguen hundiendo.

En definitiva, traje un tema de otra ponencia, pero que está relacionado con lo que había dicho el Dr. Otaegui.

Respecto a lo que dijo el Dr. Embid Irujo, no estoy de acuerdo, si estoy de acuerdo con lo que dijo el Dr. Otaegui anteriormente, sobre el tema de la sociedad unimembre o empresa unimembre, bueno será un problema de política legislativa, si empresa o sociedad.

Tendremos que decidir si queremos que sea una sociedad de contrato abierto o si queremos decidir que en definitiva vamos a reglamentar la empresa individual de responsabilidad limitada. Ahora personalmente les digo lo que me ha pasado en la experiencia, por todo el contexto argentino donde hemos reglamentado y hemos puesto siempre específicamente los nombres, si nosotros la regulamos como empresa individual no va haber ninguna posibilidad para que realice nada, porque en el Código de Aduanas que se la va haber olvidado, porque no lo tiene, sino que va a decir sociedades civiles, va a decir sociedades comerciales. En una oportunidad, quise sacar un número de importador para una sociedad civil; cuando fui a aduanas me dijeron que como eran órganos de aplicación y no interpretación, esa sociedad civil no podía tener número de importador. Por qué?, porque la Ley de Aduanas decía sociedades comerciales, fundaciones y asociaciones, pero no se decía sociedad civil. Entonces tenemos que ser cuidadosos de todo el marco regulador. A eso tiende, en definitiva, esta colaboración mía. Fue nada más que una reflexión respecto a lo que es la realidad del grupo de la concentración y la realidad del marco jurídico regulatorio argentino, y lo que es la realidad mundial. A la concentración se está llegando por una reflexión que han hecho los países por las deudas

externas que tienen, y entonces hay ajuste en el orden interno y hay integración en el orden externo.

En definitiva, son los mismos péndulos, de lo que es el riesgo de vivir en este mundo en que estamos todos, muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odrizola):**

Bueno, ahora vamos a pasar a tratar otra ponencia y es la de los grupos societarios en nuestra legislación la Dra. Norma Cristóbal y el Dr. Jambrina van a exponer sobre "Los grupos societarios en nuestra legislación", t. III, p. 451.

**"Sobre los grupos societarios"**

**Dr. Jambrina:**

Como primera medida, quisiera reiterar una aclaración que hacemos en este trabajo. La excelencia del nivel académico del congreso, nos obliga a hacer una aclaración; este es un trabajo preparado por profesionales en Cs. Económicas, en el cual hemos volcado experiencias profesionales como auditores, consultores, síndicos de sociedades, y más de una vez, charlas y consultas con distinguidos juristas, muchos de los cuales asisten a este congreso. La extraprofesionalidad jurídica de nuestra profesión, nos lleva a pedirles disculpas por las posibles fallas que van a encontrar en el trabajo. El trabajo tiene dos aspectos; uno general, donde se hace una semblanza de la legislación argentina en materia de grupos societarios. El Dr. Otaegui en el día de ayer, lo hizo con más solvencia que nosotros; coincidimos plenamente con sus apreciaciones. Podemos decir en síntesis, que nuestra legislación societaria, la legislación concursal, la legislación fiscal y la ley de contrato de trabajo, tratan ampliamente el fenómeno de los grupos societarios. En síntesis, la ley, las normas legales argentinas, no lo tachan de ilícito, tampoco lo promueven; se limitan a establecer un conjunto de normas preventivas y punitivas, que apuntan a evitar el uso abusivo de poder, la protección de los accionistas minoritarios, de los terceros y la sociedad en su conjunto. En lo que se refiere a las normas de la competencia, están reguladas por la ley de defensa de la competencia. Con ese contexto general del análisis de los grupos empresarios, nosotros hacemos tres reflexiones que no se transforman en ponencias, pero sí en alguna medida insisto transmitir inquietudes que vemos en nuestro quehacer profesional; se refieren precisamente a los procesos de *take over*, *anti take over*, a los ilícitos tributarios, y a los grupos de derecho, de control externo de derecho.

En lo que se refiere a la legislación *take over* y *anti take over*, puesta muy en boga últimamente como consecuencia del desarrollo de capitales, vemos que la

única legislación, son normas de la comisión de valores, y se produce un vacío solamente para aquellas sociedades que están fuera del control, que no cotizan en bolsa al hacer la oferta pública. En segundo lugar no parece una buena técnica que cuestiones tan importantes en la vida de una sociedad, sean legisladas por una norma de segundo orden de un organismo de control. Pensamos que en una próxima modificación a la ley, el tema de la toma control y las defensas del tema de control, deben ser incluidas en sus aspectos sustanciales.

En relación al tema de los ilícitos societarios, también en nuestro ejercicio profesional, a veces nos da la sensación de que la magnitud, la calidad por así llamarla de los ilícitos que se producen en materia societaria, han superado las normas del Código Penal; somos conscientes que hay una profunda discusión en materia doctrinaria, que es un tema que requiere una gran concentración de juristas especializados en Derecho Penal y Derecho Mercantil, pero creemos que en la próxima modificación de la ley, la inclusión de las figuras delictivas en materia de sociedades y las respectivas penalidades, tal como lo ha hecho la legislación francesa de 1966 parecería ser necesaria. Por supuesto y siguiendo la legislación francesa, un capítulo importante deberá ser dedicado a los ilícitos que se cometen como consecuencia del abuso de poder.

Finalmente y en este aspecto general de nuestro trabajo, nos queremos referir a la cuestión de los grupos de control externo de derecho; se ha hablado bastante sobre el tema, pensamos de que la doctrina también ha puesto de manifiesto la precisión o conveniencia teórica de que esos grupos sean legislados. Evidentemente, las razones que dan para poner de manifiesto la claridad, la razón de una sociedad y la protección de accionistas minoritarios son de peso; nuestra discrepancia es con el momento en que eso debe ponerse de manifiesto. La experiencia brasilera, que ha sido expuesta por el Prof. Konder Comparato con bastante precisión, demuestra que pese a que la legislación de 1966 apuntaba a fomentar estos grupos, creo que él habla de 6 o 7 grupos que se constituyeron en Brasil solamente. Encuentra el justificativo a esta negativa por parte del mundo empresario, a la posibilidad del ejercicio del derecho de receso por la consecuente pérdida de capitalización de las empresas, lo que creo que es válido para la Argentina, dada la situación en este momento para nuestra economía, y fundamentalmente porque la necesidad de dar un incentivo fiscal para que esos grupos se constituyan, es otro elemento importante. Yo creo que es bastante conocida la precariedad fiscal de las finanzas públicas argentinas, como para pensar hoy, de que se promueva a través de incentivos fiscales la implementación de estos grupos de control externo de derecho; entonces parecería ser, insisto, dejando de lado las ventajas teóricas señaladas por la doctrina, no parece en este momento oportuno para promoverlo en nuestra legislación.

El otro aspecto ya más específico en nuestra profesión, donde nuestras

ponencias son más precisas, se refieren a una parte importante de que se vale la Ley Argentina, para de alguna manera acotar el poder sobre un grupo de control; me estoy refiriendo a todo lo que es el derecho de información, legislados en los artículos 62 y siguientes de la Ley de Sociedades. Como primera medida, el instrumento básico de estos, son los estados contables consolidados. Actualmente la legislación argentina impone como obligación la presentación de estados básicos consolidados en forma complementaria, tratándose esto según las palabras del Dr. Otaegui, de una obligación de no cumplimiento estricto, cuya no observancia puede tener alguna implicancia para el caso de una quiebra de la sociedad, y alguna sanción administrativa para aquella empresa que cotiche en bolsa. Estos estados contables consolidados como complementarios, solamente son obligatorios para las sociedades donde se da un control interno de derecho. Todos sabemos de que el control interno, el control societario se ha ampliado a partir del año 1983 en dos vertientes más importantes, un control interno de hecho y un control externo de hecho. En el último capítulo, todos sabemos la dificultad que se encuentran, como bien otros oradores lo han puntualizado, para verificarlo. No ocurre lo mismo con el control interno de hecho; es aquel que se produce como consecuencia del ausentismo a la asamblea. Pensamos que son situaciones objetivas fáciles de precisar, y propiciamos que se modifique la ley de forma tal, que los estados consolidados, por supuesto como vamos a poner más adelante con carácter de estado principal, se incluya en aquellos casos de control interno de hecho. Por supuesto que habrá que sujetarlo a algún tipo de reglamentación; creo que la Ley Española establece que ese control se manifieste en las últimas dos asambleas, en las dos últimas juntas; nosotros proponemos que en ese caso se de solamente cuando se detenta el 75% o más del capital.

La importancia que para nosotros tiene la información contable consolidada como documento principal, responde a dos circunstancias. Como primera medida, todos sabemos que la toma de control de una sociedad por otra, produce una modificación estructural en el patrimonio de todo el conjunto; es importante que los accionistas, la sociedad controlada y la sociedad controlante, sepan cual es su nueva posición, cómo se financian sus operaciones, como se financian sus activos, cuál es su situación real. Eso solamente se puede hacer a través de los estados contables consolidados; cuando un estado está consolidado, piensa en el balance, en el estado de resultados, en el estado de patrimonio neto y toda la demás documentación. La técnica de consolidación contable, permite la eliminación de operaciones entre las sociedades, con lo cual se clarifica el panorama; las técnicas de consolidación eliminan el saldo de una sociedad con otra, deben explicitarse realmente cuáles son las relaciones de la sociedad controlante con la controladora.

Una segunda razón, es que la consideración por parte de la asamblea de accionistas, del estado consolidado, abre camino a la interpelación societaria, pero



ya con relación a esa gestión conjunta del grupo societario, ya no se va a discutir en la asamblea el balance de esa sociedad, sino la relación de conjunto. Porsupuesto que siguiendo también la legislación española, pensamos que ese balance de los estados contables consolidados, debe acompañarse con una memoria o un informe de gestión del grupo.

Creemos también, y la doctrina contable es muy sólida, que no debe ser en la ley, donde se especifique con excesivo grado de detalle, la forma, es decir la ley no debería incurrir en precisiones sobre cuestiones ciento por ciento contables. Creemos que la ley española que hace eso se excede; nos inclinamos más por mantener la norma del art. 62, donde la ley de sociedades se refiere a principios de contabilidad seguramente aceptados, y las normas de control. Creemos en cambio, que sí en la ley deben surgir algunas cuestiones importantes como quien es obligado a enfrentarse con el balance consolidado a constituir las cuentas; seguramente el levantamiento del secreto como hace la ley francesa para que los auditores de una sociedad, la sociedad que participa de una consolidación puedan tener información confiable; algunas excepciones a la consolidación para por ejemplo, casos que no se verifica el control, por ejemplo sea por un concurso, en caso de que las operaciones no sean suficientemente homogéneas, o por razones de economía. Pero sí insistimos en este tema como elemento o instrumento para dar transparencia a las relaciones de las sociedades entre sí.

En otro orden de cosas, también proponemos que la información que el art. 33 de la ley, establece para cuando una sociedad controlante posea más del 25% del capital, informe a la controlada esa tenencia, debería funcionar en sentido inverso. Pero ese es un tema que va a desarrollar el Dr. Lepera en su momento.

Bueno eso es todo lo que nosotros tratamos de transmitirles como nuestra experiencia profesional, y repetimos nuestra extraprofesionalidad nos lleva a pedirles disculpas por las fallas que podamos haber tenido.

#### **Presidente (Dr. Odriozola):**

Como escape a esto hay vicepresidencias alternas, por lo tanto voy a dejar la vicepresidencia para dársela al Dr. Roberto Muguillo quien la toma a cargo a partir de este momento. Muchas gracias.

#### **Dr. Muguillo:**

Ahora vamos a entrar a todas las ponencias referidas al art. 31, así que cambiando opiniones respecto a esta ponencia vamos a abrir el debate respecto a esta ponencias, y después vamos a pasar en block las ponencias del art. 31, que se van a exponer, y después del debate va a ser común para todas ellas. ¿Alguien

quiere la palabra? Dr. Otaegui.

### "Sobre participación societaria" (art. 31 L.S.)

**Dr. Otaegui:**

Primer tema, el tema de la toma de control. Creo que hay que distinguir varias situaciones; primera situación la toma de control hostil, la apropiación de control, que en nuestro medio está sujeta sin ninguna duda al régimen de la ley de oferta de valores, la ley 17.811, se haga sociedad cotizante o sociedad no cotizante, porque el que hace oferta pública de títulos en plaza, cae dentro la regulación de la ley.

Un tema distinto es la adquisición del control, la enajenación voluntaria del control; imponerlo a esto como solución a la ley, entiendo que debe ser muy pensada por tres razones. Primera razón, una de las pautas fundamentales de la sociedad anónima es la libre transmisibilidad de sus acciones, es uno de los hallazgos del Código francés de 1807; segundo remedio contra esto son, los remedios estatutarios de las cláusulas de aprobación, y los remedios parasocietarios de la sindicación de acciones, tema a repensar.

Segunda cuestión y para no extenderme, la inclusión a la Ley de Sociedades de delitos sobre contravenciones, totalmente de acuerdo.

Tercera cuestión, grupos externos; desde mi punto de vista los grupos externos de hecho están contemplados en la ley argentina en el art. 33 inc. 2do, al final con una amplitud mucho mayor que la ley italiana; ese es un agravio para mí, porque entiendo que el grupo externo de hecho debe tener como tope, la vinculación contractual. Cuando se pasan vínculos que no son contractuales, se cae en el campo de la inseguridad jurídica. Los brasileños tienen la doble regulación, porque tienen la regulación del control de hecho y aplican las actuales correspondientes, la que ellos llaman el controlador y nosotros el controlante, y aparte tienen el grupo de derecho, y yo entiendo que el grupo de derecho debe ofrecerse en nuestra legislación como una vía optativa, porque el grupo externo de derecho constituido bajo la base de un pacto no es lícito, porque implica la delegación de las funciones de los administradores; el control interno de derecho es lícito, el control externo de derecho es lícito. El control externo de derecho no es lícito sino no está expresamente permitido por la ley, y yo entiendo que esta puerta hay que abrirla.

En cuanto a las características de nuestros estados contables, mientras no exista una norma contravencional o penal que imponga lo contrario, son una carga y no una obligación. Nuestros comerciantes, nuestros empresarios, presentan estados contables si quieren; hay un artículo en el código de comercio que dice que ningún juez, puede investigar si un comerciante lleva libros, y si no quieren no los presentan, se atenderán a las consecuencias, una cuestión distinta que se introduzca

dentro de la ley societaria, la obligación castigada punitivamente de presentar estados; mientras esto no se haga es evidentemente una carga. Comparto la reflexión coincidente a que los detalles de la exposición contable no tienen porque estar expuestos en ley. Desde ese punto de vista, la ley uruguaya de 1989 tiene esta solución más flexible. No ignoro que el problema es distinto cuando se trata de organizar un régimen comunitario, esto es lógico de que en el ordenamiento comunitario europeo existan normas contables comunes, porque evidentemente si los contadores de Alemania van a hacer los balances de una forma distinta que los contadores de España o de Inglaterra, ya no lo pueden hacer más, tiene que haber normas comunes, como tendrá que haber acá normas comunes regulatorias; en caso de avanzar en el Mercosur, en el ordenamiento interno del Estado. Literalmente está la diferencia famosa del 25%, esa es una solución descollada de la ley alemana, que nuestro ordenamiento no tiene ningún sentido, porque el 25% de la ley Alemana es bloqueante y en nuestro ordenamiento no lo es, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Otaegui.

**Dr. (no se identificó):**

Dr. hablando del art. 31 y del aspecto contable, yo quiero hacerle una pregunta que se me da mucho en la práctica, y digamos no he logrado resolver bien, viendo como actúan las empresas por ejemplo para cuando las participaciones en otras sociedades del art. 31, cuando toman capital social, generalmente lo contabilizan capital social, ajuste 10 pesos, ajuste de capital social, 10 millones por dar un ejemplo. Cuando para la normativa del art. 31 dice que capital social, lógicamente comprende ajuste capital y demás, pero cuando informan a la inspección general de justicia si están o no sujetas a fiscalización de capital permanente, toman literalmente la norma y dicen esto es capital social, son diez pesos, la ley no dice incluida el ajuste de capital. ¿Cómo se resuelve esto?

**Dra. Cristóbal:**

Permítame que le conteste al Dr., nosotros no incluimos en este trabajo el art. 31 que va a ser casualmente desarrollado por otro colega nuestro, o sea que si a usted le parece prudente, lo va a tener contestado ampliamente en esa ponencia de nuestros colegas los Dres. Jambrina y Albor. Le puedo anticipar sí, lo que nosotros propugnamos en ese caso es tomar como capital, capital más ajuste al capital, pero de todas formas creo que si no tenés otra cosa que decir nos remitimos a esa ponencia que creo que va a ser la próxima, ¿no?

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Sí doctora, gracias. Dr. Embid Irujo.

**Dr. Embid Irujo:**

Una precisión solamente por lo que se refiere al derecho español. En el derecho español evidentemente ha habido que integrar las normas, ya se ha dicho aquí, de la Comunidad Europea la séptima directiva, y se ha preferido hacer en el Código de Comercio y no en la Ley de Sociedades. Estaba diciendo que en el Derecho Español, nos encontramos con que la disciplina de la consolidación contable, viene impuesta por la integración en la Comunidad Europea, la séptima directiva del 83, y eso ha traído como consecuencia en vez de integrarlo a sociedades anónimas, (esas normas integraban en el Código de Comercio) siguiendo el acento alemán, porque en principio la obligación de consolidar no depende de la sociedad dominante, sea anónima o no. Simplemente el Código de Comercio, art. 42, dice que sea sociedad mercantil y nada más; pero si bien es cierto que muchos de esos artículos del Código de Comercio son un tanto especial, detallados o concretos.

Me parece oportuno decir que recientemente se ha promulgado un real decreto del 20 de diciembre del '91 en España, que desarrolla ya desde una perspectiva eminentemente contable, todo lo que es a efectos de la consolidación, y así por ejemplo tenemos los métodos de integración global o integración proporcional. La puesta en equivalencias para las sociedades de sociedad anónima, me ha parecido de enorme interés, y tal vez sea interesante lo de las medidas de defensa antiopas, y yo creo que es muy importante en este punto prestar atención a la realidad estatutaria de las sociedades anónimas. Porque en mi país se ha producido desde hace algunos una años, una psicosis de defensa antiopa, pensando que el mercado estaba muy fácil, muy apetecible y muchas sociedades han procedido a hacer en sus estatutos, lo que la doctrina llama con poca precisión el blindaje de las sociedades, como quien construye una línea imaginaria delante de su sociedad anónima, intentando impedir que entren controladores. Pero quiero decir que en las leyes de sociedades en la ley Argentina, presiento que también habrá muchas normas que sirven a este fin. Antes se citaba el caso de la norma que limita el número máximo de derecho de votos que puede emitir el mismo accionista en una junta general, esta norma existe en la ley española de sociedades, art. 105, y muchos bancos temerosos de una invasión foránea, han puesto en los estatutos esa norma, y la han especificado de manera detallada, y con ello en cierto sentido, pues se defienden de una manera eficaz. Que más me da que compren el 40%, van a tener el 10% de los votos nada más. Por eso insisto que la ley de Sociedades contempla una batería de normas que aisladamente pueden parecer

irrelevantes a este fin, pero que muchas de ellas, (la misma emisión de acciones sin voto, la emisión de acciones con voto privilegiado plural) sirven perfectamente a estos fines, nada más.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Una buenísima acotación, nuestro viejo Código de Comercio contenía la limitación de voto que está mencionando el Prof. Embid Irujo. Se dijo que no se consideró conveniente. Nada más.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Hay que tener paciencia doctor (risas). Ahora la experiencia antiopa a que Ud. hace referencia en su libro, tiene mayor virtualidad en los países anglosajones. En los EE.UU. esa antiopa tiene muchas más posibilidades destinada al control que las sociedades españolas o francesas; están limitados por la actuación del administrador, mucho más restringida que la que tiene EE.UU. ¿Algo más señores? En realidad ahora correspondería tratar el texto del art. 31. ¿Está el Dr. Albor? ¿Sí? Lo escuchamos.

**Dr. Albor:**

También quiero hacer una aclaración, y es que soy contador, y que en la preparación de este trabajo tuvimos en cuenta nuestra óptica; la óptica de nuestra profesión, pero también nuestra óptica como síndico societarios que fundamentalmente tenemos que cumplir, con el objetivo que la ley establece para el síndico, que es el control de legalidad, y por lo tanto el cumplimiento de las normas básicamente de la Ley de Sociedades Comerciales. Este art. 31, ustedes saben, impone a las sociedades comerciales una restricción bastante importante para desarrollar las actividades económicas que le competen, y como muy bien dijo el Dr. Otaegui y también algunos profesionales aquí presentes, es uno de los artículos que debería pensarse seriamente en el replanteo, replanteo que nos debería probablemente llevar a una conclusión, que es la de su derogación.

El trabajo que preparamos con el Dr. Jambrina, en realidad tuvo dos objetivos; el primero de ellos era justamente este artículo, al establecer una limitación en la participación en otras sociedades, como decía es bastante importante. La fija a través de una serie de relaciones numéricas; concretamente dice que no puede superar la toma y mantenimiento de inversiones en otras sociedades, a la totalidad de las reservas libres; y la mitad del capital y las reservas legales, genera ya en sí mismo un problema de dificultades en cuanto a los

conceptos de reserva libre, los conceptos de capital, el concepto de valor de inversiones.

Cuando hicimos este trabajo la primera inquietud que teníamos era toda esta etapa, hasta que probablemente una futura reforma de la Ley de Sociedades Comerciales clarificará esto, ya sea por la derogación, por precisar los términos. La preocupación entonces fue tratar de definir cuáles son las cuestiones controvertidas que veíamos, en cuanto a la aplicación práctica como síndico societarios, o como autores teníamos que aplicar, y voy a tratar de hacer algunos comentarios de estas cuestiones controvertidas. Probablemente para alguno de ustedes pueda resultar más clara que lo que en principio nosotros veíamos, en cuanto a lo que es aplicación práctica. Tenemos dos propuestas, una que es una propuesta normativa que claramente apunta a la derogación; voy a explicar después cuales son los argumentos por los cuales llegamos a esa conclusión, y una propuesta que apunta a ser una guía de acción para esta etapa de transición, porque evidentemente la Ley de Sociedades Comerciales existe y la tenemos que aplicar, y ahí justamente coincido con quienes anteriormente comentaban la necesidad de que las normas sean claras. Este artículo es un caso donde a mi juicio la norma no es clara, y por eso es que con este trabajo pretendimos tratar de establecer nuestra óptica de como aplicar este artículo.

El primero de los puntos es, qué se entiende por reserva libre? Acá este artículo generó un concepto, que no define como es el concepto de libre, llegamos a la conclusión nosotros, luego de muchas discusiones y aplicando tal vez creo yo un sentido lógico, en cual era el objetivo del legislador; llegamos a la conclusión de que las reservas libres deben incluir a todos los conceptos, que nosotros contablemente incluimos dentro de un capítulo que es el patrimonio neto, y concretamente resultados, es decir todo lo que son reservas voluntarias, estatutarias, reservas técnicas producto, de revalúos técnicos, y sobre todo los resultados acumulados; porque llegamos a la conclusión de que suponiendo que tenemos ganancias, no hay nada más libre que el resultado acumulado, porque la asamblea puede disponer, (basta con celebrarse con las mayorías adecuadas), de estos resultados. El segundo tema que también discutimos es el valor de las inversiones, como definíamos, cuál es el valor que teníamos que tomar para establecer esa relación entre inversiones y cuentas de patrimonio neto comparables, para establecer si excede o no los límites de participación? Llegamos a la conclusión de que debía tomarse el concepto de valor registrado contablemente independientemente, que como ustedes saben nuestra profesión admite distintos criterios alternativos, valor de costo....

En términos de establecer un valor de la inversión y un valor de patrimonio. El tercer concepto controvertido a mi juicio, y que acá plantea una pregunta, y viene bien entonces ya aclararlo, es el concepto de capital. La ley aquí creo que no

es solo este artículo, sino que hay otros artículos implicados en todo lo que ocurrió a partir de la definición del ajuste por inflación; como obligatorio, hay muchos artículos de la Ley de Sociedades comerciales que quedaron indefinidos en cuanto a los conceptos a tomar. Para definir cuando hablábamos de capital a que nos estábamos refiriendo, no cabe duda a mi juicio que cuando la ley habla de capital debe entenderse en sentido amplio, es decir el concepto de capital debe incluir no sólo el capital nominal y social, sino también el ajuste del capital. En este caso particular cuando además no se hace referencia para establecer las comparaciones al capital social, sino que habla de capital, creo que debería también tomarse en cuenta otros conceptos de capital que conocemos, y que nosotros normalmente en nuestras normas contables definimos como aporte de los propietarios. Nos referimos a lo que llamamos aporte no capitalizados, primas de emisión, aportes. Estas fueron algunas de las cuestiones; como ustedes ven acá, podrá ocurrir quien establezca estas relaciones en función de un cálculo numérico restringido a cierto conceptos, lo cual favorecerá o no, lo cual generará un mayor monto de inversiones posibles o no. Pero no termina solamente en estos conceptos el tema de las cuestiones controvertidas, sino que además aparecen otros aspectos cuantitativos y cualitativos que la ley, no claramente define. Hay hechos que deberían ser justificativos, por ejemplo si como ocurre en situaciones en las que estamos en presencia de un grupo económico, la sociedad controlante participa en la sociedad controlada, y a su vez mantiene una complementariedad o en algunos casos similitudes de concepto, Pretender limitar esta participación en esas sociedades producto de que el art. 31 nada dice en sus textos, generaría a mi juicio una restricción bastante importante, e inclusive pondría a los administradores en un dilema más importante todavía, que muy bien el Dr. Otaegui mencionó con el art. 59. Es decir, la actuación de un administrador como un buen hombre de negocios respecto a una situación en la que vería que, participar en una sociedad, no sería posible desde el punto de vista del art. 31, porque ya está en el límite de las participaciones; pero generaría para la empresa en sí mismo un problema económico importante, porque trabaría la posibilidad de desarrollo. Creo que es un dilema que a mi juicio cualquier legislador debería interpretar como prevaleciente, el art. 59 del manejo del buen hombre de negocios y la simple aplicación numérica de un artículo que, como vimos, en definitiva genera cuestiones controvertidas.

Por último en toda esta parte práctica que ustedes tienen desarrollado más extenso en los trabajos, también tratamos de establecer una guía de acción frente a las situaciones en las que se produjeron excesos concretos en las participaciones, como debería actuarse, porque tampoco están claros determinados excesos como se procede en este caso a la venta de inversiones en excedente, y en su caso eventualmente la suspensión de los derechos, porque evidentemente las empresas tienen un cúmulo de inversiones; y poder establecer cuáles de esas inversiones

provocaron el exceso, no creo que resulte fácil. Ahí nosotros establecemos algunas propuestas, que creo que en última instancia apuntan en definitiva al menor perjuicio para la empresa, porque partimos de la premisa de que este artículo carece a mi juicio de utilidad, y por último establecemos una guía práctica de actuación de síndicos societarios fundamentalmente y del auditor externo. Yendo al punto concreto, que es la ponencia normativa, es decir, la ponencia de derogación de este art. 31, creemos que podemos citar tres o cuatro argumentos. El primer argumento es que este artículo, no responde a la realidad económica, no responde por lo que ya muchos han comentado, es decir no tiene en cuenta la tendencia de los negocios actuales, a la integración, a la concentración. Asimismo, se contraponen además a los regímenes impositivos de promoción, de desgravación, que se dan, en los que se pretende justamente incentivar a las empresas, a través de la suscripción de acciones contra el pago o diferimiento de un impuesto. Ello genera, como se dijo anteriormente, la necesidad de decretos especiales, estableciendo excepciones del art. 31.

Un tercer argumento que para mí creo que es el más definitorio de todos de este artículo, es que si uno va a la exposición de motivos, el art. 31 nace con una pretendida protección del objeto social de una empresa, esto es un poco el espíritu pero creo que se quedó en eso, porque este artículo solo no es el garantizador de que el objeto social de una compañía no se va a desvirtuar, es decir, generar limitaciones, que no necesariamente son un reaseguro de que el objeto social de una empresa no se va a desvirtuar, porque precisamente una empresa podría dirigir sus fondos a invertir en otro tipo de inversiones, como puede ser otros títulos de valores, bonos o directamente hacer inversiones especulativas, inmobiliarias, etc., con lo cual perfectamente se podría desvirtuar el objeto social. Si este fuera el pretendido objetivo del legislador, y para eso ya hay normas de la Ley de Sociedades Comerciales que establecen en su caso, las penalidades por desvirtuar el objeto social, y lo que más nos lleva a esta conclusión, es que esta limitación a través de relaciones numéricas, es que es difícil de llevar a la práctica. Es decir, como vimos un poco con todos los temas controvertidos, podría llevarnos a situaciones totalmente ridículas, como puede ser una empresa que tenga en general patrimonio pequeño, pero que sea una empresa que moviliza muchos fondos, y que estaría impedida de hacer inversiones, simplemente porque maneja un patrimonio pequeño. A pesar que, desde el punto de vista de actividad económica puede ser muy grande, puede ser una empresa que distribuya dividendos en forma significativa; en fin creo que hay muchas razones que ya se han dicho.

El Dr. Otaegui, muy bien ha dicho algunas de ellas, nosotros quisimos contribuir con los dos enfoques, el de los argumentos para la derogación, y los de enfoque de guía práctica en la transición, por lo menos para poder salir del paso y ayudar sobre todo, a los síndicos societarios, que también pueden ser abogados, a



interpretar este artículo por lo menos transitoriamente, nada más.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias contador. Es el turno ahora del Dr. Forestier. Doctor, tiene la palabra.

**Dr. Forestier:**

Bueno, creo que a esta altura de las exposiciones mi ponencia ha perdido totalmente actualidad, no obstante la voy a defender un poco. Esta ponencia surgió con motivo de una consulta profesional que me hicieron allá por principios de año, para impedirle el voto en una asamblea de una sociedad, que no había hecho sus confesiones a las participadas respecto al porcentual de sus participaciones.

Lo estudié al tema y llegué a la conclusión que no tenía solución, que era una norma que no operaba, era inoperante; con lo cual, como en ese momento estábamos para la participación en un concurso, pensando en ponencias y formas de tratar de irnos de Buenos Aires con algún motivo, se me ocurrió hacer una ponencia al respecto, y mis ímpetus juveniles le llevaron a pedir lisa y llanamente la derogación. Veo que los jóvenes como Sombler lo han propuesto, los jóvenes realmente como el contador que me precedió en uso de la palabra también, pero me parece que la derogación lisa y llana tiene un freno; por qué?, porque surge claramente de la exposición de motivos de la ley, que esta limitación de participación de la participante en la participada quiere como finalidad, la protección del objeto social, pero no del objeto social en sí mismo como si fuera un tótem.

La limitación tiende a defender a otros, a través de la protección del objeto social, quiénes son los otros la sociedad participante, por un lado lo dice la exposición de motivos, los accionistas de la sociedad participante, y por último los terceros. No me preocuparon tanto la sociedad participante ni los accionistas de la sociedad participante, porque en definitiva tanto accionista, como la sociedad tienen a través de remedios estatutarios y legales, la forma de reponsabilizar mediante la obtención de la correspondiente información, la forma de reponsabilizar a sus administradores pero los terceros no. Los terceros que muchas veces contratan con las sociedades, porque el objeto social que cumplen les merece confianza, estos terceros no tienen acceso a la información, que tienen accionistas para reponsabilizar a los administradores de la sociedad participante. Los accionistas tienen el art. 55 si no tiene sindicatura la sociedad, como todo evento pueden requerir información a sus órganos ya de control, ya de administración, a los terceros no; y los terceros sí pueden verse sorprendidos, porque por vía de estas participaciones la sociedad participante con las cuales ellos contrataron, haya modificado el objeto social. Inclusive a los accionistas se les otorgan un montón de

remedios en el articulado de la ley, incluso hasta del receso, por cambio fundamental del objeto social.

Su consecuencia, pensé que no era imprudente mantenerla, tal vez se podría objetar como bien han hecho los profesionales contables que me precedieron, se podría objetar la técnica legislativa, se podría objetar incluso los porcentuales a los cuales debo confesar nos les hallé una explicación racional.

Pero lo que sí objeto, es la sanción porque la sanción es no operante es inoperante, la suspensión en el derecho de voto, se hace complicadísimo, prácticamente es tan complicado casi inaplicable como lo dijo hace un rato un colega que hizo una pregunta al respecto. Entonces pensé, si la Ley de Sociedades tiene un artículo que protege a los administradores por no actuar como un buen hombre de negocios, y lo responsabilizan cuando producen daño a la sociedad, accionistas o a terceros; e incluso la exposición de motivo habla de protección al objeto social, cuando se excedan las máximas participativas, en desmedro (dice la exposición de motivos), de la sociedad participante, accionistas y terceros, ahí está el remedio, y vamos a hacer responsables a los administradores de las participantes que deberán pagar solidariamente los daños y perjuicios que provoquen a la sociedad, accionista o tercero. Lo que implica que, si se excedieron esos porcentuales y no hubo desmedro ni hubo daño, no hay solución por la teoría de la responsabilidad, ¿no es cierto? del derecho común.

El otro aspecto de la reforma que proponen en el artículo, es simplemente de metodología legislativa; la ley se refiere a las sociedades incluidas en el artículo primero de la antigua ley de Entidades Financieras, que fue modificada, que a su vez también fue derogada, y la ley derogatoria también fue modificada, y podría ser que mañana volvieran a modificar; derogar esta Ley de entidades financieras, por lo cual no tiene mayor importancia. Digo que el art. de la Ley, defina simplemente las sociedades, como aquellas que hacen intermediación en el mercado de recursos financieros, nada más, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Bien, es el turno del Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Una primer reflexión general, es sin perjuicio de una ulterior vacilación, sigo pensando que es conveniente derogar el art. 31, después diré por qué, algunas preguntas en orden a su aplicación actual. Veo con alguna claridad que los resultados acumulados, son esencialmente asimilables a las reservas libres; no veo con las misma claridad, me imagino que habrá sus motivos; respecto de las reservas técnicas, no veo que las reservas técnicas sean sustancialmente iguales a las reservas libres. También tengo una duda, pareciera que las reservas técnicas se

asemejan más al capital, que a las reservas libres, pareciera eso. En cuanto a las reservas estatutarias, realmente tengo una confusión, porque no son disponibles ni tampoco son capitales, por eso después le agradecería alguna aclaración.

Quiero formular una reflexión sobre la responsabilidad del administrador; es cierto que el art. 59 exige que el administrador societario debe actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios; esto a qué se refiere? Esto se está refiriendo a actividades que son discrecionales del administrador, a la efectividad de gestión operativa, si tienen que decidir un negocio u otro, eso lo tiene que decidir con criterio de un buen hombre de negocios, a la estructuración de la empresa, tengo que tomar diez empleados o no tengo que tomarlos; ahí está la pauta de la culpa leve y también del dolo, pero el administrador tiene las cuatro funciones arregladas para las cuales este artículo no es aplicable. La función legal del administrador es, cumplir el estatuto del comerciante y el estatuto de la sociedad; si acá el art. 31 le impone una función reglada y frente a esa función reglada no cabe la aplicación del artículo, debe cumplir la ley.

Otra cuestión es que el artículo sea bueno, sea malo, no hay un conflicto como en la tragedia griega entre dos niveles; no, la pauta de la lealtad y diligencia es para la gestión operativa y la gestión empresaria, no para la gestión reglada como es la gestión estatutaria del art. 31. En cuanto a la pena, es una cuestión de filosofía; es exacto que los terceros pueden reclamar a los administradores, es exacto que los terceros tienen acciones individuales para reclamar al administrador de acuerdo al artículo 279, es exacto que contrata con una sociedad, si este tema le interesa, puede incluir las respectivas aclaraciones dentro de su contrato, y ese contrato será cumplible y exigible dentro del artículo 1198 del Código Civil. El problema es distinto a la filosofía del artículo. Su filosofía está también conectada con el art. 11, cuando dice, el efecto debe ser para fines determinados inclusive se llegó a sostener, que no podía haber actividades múltiples, todo eso me suena obsoleto. La precisión y determinación del artículo, tiene que indicar a los accionistas a que se va a aplicar el capital social; pero si ellos están conformes que se apliquen actividades múltiples, dónde está la elección y si los terceros que contratan con esas sociedades en eso están conformes, y no ponen cláusulas en sus contratos dónde esta la lesión. ¿Por qué tenemos que tutelar a gente que es capaz, hábil y mayor de edad? Bueno muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

El Dr. Skiarsky

**Dr. Skiarsky:**

Bueno me vino muy bien la intervención del Dr. Otaegui, porque dijo una frase un poco refleja de lo quería decir en la ponencia; cuando dice el

administrador debe cumplir la ley, sea buena o sea mala.

Yo a la ponencia la hice en función de una normativa, de la resolución 195 de la comisión de valores; donde hace una interpretación con una intención buenísima, pero una resolución de la comisión de valores es de rango inferior a la ley y crea inseguridad seguramente en los ciudadanos. Yo creo la propuesta, en definitiva es incorporar lo que la resolución 195 pretendía, a la ley; y no que quede una resolución que para mí es inconstitucional, llegado el caso, no creo que nadie pida la inconstitucionalidad, porque no lesiona a nadie.

Por lo que vimos este artículo es un poco inoperante, esa es en definitiva la ponencia.

Aprovecho la circunstancia de salir un poco de la ponencia, siempre dentro de este elemento y habiendo tan distinguidos colegas que me aclaren, cuestiones que yo nunca pude entender, que es o sea la razón de ser de este artículo; leyendo la exposición de motivos a mí me parece que, el legislador original quería incluir las sociedades holding, como controladas; y después cuando llegó al 299 se olvidó parecería, no?. Porque en la exposición de motivos, en una parte se estructuraría para el cumplimiento de ese objeto no?, a las sociedades de actividad prevalente financiera de inversión, y en consecuencia serían controladas en esa actividad, no sé quién controla a las actividades holding. Y también respecto a lo que recién dijo el Dr. Otaegui, en cuanto a actividades múltiples, yo creo que sería muy sencillo yendo a una modificación de mínima, y no de máxima, en lugar de derogar el art. 31, derogar la palabra exclusivamente financiera, la inversión, permitiendo actividad múltiple u objeto en el artículo correspondiente. En el objeto de la sociedad, incluir la posibilidad también de hacer actividad financiera de inversión, no a nivel digamos exclusivo, y ahí se terminaría todo el problema; porque cualquier sociedad donde tenga ese objeto, el accionista ya sabe que puede participar en otras sociedades y los terceros también. Con eso creo que quedaría bastante cercado toda la problemática, nada más que eso.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Bien. El Dr. Sandler levantó la mano.

**Dr. Sandler:**

Quería señalar, que ratifico que creo que el art. 31 debería derogarse; pero lo quería señalar, le decía al contador con respecto a que se entiende por capital, cuando el art. 31 se refiere a capital se refiere al capital social no a ningún otro, no a un ajuste de capital, ni los aportes societarios, ni primas, ni nada por el estilo; eso creo que el concepto del art. 31, es capital social o capital nominal de la sociedad anónima, nada más.

**Dra. Mercado de Sala:**

Nada más que, dos experiencias personales en la práctica y en la realidad argentina, de la derogación fáctica del 31. Cuando se iban a privatizar los canales, se me hicieron consultas y lo primero que advertí desde el punto de vista jurídico, fue advertirles a quienes se iban a presentar a licitación que tuvieran en cuenta el art. 31. Evidentemente no lo habían tenido en cuenta, y cuando aparecieron los pliegos de la licitación, se encontraron con el inconveniente de que les pedían que explicitaran como estaban en condiciones al art. 31.

Pero en definitiva, la realidad económica del país había dejado que ninguna de las empresas tuviera en cuenta el 31 Otro caso fue la realidad en la empresa de la construcción, cuando la empresa de la construcción se para, porque se para la obra pública, los asesores económicos que algunas empresas consultaron, les hicieron ver que el único rubro que en Argentina funcionaba era el rubro servicios; entonces evidentemente canalizaron toda su actividad al rubro servicios, con lo cual en definitiva estaban dejando de lado el objeto primario, cual era la construcción; y entonces esto me trae a la reflexión lo que decía el Dr. Otaegui, no tiene sentido la mención específica de un objeto preciso y determinado, lo que pasa es que en un momento dado la ley habla de la posibilidad de un objeto que no sea notoriamente extraño; por qué?, por que evidentemente es muy difícil explicitar el objeto preciso y determinado, sin encorsetar la actividad de toda una sociedad empresaria, que en un momento dado se produjo justamente por la necesidad de mercado, porque el objeto en definitiva lo elegimos, porque el mercado nos esta pidiendo que nos dediquemos a este objeto, o porque en definitiva estamos orientando al mercado a una determinada actividad. En definitiva es la realidad argentina es la y lo que le da la experiencia, y el 31 no lo ha aplicado ninguna empresa, gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Cr. Gorziglia.

**Cr. Gorziglia:**

Soy contador público y quisiera hacer una reflexión con respecto a lo que dijo recién el Dr. Sandler. Quiero recordar, que la Ley de Sociedades Comerciales del año 72 toma la moneda corriente, como moneda en lo cual se expresan los estados y se internacionalizan las distintas relaciones entre articulados 31, 70 para la reserva legal; y esa moneda corriente que fue justificable en el momento de la Ley 19550 porque la inflación no había hecho carne en la Argentina. Ella fue contemplada en la modificación del año 83 con un solo artículo, donde se dijo que

los estados contables deberían exponerse de manera constante, pero no se modificó todo el otro articulado de filiación nuestra que hacia la moneda constante, y este artículo 31 queda redactado en esos términos, y da lugar a todo este tipo de interpretaciones, o tipo de análisis doctrinario, porque no aceptó la modificación sino la expresión de moneda constante, y no lo llevó a distintos artículos para poder articular sí la idea de capital, en términos de la Ley de Sociedades Comerciales con la moneda constante. Que es lo que desgraciadamente tuvo que ser expuesto en la Argentina por la inflación. Terminó con nuestra idea de (es interrumpido).

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr....

**(no se identificó):**

Una aclaración: consultada la inspección general de justicia la semana pasada sobre el ajuste de capital, que era capital y las participaciones del 299, claramente en varias oportunidades se terminó diciendo que capital social se toma nominalmente, no debe considerarse el ajuste social.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Quisiera hablar sobre el tema del objeto social y las operaciones notoriamente extrañas, eso es un misterio porque el administrador debe cumplir las actividades propias del objeto social, pero también el administrador debe efectuar inversiones en actividades ajenas a la explotación está dicho en la ley, la explicación del misterio del art. 59 llevaría más tiempo del que disponemos en este momento.

**Dr. Vanasco:**

Este artículo me parece también a mí, que es de alguna manera la obra del Dr. Halperín, que en su vocación reglamentarista, porque no hay duda alguna que está puesto para proteger a los socios, lo dice la exposición de motivos y no hay otra.

**Dr. Vanasco:**

Es decir, los administradores en su gestión, invierten el patrimonio, tienen un límite en estos topes, que con respecto al capital, las reservas las pone la ley. Por eso si nos planteamos la aplicabilidad de este artículo a una sociedad constituida en el exterior, la inspección al menos en una época, no estoy actualizado, la inspección no lo aplica. Por qué?, porque es una norma protectora de los accionistas argentinos, a través de la ley de sociedades argentinas, pero no una ley protectora de los accionistas extranjeros a través de los administradores que están administrando una sociedad constituida en el exterior, por lo tanto exigir acá el cumplimiento del art. 31 o que se acredite, como se pretendió alguna vez en la inspección, que se acredite que se está dentro de la pauta del art. 31 de una sociedad constituida en el exterior. Además de ser una prueba diabólica, es una exigencia totalmente fuera de lugar. Yo estoy de acuerdo que quizás haya que mantenerla, ¿para qué mantener en forma clara el límite?, para que pueda imputarse una responsabilidad en cumplimiento legal a los administradores, y no solamente dejándola librada a la prueba de la mala administración en los términos de los Arts. 59 y 274.

Los administradores a los que se le confía la administración de un patrimonio social y la invierten en forma distinta los accionistas, digamos pueden reprocharle no solamente la mala gestión, que puede tener un "quitus", sino que es una violación a la ley, que no tiene un "quitus", que por lo tanto implica una violación meramente de la ley, aún en donde pueda responsabilizárcele por una acción de remoción o de una toma de responsabilidad. Aunque no haya perjuicios a la sociedad, porque el perjuicio se potencializa en el abuso del uso del capital respecto a el objeto de la sociedad, o sea esa sería la única limitación que habría que dejar en la ley, ponerle un límite objetivo, un límite que no puede traspasarse, porque implicaría una violación a la ley. La violación que por ese hecho lo responsabilice puede ser causa de remoción, sin que además pueda darse lugar a la consecución de daños y perjuicios, lo cual sería una consecuencia añadida al incumplimiento de la ley. Pero estando la norma, se configuraría por la sola transgresión de ella en cuanto al cumplimiento, y entraría no solamente en el art. 59, sino en el art. 274 que sanciona el incumplimiento a la ley, y que no permitiría de acuerdo al régimen del art. 275, 276, un "quitus", por cuanto la violación de la ley no puede ser disculpada por la mayoría.

**Dra. Galimberti:**

Quisiera aclarar algo. Yo básicamente estoy de acuerdo con la derogación, pero entre tanto se derogue, creo que si estamos defendiendo a los socios, habría que darles la posibilidad a los socios, que en una asamblea aprueben el exceso en

el límite del 31, porque considero que la sanción es gravísima, en tanto que se deja a los mismos socios sin voto de la persona jurídica, y además sin derecho al dividendo. Yo creo que la solución de una asamblea que apruebe este exceso en el límite, permitiría que siga manteniendo el derecho a voto y el derecho a dividendo.

### Cr. Albor:

Nuestra propuesta de derogación del art. 31, en nada significa aceptar la desvirtualización del objeto social, es decir que quiero dejar aclarado esto; lo que creo es que el objeto social de una empresa está suficientemente protegido a través de numerosos artículos de la Ley de Sociedades Comerciales, y por otra parte resulta difícil hoy en día, hablar de desvirtuación del objeto social, cuando se aceptan objetos sociales tan amplios como los que conocemos, no?

Segundo tema en cuanto a las reservas del revalúo técnico, a las que el Dr. Otaegui anteriormente se refería, es cierto, este es un tema también controvertido, es decir, lo que pasa es que lo estamos manejando a este concepto de establecer relaciones numéricas.

El primer punto en cuestión es lo que hizo el legislador, cuando mencionó cuentas que integran el patrimonio neto de una empresa, y que tradicionalmente se conocía como capital, reservas, resultados. Yo sigo pensando que obviamente el legislador está pensando en la integridad del patrimonio social y todas las partidas que lo integran, porque de lo contrario realmente las comparaciones a las que podríamos arribar serían totalmente irracionales, con lo cual cuando entramos en este tema del revalúo técnico; es cierto que esto es una junta muy particular, conceptualmente la doctrina contable considera que no es una reserva de capital, pero transitoriamente se la incluye como una cuenta de reserva del patrimonio neto con un esquema de desafectación, o sea con créditos a resultados, a lo largo del tiempo y en función de una serie de elementos que es el consumo de los activos, pero esto es controvertido y decidimos entrar por una explicación, que creemos que es bajo nuestro concepto integrador de patrimonio neto que se resuelve el problema, que es el principio de tercero excluido; o una cosa está en el capital o está en el resto. Si no, no estaría en ningún lado; entonces si definimos que no es capital, claramente por lo menos la doctrina contable así lo considera, creemos que está del lado del resto de ese concepto de reservas que el legislador incluye con una dominación de libre, aunque es cierto que conceptualmente no hay duda que es un resultado, la técnica contable lo confirma claramente, y que por supuesto definimos que no es capital.

En cuanto a las reservas facultativas, volvemos al mismo tema anterior, es decir, qué quiso definir el legislador con la palabra libre? porque el problema es que en otros artículos, habla de reserva exclusivamente, y en este pone la palabra



libre; entonces lo que nosotros interpretamos es, libre disponibilidad bajo la decisión de una asamblea que modifique en su caso el estatuto, si es que había quedado una reserva estatutaria, es decir, creo que está en contraposición de lo que es legal, es decir, la palabra libre; busco el término para contraponerlo a la reserva legal, es decir, aquella que la asamblea aún no puede disponer de lo que quiera, modificando el estatuto, decidiéndolo, etc..

El tercer punto, que es el concepto de capital, yo creo que el Dr. Gorziglia muy bien aclaró que no se puede desconocer, que la ley de sociedades comerciales influyó en el art. 62, la exigencia de que los estados contables tienen que estar en moneda constante, y que las decisiones se tienen que tomar sobre la base de moneda constante, por lo tanto debería, y volvemos al tema anterior. Si el ajuste de capital no va dentro del concepto de capital, ¿a dónde va?, o no va a ningún lado?, es decir, puede una empresa que tenga 10 millones de dólares de ajuste de capital, y como el concepto del art. 31 establece que en mis relaciones con el 50% de capital nominal, en ese caso la empresa estaría imposibilitada de hacer inversiones en un monto que por lo menos sería de 5 millones de dólares, ni más ni menos.

Y el cuarto tema es el art. 59. Cuando yo establecí el concepto de dilema, no me quise referir a el dilema exclusivamente; si el art. 31 dice una cosa y el art. 51 dice otra, el administrador claramente puede zafar diciendo, bueno, yo cumplí con el art. 31. Mi pregunta es cuándo hay dos artículos que sobre un mismo hecho se contraponen, porque el artículo 59 me dice que usted tiene que obrar como un buen hombre de negocios y el art. 31 me dice que no puedo hacer determinadas inversiones. Les pongo un ejemplo, si el administrador que dispone de fondos y tiene que saber donde colocarlos transitoriamente, en forma permanente o en forma transitoria, supongamos que tiene un millón de fondos de excedentes, y ve que la bolsa en un determinado momento es un lugar ideal para depositar esos fondos a través de la compra de acciones. Yo pregunto, suponiendo además que sabe muy probablemente le de una rentabilidad muy alta, y que el accionista vería esto con agrado a tal punto que estaría de acuerdo a que se haga así, como yo tengo que actuar frente a un art. 31, que me puede decir no, le diría: mire yo, lamentablemente usted va a perder una rentabilidad de este millón de dólares puesto en la bolsa, porque la ley de sociedades en el art. 31, impide que usted exceda un límite que de acuerdo a nuestro cálculo, ya estaría excedido.

Creo que el dilema existe independientemente de lo que podría elegantemente el administrador decir y zafar en cuanto a su responsabilidad, y por último cuando estamos proponiendo una guía de interpretación o de aplicación del art. 31 y definimos una posición. Por supuesto que en ningún caso estamos diciendo que no, que queremos que no se cumpla con la ley, desde ya que modestamente analizamos cada punto de la ley para realizar las cuestiones

controvertidas, porque pensemos en el derecho positivo que las leyes también se interpretan, con lo cual si hubiera claridad de las normas, probablemente no estaríamos discutiendo en cuanto a la aplicación de este artículo, creo, no hay claridad y por esa razón la propuesta.

**Dr. (no se identificó):**

Simplemente algunas cuestiones. En realidad respecto a lo que el Dr. Albor estableció en el mismo orden, yo discrepo con él en casi la mayoría de los puntos; previamente en cuanto a lo que decía la Dra. de la asamblea que apruebe la modificación, yo creo que eso ya está implícito en la ley de sociedades, porque si la asamblea crea una reserva libre a partir de las utilidades, está admitiendo, o sea, si el órgano correspondiente, la asamblea en este caso, crea la reserva libre, está admitiendo que el órgano de administración de la sociedad, disponga de ese dinero en un 100%, para aplicarlo a participaciones societarias, o sea que en algún aspecto están implícitos, respecto al revalúo técnico.

Yo entiendo el revalúo técnico, coincido que es una ganancia por tenencia, por lo tanto entra dentro de los resultados. Ahora existe una norma de inspección general de justicia que en sentido amplio, las normas son leyes también, o sea, la ley en sentido amplio puede entenderse como leyes, decretos y normas, y esa norma obliga a que esa utilidad se la afecte como reserva; por lo tanto para mí es una reserva legal. Respecto a reservas legales, la ley no dice reserva legal, o sea que no refiere únicamente a la del art. 70, sino a todo otro tipo de reservas creadas por distintos tipos de normas o leyes. Respecto a reservas libres. Ese es el tema realmente que nadie entiende realmente, bien que se quiso decir una interpretación que es coherente, pero ahí sí se me escapa un poco de la palabra literal de la ley, sería una reserva libre, sería la que la asamblea dispone a que se afecte exclusivamente para la participación de las otras sociedades, y no otras reservas, porque yo no le encuentro el sentido de entender reserva libre por ejemplo a una reserva creada para la adquisición de un bien de uso, y que se pueda utilizar para comprar acciones de otras sociedades. Creo que había una discrepancia total, pero evidentemente la ley eso no lo dice, pero sería interesante que se aclare; bueno, muchas gracias.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Dr. Forestieri.

**Dr. Forestieri:**

Bueno casi me convencieron por la derogación, pero no, insisto, estoy de

acuerdo con el Dr. Otaegui, respecto al tema de las actividades múltiples o del objeto múltiple.

Las sociedades están para hacer buenos negocios lícitos, si hacen buenos negocios lícitos a través de la gestión de sus administradores, no ha habido daño para nadie, no hay por qué sancionar. Esto es un poco la respuesta a Vanasco; no siempre los socios se llevan bien, a veces tienen discrepancias como esta. Vanasco los quiere responsabilizar a los administradores y echarlos por no cumplir en el solo beneficio de qué, de la ley, si el administrador ha desviado fondos para hacer un excelente negocio lícito, no solamente esta cumpliendo la ley indirectamente, sino que además le ha provocado un beneficio a la sociedad, a los socios y a los terceros.

Yo creo Vanasco, que no hay ningún inconveniente al respecto, y por último creo que sí y en eso coincido que esto es un resabio del exceso de reglamentarismo de Halperín. Pero no creo que los únicos protegidos son los socios, creo que también lo dice en la exposición de motivos, creo que también están incluidos los terceros, de allí que propongo que lo dejemos un rato más, y si funciona como con la reforma, pues que quede para toda la vida. Responsabilicemos al administrador por los daños que produzcan, pero no los echemos si son buenos, en el sólo beneficio de la ley, gracias.

#### Presidente (Dr. Odriozola):

Yo no acepto ese tipo de comentarios. Ustedes saben que la ley tiene una vida propia más allá de sus depredadores, pero respondo a una cosa puntual acerca de que se entiende por reservas libres. Creo que también fue motivo de su preocupación, creo que la reserva libre tiene el sentido de aquella reserva que no tiene un destino de coordinado, por lo pronto que no es la reserva legal, y además no es una reserva que tenga una afectación, como usted creía, para la adquisición de un bien de uso, para algún objeto ya preciso, porque eso tendría que ser motivo de una desafectación por parte de la asamblea. O sea, reservas libres son aquellas que se encuentran en disponibilidad de los administradores para aplicarlas.

Yo he escuchado con mucho interés ¿y si no hay una distribución?, ¿un destino de las ganancias?, entiendo que sí; además es un tema que la asamblea tiene que considerar, qué hace con las ganancias, si las distribuye o constituye reservas; así que el tema tiene que ser resuelto, entiendo que esta inclusión ha sido muy interesante. Además había otro comentario respecto de las inversiones.

Yo participo con el Dr. Forestieri, que le diga que los administradores tienen que ser buenos administradores y que no pueden ser sancionados cuando no se ha producido ningún perjuicio, no podrían ser echados; pero eso es libertad

que les confiere esa necesidad de administrar bien, de no mantener fondos ociosos colocados en inversiones, para que haya una renta. Tiene limitación también el art. 59; yo señor coadministrador no puedo colocar los fondos en bonos o en acciones de las compañías cuando preciso ese dinero para desarrollar un objeto social, y ahí va a estar un requerimiento legítimo de los accionistas al decirles, señor desafecte esa inversión y siga aplicándola a la producción de bienes de cambio; creo que la respuesta está en eso.

**Dr. (no se identificó):**

Si me permite. Sin embargo, últimamente las empresas en la época de hiperinflación ganaban mucho más dinero invirtiendo en activos financieros que en su objeto.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Evidentemente que sí, pero ese comentario no invalida lo que yo he dicho; entonces va a ser función del administrador cuando tiene que pasar de una inversión a otra.

**Cr. Gorziglia:**

Perdón, yo quiero hacer un simple agregado. Acá hablaban de la defensa de los acreedores; nosotros nos hemos encontrado en que la famosa ley de reivindicación histórica que dio la famosa promoción industrial, descolocaba a las empresas que no podían hacer inversiones en las provincias que eran generadoras de esta desgravación impositiva, en desmedro de otras que sí lo estaban haciendo y que formaban a la competencia, a su competencia, y en esos casos era la supervivencia de la empresa la que se estaba jugando. Entonces yo creo que esto va mucho más allá de la colocación temporal de fondos que puede haberse dado en una circunstancia determinada, y que usted muy bien puntualiza acá. Hacía a la supervivencia de la empresa, y yo creo que ahí se aplicaba hasta el art. 100, porque esa era la necesidad de mantener la empresa, incluso por sobre las limitaciones que estaba dando el art. 31, de allí que nosotros estábamos planteando, en su trabajo al cual adherimos, por tener el origen en el Consejo de Ciencias Económicas de Buenos Aires, es plantear, llamar a la reflexión.

A los acreedores se los defiende también en caso de esta inversión en materia impositiva, mucho mejor invirtiendo que dejando de invertir, porque si no invierte corre el riesgo de que la fruta no tenga la posibilidad de continuar en el mercado. Así que es un tema que llama a la reflexión y creo que no es

cuestión que todo lo que acá se dijo, pero que la realidad demuestra que lo reconocemos como un patriarca de la cosa; el derecho va evolucionando en función de que va evolucionando la realidad económica, y esto que estamos marcando es un problema de una regresión que hemos vivido.

**Presidente (Dr. Odriozola):**

Muchas gracias. Levantamos la sesión y retomamos a las 15,30.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Como ya se ha cumplido el horario previsto, las 15,30 y en ausencia de la presidencia, me voy a tomar el atrevimiento de asumir la presidencia y empezar ya con el tratamiento de las ponencias, en este caso la del Dr. Rafael Manóvil.

### "Sobre las participaciones recíprocas"

**Dr. Manóvil:**

Mi ponencia se refiere al art. 32 de la Ley de Sociedades Argentinas referido a las participaciones recíprocas, y confieso antes de empezar, que cuando la escribí, me ensañé en ser lo más malo posible, por lo cual pido disculpas por alguna interpretación que quizás les parezca exageradamente negativa respecto del segundo párrafo de esta norma. Bien, cuando el art. 32 prohíbe en forma absoluta y categórica la constitución de sociedades o el aumento de capital por participaciones recíprocas, se funda únicamente en los aspectos de tipo patrimonial involucrados en las participaciones recíprocas. Como dice la exposición de motivos, se protege el capital social; las participaciones recíprocas son una forma típica de agrupamiento de capital y de desvirtuación de su intangibilidad, constituyen una vía indirecta de superar la prohibición de adquisición, de participaciones en el propio capital, y se consideró que se evitan por este medio que se efectúen reembolsos de capital o de reservas legales, en contradicción con la economía de la ley. Es decir, como dije recién, se ven únicamente los peligros de tipo patrimonial que generan las participaciones recíprocas.

Por otra parte, el art. 32 se refiere a la constitución de sociedad y al aumento de capital, y nada dice sobre las adquisiciones de tipo derivado. Con respecto a estas, la doctrina no es muy firme ni en un sentido ni en otro, sobre si equipararlo al primer párrafo, es decir, a la prohibición del primer párrafo, o si tolerarlas. En rigor correspondería hacer una descripción, sobre con que fondos se adquiriría en forma derivada a la participación recíproca; no es lo mismo que ello se haga con capital o reservas legales, o que se haga con utilidades acumuladas de la sociedad bajo forma de reservas libres o algún otro título contable similar, porque en este último caso no estaría afectada la intangibilidad

de la cifra general, sino en todo caso la consistencia del patrimonio.

Sabemos que en nuestro sistema legal societario el principio explícitamente instaurado, es el de la intangibilidad del capital. Por otra parte no hay que perder de vista que si la adquisición recíproca derivada, se produce en el marco de operaciones bursátiles, tratándose de sociedades cuyas acciones tienen mercado, siempre existe un valor de realización independiente de la situación de liquidación social, que es la que perturba a los espíritus para prohibir desde el punto de vista patrimonial, la participación recíproca. Aparentemente algún tipo de consideración de ese tipo estuvo en la mente del legislador, y lamento que no esté ninguno de los autores de la ley, que a lo mejor nos pueda explicar el origen histórico de la norma. Tienen que haber influido en la génesis del segundo párrafo del art. 32, que bajo la apariencia de una extensión de la prohibición absoluta del primer párrafo, es decir tampoco puede una sociedad controlada, dice la ley. Establece sin embargo, un marco de permisividad que adelanto desde ya, que a mi juicio no tiene ninguna justificación. Puede participar en la controlante una sociedad controlada, siempre que lo haga con todo lo que no sean capital o reservas legales, es decir, todo lo que tenga como reserva libre lo puede invertir en la adquisición de participaciones en su sociedad controlante. Si formulamos esto como norma positiva diríamos, si la sociedad es una sociedad controlada, puede utilizar sus reservas libres para adquirir participaciones de su controlante, o en otra controlada por esta. No existe ninguna fundamentación en la exposición de motivos que explique la razón de la norma.

Entonces cabría preguntarse si la situación de control presupone que esta autorización implicaría una especie de forma de anticipar la disposición de utilidades, por quien de todos modos, ejerce el dominio de la sociedad. Pero esa no parece ser una buena razón, en primer término porque control no significa ser accionista único o socio único; son conceptos que en nuestro Derecho Societario vigente no son admisibles, pero por otra parte esto, es decir como consecuencia de esto, se desconsidera la existencia de socios o accionistas externos a la situación de control societario.

Por otro lado, si nos atenemos al fundamento de la prohibición de las participaciones recíprocas en cuanto a la afectación del patrimonio del capital social, el hecho de que existe una relación de control, de todas maneras no se altera o no altera la situación de peligro para el patrimonio o el capital social en el que están interesados más que los propios socios, sobre todo los terceros y los acreedores sociales.

Desde un punto de vista especulativo, honestamente no lo sé, podría ser que el proyecto del segundo párrafo del art. 32 se hubiera generado en la época en que la Ley de Concurso estaba también en estado de proyecto, y contenía el art. 168, fuente de lo que ahora es el art. 165, en el que lisa y llanamente se establecía que la quiebra de la sociedad controlada importa la de la sociedad

controlante, en cuyo caso los riesgos para los terceros podrían haber quedado soslayados. Tanto se me aparece como injustificada esta distinción a la luz de la reforma de 1983, que introduce las tres categorías de control societario, y como la ley no distingue en el caso del art. 32, y yo le escuché una vez al Dr. Otaegui una opinión muy distinta, se la voy a decir ahora; así que ya voy abriendo el paraguas a las objeciones.

A mi juicio, si la ley no distingue cualquier situación de control societario, aunque sea externo permitiría hacer uso de esta facultad insólita del art. 32 segundo párrafo, es decir que de esta forma podía darse un contrasentido, inclusive en una situación de control externo derivada por ejemplo, de un contrato de concesión exclusiva, con una intromisión suficientemente garantizada por el contrato, como para calificar a la situación de control externo, en cuyo caso la controlada podría adquirir participaciones en la controlante, aunque fueran recíprocas respecto de otra situación que por el sólo hecho de no existir exclusividad frente a un mismo tipo de contrato, pudiera no autorizarse dada la inexistencia de la calificación de control.

La norma, como estoy tratando de generar la impresión, es una norma incoherente, y por lo tanto desacertada; y yo creo que con estas breves referencias ya me justificaría en querer eliminarla, pero en realidad el centro mayor de mi preocupación, y algunos de los presentes me escucharon decirlo ya, en alguna clase o reunión formal anterior, mucho más que el peligro patrimonial generado por esta forma de participación recíproca, lo que me preocupa es lo que se podría bautizar como el peligro orgánico que ellas engendran, en el texto escrito transcribo un párrafo de eminentes autores alemanes, que destacan como mucho más visible toda la voluntad de perjudicar patrimonialmente a los socios o accionistas minoritarios o a los acreedores, la voluntad de adquirir mayor poder por el camino de las participaciones recíprocas. Y esta preocupación que gira alrededor del ejercicio del derecho de voto, es una preocupación que no es ajena a las legislaciones del derecho comparado, y particularmente a la legislación que sirvió de fuente a nuestro art. 32, me refiero al art. 2359 bis del Código Civil italiano, cuyo texto era proyecto, porque se convirtió en ley en el año 74; pero ya era proyecto cuando se redactó el proyecto de ley Argentina. Contiene un segundo párrafo que lisa y llanamente, si bien admite las participaciones de una controlada en su controlante, prohíbe en estos supuestos el ejercicio de derecho de voto.

En las otras legislaciones que se suelen mencionar, como las más permisivas de participaciones recíprocas, por ejemplo la ley alemana de sociedades por acciones de 1965 también se limita o se elimina totalmente según la entidad de estas participaciones, el derecho de voto en las sociedades controlantes cuando, mejor dicho se elimina el derecho de voto en ambos casos en la participación recíproca. Muy bien, tenemos en nuestro bagaje jurídico alguna norma por la que podamos inferir o a través de la cual, podamos construir una

prohibición de voto; la única que podríamos llegar a considerar en este sentido, sería el art. 221 in fine de la Ley de Sociedades, que prohíbe el ejercicio del derecho de voto en las sociedades por acciones, y acoto ya la diferencia.

El art. 32 se aplica a todas las sociedades, el 221 solamente a las sociedades por acciones en aquellos casos en que la sociedad excepcionalmente puede adquirir sus propias acciones, es decir, estamos frente a institutos que tienen algún parentesco, pero indudablemente no son situaciones iguales. Indudablemente, la situación del art. 221, no termina tampoco con la prohibición del ejercicio de voto, sino que prohíbe también el ejercicio de los derechos de tipo patrimonial.

A mí me resulta, me aparece como violento, forzar una interpretación legislativa analógica para una situación, en donde lo que se debe hacer, sería tomar la mitad de una norma, para aplicarla analógicamente, sin aplicar la otra mitad de la norma a una situación que se considera parecida. No olvidemos que la otra mitad de la norma no la podemos trasladar, porque expresamente el art. 32 segundo párrafo que estoy criticando, es el que permite la adquisición, y por lo tanto el ejercicio del derecho patrimonial consiguiente. Porque así no admitiéramos que la sociedad controlada que adquiere participaciones en la controlante ejerciera los derechos patrimoniales, estaríamos despojando al socio del ejercicio de los derechos que derivan de su condición de tal, incluso de la causa fin que tiene para adquirir participaciones sociales. A mi juicio, en el caso previsto en el art. 32 segundo párrafo, la sociedad controlada puede adquirir, puede ejercer el derecho de voto en la sociedad controlante. Cuál es la consecuencia?, la grave consecuencia que esto trae es, que mediante adquisiciones sucesivas, una sociedad controlada y (me refiero particularmente en este caso a una sociedad controlada por control interno), pueda llegar a ser controlante de su sociedad controlada, también por control interno.

El proceso inflacionario que vivió la Argentina y en el fondo aún sin ese proceso inflacionario, en cualquier economía sin crecimiento, puede determinar que la sociedad controlada tenga una cantidad de reservas libres, que sumen sumas importantes como para ir permitiendo la adquisición, ya sea por suscripción de aumento de capital o por adquisiciones derivadas de participaciones en su controlante. En ese caso si solamente controlamos que el ejercicio de los derechos parapolíticos, en una sociedad en la que participa otra sociedad, lo ejerce el órgano de administración de la sociedad participante, nos encontraríamos con un círculo en el cual el órgano de administración de la primera controlante, ejerce el control, designa a los administradores de la sociedad controlada, que pueden ser los mismos. Estos a su vez en ejercicio del derecho de voto en la sociedad controlada en su controlante, ejerce el derecho de deliberación y de decisión en el órgano de gobierno de la sociedad primitivamente controlante y ahora también controlada de su controlada. De manera tal, que existe un movimiento circular que perpetua el ejercicio del



poder exclusivamente por el órgano de administración, sin posibilidad de remedio y de funcionamiento real del órgano de gobierno.

Por supuesto que estoy haciendo un poco de terrorismo, y en realidad, no conozco casos concretos en la Argentina en que esto haya pasado así, pero más bien creo que esto no ocurrió porque no se han visto las implicancias de este segundo párrafo del art. 32. Se podrá decir muy bien en el derecho societario moderno y en la realidad empresaria moderna, estamos todos conscientes que el ejercicio del poder se ha desprendido de la propiedad patrimonial de las participaciones sociales, que la importancia del órgano de administración crece a expensas de las facultades de los órganos de gobierno, que en algunos países ejerce la casa del poder (por parte de los administradores), para dominar la asamblea social en el caso de las sociedades por acciones. Todo lo cual es muy cierto, pero también es cierto que todas esas situaciones tienen un atisbo de provisoriedad. Los accionistas ausentes que hacen crecer el poder del órgano directorial o del órgano de administración, algún día pueden volver a la asamblea y ejercer sus derechos. Quienes otorgan el poder para una asamblea, para la siguiente pueden dejar de ejercerlo, pero si permitimos un mecanismo que definitivamente estructure el ejercicio del poder por la vía de participaciones recíprocas, en unos administradores que se han enquistado en el dominio de ambas sociedades en forma definitiva, esto no tiene más remedio; y lo hacen con patrimonio que no es de ellos, porque en definitiva, es patrimonio de los que sí son verdaderamente socios o accionistas de la sociedad controlante.

En definitiva, y para resumir (el resto se puede si tienen paciencia leer en el libro de ponencias), por este motivo agregando, que en la sanción incluso para exceder el límite tan escaso establecido en el segundo párrafo del art. 32, es la misma del art. 31. Que según tengo entendido, fue acerbamente criticado esta mañana; es decir que hasta el exceso tiene una sanción insuficiente, es que me gustaría ver eliminado el art. 32 segunda parte y consecuentemente la tercera, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Bien, muchas gracias Dr. Manóvil. Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Bueno voy a dar otra versión de la historia. Han oído la leyenda negra, como estamos en el 12 de octubre, vamos a ir a la leyenda blanca. La leyenda blanca es la siguiente: son razonables estas participaciones recíprocas?, sí las participaciones recíprocas son razonables porque afianzan relaciones entre las sociedades de un grupo, y porque inclusive, permiten a la sociedad controlada una mejor información respecto de la sociedad controlante, primer capítulo. Segundo capítulo, es esta una autorización ceñida a los supuestos de control?, no, pueden existir participaciones recíprocas entre sociedades que no sean controlantes, pueden existir participaciones recíprocas entre sociedades mera-

mente vinculadas.

Tercer capítulo, pueden generarse aquí daños patrimoniales?, puede afectarse la consistencia del patrimonio de la sociedad controlante?, es un supuesto similar al de adquisición de las propias acciones? No es exactamente igual, puede existir un detrimento del patrimonio de la sociedad controlante, porque en definitiva, a través de este sistema, la sociedad controlante va a ser indirectamente titular de sus propias acciones. Lo que puede ocurrir es que a lo mejor, el patrimonio en vez de mermar, incremente por los fenómenos que se suelen ver en ciertos supuestos de fusión.

¿Cuál es el otro inconveniente?, el otro inconveniente ciertamente es el inconveniente de la apropiación del voto. Puede haber apropiación del voto, esto es cierto, pero esto no tiene la misma virulencia que en la adquisición de las propias acciones, acá depende de la cuantía de la participación; esa apropiación del voto puede ser relevante o puede ser irrelevante. Cuarto y último capítulo, qué solución permite la ley argentina al no establecer la prohibición de la ley italiana?, hay alguna solución o este es un problema sin remedio?, yo creo que es un problema que tiene su remedio en el art. 248 de la Ley de Sociedades. Cuando la sociedad controlante está votando en la asamblea de la sociedad controlada, no por eso es formalmente un conflicto de intereses, si ahí hubiera formalmente un conflicto de intereses por ejemplo, sería inadmisibles una absorción en la cual la absorbente tuviera acciones de la absorbida. Esto no es así, puede darse un conflicto de intereses en un caso concreto, si se da el conflicto de intereses en un caso concreto, entonces caeríamos en las sanciones del art. 248 de la Ley de Sociedades.

No ignoramos nosotros que el art. 248 de la Ley de Sociedades da pie a varias interpretaciones. Yo estoy en la interpretación de la nulidad de la resolución, por lo tanto desde este punto de vista si acá existe una efectiva apropiación del voto, el voto de la sociedad controlante en asamblea de la sociedad controlada, sería impugnables a la luz del art. 248, y esa solución sería inválida Han oído la leyenda blanca, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

¿Alguna otra persona quiere hacer un comentario sobre la ponencia del Dr. Manóvil? Entonces le daremos el derecho de réplica, breve, por favor.

**Dr. Manóvil:**

Bueno, derecho a réplica. Me asusta un poco el haberlos asustado tanto como para dejarlos mudos, excepto al Dr. Otaegui cuya intervención era previsible. Pero lo que él dice, hay dos o tres cosas que francamente no lo entiendo; porque que las participaciones recíprocas faciliten la información, no lo veo tan claro si de todas maneras la sociedad ya es controlante. Lo segundo

que no entiendo, es por qué a partir del art. 32 segundo párrafo, que se refiere sólo a la situación de control, el Dr. Otaegui extiende la interpretación como para permitir que a otros casos, también se pueda aplicar esa permisión. Me da la impresión que su tesis es que todas las participaciones recíprocas derivadas serían lícitas, no caerían en la prohibición del primer párrafo, no es así?

**Dr. Otaegui:**

(inaudible) en la misma medida que la sociedad controlada sea accionista de la sociedad controlante, va a existir un derecho de información que no lo tendría si no fuera accionista de la sociedad controlante, y ese derecho de información adecuadamente manejado, advierto que es un derecho de información amplio amplio.

No conozco en detalle la ley española que esta mañana señaló el Prof. Embid Irujo, pero digo que en nuestro derecho la información del accionista es amplia, siendo bien utilizada. Esta es una primer explicación. El segundo tema es, por qué pueden existir participaciones recíprocas?, y pueden existir participaciones recíprocas desde que en el derecho societario se admitió que en las sociedades pueden ser accionistas, y entonces es una vieja cuestión que discutieron los americanos. Cuando llegaron a una posición positiva los americanos, apareció la *corporation* del estado New Jersey, porque New Jersey fue la que autorizó que una *corporation* tuviera acciones de otra *corporation*. ¿Por qué puede haber participaciones recíprocas?, porque toda sociedad puede ser accionista de otra, tan simple como eso.

Entonces esto no es una autorización, esto es una restricción; cualquier sociedad puede comprar acciones de otra y vienen las restricciones, las restricciones del art. 31 que no nos gustan, las restricciones del Art. 32 que nos gustan un poco menos, pueden existir participaciones recíprocas, por eso. No sé si me expliqué, traté de hacerlo, gracias.

**Vicepresidente (Dr. Mugnillo):**

Allí el doctor quiere hacer una observación.

**(no se identificó):**

Un caso frecuente de participaciones recíprocas en la Argentina son las leyes de promoción industrial por desgravación o diferimiento impositivo, creo que usted tiene una tesis especial al respecto de que no estarían alcanzadas por los art. 31 y 32 de la Ley de Sociedades?

**Dr. Manóvil:**

No, en los cuadernos de Derecho Societario habíamos sostenido y creo que con razón, que no se las cuenta a los efectos del art. 31, no del 32, porque

es una inversión que tiene finalidad fiscal; en vez de pagar un impuesto, hago una inversión, pero no para el caso del art. 32. En todo caso y para concluir, lo que quiero terminar señalando es que por algo, legislaciones como la francesa, la española y la italiana restringen, aunque admiten participaciones recíprocas, lo restringen a un pequeño porcentaje, al 10%, al 5%, al 2%. La legislación italiana lo hace depender de si las acciones cotizan en bolsa o no cotizan en bolsa, y son criterios de política legislativa que no los discuto.

Si nuestra ley lo dijera, estaría encantado, lo que me perturba es que aquí se genere una desigualdad que a mi juicio, no tiene una justificación.

El hecho del control no da mayor, no modifica el espectro respecto de otras situaciones de no control, como para permitir participaciones recíprocas, y en los demás casos no. Lo que más me perturba de todo esto, es la cuestión del derecho de voto, y eso no me perturba a mí solamente, sino que a la legislación italiana, a la alemana, a la española y de la francesa (ahora no lo puedo jurar porque se me olvidó, pero creo que también), (le hacen una referencia), a por la directiva comunica, bueno, entonces en definitiva la solución tiene que venir del lado legislativo en la Argentina. Porque lo que bien apunta el Dr. Otaegui, y en eso estoy de acuerdo con él, el art. 248 es un artículo que se aplicará si corresponde a una situación de conflictos de intereses entre las dos sociedades, pero no tiene porque aplicarse en lo que sean las cuestiones regulares, comunes y normales que deba considerar el órgano de gobierno social, nada más.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Voy a pasar lista de las ponencias, ¿está el Dr. Kleidermacher? No. ¿Dr. Racciotti?, ¿Dr. Bougain, Dra. Antelo? Sí, bueno. Adelante Dr. Sandler.

**Dr. Sandler:**

La Dra. Antelo, la Dra. Cordero, la Dra. García Tejera, el Dr. Schlossberg y yo, preparamos una corta ponencia la que supongo, espero, confío que la hayan leído, es muy corta y creo que va a ser bastante controvertida y que la Dra. Cordero les va a explicar (t. III, p. 542)

**"Sobre la aplicación de la Resolución 190 de la C.N.V. a las S.A. cerradas"**

**Dra. Cordero:**

Un poco teniendo en cuenta la resolución de la Comisión Nacional de Valores 190 exactamente, el art. 8, que es cuando alguien se propone obtener el control, o alguien se propone adquirir una determinada cantidad de acciones, debe comunicarlo a la Comisión Nacional de Valores, y cumplir con determi-

nados requisitos. Un poco inspirados en esta norma, nosotros pensamos si se puede hacer en la sociedades que hacen oferta pública, por qué no también en las sociedades que son las sociedades cerradas. Esto también porque por ahí, a los accionistas no les interesa que quién sea su controlante, sea una gran empresa, o sea alguien que no conoce, sobre todo esto es para traer a estas sociedades cerradas mayores capitales o pequeños inversores. Lo que más o menos nosotros proponíamos, es que quien se propone adquirir una determinada cantidad de acciones en una sociedad cerrada, que pueda llegar a tener un control en esta sociedad, debe comunicarlo, primero a la sociedad. Esta sociedad debe tener un registro que permite, (que es optativo para los accionistas inscribirse en este libro) que una vez que se hace la propuesta de compra de estas acciones (que debe ser irrevocable, se les comunique a los accionistas. Ellos tendrían un plazo no muy largo para decidir si las quieren vender o no, y después se haría efectivo.

Ese es más o menos en líneas generales, lo que es la propuesta. Siempre tratando de que el control, que cuando cambie el control, la sociedad, todos los accionistas digan si quieren seguir en la sociedad, o tengan igualdad de condiciones para vender ellos también sus acciones, y si se quieren retirar de ella.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

¿Algún comentario? Dra. Di Bartolo.

**Dra. Di Bartolo:**

Yo lo único que quería resaltar, es que esta norma de la Comisión de Valores no es nueva; como sabemos recoge exactamente con puntos y comas una resolución de hace diez años atrás de la Comisión Nacional de Valores. Yo quiero recordar que en ninguna ocasión tuvo aplicación práctica esta norma, y realmente quiero señalar que me parece muy cuestionable, que en la práctica, los interesados van a ser, (en el caso que llegase a tener acogida legislativa la propuesta), los interesados van a tratar de salvar ese escollo. Porque precisamente, si vemos que cuando estaba como norma, nunca se llevó a la práctica, que fue lo que pasó hace diez años atrás, me parece que en realidad yo estoy completamente en desacuerdo que esté para las que hacen oferta pública, y para las que no hacen oferta pública todavía más. Nada más, lamento Dra. Cordero.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

¿Alguien más? Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Creo recordar que este tema fue tocado o rozado de alguna manera esta

mañana, así que perdonen que repita lo que dije entonces. Yo en materia de control, entiendo que hay que distinguir tres situaciones. Una es la apropiación del control, la toma de control hostil, otra es la adquisición de control en el cual el grupo controlante enajena y priva voluntariamente a un adquirente; otro supuesto es el de la consolidación de control, para el caso no interesa.

Cuando hay una adquisición hostil de control, se traduce en una oferta, forzosamente en una oferta pública, porque la adquisición hostil de control está dirigida, no a los controlantes, sino a otros accionistas, que no son los controlantes a los que se les promete algo mejor de lo que están obteniendo los controlantes. Se trate de una sociedad que esté autorizada para la oferta pública, se trate una sociedad que no esté autorizada para la oferta pública; toda oferta pública sobre títulos o valores tiene que pasar las forjas de la ley 17811, este es un tema. Segundo tema, la adquisición voluntaria de control. Acá nos encontramos con lo siguiente; no hay oferta pública, es un negocio privado. Por un lado nos encontramos con la pauta fundamental de la libre negociabilidad de las acciones, por otro lado, que soluciones como las que se están proponiendo, que realmente es una solución interesante, puede ser admitida estatutariamente a través de las normas, creo no sé del art. 217 y no solamente puede ser admitido estatutariamente, pueden ser admitidas también por pacto parasocietario de sindicación.

Pero vuelvo a la primera idea, permitamos libertad en este negocio y este problema tiene soluciones estatutarias y parasocietarias, y que considero con el debido respeto, más convenientes que una imposición obligatoria para todos los casos, gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dr. Solari.

**Dr. Solari:**

La idea me parece plausible, el fin buscado me parece también elogiado, pero brevemente pienso que es de difícilísima aplicación práctica, y también me parece indirectamente una intromisión en la libre contratación en la transferencia accionaria, como también se ha marcado existiendo la posibilidad estatutaria de su regulación a través de cláusulas restrictivas a la transferencia; por lo tanto la veo como plausible idea en su fin, pero de difícilísima aplicación, y de tal vez, una cierta intromisión en la actuación de la libertad de la negociación de las acciones, gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dr. Rovira.

**Dr. Rovira:**

Bueno yo lo que creo es que deberíamos poner las cosas en su debido lugar. La normativa de la resolución 190 tiene una razón de ser importante, cual es que la toma del control va a eventualmente poder afectar el valor de cotización de las acciones. Si yo he entendido adecuadamente la ponencia, se me ocurre que acá solamente nos estamos refiriendo a trasladar al ámbito de las sociedades cerradas, un régimen que tiene su razón de ser en las sociedades abiertas, pero que no tiene ningún fundamento práctico en las sociedades cerradas.

Las sociedades cerradas por definición, no tienen mercado, entonces si hay un grupo que pretende tomar el control de una sociedad cerrada, la fundamentación de la resolución 190 me parece que no puede ser extendida a ella. Así como me parecía muy bien planteado por el Dr. Otaegui todo el régimen de la restricción de las tomas de control, los eventuales pactos de bloqueo pueden ser objeto de reglamentación estatutaria o de acuerdo parasociales, pero trasladar por vía legislativa la resolución, la solución de la resolución 190 me parece que sería extender a las sociedades cerradas, algo que no tiene base o no tiene sustento para la cual la resolución 190 fue adoptada.

**Vicepresidente:**

Dr. Manóvil.

**Dr. Manóvil:**

La verdad es que es un tema que podría resolverse fácilmente con el argumento que acaba de dar el Dr. Rovira, que es verdad. Pero también yo le veo otro aspecto a este asunto y por eso no me disgusta del todo la ponencia y es el siguiente. Si yo soy socio accionista, soy accionista minoritario de una sociedad en la que tengo por socio, para decir cualquier nombre a Shell, y Shell decide vender su parte de control, yo ya no quiero ser socios de Standar Oil o de YPF o de Ancap, y es en ese tipo de situaciones que indudablemente pasan a ser una desvirtuación del derecho accionario, una desvirtuación del carácter de sociedad de capital de la sociedad por acciones, y donde juegan cuestiones de orden mucho más personalista. Eventualmente quizás sí, sea justificable algún tipo de remedio que permita al socio accionista minoritario no quedar en una situación de control respecto de alguien que es dominante, y que si bien lo acepté en su antecesor, no me gusta estar involucrado; puede ser un insolvente, puede ser un grupo en el cual las consideraciones de tipo ético, incluso algunas tan prácticas y concretas como la conducción empresarial en materia de respeto, o en derecho ambiental, o de actividades que vayan contra los principios que pueda tener el minoritario, pueden hacer justificable una cuestión así. Pero de todas maneras, a mi me parece que esto debiera encuadrarse, en ese caso, en el

marco de alguna regulación explícitamente referida a un dominio o pertenencia a un grupo, porque si no, quizás no tenga la justificación debida, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Mugillo):**

Bien, ¿alguien más? Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Las reflexiones del Dr. Manóvil las comparto plenamente si se tratara de supuestos o sociedades impuestas

Si me imponen una sociedad y yo me encuentro enjaulado dentro de la sociedad, en condiciones que yo no he pactado, esto me parece razonable; pero si yo he accedido convencionalmente a la sociedad, si tengo los remedios que he querido, obligado dentro del término de la ley del Código Civil art. 1197 ya lo dijo Vélez Sársfield, dentro de una nota, habré hecho un mal negocio o no tomé mis previsiones...(fin del cassette)

**Dr. Embid Irujo:**

Hablo con excesiva temeridad, pero creo que no sé si comparto del todo la filosofía de lo que aquí se ha dicho en concreto. Pero sí creo que comparto la filosofía genérica de lo que podríamos llamar la necesidad de hacer transparentes los procesos de toma de control. Es decir a mi me parece que todos los intereses son legítimos por supuesto, pero hay una tendencia que cada día se pone de manifiesto con mayor intensidad en el derecho de los países europeos, y es que las diferentes formas de acceder al control de una sociedad, en cierto sentido tienen que hacerse visibles para las personas que van a soportar ese control en su caso. Y cómo se hará eso?. Pues no lo sé, a partir de que pretenda adquirir una cifra de participación relevante, 5%, 10%; eso es una cuestión de política legislativa, que se debe dejar al albedrío de cada ordenamiento.

Pero lo que sí yo creo, que es oportuno y en eso sí creo coincidir, tanto si las sociedades abiertas, tanto si las sociedades cerradas, es que no me parece negativo que todas aquellas acciones tendientes a tomar el control, permanezcan como una especie de relación bilateral entre quien compra y quién vende; porque el asunto no podrá ser así en algunos casos, pero yo creo que en general es buena esta idea, nada más.

**Vicepresidente (Dr. Mugillo):**

Gracias Dr. Embid Irujo.



**Dr. Sandler:**

Bueno tal como preveíamos el tema es discutible, quiero significar que es cierto, que hoy se podría formar la sociedad, decidir que la circulación de las acciones sea de alguna manera limitada. Pero el hecho es que justamente, el que llega a ser accionista una vez ya formada la sociedad y que se encuentra en otro orden, lo que dice la Dra. prácticamente en todos lados del mundo. Hoy ya tenemos las normas anti take over etcétera, etcétera; que funcionan en casi todo el mundo con avisos que varían del 5%, esta mañana escuché el 25%, que hay que dar determinado avisos y demás, los cuales indican que en el mundo funcionan.

Y yo quisiera creer, que en la argentina alguna vez esas normas también deberían funcionar, si funciona en otros lados por que nosotros no. Pero lo que estábamos pensando, lo que dijo Manovil que el ejemplo que nosotros nos poníamos; si fuéramos socios en una sociedad cerrada, en la cual el controlante fuera Bunge & Born con el cual estamos conformes, etc., etc., siempre el ejemplo era Bunge & Born; y un buen día Bunge & Born sin avisarnos para nada, decide vender su participación y nosotros minoritarios, y minoritarios con un 40% una cosa así, y nos encontramos como el título de la película "Atrapado sin salida". Sin posibilidad de salir de esa sociedad, porque el nuevo grupo que totalmente inmoral o por lo que sea, no nos compra las acciones o nos compra con vil precio. Creo que es más importante acá, que las acciones que están autorizadas a la oferta pública, porque por lo menos en las otras, tienen una salida vía bolsa venderlas a algún precio. Si no están autorizadas no puede hacer más nada con ellos, y por eso queríamos encontrar una salida, no sé si esta ley da; pero por lo menos proponer alguna vía para que el socio minoritario en las sociedades cerradas, aparte de eso que no se los obligue a vender, le obliga al que quiere comprar avisar, señor vamos a comprar. Por lo menos hagamos en una forma proporcional para que yo también pueda ir saliendo, eso es lo único que proponemos, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Bien Dr. Racciotti ¿está presente?, ¿Dr. Bougain, Dra. Brea? Dra. Di Bartolo, adelante.

**"Sobre los derechos de los terceros en un proceso de integración"****Dra. Di Bartolo:**

La ponencia que hemos redactado (t. III, p. 538) juntamente con la Dra. María Cristina Brea es muy corta, y concretamente atiende a la necesidad de que en una futura reforma legislativa se tenga en cuenta el derecho de oposición de personas con interés legítimo, en oponerse a un proceso de reorganización

empresaria, siempre que sean distintos a los acreedores.

Conocemos que de acuerdo con la ley de sociedades, los acreedores tienen derecho a oponerse a la realización, en la medida en que no sean garantizadas sus créditos; pero esto por ejemplo, no ocurre en los casos de fianzas, ni en otros supuestos; por ejemplo en el caso del fiador solidario, ni en el coobligado solidario, ni en el coobligado cambiario.

Nosotras entendemos, que dado que puede producir una situación de gran perjuicio para estas personas, sería conveniente una reforma que tenga en cuenta la posibilidad de que se opongan, si bien en la obra tradicional de organización empresaria sobre fusión y escisión del Dr. Otaegui, cita concretamente el tema y dice que por razones de equidad debería de reconocérceles el derecho; debemos de señalar que la ley nada dice al respecto, así que para una mayor tranquilidad de los fiadores, creemos que resultaría conveniente que se adopte la resolución vía legislativa.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dra. ¿Alguna intervención? Dr. Rovira.

**Dr. Rovira:**

Yo simplemente quisiera pedir una aclaración, entiendo el sistema del régimen de oposición que nos marca la ley para los procesos de organización societarios, en donde el acreedor tiene derecho a pedir que se lo desinterese, o se garantice adecuadamente de su crédito; la ponencia concretamente plantea que el avalista o fiador sea garantizado por la sociedad afianzada, antes de entrar en un proceso de organización?

**Dra. Di Bartolo:**

El caso concreto que nos planteamos con la Dra. Brea cuando hicimos la ponencia; es qué pasa, si un fiador de una sociedad toma conocimiento que va a ser absorbida por una segunda sociedad, cuyo patrimonio es muy bajo, y un directorio que no le merece confianza al fiador; concretamente en esos supuestos, creemos que el fiador tiene todos los derechos que se le garantice, o que se lo exima de su calidad de fiador.

**Dr. Rovira:**

Bueno yo lamento tener que insistir respecto a una cuestión que mencioné, al tratar la ponencia de los Dres. Sandler y Antelo. A mí se me ocurre que estamos yendo hacia una peligrosa tendencia, a sustituirnos en la dirigencia de las personas. La ley tiene que tener una norma clara y genérica en defensa de la

comunidad, pero pretender que por vía legislativa estemos cubriendo o amparando, negligencias de los individuos que contratan me parece que es muy peligroso. Si un fiador pretende simplemente afianzar a ese deudor, pues en su fianza habrá de poner las cláusulas correspondientes, para que si ocurre algo que cambie su circunstancia la fianza se pierda y el acreedor afianzado sepa que en esas condiciones recibe su fianza. De lo contrario al igual que en el tema de la toma de control, que yo respeto esa tendencia de darle la posibilidad a los individuos, de que de alguna manera se de publicidad a los actos, etc., vamos a generar una severísima inseguridad jurídica.

Me pregunto yo, que haría el acreedor afianzado si ocurriera una cosa de esta naturaleza ante una norma como la propuesta, tendría que poner entonces él, una cláusula contractual para decir que si aún si ocurriera eso no podría desligarse la fianza; tendríamos ya entonces un problema de conflicto, entre la norma que ha previsto una situación hipotética concreta versus al pacto del acreedor. Creo que nos estamos llevando a situaciones, la tendencia nos indica que tienen que ser inversas; yo creo que la legislación, esta mañana en otra comisión se decía, que la legislación moderna mercantil y en particular la societaria tiene que disfrutar de una gran plasticidad, tiene que ser algo muy flexible, tiene que ser simplemente un gran marco normativo, dentro del cual con comodidad la empresa pueda desenvolverse. No debemos constituir a la normativa societaria en una telaraña, que haga sumamente dificultoso los negocios, las normas jurídicas societarias y mercantiles, tienen que ser simple y sencillas, para facilitar a los comerciantes el desenvolvimiento de su quehacer, no complicarlo.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Rovira. Dr. Manóvil.

**Dr. Manóvil:**

Yo sigo siendo muy amigo de Rovira, pero esta vez voy a disentir con él; lo que pasa en el fondo, lo que la ponencia propone es algo así como un agregado al Código Civil, no recuerdo el número del artículo, en qué caso el fiador puede pedir, o al Código de Comercio en que caso el fiador puede pedir ser garantizado, o que se lo libere. Esto no afecta al tercero que es beneficiario de la fianza, de manera que este cuidado que se quiere agregar a la normativa societaria, en definitiva no va en detrimento del acreedor afianzado; y en cuanto a las posibilidades de que el fiador tenga previsiones, vamos también a considerar la realidad, la realidad es que la mayor parte de los acreedores afianzados, son asociaciones bancarias que le presentan a uno el formulario más leonino que pueden, y no hay manera de

discutirlo; si no lo firma, no hay crédito, o no hay operación afianzada por el propio banco, yo no creo que un agregado de esta naturaleza perturbe la marcha ni del derecho societario, ni de la empresa.

En nuestro derecho existen algunas otras omisiones, respecto a las consecuencias de los procedimientos de la organización empresarial, y a los derechos de los acreedores, por ejemplo no existe una norma en nuestro derecho positivo como en el derecho francés, que diga que en caso de escisión de sociedades, ambas o todas las sociedades escisionarias y la escidente si subsiste siguen siendo responsables por la totalidad del pasivo; una norma así no la tenemos, y sin embargo si la tuviéramos no habría ninguna perturbación en el desenvolvimiento de las empresas ni de su actividad; por eso en realidad, Alfredo me incentiva apoyar calurosamente la ponencia, muchas gracias.

**Dr. Otaegui:**

Comparto las aseveraciones del Dr. Rovira, en orden a que la legislación y los jueces, no deben ser defensores de la injuria, repito esta dicho por Velez Sársfield en una sabrosísima nota en los artículos 943 y 945. Acá el problema no es ese, el problema es de otra naturaleza, así lo entendí yo cuando lo traté, el garante no está en la misma situación que el acreedor si quiebra una persona, no puede presentarse a verificar el garante, por qué negar al garante este derecho de oposición, este es el sustento de la idea y lo que propone la colega es una explicitación, que razonablemente en nuestro ordenamiento no es tutelar la injuria, es tutelar la posición del garante dentro de una estructura conocida.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dra., tiene derecho a réplica.

**Dra. Di Bartolo:**

Con los argumentos que dieron los Dres. Otaegui y Manóvil creo que cualquier réplica sería sobreabundante.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dra. Di Bartolo, gracias. Si no hay ninguna otra ponencia sobre este tema vamos a pasar al tema de "Inoponibilidad de la persona jurídica", la primera ponencia del Dr. Gulminelli.

**Presidente:**

Dra. Di Bartolo, gracias. Si no hay ninguna otra ponencia sobre este tema vamos a pasar al tema de "Inoponibilidad de la persona jurídica", la primera ponencia del Dr. Gulminelli.

**"Sobre la inoponibilidad de la persona jurídica"****Dr. Gulminelli:**

Yo presenté una ponencia bastante extensa sobre este tema, abarcando una serie de problemas que creo que son importantes. Evidentemente en cinco minutos va a ser absolutamente imposible tratarlos, o sea que voy a tratar de hacer hincapié en los aspectos que podría ser en cierta forma, son comunes.

En primer lugar un aspecto que me parece importante resaltar, es que la figura del Art. 54 tercer apartado como su título lo indica, habla de la inoponibilidad de la personalidad, lo que tendría que hacer es descartar según mi opinión toda alusión a que lo que impide son los efectos del tipo. Lo que se hace es, simplemente que no se puede oponer la personalidad, queda aclarado que se produce el efecto lógico o natural de la inoponibilidad, que es que no hay ninguna consecuencia de nulidad; y el efecto fundamental estaría dado en dos líneas claramente demarcadas por el legislador, que son por un lado la imputación del acto, y por otro lado la responsabilización de socios y controlantes que hubieran hecho posible la actuación desviada con la ley. Esta diferenciación que también hace el Dr. Manóvil, que me parece muy interesante y debe ser resaltada, por cuanto el afectado por la conducta desviada de la sociedad en ocasiones, puede tener mucho más interés en exigir el cumplimiento de la obligación, que en principio se le imputaría a la sociedad. Si nosotros nos limitáramos a una responsabilización al efecto, evidentemente que estaríamos cercenando por otro lado el espectro de posibilidades, que la ley brinda; y nosotros opinamos que al legislador de la Ley 22903 no se le puede achacar justamente, una mala expresión de la terminología, un mal uso de los términos.

Hay un aspecto muy importante, que también ha sido tratado en Bahía Blanca en las Jornadas en Homenaje al Dr. Pliner, que muestran la tendencia clara de no desobligar a la sociedad, por el hecho de que socios y controlantes queden obligados.

En la ponencia yo hago mención un poco a una analogía con el Art. 12 o con el 60, cuando se establece que es un beneficio que tiene el tercero, en principio que puede reclamar a la sociedad o bien puede dirigirse directamente a los sujetos que tras ella han utilizado el recurso técnico de la personalidad de modo disvalioso. Esta posibilidad, esta legitimación activa nosotros considera-

mos que no solamente la tiene el tercero, sino que en algunos supuestos también puede tenerla el socio afectado de buena fe; porque si bien sacrificado la inclusión del Art. 54 y no al lado del Art. 2, me parece que los legisladores en este aspecto han seguido una línea bastante coherente, porque está encuadrada esta figura, en el campo de responsabilidad de los socios y controlantes por daños a la sociedad.

En este aspecto podríamos decir, que nos encontramos ante una especie de antijuricidad, que tiene parentesco evidente con la norma 1109, y que hay una conducta reprochable de aquel que utilizando esa pantalla de recurso técnico, desvía los fines societarios. En ese aspecto entonces, podríamos aplicar análogamente toda la doctrina, que se ha desarrollado con respecto a la posibilidad por ejemplo de plantear acciones de responsabilidad interna, podría ser entonces que el socio afectado internamente, si es que se ha lesionado un interés particular, diferenciado del interés social, pueda tener una acción de responsabilidad, y de la misma manera la misma sociedad que se ve perjudicada; podría también, tener una acción de responsabilidad contra aquel que ha utilizado la figura jurídica de la personalidad en forma desviada.

Esto, más una serie de problemas que también se suscitan; y que yo quiero rápidamente, poner en consideración de los aquí presentes, que son por ejemplo la necesidad de indicar que cuando se habla de controlante, tenemos que salir del estrecho marco del Art. 33, que se refiere a control entre sociedades, acá evidentemente tenemos que comprender a la persona física. Si la ley dice socio o controlante, evidentemente tenemos que decir también que no se trata del control jurídico, o del control interno; porque ocasionalmente puede ejercerlo en las asambleas, pero también por la figura nueva introducida por la ley 22903, de que por contratos de vínculos especiales, alguien externo a la sociedad la este controlando. Ese controlante supongamos nosotros, tendría que estar incluido o sea persona física, y también el controlante externo no socio.

A la vez nos parece ya aquí hablamos un poco de leyes extranjeras, que la responsabilización que el Art. 54 establece, podría llegar a ser injusto en algunos casos, en este aspecto estamos en presencia de un acto realizado por socios y controlantes, que muchas veces no van a tener la profesionalidad necesaria como para tener una clara conciencia, de que la actuación que se está realizando es desviada. Y como salvo el caso del Art. 157 referidos a la responsabilidad de los gerentes, que sigue la huella del 52 y 244 de la ley francesa del 66 modificada en el 67, y que según la jurisprudencia francesa, evidentemente apoya una posibilidad de que el juez fije la parte contributiva, de cada gerente en la reparación del daño. Nosotros consideramos que, sería bueno una reforma en el sentido de permitir la atemperación de esta responsabilidad, en el sentido de que en el caso de la aplicación del Art. 54 tercer apartado, el

juez pueda, analizando la conducta de todos los sujetos implicados, poder graduar la forma en que va a aplicar la parte contributiva que cada uno va a tener que aportar.

Por otro lado esta actuación de la sociedad, evidentemente que va a tener que ser canalizada a través de órganos. Consideramos que estamos ante una antijuricidad como decíamos, y que perfectamente se podría adaptar a este instituto de la inoponibilidad la figura del 251 y siguiente; o sea pedir la impugnación de la decisión asamblea que estuviera invadiendo digamos el campo de la ilicitud, aunque de una manera un poco, poco visible digamos, pero antijuricidad al fin; o de la misma manera también atacar decisiones directoriales en este aspecto. Bueno se me escapan algunos puntos pero en sustancia creo que eso es en definitiva.

#### **Dr. Otaegui:**

Conuerdo en que el controlante del Art. 54, persona física o persona societaria es el controlante caracterizado por el Art. 33, o sea que el Art. 54 reprime el ejercicio torpe del control, en los supuestos del controlante interno de derechos, en los supuestos del controlante interno de hecho y en los supuestos del controlante externo. Es por esto, que la tesis que sostiene que el Art. 54 se limita exclusivamente a alterar las reglas del tipo, parte se olvida de que también se imputa esta solución al controlante externo, y que con relación al controlante externo no se altera ninguna regla de ningún tipo, esto es otra cosa; esta es la primera observación. Es también transparente que la aplicación del Art. 54 no elimina, la responsabilidad de la sociedad torpemente controlada, porque para que no fuera así tendría que haber dicho el legislador que esta modificando las causas de extinción de las obligaciones del Código Civil Art. 748, de repuesto una causa más se van a extinguir de la sociedad en caso de ser una sociedad totalmente controlada, esto no está dicho, no está modificado el Art. 748 las obligaciones de la sociedad torpemente controlada no se han extinguido esto digamos que es obvio. No comparto totalmente la idea de que esta solución de la última parte del Art. 54 sea una solución de responsabilidad resarcitoria, parcialmente lo es, no totalmente.

La solución del Art. 54, comienza por efectuar una imputación directa, todas las obligaciones del sujeto torpemente controlado se van a imputar al controlante torpe. ¿Por qué se efectúa esa imputación?, porque en definitiva el sujeto torpemente controlado es una pantalla del controlante torpe. Un tema distinto, es el del tema de responsabilidad por los daños y perjuicios. En materia de responsabilidad por los daños y perjuicios que también pueden surgir y sería objeto de otra aplicación; ¿cómo pueden haber daños y perjuicios

en este supuesto? Yo tengo para mí que la responsabilidad del controlante torpe es siempre una responsabilidad extracontractual, y por lo tanto siendo siempre una responsabilidad extracontractual, siempre es una responsabilidad solidaria, la variante estaría en que si fuera una responsabilidad extracontractual dolosa no habría reintegro entre los copartícipes, y si fuera una responsable extracontractual culposa existiría reintegro entre los copartícipes. No hay acá una actuación plural, como en el supuesto de la LS 19.550 art. 157. Discrepo con la solución, si hay que responder por daños y perjuicios es por un ilícito extracontractual, todos responden solidariamente con reintegro si la es culposa, y sin reintegro si la falta es dolosa.

Finalmente querría añadir algo, que creo que ya dije esta mañana, el Art. 54 está tomando uno solo de los supuestos de desestimación de la personalidad, que admitió nuestra jurisprudencia, sobre la base de la normativa del Código Civil, normativa que no ha sido derogada. El Código Civil admitió la imputación de la sociedad mal usada al controlante torpe, se admitió la imputación del controlante torpe a la sociedad mal usada, y se admitió también la desimputación ante la invocación impropia de la personalidad por terceros. Estos dos últimos supuestos, no están en la letra del Art. 54, esto falta al Art. 54. Aunque una razonable interpretación analógica, partiendo de la vigencia de la normativa del Código Civil, tiene que seguir diciendo no señor, esto está en pie y esto en definitiva es una solución de desestimación de personalidad, no puede pensarse en momento alguno, que queda desobligada la sociedad torpemente utilizada ni el controlante torpe, porque no es un supuesto la extinción de las obligaciones del Código Civil Art.748, muchas gracias.

#### **Vicepresidente (Dr. Mugullo):**

Vamos a interrumpir el comentario de la ponencia del Dr. Gulminelli, y vamos a tratar la ponencia del Dr. Kuroda sobre ausentismos en las asambleas en Japón, y luego de esta ponencia vamos a continuar con el tratamiento de todas aquellas relacionadas con el art. 54 y la inoponibilidad de la persona jurídica.

#### **"Sobre ausentismos en las asambleas en Japón"**

#### **Prof. Kuroda:**

Muchas gracias por la interrupción, porque iba a hablar mañana pero mañana tengo otro relato, así que con su permiso voy a interrumpir su ponencia con el tema de derechos de accionistas en torno al ausentismo en Japón (t. III, p. 545)

Voy a procurar hablar más o menos sencillamente, pero siendo extranjero



a lo mejor se tardará un poco más de tiempo en comparación con otros ponentes, pues como ha dicho el Sr. Presidente me corresponde desarrollar la ponencia sobre el derecho de, bueno el ausentismo y los derechos de accionistas en asamblea general. Voy a explicar nuestra experiencia, exponiendo la situación en que la sociedad anónima japonesa se encuentra en ese aspecto.

Tras la reforma de la Ley de Sociedades de 1981, la legislación japonesa tiene previstas algunas medidas, para hacer frente a la inercia de asambleas, así llamamos en Japón o sea el ausentismo de los accionistas; fenómeno que constituye una de las características de la sociedad anónima de hoy, estas medidas son, en una palabra relacionadas, están relacionadas al derecho de información. Reflexionando sobre los últimos 10 años desde la entrada en vigor de la ley reformada el 1ro. de octubre de 1982, hasta hoy en día se puede apreciar en mucho la prohibición de proporcionar aquellos beneficios materiales, y las sanciones penales contra su infracción. Es decir, como explicaré luego, en Japón hay muchos accionistas, bueno no muchos, había muchos accionistas peculiares llamados *soukaiya* que perjudicaban el funcionamiento normal de la Asamblea. Estos *soukaiya* han desaparecido en virtud de estas medidas, sin embargo las medidas tomadas en la reforma de 1981 no han servido de solución a mi juicio, tanto como al legislador esperaba. Si se pretende la reactivación de la asamblea habrá que fortalecer los derechos de la minoría ante la democracia por el número, es decir el dominio por la mayoría.

Ley Nº 74 del 3 de junio de 1981. El Código de Comercio japonés, principalmente las disposiciones sobre sociedades anónimas junto con otras normas societarias, fue reformado en gran escala. Es que en Japón no tenemos una ley especial para sociedades, sino que el Código de Comercio regula las sociedades, bueno aparte en 1938 se promulgó la Ley de S.R.L.

Dentro del marco de esta ponencia, es decir desde el punto de vista de la reactivación de la asamblea general de accionistas, podemos enumerar entre otras las medidas siguientes: 1º) se reconoció el derecho de los accionistas a hacer propuestas, según el artículo o ramificado del 232 insertado nuevamente en nuestro Código de Comercio, los accionistas que posean 1% o más del total de las acciones desembolsadas, o 300 acciones o más durante seis meses sucesivos, podrán solicitar por escrito y con anterioridad de seis semanas a la fecha de la sesión de la asamblea a los directores, lo siguiente: a) aceptar como objeto de discusión y decisión el asunto que propone y b) consultar en la convocatoria el resumen de proyecto concreto de un asunto determinado, sea asunto ya previsto o que los accionistas mismos proponen; 2º) se impuso a los directores y síndicos el deber de dar las explicaciones solicitadas por los accionistas en la asamblea, este deber que propone el derecho de los accionistas a hacer preguntas, había sido reconocido por la doctrina desde antes de la

reforma, el nuevo precepto fue insertado con el fin de despertar digamos la conciencia de aquellas personas encargadas de la administración de la sociedad, y de la supervisión de su gestión, eliminando así la tendencia malsana de contar con los llamados *soukaiya*, accionistas peculiares sobre los cuales voy a hablar más adelante.

El derecho a hacer preguntas, lo pueden ejercer los accionistas asistentes a la asamblea, cualquiera que sea el número de acciones que poseen, pero lo directores y síndicos quedarán exonerados del deber de dar explicaciones, cuando la solicitud no esté relacionada con los asuntos comprendidos en el orden del día. Bueno hay otros casos en que quedan exonerados del deber, son cuando la explicación perjudique notablemente los intereses comunes de los accionistas, y cuando la explicación necesite explicaciones, así como cuando haya otros motivos justos. Sin embargo la excepción basada en la necesidad de investigar, no procederá en el caso de que la solicitud se presente por escrito dentro un tiempo razonable; 3º) se prohibió a la sociedad proporcionar algún beneficio de carácter patrimonial relacionados con el ejercicio de los derechos del accionista.

Los directores que hayan proporcionado tal o tales beneficios a algún accionista peculiar, casi sin excepción en relación con el ejercicio con los derechos del accionista concretamente los derechos políticos, ellos responderán solidariamente frente a la sociedad por el importe del objeto entregado, y serán condenados junto con los beneficiarios, a seis meses de prisión con trabajos forzados, o 300.000 yens. Bueno ahora se ha cambiado la tasa de cambio, por la situación económica mundial yo tengo que calcular, pero digamos más de 2.500 dólares de multa como máximo.

En los casos de corrupción la ley establece una sanción de antes de la reforma, el que perciba, reciba, o se comprometa a percibir algún beneficio de carácter patrimonial, cambio del acceso a una petición ilícita en relación con el ejercicio del derecho de voto y el que lo proporcione, ofrezca o se comprometa a ello, serán condenados a un año de prisión con trabajos forzados o a 500.000 yenes de multa decuplicada en esta forma; además lo más importante es esto que los directores así condenados no podrán ser reelegidos, hasta que transcurran dos años a partir de la terminación de la elección de la pena o de la caducidad de la sentencia en suspenso; y 4º) se incorporó un precepto que fija la competencia del presidente de la asamblea, declarando este mantendrá el orden y dirigirá el debate en ella, e incluso que podrá expulsar a los que no le obedezcan o generen desorden. Antes de la reforma de 1981, cuando la legislación japonesa carecía de tal precepto, esta facultad se reconocía como principio básico del órgano colegiado en general, y la ley de reforma la estableció como seguridad, es decir para que el presidente no se intimide, con

el fin de evitar la situación en la que el curso de los debates quede pendiente de los *soukaiya*, y que la asamblea caiga en desorden, debido a las palabras y acciones de estos accionistas.

Ahora voy a explicar, qué y cómo son los *soukaiya*. Los accionistas llamados *sokaia*, son aquellos socios poseedores de unas pocas acciones que pretenden conseguir beneficios materiales, buen dinero en la mayoría de los casos de la sociedad anónima con chantaje; sea lícito o implícito, insinuando su propósito de generar el desorden en la asamblea. Bueno *soukaiya*, traduciendo literalmente *souka* significa junta general o asamblea general, ia es algo de esta, como en español la traducción será junta generalista o asambleísta. En otras ocasiones, ellos sirven al interés de los directores en terminar la asamblea cuanto antes, con previa amenaza o sin ella; sin ella cuando estos, los directores, les pidan su colaboración para que no intervengan los socios que quisieran interpellar, de tal manera que en la reunión de la asamblea apenas terminan las palabras del presidente, es decir la información sobre la gestión social y la exposición de las propuestas por parte de la dirección etc., por cada asunto comprendido en el orden del día, ellos *soukaiya* gritan sin objeción con aplausos fuertes, privando así a los demás la oportunidad de ejercer su derecho a hacer preguntas.

A veces actúan para evitar que se les pida cuentas a los directores que no hayan observado una conducta correcta en el ejercicio de su cargo o fuera de él; por otra parte es bien conocido que algunos de estos accionistas peculiares, forman parte de una organización de gangster, vestida del velo de personalidad jurídica, y decir por ejemplo sociedad titular de una empresa en que se explotan los bienes inmuebles, etc., y alguno de ellos tienen vínculo directo o indirecto con la mafia japonesa.

Tras la reforma de la ley de sociedades de 1981, la realidad nos demuestra que han desaparecido muchos *soukaiya*, en virtud de las medidas antes citadas; según el departamento de policía antes de la reforma existían unos 10.000 *soukaiyas*, y en el año 1982 en que esta ley de reforma entró en vigor como he dicho antes, en 1982 serían unos 6.700, este número pues ha disminuido hoy a unos 1.300 según la última estadística; en algún tiempo, pocos años después de la reforma, estos sobrevivientes sustentaban su existencia como accionistas profesionales. Así se llamaban, abusando del derecho de información con el fin de obstaculizar a la dirección de las sociedades anónimas, que rehusaron ser amistosas con ellos; como caso extremo podemos recordar que la asamblea general de la Sony, celebrada en enero de 1984, registró una duración de doce horas, en la que los *soukaiyas* acosaron a preguntas a los directores, bueno con preguntas tontas o que no tienen significado. Sin embargo esta tendencia ha cambiado en los últimos años, ellos los *soukaiyas* en vez de molestar a la

dirección de la sociedad en la asamblea, actúan de parte del poder, parte del poder como antes de la reforma.

En este aspecto habrá que notar que sus actividades se despliegan de una manera más encubierta que antes, mientras que algunos solicitan a la sociedad suscribirse a las publicaciones periódicas de contenido económico que ellos editan, otros le piden que se compren los folletos o entradas de espectáculos, fiestas o cena de gala, etc.. También hay casos en que los directores de sociedad, se ven obligados a comprar efectos de escritorios, cuadros y objetos de arte, antiguos, todo esto suele negociarse entre bastidores y a un precio muy elevado.

Según los datos expuestos en el libro blanco de la asamblea general de accionistas, ha habido muy pocos casos en que los accionistas hayan ejercido su derecho a proponer asuntos en la asamblea durante estos diez años, la estadística nos demuestra que este derecho sea ejercido cada año, en menos de diez sociedades entre las 1.500 cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores; en fin podríamos afirmar que aquella medida tomada en la reforma de 1981 como medio de comunicación entre la sociedad y sus socios, no ha logrado funcionar tal como el legislador esperaba. Este hecho significa a mi juicio, que el requisito de posesión de acciones resulta muy riguroso, por lo cual aquella medida no sirve al interés de la minoría poseedora de acciones; por otro lado como funciona el derecho de hacer preguntas en las asambleas, pocos años después de la reforma hubo algún tiempo en que este derecho se ejercía con frecuencia con aquellos accionistas peculiares, como hemos visto anteriormente, hoy en día ellos mismos no sólo han dejado de hacer preguntas, sino que colaboran con la dirección de la sociedad para terminar la asamblea lo más pronto posible, de manera tal que los accionistas ordinarios no se atreven a ejercer este derecho, excepto en unos pocos casos; según la estadística antes mencionada tan sólo en el 6,7% de las 1.500 sociedades, se ha ejercido el derecho a hacer preguntas en el año pasado.

Ahora por último voy a referirme a la perspectiva futura, hace tiempo ya que se habla de la separación de la propiedad y la gestión de las grandes sociedades anónimas, fenómeno que causa el ausentismo de los accionistas; habrá dos vías para hacer frente a esta realidad, uno es buscar unos mecanismos adecuados al margen de los ya existentes, reconociendo que el ausentismo es una realidad irreductible o irreversible, y otro es pensar en introducir unas medidas para reactivar la asamblea o rehabilitar sus funciones. El legislador japonés ha optado por esta, aunque nuestra legislación tiene establecidas las acciones sin voto, esto no significa que el legislador haya considerado el ausentismo como fenómeno irreductible o irreversible, sino que la doctrina mayoritaria japonesa aboga por la recuperación funcional de la asamblea

general de accionistas. Partiendo de la postura de la doctrina mayoritaria aunque no soy demasiado optimista yo opinaría lo siguiente, será imprescindible recuperar la funciones de la asamblea general de accionistas, porque resultaría sumamente difícil crear un mecanismo o sustituir la asamblea por otra institución, en que se decida la voluntad de la sociedad ignorando completamente la voluntad de los socios aportantes de capital. Si reconocemos que ausentismo es irreductible o irreversible, llegaríamos hasta el extremo de decir que sería mejor abolir la asamblea general, cuando yo digo reactivar la asamblea o recuperár sus funciones, no es que yo conciba ilusiones esperando la utopía, sino que insisto que dejen abiertos los medios de comunicación; a los cuales puedan tener acceso efectivamente los socios sobre todo minoritarios, y no tan solo como un formulismo.

Por otra parte, me parece razonable reconocer el dominio por la mayoría poseedora de acciones, en el sentido de que la democracia deba regir también en las sociedades anónimas, esto mismo no consiste ningún problema, la cuestión es que puede haber abusos de derechos en el formalismo democrático. Si lo que funciona de hecho es un régimen oligárquico, en perjuicio de la minoría poseedora de acciones, habrá que defender a esta contra los abusos del derecho. En la mayoría de los estatutos sociales en Japón, refiriéndome a la presidencia de la asamblea, suele estipularse en los estatutos que el director general que es presidente de la sociedad, presidirá la asamblea; sin embargo tal estipulación puede ser criticada a mi juicio, y está criticada por algunos autores, en atención a la idea de que la asamblea general de accionistas donde se vigila la administración de la sociedad controlando su gestión empresarial. Por lo tanto yo propondría, que se establezcan prohibiciones e incompatibilidades para ser presidente de la asamblea y, excluyendo de este cargo por ejemplo a los directores de la sociedad esta medida servirá para evitar el posible abuso de derecho de parte de la dirección, en perjuicio de los socios minoritarios.

En cuanto al ejercicio efectivo de los derechos del accionista en la asamblea, quisiera señalar tres puntos 1º) la ley japonesa igual que otras legislaciones permite a los accionistas que no puedan o no quieran acudir a la asamblea, ejercer su derecho de voto por medio de apoderamiento, y en realidad no son pocos los que envían la tarjeta de apoderamiento a la sociedad antes de la reunión de la asamblea. Sin embargo en la mayoría de los casos la delegación del derecho de voto se efectúa en blanco, porque en la práctica él no puede conferir la representación a sus familiares o amigos de confianza que no sean accionistas de la misma sociedad, condición restrictiva para ser apoderado, o prevista con frecuencia en el estatuto social. En los estatutos sociales, la ley debería prohibir aquella condición estatutaria con el fin de asegurar la efectividad de la representación, y será pertinente prohibir por otro lado,

conferir la representación de los encargados de la administración, lo cual puede suscitar el abuso de derecho por parte del alta dirección de la sociedad; 2º) La ley tiene establecida la excepción con la cual los directores y síndicos, puedan rehusar dadas las explicaciones solicitadas por los accionistas bajo el pretexto de otros motivos justos como hemos señalado anteriormente, en atención al posible abuso del derecho por parte de los accionistas peculiares, o mejor dicho perturbadores de la asamblea. Pero esta excepción puede funcionar también para rechazar las preguntas hechas por los accionistas normales, en este sentido debería aplicarse esta reserva con mayor prudencia; 3º) he aludido anteriormente que resultan demasiado riesgosos los requisitos para que los accionistas puedan hacer propuestas, posesión del 1% o más del total de las acciones desembolsadas o 300 acciones o más durante seis meses sucesivos, prácticamente es casi imposible que los accionistas, como dicen los franceses de pequeños pies, ejerzan este derecho; es casi imposible que los accionistas pequeños ejerzan este derecho, en las grandes sociedades anónimas será aconsejable reducir por lo menos el porcentaje de la posesión de acciones, o conferir este derecho a todo accionista con derecho de voto.

Por último habrá que pensar una vez más con toda seriedad, en acabar con las prácticas malsanas, con las que negocian entre bastidores los directores de la sociedad y los accionistas peculiares llamados soukaiyas; la estadística nos demuestra que las sanciones establecidas en la reforma de 1981 han tenido éxito hasta cierto punto, no obstante esto la realidad de que siguen actuando más de mil profesionales, algunos de los cuales son miembros de la mafia, como he dicho anteriormente, y el hecho de que la mayoría de los directores de las sociedades anónimas afirman que subsisten aquellas prácticas siguen existiendo esas prácticas malsanas. Estos hechos me permiten insistir, no solo que se apliquen las sanciones vigentes de manera más estricta, sino también que el legislador deberá agravarlas; en definitiva, hay que evitar que unos pocos garbanzos negros estropeen el cocido, como dicen los españoles, esto es el funcionamiento normal de la asamblea general de accionistas, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

¿Alguna pregunta? Dr. Otaegui.

**Dr. Otaegui:**

Si usted me autoriza, le voy a formular un par de preguntas para orientarme en mi comentario, en nuestro derecho la aprobación de los estados contables, la aprobación de los balances y la disposición de las utilidades de los

dividendos que puedan resultar de esos balances, corresponde a la asamblea de accionistas. En el derecho norteamericano ello no es generalmente así, en el derecho alemán las atribuciones de las asambleas de accionistas, están notablemente restringidas. Sobre este punto, me permito preguntarle, en la legislación de sociedades japonesas quién dispone la aprobación de los estados contables de los balances, quién dispone la distribución o no de dividendos esa es una pregunta por favor.

**Prof. Kuroda:**

Según la ley japonesa los balances y todos los documentos contables son, tienen que ser objeto de la asamblea general, o sea en la asamblea general se reconocen y el dividendo también; formalmente es así, pero prácticamente el consejo de administración ya tiene el proyecto, o sea las propuestas del balance y del dividendo y otros asuntos entonces en la asamblea, el presidente propone lo que se ha decidido en el consejo de administración anteriormente, y muy pocas veces se rechazan en la asamblea, me ha comprendido?

**Dr. Otaegui:**

Muchas gracias y un breve comentario el procedimiento de los *soukaiyas* no es extraño en nuestras tierras, no hace mucho yo he tenido oportunidad de no participar sino asesorar en una asamblea al cual este método de *soukaiyas* tuvo plena, no digo que ocurra todos los días ni frecuentemente, yo lo he visto en una sociedad insospechada, así que no hay nada nuevo bajo el sol, ni nada nuevo en otras latitudes, estamos en las antípodas pero pasa lo mismo. Yo lo acabo de vivir.

Los siguientes comentarios la ley de sociedades argentinas, está incorporada al Código de Comercio, 2º: idea nuestra ley de sociedades y nuestro Código Penal no contienen un detalle de delitos o contravenciones societarias como la que usted ha señalado, y es un reclamo de la doctrina que eso se establezca. Otra comisión de este congreso, está considerando con ese objeto lo que usted señala; si existe dentro de nuestra ley de sociedades un amplio derecho de información para el accionista, un amplio derecho de información antes de la asamblea, según el tipo de sociedad, sea individualmente, sea a través de órganos como la sindicatura.

Con relación a los estados contables los mismos deben ser puestos a disposición de los accionistas 15 días antes de la asamblea, los accionistas tienen derecho a pedir explicaciones concretas sobre esos estados contables, los accionistas tienen derecho a pedir a los directores y a los síndicos

informaciones concretas sobre los estados contables. Una minoría de accionistas tiene derecho de solicitar que se convoque una asamblea para resolver determinados puntos, este es un derecho de minoría, en la asamblea tienen obligación de concurrir los directores y los síndicos, para brindar las explicaciones que les pueden pedir cualquier accionista sobre los puntos del orden del día. Pueden oponerse a brindar la información, si consideran que esa información que se suministra puede afectar al derecho comercial de la sociedad; pero no podrían negarse a brindar esa información si fuera la asamblea la que decide que la información debe suministrarse. Tras la información debe sobrevenir la deliberación en la asamblea, si no se cumplen las pautas de debida información y de deliberación de tratamiento del tema, es decir si se aplica ese procedimiento reprobable de los soukaiyas, en el cual sale una moción y gritan aprobado, esa asamblea es inválida, esa asamblea es nula, por la acción del derecho de información.

En conclusión existe un derecho de información amplio. Dentro de la ley de sociedades no existe un régimen contravencional o penal pero a veces nos portamos mal y tenemos soukaiyas sudamericanos.

#### **Prof. Kuroda:**

Una cosa quiero añadir o sea aclarar una cosa este el soukaiya no compra votos sino que son accionistas que ya tienen acciones pero muy pocas acciones de varias sociedades, un día cuando yo asistí a una asamblea general bueno para que supiera entonces en la entrada del edificio donde se celebraron muchas asambleas de varias sociedades me encontré con los hombres vestidos de negros, con gafas negras, bueno son característico de la mafia japonesa.

Se saludaban y decían oye tú a dónde vas, a Sony y yo a Sanyo así se conversaban, ¿me comprende? entonces allí pues ellos se sientan en las primeras filas y como he dicho antes cada vez que habla el presidente con aplausos muy fuertes "sin objeción, sigue, sigue, sin objeción" así y terminó esa asamblea en 22 minutos. No sé si es bueno refiriéndome al tiempo no sé si le parece corto o largo como será la asamblea en la Argentina, pero por regla general dura más de una hora? (le explican como son) de todas formas muchas gracias por la tolerancia y los comentarios del profesor.

#### **Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias profesor. Bien vamos ahora a tratar el conjunto de ponencias sobre inoponibilidad y Art. 54. Dr. Manóvil por favor. Al Dr. Gulminelli le vamos a dar el derecho a réplica luego de que finalicemos.



**Dr. Manóvil:**

Tal como lo digo en la ponencia escrita la misma es una reacción a una ponencia a otro congreso de los Dres. Richard y Moeremans. En realidad tenía la esperanza de zafar de este compromiso sin la presencia de ellos pero me temo que esta vez vamos a entrar en colisión y debate, pese a que el Dr. Richard me anticipó que en realidad estamos diciendo lo mismo pero todavía no veo que estemos diciendo lo mismo. En realidad esto es entonces una crítica a la posición de la misma manera que la ponencia anteúltima que se trató a la posición que considera que el Art. 54 no es una norma de inoponibilidad ni de desestimación de la personalidad jurídica sino que tiene por consecuencia la inoponibilidad de los efectos del tipo en sociedades de responsabilidad limitada.

Esto se dice en forma categorica en una ponencia presentada al congreso de Derecho Comercial de 1990 y esto genera algunas inquietudes graves a mí por lo menos me inquietó un párrafo que lo voy a leer porque es muy breve, dice, estoy citando la ponencia: "implicaría que no sólo el tercero pudiera pretender agredir todo el patrimonio del socio o controlante sino que la sociedad rechazara toda legitimación pasiva que intentara imputársele por el tercero cuando acreditare el actuar abusivo del socio controlante, por eso es que más que una norma de imputabilidad" en la ponencia no sé si los autores lo siguen sosteniendo así se dice es una cuestión de responsabilidad y como cuestión de responsabilidad es una cuestión de desestimación de las cuestiones del tipo por otra parte también se dice allí que la letra de la ley limita la imputación a los perjuicios causados y esto también es inquietante pero lo tengo literalmente copiado (opinión) bueno me alegra que sea así porque quizás podamos aunar realmente criterios en una interpretación más coherente entre todos.

En realidad frente a este problema podemos enfocarlo desde 5 ó 6 puntos de vista ¿qué quiere decir el Art. 54? La primera es que hay una imputación directa de los actos de la sociedad a los responsables de la conducta incriminada sin perjuicio de la imputación de la sociedad misma, segunda interpretación posible hay una imputación directa de los actos de la sociedad a los responsables de la conducta incriminada con desplazamiento de la imputabilidad de la sociedad, tercera interpretación posible no hay ninguna imputación de los actos de la sociedad a los responsables de la conducta incriminada sino solamente una responsabilidad de estos por los daños y perjuicios, cuarta una imputación directa de los actos de la sociedad a los responsables de la conducta incriminada con dos variantes, es decir, la primera y la segunda, es decir con mantenimiento de la imputabilidad de la sociedad afectada o con desplazamiento de la imputabilidad de la sociedad misma y además y por separado una responsabilidad ilimitada y solidaria por los perjuicios causados que habrá que aclarar a qué se refiere.

Mi personal interpretación y es lo que sostengo en la ponencia es que el Art. 54 prevé una imputación directa de los actos de la sociedad a los responsables de la conducta incriminada con subsistencia, con fundamento en lo que dijo el Dr. Otaegui hace un rato, no se desobliga a la sociedad no se agregó un inciso al Art. 748 del Código Civil y además existe una responsabilidad por los perjuicios causados que tiene un sentido sobre el cual voy a volver enseguida.

Desde ya y esto lo conocemos la norma no tiene antecedentes en el derecho comparado lo cual es una ventaja y una desventaja, la ventaja es que podemos crear la interpretación para acomodar a, realmente a las necesidades de nuestro derecho, el inconveniente es que nos sirve de poco la aplicación tanto nacional como extranjera. Nos sirve para algo pero no del todo la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica o la doctrina en el derecho alemán.

Son todas construcciones que han servido en otros países pero sin una norma de este tipo. El Art. 54 es una norma admirable porque demuestra un valor de parte del legislador que no han tenido legislaciones mucho más avanzadas que las nuestras. Suelo repetir cuando yo revoleaba una traducción al alemán del Art. 54 entre los más eminentes comercialistas germanos los anteojos se le movían de la punta de la nariz para arriba y para abajo como señal de admiración.

De todas maneras como pauta interpretativa si recurrimos a la exposición de motivo, la exposición determinante en el sentido de señalar que las consecuencias se imputaran directamente a los socios o a quien controle la sociedad siendo inoponible la personalidad jurídica con lo cual de alguna manera se evidencia una equiparación del concepto de inoponibilidad con el traslado o la extensión ahora lo vamos a ver de esa imputabilidad. Más adelante todavía se dice que la actuación de la sociedad se imputará directamente a los socios, perdón la del texto legal dice claramente se imputará directamente a los socios o a los controlantes que hicieran posibles las conductas.

Imputación es una mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona fijando a tal fin diversos recaudos variables según el supuesto, estoy transcribiendo o leyendo una definición dada por Suárez Anzorena que me parece muy ajustada, y eso es lo que ha querido el legislador. Ha querido que en caso de procurarse a través de la persona jurídica societaria la consecución de fines extrasocietarios o de emplearse la misma como recurso para la violación de la ley o del orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros, el hecho, actos o situación jurídica sea directamente atribuido a la persona de los socios o controlante agente de ese desvío. Es decir hay una nueva imputación de la legislación jurídica de que se trata, la deuda, la responsabilidad civil, penal o administrativa, la insolvencia inclusive serán atribuidas al socio o controlante que hayan

incurrido en esas conductas. Pero también esto se aplica a otras situaciones. Por ejemplo al título jurídico a una cosa o a un bien, al título jurídico a una relación contractual que podrán ser atribuidos a quien era el sujeto aparente de esa relación jurídica y entonces habrá que ver en qué relaciones se presenta una extensión de la imputabilidad y en qué situación un verdadero traslado de la imputación.

Indudablemente cuando se trata del derecho jurídico sobre una cosa o sobre un bien no pueden existir dos titulares plenos sobre esa misma cosa o sobre ese mismo bien y en ese caso se producirá un traslado de la imputabilidad, de la relación hacia el tercero responsable.

Esto es particularmente relevante en aquellos casos en que la aplicación de la norma obedece a circunstancias como esconder patrimonio en una sociedad del ataque de acreedores, del ataque de la conyuge o para violar la legítima de los herederos u otras situaciones parecidas, si en cambio de lo que se trata es establecer la atribución de un pasivo de una deuda o de una responsabilidad patrimonial estaremos frente a una extensión de la imputación o queda desimputado como ya dijimos la sociedad originariamente titular de esa relación jurídica.

Esto es coherente con el propósito del instituto que es de ampliar y no de reducir el espectro patrimonial del que pueda servirse el tercero perjudicado. Es decir que como primera conclusión la imputación se extiende sin liberación de la responsabilidad y esto es indudablemente más útil que una mera extensión o el mero establecimiento de una responsabilidad adicional. Imputar es atribuir in totum responsabilizar podrá tener algunos matices y sobre todo tiene el matiz de la necesidad de conformidad de todo nuestro sistema jurídico en materia de responsabilidad de probar también el aspecto subjetivo cosa que el Art. 54 no exige en lo más mínimo. Se refiere a situaciones objetivas que provocan un daño por lo tanto el acto se imputa a un tercero aunque no exista dolo ni culpa esto es por lo menos el criterio que me interesa, en fin del que estoy convencido y que me interesa destacar para la discusión futura. Entonces esto también tiene como ventaja sobre el tratamiento de la cuestión como una materia de responsabilidad el hecho de que la norma permite por este camino al tercero perjudicado lograr el cumplimiento de una relación contractual y no solamente resarcimientos.

El cumplimiento efectivo y en especies, esto es particularmente relevante en el derecho grupal donde muchas veces las contrataciones se realizan con una persona jurídica miembro de un grupo y finalmente a la hora de ejecutarlo estamos frente a quien tiene la posibilidad de hacerlo o a quien es el titular del bien que debe transmitirse o el titular de los elementos con los que puede prestar el servicio es otra persona jurídica dentro del mismo grupo. El

cumplimiento no se ha tornado imposible sino que para poder forzarlo es necesario el desplazamiento de la imputabilidad. Entonces queda por preguntarse y con esto termino cuáles serían los casos o por lo menos algunos de los casos en los cuales además de la imputabilidad desplazada mejor dicho extendida o trasladada cuando es imposible la simultánea imputabilidad a los dos sujetos de derecho. En qué casos se añade una responsabilidad por los perjuicios causados responsabilidad que la ley atribuye también a los responsables de la conducta incriminada.

A mi juicio la norma se refiere fundamentalmente a los terceros que puedan estar perjudicados por ese desplazamiento no a la sociedad ni a los socios de la sociedad porque estos tienen los recursos del primero y del segundo párrafo del Art. 54 para resolver la responsabilidad que puedan imputarle al controlante. Pero si yo soy tercero acreedor, eventualmente un comprador de un inmueble pongamos un ejemplo sencillo, que luego resulta desplazado hacia el socio o controlante porque este ha colocado ese bien en el patrimonio de la sociedad para perjudicar a terceros, acreedores, cónyuges o herederos suyos, entonces es justo que quien ha causado un perjuicio a un tercero que no tiene otro camino para resarcirse encuentra el resarcimiento por vía de esta responsabilidad adicional que crea la última parte del Art. 54. Pero en esto último debo reconocer que a esta conclusión he llegado después de largos años de creer y esto lo dije en congreso IV de Derecho Societario, que ese añadido era molesto e inútil y que en realidad perturbaba la recta interpretación que es la primera parte en cuanto al desplazamiento de la imputabilidad de la relación jurídica, es decir que con esto reconozco que con esta última interpretación que le doy a la parte final de imputación de responsabilidad por el daño causado, admite algunas posibilidades que a lo mejor no se me han ocurrido y que tal vez otro de los presentes puedan agregar a esta situación, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dr. Richard es su turno.

**Dr. Richard:**

Creo que cuando la reforma del año 83 introdujo la norma del Art. 54 todos nos enamoramos de ella. Nos pareció una norma profunda que simplificaba para el derecho societario normativas contractuales especiales.

Simplificaba una serie de principios rectores del derecho de los contratos incorporándolos con un standard jurídico que no innovaba los principios generales. Si ustedes revisan toda la doctrina van a ver cómo se cantan los a la

norma, inclusive el enamoramiento de los juristas alemanes que significaba recién Manóvil y que me consta, en torno a la simplicidad de la solución, al reto, a la innovación, se habían atrevido a crear. Pero ocurrieron dos fenómenos que suelen ser los mismos de la vida cotidiana, cuando nuestra mujer nos ve todos los días despertarnos somnolientos enfurfurruñados, con mala cara levantarnos de la cama y empieza a perder la pasión y el enamoramiento de los primeros tiempos. Y también como un ejemplo que dan los psicólogos con el tema de llamado las islas de los monos, monos que vivían independientes en muchas islas que veían que caían los frutos de banana o que crecían en los árboles no sabiendo qué hacer con ellos no les gustaba: hasta que de repente todos aprendieron a pelarlas y normalmente en islas diversas ocurrió el fenómeno.

Un poco lo que decía Manóvil de su reacción en el IV Congreso y otras actuaciones de otros juristas que empezaron a revisar ya no la estructura dogmática de la norma sino los efectos que de ella derivaban, esa fue nuestra preocupación, eso fue lo que empezamos a tirar arriba de la mesa lo hicimos arriesgadamente con Moeremans en el Congreso de Derecho Comercial del año 90 se cruzó con algunos otros artículos, los monos todos pelábamos la banana al mismo tiempo, nosotros éramos otros monos pero eran las mismas bananas y se dio el fenómeno: la doctrina empezó a juzgar críticamente en torno a la interpretación de los efectos de esta norma y fíjense cómo iniciamos nuestra ponencia dentro de la invocación que hicimos del trabajo grupal y la creatividad colectiva en la recepción que les hicimos a ustedes.

Parece conveniente referirse nuevamente en este congreso al tema de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, tratando de acordar ciertos efectos: por ejemplo que no implica la desestimación de la personalidad, es cierto están todos de acuerdo Otaegui incluso dice enfáticamente esta norma no tiene nada que ver con la desestimación de la personalidad de la sociedad, que los terceros acreedores...(como vos me interpretaste mal, yo te interpreté mal también, pero no es una sanción, -se dirige a Otaegui- no es una venganza) que los terceros acreedores de la sociedad no pueden resultar perjudicados que la ley argentina no trata todos los aspectos de este problema y que los tratados por la ley responden a un problema de responsabilidad y que la misma no se limita a la responsabilidad por los daños causados.

En este punto parecería fundamental (tuvimos unas conversaciones con Gulminelli en Bahía Blanca y vienen otras ponencias muy importantes): ¿qué significa desestimar la personalidad? porque claro quizás estamos todos diciendo lo mismo con una distinta precisión terminológica. ¿Se borra el principio de división patrimonial? Y este es el punto central porque para Moeremans y el que habla para los ponentes de la Comisión I, concretamente y en particular Palmero y el que les habla, la personalidad no trae otro efecto que

una división patrimonial autogestante en el derecho argentino.

Porque claro en el derecho alemán o en algún derecho continental, personalidad y sujeto de derecho no es terminología idéntica y personalidad implica no sólo limitación de responsabilidad, perdón, no sólo división, el principio de división patrimonial sino la limitación de responsabilidad. Entonces cuando se desestima la personalidad se permite hacer responsables a los abusantes, socios o controlantes que abusaron del recurso técnico societario. Entonces empezaron a aparecer ponencias también, y particularmente frente a posiciones del derecho de familia donde sosteniendo que el régimen de la sociedad conyugal o de la legítima, es de orden público y que de ningún sistema, principio, contrato, estructura puede afectarlos; si resultan afectados los bienes con los cuales fueron perjudicados deben volver al acervo hereditario y hay algunas sentencias en esto en el derecho argentino y lo que se señaló y en lo que personalmente estoy de acuerdo (y cuidadosamente no quiero comprometer la opinión de Moeremans para que luego él juegue libremente su opinión) es que una sentencia que declare esa desestimación de personalidad debe pasar los sistemas previstos en el derecho civil o en el derecho societario o en el derecho de la estructura jurídica que corresponda para desatar las relaciones jurídicas que esa persona jurídica generó con terceros.

O sea si eventualmente se ordena que toda la personalidad debe desestimarse primero debe satisfacerse los intereses de los terceros de buena fe que se vincularon a la personalidad societaria y si se sacan algunos bienes, eventualmente se debe usar en el derecho argentino el principio de la disminución del capital social que permite la oposición de los terceros de buena fe o sea que los terceros no pueden resultar perjudicados. Por eso también usábamos alguna terminología diversa en la ponencia del Congreso del Derecho Comercial nos referimos sólo a algunos aspectos, quisimos entrar de a poco, porque en principio es realmente complejo, quisimos entrar de a poco y entrar a decir no hay desestimación de la personalidad a través del Art. 54 eventualmente no es tampoco una inoponibilidad de la personalidad jurídica sino, eventualmente, un apócope de inoponibilidad de los efectos de la figura o tipo que tiene personalidad jurídica, eso es a nuestro entender lo que significaba el Art. 54 con respecto a socios, era dar el primer paso para abrir el panorama.

Me voy a cuidar en este primer paso, quiero contestar a un trabajo de nuestro amigo y gran maestro Julio Otaegui a quien pedimos que fuera relator nacional en este tema sabiendo sus disidencias, porque creo que en las disidencias crecemos. Y cuando leía el libro *Anomalías Societarias* en mayo viendo con Julio Escarguel las pruebas de galera (fuimos los dos encargados de editarlo) ya lo había escuchado a Julio Otaegui pero ahí quedó bien precisada una desinteligencia de lo que con Moeremans habíamos expresado en el

Congreso de Derecho Societario y, oh! casualidad Manóvil había entendido lo mismo, lo que quiere decir que ellos no tenían la culpa, que ni Otaegui ni Manóvil tienen la culpa, que tuvimos la culpa nosotros.

En realidad la que tuvo la culpa fue la ley y ahora lo voy a explicar, porque lo que entendieron como nuestro es la lectura que nosotros hacíamos del texto de la ley. Voy a leer textualmente nuestros comentarios y discúlpennme que lea textualmente pero me parece que por la precisión hace falta hacerlo. Nuestros comentarios, que se apartaron de los comentarios sobre el standard jurídico introducido en el Art. 54 de la ley de sociedades para ingresar en el análisis de sus efectos no siempre fueron debidamente interpretados sin duda por un defecto en nuestra comunicación, como ocurre con Otaegui, donde entiende que en mi ponencia presentada en el Congreso de Derecho Comercial, sostuvimos que la responsabilidad del controlante se limita a los perjuicios causados, lo mismo que dice Manóvil lamentamos esa equivocada interpretación generada quizás por cuanto no ingresamos a fondo en el tema, no queremos reproducir todo, no obstante que queremos reproducir algunos párrafos de esa ponencia conjunta y decía, esto es textual: la letra del Art. 54 tercer párrafo, la letra, aparenta oponerse a la tesis que sustentamos, pues literalmente pareciera prescribir que en los casos previstos por el la consecuencia sería la imputación directa al socio o controlante que abusó del recurso técnico.

Esto generaría un estado de inseguridad inestable pues implicaría que no sólo el tercero pudiera pretender agredir todo el patrimonio del socio controlante, sino que la sociedad rechazara toda legitimación pasiva que intentara imputársele por el tercero cuando acreditare el actuar abusivo del socio controlante.

Tal conclusión debe ser dejada de lado no sólo por ese absurdo y sino también porque la propia letra de la ley limita la imputación a los perjuicios causados y aca decimos más adelante, la supuesta implicación directa implica la responsabilidad solidaria. Luego en una ponencia posterior -La Pampa- hablabamos de la imputación conjunta, de la imputación positiva, de la imputación constitutiva y de la imputación negativa. No quiero entrar en ellas y los invito a leerla, eventualmente, en el trabajo de Errepar, *Doctrina Societaria*, t. IV, p. 268, porque si entramos en ella armaremos más confusión todavía porque la problemática es de una riqueza realmente extraordinaria. Prosigamos, porque la supuesta imputación directa implica la responsabilidad solidaria y limitada por los perjuicios causados no sólo en beneficio del tercero sino también de la sociedad, en resguardo de las minorías afectadas. Puede reclamarse a la sociedad y al socio controlante sea solo a aquella, sea sólo a estos últimos si la prestación no pudiere ser cumplida por la sociedad material o jurídicamente la totalidad de la obligación, o sea no sólo los perjuicios causados. Y eventualmente satisfecha la obligación por la sociedad podría ocurrir que sea la

sociedad sólo la perjudicada, y pudiera sólo la sociedad reclamar los perjuicios. Y podría ocurrir también que no hubiera perjuicios generados esto es totalmente posible.

La riqueza de la casuística es total y quiero plantear que el tema de la inoponibilidad de los efectos de la figura personificante elegida por obrar abusivo, esta es la extensión del apócope, puede ser entendida por inoponibilidad total o parcial, activa o pasiva, insisto, con otra serie de matices en torno a la ampliación del espectro previsto en el standard a supuestos resueltos por la jurisprudencia argentina o la jurisprudencia mundial, y que son resueltos a través de esquemas de imputación conjunta imputación aditiva, imputación negativa o imputación constitutiva, pero entendemos fundamentalmente que el recurso de la personalidad, que implica el principio de división patrimonial, no puede ser allanado, perjudicando a los terceros acreedores de la sociedad.

Con esta base y sin perjuicio que luego -como este tema está muy mezclado con varias ponencias que cada uno tira o pela las bananas en forma distinta de arriba para abajo y otros de arriba para atrás pero creo que todos llegando a poder comer bien la banana, volveré a participar. Muchas gracias.

#### **Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

A fin de continuar con el tema de abuso de la personalidad les vamos a rogar no abusar del recurso técnico del tiempo, así que por favor les vamos facilitar cinco minutos y como los organizadores no nos facilitaron una tarjeta amarilla a los cinco minutos les vamos a dar el aviso. Dr. Junyent, es su turno

#### **Dr. Junyent:**

Voy a ser muy breve porque creo que el tema ha sido muy debatido y me parece que en alguna medida en este tema entramos de alguna manera en tecnicismos, cuando hay una serie semántica en la significación de las palabras que son las que nos dividen y no, realmente, las soluciones de fondo.

Nosotros sostenemos que el Art. 54 cuando habla de imputación directa en definitiva es un problema de responsabilidad, y es un problema de responsabilidad como lo es el Art. 164 o el 165 que pautan por ejemplo la extensión de quiebra. En definitiva son recursos técnicos para extender la responsabilidad de un sujeto a otro por determinadas circunstancias en este caso por el actuar abusivo o torpe del controlante.

Quiero señalar, entonces, que en este caso debe entenderse desestimación, podíamos coincidir plenamente con la posición de Julio Otaegui y de los otros colegas que están en esta posición, señalando que desestimación de la



personalidad tal como ellos lo entienden es simplemente co-imputación y/o extensión de la responsabilidad.

A nosotros nos parece más preciso, para respetar la personalidad jurídica, hablar de la inoponibilidad de los efectos del tipo porque marca la característica propia de la forma societaria. Cuando hablamos justamente en la ponencia de la interpretación del Art. 23, es decir del régimen persecutorio a que están sometidas las sociedades irregulares o de hecho, recuerdan que el Art. 23 dice que los administradores y los socios no pueden hacer valer frente a ellos ni de terceros los efectos del contrato social. Pero cuidado, a nadie se le ocurrió hablar de desestimación de la personalidad porque se desestimaron las defensas que nacen del contrato social sino que fue interpretado como un problema de efectos, y por lo tanto, se podía perseguir tanto a la sociedad como a los socios a elección -por supuesto- de quien se consideraba perjudicado por el actuar torpe o abusivo.

Creemos que el Art. 54 debe leerse en la misma línea y debe leerse en la misma línea porque en definitiva la personalidad en cuanto va a establecer impermeabilidad patrimonial esta producida por el tipo dentro de nuestro régimen societario.

Dentro de nuestro régimen societario siempre la limitación requiere de la adopción de un tipo social regular de lo contrario no hay impermeabilidad patrimonial. De lo contrario, si no hay un tipo social regularmente permitido nos encontramos frente al Art. 23, por lo tanto creemos que en definitiva es más un problema semántico que un problema real de distinta interpretación.

Desde ese punto de vista entonces sostenemos que el Art. 54 establece un cauce para hacer valer la responsabilidad del controlante torpe, un cauce que debe verse de cara a los efectos de impermeabilización del tipo social adoptado y que si se quiere hablar de desestimación o de inoponibilidad, debe hablarse siempre "a pesar de", es decir que coincidimos en que hay evidentemente una co-imputación.

Esa es en definitiva la ponencia que nosotros oportunamente presentamos en este Congreso y que, por supuesto por razones de brevedad, la dejamos aquí a consideración de ustedes. Gracias.

**Dr. Butty:**

Muy bien voy a intentar atenerme a los cinco minutos o mejor dicho me voy a atener como dice algún comunicador y me remito en todo caso el texto literal de la ponencia y a cuanto hemos venido debatiendo en todos estos haciendo una extrema recapitulación los puntos fundamentales de nuestra posición ya de hace mucho tiempo serían los siguientes: la inoponibilidad de la

persona jurídica no implica recesión legislativa de la jurisprudencia tanto norteamericana como continental que se clasificó bajo las denominaciones de (...), de legitimación de la forma o desestimación de la personalidad, nosotros entendemos que esta jurisprudencia requirió siempre para postular la amplitud del margen cognoscitivo de los jueces desestimando los límites de la personalidad la concurrencia de causa ilícita en la constitución o en la gestión.

Nosotros consideramos que la inoponibilidad de la persona jurídica que establecimos en el año 83 no es por otra parte un instituto novedoso ni implica un (...) voluntarista en la sistemática de la ley, la ley es una simple explicación del alcance del Art. 2 y de la sistemática global de esta ley porque entendemos que con prescindencia de la norma absolutamente asistemática del Art. 3 que daría lugar a toda otra cuestión.

Con esta prescindencia la ley de sociedades comerciales argentina atribuye personalidad a condición de comercialidad sobre cuya noción volveríamos esto no es (...) a nuestro modo de ver y en consecuencia no necesariamente requiere el funcionamiento de la inoponibilidad, la concurrencia de causa ilícita de constitución o en la gestión, veamos el texto del Art. contiene sí en frases posteriores supuestos fraudulentos de ilicitud, habla de violar la ley, frustrar los derechos de terceros pero la frase principal que enuncia una suerte de concepto madre alude al encubrimiento de la persecución de una finalidad extra societaria es decir bastaría una finalidad extra societaria aunque no fuere fraudulenta o ilícita para producir la operancia de la inoponibilidad.

Ahora bien qué debe entenderse por finalidad extra societaria? Para nosotros una finalidad extrasocietaria se define por contraposición a que cosa sea una finalidad societaria y la noción de que cosa son la finalidad societaria se extrae de la doctrina del Art. 1 de la ley que habla de la realización de aportes para aplicarlos a la producción o de intercambios de bienes o servicios esto está tomado del Código italiano de los años 40, 42 y alude a la noción de empresario que no se identifica con la de empresa como acto aislado de comercio del Art. 8 por donde a nuestro modo de ver aunque no cabe confundir entre sociedad y empresa -e insistimos en la distinción clásica, no porque estamos en la distinción debemos de perder de vista que la sociedad comercial es esencialmente empresaria- es decir la sociedad comercial da lugar al nacimiento de un sujeto de derecho que tiene necesariamente vocación de una hacienda mercantil productora intercambiadora de bienes o de servicios, si no existiera esta vocación la estructura corporativa está encubriendo en su constitución o en su funcionamiento la persecución de una finalidad extrasocietaria y habrá inoponibilidad. Esto tampoco implica desestimación de la personalidad desde otro punto de vista no solamente por el lado de la causa ilícita que para nosotros no es necesaria, porque nosotros pensamos que la personalidad jurídica dife-

renciada no se traduce únicamente en imputación diferenciada en orden a las nociones de propiedad o de obligación creemos también que como corresponde a la etimología del vocablo persona la personalidad jurídica diferenciada implica una tercer ventaja que es el enmascaramiento, el ocultamiento de la entidad de sus socios y de sus activos patrimoniales específicamente imputables bajo la máscara ante los terceros de la personalidad, de modo que podría haber continuidad del enmascaramiento útil continuidad del enmascaramiento técnico funcional con sin embargo o sin perjuicio funcionamiento de inoponibilidad que implica una imputación directa o coimputación como se la quiera llamar a poco que se persiguiese una finalidad extra societaria cuyo alcance hemos intentado definir, esta es entonces en extrema síntesis nuestra postulación.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dr. Escarguel.

**Dr. Escarguel:**

No voy a hacer en la reflexión de mi ponencia un análisis relativo con el Art. 54 párrafo 3ro.. Fundamentalmente en virtud de que en realidad mi ponencia no tiene el Art. 54 y las reflexiones relativas a los alcances que el legislador le atribuyó a esta norma.

No tiene -decíamos- o no significa o no constituye el eje central de la ponencia, simplemente ha sido utilizado el Art. 54 como una manera de atraer o de procurar el reconocimiento de la figura unipersonal, que es en definitiva lo que mi ponencia procura. Es decir, concretamente lo que se proponen es tratar de despejar algunas prevenciones que la figura de la sociedad unipersonal provoca, concebida o considerada a mi criterio para ciertas partes de la doctrina como una figura de peligro; como una figura de riesgo.

O sea, yo entiendo y creo que receptando nuestra realidad debemos regular la sociedad unipersonal, advierto que despejada la discusión relativa a la naturaleza jurídica el acto constitutivo de las sociedades y aceptando la posibilidad de que esta sea generada por una manifestación unilateral de voluntad, a pesar de que digo que las resistencias se fincan, en consecuencia, en concebirla como una herramienta peligrosa en manos de inescrupulosos que en el empleo de ella tiendan a perjudicar los intereses de terceros; en consecuencia y a los efectos de alentar su regulación legal propongo la aplicación concreta del 54 párrafo tercero a esta figura también de la sociedad unipersonal, haciendo extensiva la responsabilidad al socio que abuse del instrumento técnico jurídico independientemente de los verdaderos alcances que en definitiva tal

vez surjan de estas discusiones, si estamos charlando de imputación, co-imputación o simplemente desconocimiento de los alcances del tipo procurados. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Dr. Moeremans.

**Dr. Moeremans:**

Simplemente, como introducción voy a confirmar el hecho de que cuando presentamos nuestra ponencia con el Dr. Richard en Buenos Aires tratamos simplemente un aspecto del Art. 54 el que se refería a la extensión de la responsabilidad a través del llamado instituto de la desestimación del *disregard, of legal entity*.

Considero personalmente que todas estas denominaciones sirven como un nombre que engloba distintas situaciones que no necesariamente -en algunos casos- tienen que ver con lo que acá Richard afirmaba de la destrucción del principio de división de patrimonios de las sociedades, que sería originariamente el origen de esta teoría. Claro, incluso ya los casos que Serick había nombrado, luego a través de los desarrollos posteriores a la doctrina alemana se fueron separando y disecando, y no todos volvieron a ser englobados en la teoría del o del *disregard*.

De todos modos, personalmente considero que es una denominación común para englobar una serie de actos, una serie de consecuencias que puede o no llevar a la separación o a la destrucción del principio de división de patrimonio. Pruebas por ejemplo tenemos en la ley de concursos con extensión de la quiebra, donde evidentemente se produce ahí sí una división de un rompimiento del principio de la división de patrimonio y donde estaríamos en una verdadera desestimación de la personalidad jurídica nosotros entendíamos en aquel supuesto que el Art. 54 en aquella ocasión o habíamos analizado simplemente el principio de la extensión de la responsabilidad.

En una ponencia posterior que se presentó en La Pampa dijimos que no sólo el 54 se podía interpretar con relación a la extensión de la responsabilidad, sino que también había cuestiones de imputación como el propio texto de la ley lo dice, como lo afirmó el Dr. Manóvil y creo que también es la opinión, en algún momento lo escuché del Dr. Otaegui.

Es decir acá nosotros con el Dr. Richard decíamos había supuestos de extensión de la responsabilidad donde el efecto era justamente la inoponibilidad del tipo societario, es decir el principio de responsabilidad limitada no podía

ser invocado frente a terceros, en otros casos se engloba también bajo la denominación supuestos de imputación que pueden o no traer aparejados problemas de responsabilidad, puede haber imputación sin responsabilidad y podría eventualmente responsabilidad sin imputación, sobre el tema creo que vamos a volver más adelante en la discusión. Simplemente dos palabras sobre mi ponencia, he pretendido abordar un tema mezclado de derecho societario y de derecho internacional privado con una inquietud tanto en la doctrina mayoritaria como en los proyectos de unificación se insiste en que el estatuto que debe regir a la sociedad en el campo del derecho internacional privado debe ser el estatuto de la constitución de la sociedad; así lo tenemos en la ley 19150 y se afirma que no sólo este estatuto es aplicable a la constitución y a la forma sino también es aplicable a la capacidad de las sociedades. He pretendido en forma muy sintética, en la ponencia distinguir entre lo que es el reconocimiento de la sociedad y reconozco la ley 19150 aplica el estatuto de la constitución de la sociedad, con lo que es la capacidad societaria que según mi opinión no está englobado en la ley 19550, y que aplicando análogicamente el tratado de Montevideo se llegó a la conclusión de que hay que aplicar el estatuto del domicilio social, esta interpretación que es sumamente minoritaria, espero que no única, tiende a preservar un poco los intereses en juego; es decir, personalmente considero que el estatuto de constitución de la sociedad puede llevar a aplicar estatuto o derecho material de Liechtenstein, de las Bahamas o de otros verdaderos óasis jurídicos que existen, para eventualmente usar la sociedad con fines extrasocietarios.

Es por eso que propugno, con una finalidad netamente de política legislativa reconocer como estatuto de la sociedad el del domicilio, entendiendo por domicilio donde se van a tomar las decisiones más importantes de la vida de la sociedad. ¿Cómo se vincula el tema del estatuto con el tema de la desestimación?. Obviamente pueden presentarse casos jusprivatistas donde entren en juego dos o más derechos materiales, donde se produzca un derecho de normas y haya que decidir cual va a ser el estatuto a aplicar. Nosotros hemos propuesto, según los intereses en juego distintos esquemas posibles: se puede pensar en un estatuto delictual, estatuto que no estaría totalmente apartado de principios societarios porque en definitiva el bien jurídico protegido a través de la desestimación es la sociedad en primer lugar e indirectamente se protege a terceros, acreedores, etc.. Entonces, ese podría ser en atención a que el Art. 54 prevé actos ilícitos en sentido amplio, se podría decir que el estatuto aplicable en caso de disenso sería el del estatuto delictual. Hay otra teoría, que la sostiene Muller en Alemania que distingue según los intereses en juego y dice que hay que ver a que efecto y por que interés se pretende "desestimar" -entre comillas- la sociedad y así que habría que aplicar el estatuto personal societario

en el caso de se encuentren en juego netamente intereses societarios, es decir acá el bien jurídico protegido sería la globalidad de los acreedores y a través también de la globalidad de los acreedores la sociedad misma; en este caso entonces se propugna como estatuto aplicable el estatuto de la sede social de la sociedad, y en caso de las relaciones de control sobre todo en relaciones de *Konsern* transnacionales proponemos que el estatuto de la sede de la filial. Esto no tiene gran basamento legislativo pero si es una teoría que en derecho europeo se está imponiendo. Hay que considerar que el estatuto en caso de relaciones de control sea por los intereses en juego y porque los contratantes tienen justamente en miras la filial, aplicarle el estatuto de la filial que en el caso argentino somos importadores de capital, sería la sede social en nuestro país.

En el caso de desestimación por colisión de normas, acá se pueden presentar supuestos en que por un lado tenemos la sociedad, el caso, decíamos acá de que se funda o se forma una sociedad para violar las disposiciones de la sociedad conyugal, acá habría una colisión de normas entre aquellas que protegen el patrimonio del derecho conyugal y otras que protegen a la sociedad como persona jurídica; entonces hay que ver cual de las dos tiene primacia en el caso concreto la jurisprudencia ha decidido que en este caso no se puede usar de la personalidad societaria para violar disposiciones de la sociedad conyugal. Entonces en este caso el estatuto aplicable sería aquel que regula justamente el interés que tiene mayor rango o la norma que tiene un mayor rango material a pesar de que formalmente son normas de igual rango y hay otros casos de desestimación entendemos que son la aplicación del principio del derecho civil, como en el caso acá el Dr. Otaegui ha enumerado algunos de esos casos.

Entonces en esos casos, supongamos una violación de un contrato, hay una prohibición de una competencia, la competencia no la realiza un co-contratante sino una relación dominada por el co-contratante, entonces en esos casos según mi interpretación no tiene necesariamente que ver la teoría de la desestimación; sino que hay una teoría de interpretación contractual: acá la competencia no la podía ni hacer él personalmente ni por intermedio de una sociedad dominada por él: entonces en ese caso considero que el estatuto aplicable es el estatuto contractual que será el lugar del cumplimiento de la prestación más característica. Otra cuestión a tener en consideración es el tema del rol del orden público, hay casos en que la desestimación ha sido aplicada en caso de los privatistas con la aplicación del orden público, nosotros consideramos que este recurso del orden público hay que acudir como última *ratio*, es decir ver si no lo podemos solucionar al caso con los otros estatutos disponibles y si no, si realmente la norma que se pretende violar hace al orden público interno, recurrir a esta figura, y por otro lado en nuestro país, en pedido de desestimación se ha aplicado en el caso que acá se ha mencionado de Swift, en

la teoría de control y en otros supuestos más. La teoría del control, que nosotros consideramos que tiene dos funciones, una como el caso particular de desestimación y otra como un punto de conexión, y esta teoría del control lleva a la aplicación en el caso concreto del derecho nacional. Después de esto concluyo sosteniendo que si se incorpora o si se reforma en algún momento como está en trámite, una reforma a la ley de sociedades.

(...) en caso de esa estimación, tener en consideración cuál es el interés que en definitiva se quiere proteger y, no asimilarlo con un estatuto único, sino ver en cada caso concreto según lo que acabamos de mencionar, cuál es el estatuto aplicable. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias Dr. Moeremans. Dr. Favier Dubois.

**Dr. Favier Dubois:**

Buenas tardes. La ponencia que presentamos con el Dr. Bugallo, no es más que una aproximación tentativa a un tema que pensamos que exige alguna precisión de la doctrina. Parte de varios presupuestos.

En primer lugar, partimos del presupuesto que haya habido una sentencia judicial de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica, o sea, estamos en el ámbito del 54, último párrafo. En segundo lugar, parte del supuesto de que como consecuencia de esa declaración judicial de inoponibilidad se impute directamente al socio controlante la actuación de la sociedad, pero a su vez esta imputación, y a esto va la ponencia, la vamos a considerar para el caso que suponga que algún bien, o todos los bienes, de la sociedad, deba considerarse como de titularidad del controlante o socio; esto es una sentencia que declare una inoponibilidad por el cual el bien que figura a nombre de la sociedad "XX", supongamos la fundación que organiza este Congreso, porque podríamos también aplicarle la inoponibilidad a la Fundación, si el Dr. Richard no se opone, debe entenderse que es del Dr. Richard sin que esto implique prejuzgamiento sobre su carácter de controlante. Entonces, esto es lo que el Dr. ha tenido acá presente, en su excelente trabajo, denomina específicamente, desestimación activa indirecta, ¿es correcto Dr.?; o sea, tengo un controlante, tengo una sociedad, el acreedor del controlante dice: "No, no, mire esta sociedad es pantalla, desestímela" y estos bienes en realidad son de este señor, son del controlante, entonces yo voy a ejecutar, embargar, realizar mi crédito sobre estos bienes. Este sería el caso que nos ocupa, así que si partimos de la base que este caso no puede darse porque el 54 no da miga para esta situación, bueno la

ponencia la tendremos que considerar, digamos abstracta, benévolamente. Sentado ello, lo que la ponencia quiere señalar es cuál es la situación del acreedor social frente a este mecanismo, porque este es un mecanismo que superaría, digamos primariamente al acreedor del controlante que a través de una imputación de un bien social a la persona controlante se va a ver beneficiada. ¿Cuál es la situación, entonces, de esta sociedad? que hemos desestimado la personalidad respecto de sus propios acreedores; acreedores generados por su propia actividad. Y acá entonces es donde la ponencia trata de formular alguna sugerencia, alguna propuesta en este sentido. Dice: la imputación directa, total o parcial, del activo de una sociedad al patrimonio de un socio controlante por declaración de inoponibilidad en los términos del 54, no puede perjudicar los acreedores sociales.

Esta es la primera, la idea madre de esta pequeña colaboración nuestra. Cómo se efectiviza esto, a tal fin, con carácter previo a la efectivización de la imputación deberá reducirse el capital o, de implicar una causal de disolución, por ejemplo, si es imposible sin este bien o sin estos bienes seguir operando, liquidarse la sociedad con cumplimiento de los recaudos legales de publicidad, oposición y (...) del pasivo según el caso, artículos tales y tales. Todo esto sin perjuicio, acá vienen dos precisiones a la precisión; de quien pretenda beneficiarse con la inoponibilidad para cuestionar la existencia y legitimidad de los créditos sociales, esto es, soy el acreedor del controlante y resulta que en esta sociedad pantalla, inventada, dibujada aparecen un montón de acreedores también dibujados, bueno, no vaya a ser cosa que mi desestimación termine porque los acreedores son falsos, tendré también la posibilidad de cuestionar estas acreencias. Y en segundo término, diríamos que también es sin perjuicio de los derechos de los acreedores del socio controlante, de concurrir con los acreedores sociales en situación de igualdad en el supuesto de confusión patrimonial inescindible entre ambos patrimonios, aunque no haya declaración judicial de concurso. •¿Qué queremos decir con esto? que si el grado de apariencia y comunicación entre el patrimonio del controlante y de la controlada es confusión patrimonial inescindible, bueno acá ya no habrá unos que cobren primero, que son los acreedores sociales y unos que cobren segundo que son los acreedores del controlante, acá aplicaremos la regla del o sea todos por igual del Derecho Concursal, aún cuando no haya concurso, dijimos, no sé si es para tanto, pero bueno, como es una propuesta la expusimos también. Esto básicamente es la idea, nada más y muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias Dr. Favier Dubois. Y no están presentes la Dra. Filippi y



el Dr. Turrin, vamos a abrir el debate de las ponencias de los Dres. Gulminelli, Manóvil, Junyent, Richard, Dr. Favier Dubois, Dr. Butty, Dr. Escargel, y Dr. Moeremans. Así que abrimos la lista de oradores. Bien, vamos a empezar concediéndole la palabra al Dr. Irujo.

**Dr. Embid Irujo:**

Bien, muchas gracias. Una vez más les voy a pedir que sean amables conmigo porque mis ganancias de derecho en general y del derecho argentino en este caso, son muy graves y tal vez lo que debiera hacer es callarme, pero en la lectura apresurada del art. 54 en su párrafo tercero de la ley argentina me ha recordado no se porqué a un precepto de la ley española de 1989 que tiene muy poco que ver con él, aparentemente. Me van a permitir que les lea el artículo 54, primero un trocito y luego la norma con la que lo quiero comparar.

Dicho artículo, el 54, Uds. lo saben mejor que yo, dice: "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros...."; parémonos ahí.

El art. 34 de la ley española de sociedades anónimas llamado causas de nulidad nos habla de aquellas circunstancias que pueden determinar que una vez inscrita la sociedad en el registro mercantil pueda declararse nula, procediéndose a la disolución. Esta es una norma que al derecho español ha entrado por el derecho comunitario europeo la primera directiva del año 68. Pues bien, la primera causa de nulidad es por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

Hay un problema interpretativo muy complicado que yo no se si pueda salvar, y es la actuación de la sociedad, dice la ley argentina, y aquí está un tema de permanencia o de transitoriedad, es decir, no se si estamos hablando de una actuación permanente que encubre fines extrasocietarios o estamos hablando de una actuación que ocasionalmente permite violar la ley o el orden público. Por que si estamos hablando de una actuación permanente este sería, ignoro si el derecho argentino tiene un precepto parecido,(...) pues entonces sería claramente una causa de nulidad. Yo entiendo, aunque lo que ha hecho el legislador argentino en este caso, en su soberanía como la del Parlamento inglés que lo podía hacer todo, menos transformar un hombre en mujer, pues ha hecho una consecuencia jurídica no normal para un supuesto de hecho que sería de otra circunstancia. Qué quiero decir; quiero decir que la lectura del primer párrafo a mí me recuerda muy claramente al derecho español, y yo creo que esta es una causa de nulidad que debería conducir a la disolución, sin perjuicio de los derechos de los terceros. Ahora bien, ha producido otro efecto y aquí ya me van

a permitir ustedes que me calle por que ya esta es una cosa que ustedes conocen mejor que yo. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Embid Irujo. Dr. Otaegui, al lado.

**Dr. Otaegui:**

Voy a comenzar, por permitirme una explicación personal respecto de la inquietud del profesor Embid Irujo. Nuestra ley contiene los artículos 18, 19 y 20, la invalidación de las sociedades de actividad lícita, de actividad ilícita (...). Nuestra ley contiene los artículos 18, 19 y 20 de la invalidación de las sociedades de objeto de actividad ilícita, la invalidación de las sociedades que bajo un objeto lícito realizan una actividad ilícita y la invalidación de las sociedades que realizan un objeto prohibido, el objeto prohibido es el objeto que no corresponde a su tipo. Por ejemplo, para un banco, no puede ser llevado adelante por una S.R.L., eso sería el objeto prohibido. Estas son, estas tres soluciones, reinvalidan a la sociedad, porque los ilícitos lo son objetivamente, ofenden al orden público, ofenden al interés público general.

En el caso del artículo 54, esto no es así, en el caso del artículo 54 se están ofendiendo intereses privados, intereses particulares y por lo tanto no corresponde la solución del artículo 18, 19 y 20, y por lo tanto a la luz del artículo 54, como yo lo leo, no corresponde la extinción de la personalidad societaria, corresponde no tener en cuenta esa personalidad societaria a los efectos de determinadas relaciones jurídicas. Si hubiera una actuación objetivamente ilícita de la sociedad, es la solución de esos artículos que hemos citado, la solución del artículo 34 de la ley española. Y si me permiten, paso a referirme a otros aspectos, comparto sus líneas generales, la exposición del Profesor MANOVIL, disiento en lo siguiente: la responsabilidad del controlante no es una responsabilidad objetiva de garantía, es una responsabilidad subjetiva que requiere dolo o culpa, y sobre la base de esta responsabilidad subjetiva que requiere dolo y culpa, acreditado el dolo o la culpa, se le va a imputar la actividad de la sociedad mal controlada y en su caso tendrá que responder por los daños y perjuicios, este es otro tema, y ahí es clarísimo responden quienes hayan provocado la situación, ahí la nota de responsabilidad subjetiva es clarísima y con eso señalo mi diferencia con el criterio del Dr. MANOVIL. En cuanto al resto del problema, yo creo que tenemos que simplificar las cosas para que no nos ahogue una lluvia de palabras, y las peores palabras las más. Antes de la ley, el Código Civil admitió estas soluciones y estas soluciones

concretamente dicen lo siguiente: en este caso concreto yo tengo obligada a una sociedad, pero yo juez, hallo que esta sociedad ha sido utilizada como simulada ilícitamente en perjuicio de un tercero, yo juez en este caso concreto hallo que esta sociedad ha sido utilizada la personalidad abusivamente en perjuicio de un tercero, yo juez hallo que esta sociedad ha sido utilizada fraudulentamente en perjuicio de un tercero. Entonces, impongo las obligaciones de la sociedad a ese tercero y esa es la doctrina que podrá llamarse doctrina de la desestimación de la personalidad, doctrina de la alteración de las reglas del tipo o doctrina de la permeabilidad patrimonial, estos son los hechos.

Bajo la vigencia del Código Civil, los jueces no se contentaron en esto, los jueces también vieron otras situaciones. Están las obligaciones del Sr. Juan y resulta, estas obligaciones del Sr. Juan, yo las voy a imputar a la sociedad Alpha, porque la sociedad Alpha ha sido utilizada con simulación ilícita del Sr. Juan, por abuso de derecho o por fraude; entonces las obligaciones de Juan se las imputo a Alpha. Y esta es la doctrina de la desestimación, con impermeabilidad, sin impermeabilidad, con lluvia o sin lluvia, esta es la doctrina de la desestimación. Y también nuestros jueces la admitieron, no, no, también nuestros jueces no aceptaron que se invocara impropriamente la personalidad por terceros en perjuicio de los socios. Se han dado casos en el derecho español y se han dado casos en nuestro derecho. Esto bajo el Código Civil. Civilistas importantes obtuvieron que estas soluciones del Código Civil, daban una respuesta razonable a la temática del uso indebido de la personalidad societaria. Y estas soluciones del Código Civil, en definitiva qué es lo que están haciendo, están invalidando un acto que en perjuicio de terceros esta viciando la causa del negocio societario; en este caso el negocio societario no se utiliza para obtener una ganancia, en este caso, el negocio societario se utiliza para burlar los derechos de terceros y esta es la solución que dieron los jueces. Y ahora viene el Art. 54. En la literalidad del art. 54, se está haciendo lugar al primer supuesto. Yo pues tengo esta sociedad y las obligaciones de esta sociedad se las voy a imputar a este señor, ¿por qué?, porque este Sr. ha incurrido en los tres supuestos que antes hemos dicho, porque en definitiva, el Art. 54 recoge la simulación ilícita, recoge el abuso de derecho y recoge el fraude, los tres vicios en la causa del negocio jurídico. Esto está en el Art. 54, al cual añade los daños y perjuicios. Este es otro tema. No habla el Art. 54 del otro supuesto, el supuesto de la desestimación activa indirecta y entonces qué tenemos que decir acá, que para unas situaciones se aplica el Art. 54 que no es la desestimación del Código Civil, para otras situaciones aplicamos la desestimación del Código Civil, no veo la ventaja en eso.

Yo creo que es algo más que una cuestión semántica, yo creo que si nos apartamos de la doctrina de la desestimación, estamos excluyendo esta

normativa, la normativa del Código Civil, estamos prescindiendo de toda la doctrina anterior y nos estamos complicando frente a los otros supuestos, con el añadido de que la primer parte del Art. 54 no se limita a alterar la reglas del tipo porque responsabiliza al controlante externo que de ninguna manera responde por las obligaciones de la sociedad de acuerdo a ningún tipo societario. Este es un planteo. Frente a este planteo, se ha formulado una observación. La formuló el Prof. Butty. El Prof. Butty, dijo: atención, la primer parte del art. 54 no requiere una conducta ilícita, no requiere el dolo y la culpa que yo estoy mencionando, ¿por qué? Porque el primer párrafo del Art. 54 fulmina la consecución de fines extrasocietarios.

Yo esto lo enanco dentro de la doctrina del negocio jurídico indirecto admitido por nuestro derecho, yo esto lo enanco dentro de la doctrina de la simulación lícita admitida por nuestro derecho, yo esto lo enanco dentro de soluciones explicitadas en la misma ley de sociedades; la ley de sociedades, si bien en el Art. 1º, vincula a la sociedad con una empresa suministradora de bienes o prestadora de servicios para terceros, en su art. 3º, admite que este tipo puede ser utilizado por asociaciones que tienen una finalidad desinteresada en nuestro ordenamiento, mientras que la sociedad la tiene interesada y en su Art. 31, admite las sociedades de inversión, que desde un ángulo pueden ser vistas para prestar servicios a los propios socios y no a terceros.

Por eso entiendo yo, que los fines extrasocietarios, castigados por la primer parte del Art. 54, no son la simulación ilícita, no es el negocio jurídico indirecto, no veo ningún inconveniente en que constituya una sociedad para tener mis bienes, mientras no perjudique a nadie y no veo porque ello va a tener que ser invalidado por nadie, porque por empezar faltaría inicialmente el interés en promover esa acción, lo que está castigando, desde mi punto de vista este primer supuesto del art. 54 es la simulación ilícita y los otros tres supuestos son claros supuestos del abuso del derecho o de fraude. Viene otro tema, que es el tema de la problemática de Derecho Internacional Privado. Realmente no lo comprendo. Realmente no lo comprendo porque en esta situación de desestimación de personalidad, no juega la capacidad de la sociedad, lo único que interesa acá es que exista una sociedad, interesa que exista una sociedad para imputar las obligaciones de esa sociedad a otra persona. ¿Qué tiene que ver en esto la capacidad de la sociedad? Absolutamente nada. No juega la capacidad de la sociedad, cuando a una sociedad se le imputan obligaciones de terceros, que tiene que ver la capacidad de la sociedad, como todo sujeto de derecho tiene capacidad para asumir obligaciones. Y viene el último punto, de autores, de ponentes que admiten que el Art. 54 no elimina la posibilidad de la desestimación activa indirecta.

El supuesto, yo juez, estoy frente al Sr. Juan y entiendo que por las

obligaciones de Juan debe ser obligada la sociedad Alpha, no se trata de adjudicar bienes de Alpha a Juan, no se trata de sacar bienes de la persona Alpha para la persona Juan, se trata de imputar la actividad de Juan a la persona Alpha, y va a resultar entonces que, va a resultar que los acreedores de Juan son acreedores de Alpha. Esto indica que van a ser acreedores de segundo rango, esto indica que van a tener que ser acreedores preferidos a los otros acreedores de Alpha?, no veo la razón; la normativa citada de la reducción del capital, está superando otro interés, no pueden los socios llevar patrimonio si no están previamente satisfechos los acreedores en la medida de la congruencia del capital social, no tiene nada que ver con esto, más aún, nuestro Código Civil en su Art. 43, responsabiliza a las personas jurídicas por los daños que causen, quienes las administren tanto en ejercicio como en Locación de sus funciones y esas son deudas que caen sobre la sociedad, y esas son deudas que tienen que soportar los coacreedores contractuales de una sociedad, ya sea el coacreedor contractual de una sociedad, un director de la sociedad que causa un daño o un perjuicio, no diré en ejercicio, en ocasión de sus funciones, eso recae sobre el patrimonio social y yo lo tengo que soportar y no tengo ningún privilegio de ningún tipo y en definitiva el controlante es un controlador indirecto de facto. Por lo tanto comprendo la preocupación de equidad que ilustra esta ponencia pero no la veo que tenga consistencia en nuestro ordenamiento. Es un acreedor más que tiene la sociedad. Cómo repercuten estos problemas en caso de falencias, lo veremos luego cuando hablemos del art. 185. Perdón, muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias Dr. Otaegui, Dr. Palmero.

**Dr. Palmero:**

Nos parece conveniente a esta altura del debate, suministrar algunas reflexiones de los que tuvimos participación directa en la redacción y preparación de este artículo y revelar alguno de los debates que se suscitó en el seno de la comisión que seguramente pueden servir para aclarar, para interpretar mejor las distintas ponencias que se han planteado al respecto. Estamos cierto, que lo que el legislador haya querido hacer trasciende obviamente lo que la ley se ha concretado y muchas veces, y no tengo ninguna duda, que las interpretaciones son más inteligentes que lo que quiso hacer el legislador, pero esto no quiere decir que no tenga alguna importancia el tener en cuenta, cuáles fueron las consideraciones que se tuvieron a este respecto en

el seno de la comisión. Uds. saben que la comisión en ese momento, una de sus misiones más importantes, fue precisamente actualizar la ley de sociedades en materia de agrupamiento societarios, y obviamente no voy a perder el tiempo en referir todo lo que se hizo a este respecto, pero obviamente uno de los problemas centrales era la responsabilidad del grupo.

Este tema no podía quedar ajeno a la situación, y obviamente en ese momento se debatían, o por lo menos no es que se debatían, pero parte de la doctrina había quedado flotando las dos posiciones, aquellos que creían, como se insinuó en la ley de concurso, que originariamente, como lo tuvo en cierto sentido algunos proyectos de sociedad anónima europea, que el mero hecho del grupo importaba la extensión del pasivo por tal (...) situación. Esto se vió muy claramente en Francia a partir de las posiciones de Rousseau, y de toda una suerte de economicismo que consideraba que la pluralidad formal debía ser ante la unidad económica que componía el grupo, frente a esta posición que alguna vez se exteriorizó se planteó la tesis clara, una respuesta concreta que esto no podía ser así. Es decir, había que tomar una actitud con respecto a la responsabilidad del grupo, y no se tuvo ninguna duda, de que la figura jurídica que respondía a esto, asentándose sobre los precedentes nacionales, era la del abuso del derecho, es decir, todos sabemos que la constitución preserva el derecho de asociarse con fines útiles, pero detrás de ese derecho puede venir la disfunción, puede venir el ejercicio abusivo de ese derecho de asociarse con fines útiles y esa disfunción, cuando ocasiona perjuicio a terceros, evidentemente, genera un problema trágico de superación de la personalidad. Lo que quisimos hacer obviamente, fue un tema de superación de la personalidad, después veremos los detalles que se suscitan al respecto.

El problema tenía tres aspectos centrales. Uno se refería a hacer el enunciado de la superación de la personalidad. En este sentido obró dos vertientes distintas; el Dr. Otaegui lo señaló con una gran precisión, que se quiso abrir un amplio abanico, donde estuvieran todos los standards jurídicos capaces de darle la herramienta al juez para poder resolver. Y en este sentido, quisimos rescatar sobre todos los que veníamos de una vertiente civilista y habíamos estudiado claramente la evolución de la teoría del abuso del derecho en nuestro derecho nacional, que fue realmente brillante, que no debíamos perder para nada, en vista, lo que había sido los par metros clicos del abuso del derecho señalado por la doctrina nacional. Por eso, ahí aparece la buena fe, aparece el orden público, que son vertientes genuinas que se pueden leer en Enoch Aguiar, en Pedro León, en todos los Alfredo Orgaz y en todos los civilistas que trataron durante años la concepción del abuso del derecho y que por lo demás había sido la jurisprudencia que había rendido frutos al respecto. Después está también esta concepción de los fines extrasocietarios, que esto

creo que es una originalidad, se tuvo en cuenta precisamente para cubrir un amplio espectro de posibilidades de disfunción y que no se escapara nada, se quedara en esa relación que debe mediar en la vinculación funcional entre los presupuestos fácticos y el fin que en definitiva es la guía que maneja el sinceramiento de una personalidad. O sea que, eso también se tuvo en cuenta; y por último, hay una frase que se la puede ver muy claramente, la frustración de los derechos de terceros. O sea, que hay algo de nuestra, diríamos, tradición nacional, y algo genuinamente original, que surgió precisamente de los debates que estuvimos planteando.

Ese es el enunciado; el enunciado del Art. 54, que quiso calar en nuestra tradición nacional no quisimos cometer los errores que habían sucedido con la teoría de la lesión, que por traspolar léxico germano terminamos interpretando cualquier cosa, porque inexperiencia, necesidad y ligereza fueron a parar a cualquier lado, cuando en realidad podíamos haber utilizado palabras castizas que nos hubieran dado un significado mucho más inteligente.

Quisimos utilizar una vertiente nacional que por lo demás, se apuntalaba en una doctrina centenaria y además tenía el respaldo de la jurisprudencia hasta la época, es decir, nada original, pero si obtuvo algún mérito fue concretar en una fórmula sencilla, simple estos estándares como herramientas alternativas sencillas que tendrá el juez para resolver la cuestión.

Obviamente, que esto traía un problema metodológico, personalmente, tenía una posición cuyo antecedente, pueden Uds. consultarlo en un trabajo que publiqué en el año 1977, en lo que podía ser la fórmula embrionaria de este Art. 54, en donde la poníamos debajo del Art. 2, porque entendíamos que era un problema de inoponibilidad de la personalidad. Sin embargo, esta sombra que estaba sobre la comisión de lo que podía ser el abuso del abuso de la personalidad, se tenía gran temor que se extendiera en demasía estos efectos y que se llegara a supuestos no queridos, que el abuso del abuso, es decir, lo que estamos tratando era de encontrar, si bien introducir la figura, pero no generar una inseguridad o que las interpretaciones que se pudieran hacer llegaran a extremos que no eran los que se habían pensado. Y entonces acá viene, yo creo, que el gran mérito del artículo 54, y es precisamente haber encontrado la fórmula de la inoponibilidad, porque lo interesante y lo curioso de esto es que por primera vez, se utiliza la inoponibilidad como una fórmula de determinar los efectos de la superación, porque toda la doctrina señala que la parte de la inseguridad de la teoría de la superación de la personalidad estaba en los efectos y no en el enunciado. El enunciado, con leer a Seri, no con leer a cualquiera, o con ver nuestro propio Art.1071 de nuestro Código Civil, prácticamente estaba señalado, lo difícil era evitar que no pasara lo que había ocurrido, y lo trajo muy bien el Dr. Etcheverry, que creo que está presente acá,

lo que había sucedido, cuando embrionariamente esta jurisprudencia estaba introduciendo la teoría de la superación de la personalidad de invalidar sociedades, sacar bienes que estaban en una sociedad y traerlos a un juicio sucesorio, con lo cual se afectaban derechos de terceros y se afectaban una serie de principios. Entonces, lo que se quiso, establecer un mecanismo, que permitiendo la superación de la personalidad, acotara sus efectos a través de esta fórmula de la inoponibilidad, que en definitiva, y no nos equivocamos, la inoponibilidad es una nulidad entre partes, pero es nulidad, es decir, por eso es que coincide plenamente con la tesis del Dr. Manovil y del Dr. Otaegui, en el sentido de que cuando dicen imputación directa, es porque está invalidando, es decir, entre partes, funciona como nulidad, lo que no va a ocurrir es que va a funcionar frente a terceros, es decir, porque ahí viene toda la otra posición que Richard plantea tan bien y que tantas veces la hemos conversado. Es decir, la idea fue que entre las partes que van a discutir el problema de inoponibilidad está precisamente este mecanismo que es novedoso y que es lo ingenioso que tiene la solución. Obviamente que si se reduce solamente una cuestión de daños y perjuicios, bueno, sí, se podrá interpretar así en algunos casos pero esto no quiere decir que la interpretación pueda ser más rica y llegar a la ejecución directa o arribar a otro tipo de bienes; pienso que esto podría perfectamente suceder.

De cualquier manera, renace la actuación individual y se imputa directamente al socio, aquí hemos logrado en una fórmula, comprender los dos supuestos, el de la sociedad de fachada y el de la sociedad abusada, y por último diríamos también que esta fórmula, esta fórmula sencilla ha introducido seguridad en el tráfico porque ha permitido la actuación de la interpretación de esta figura que podía llegar a extremos peligrosos, desenvolverse de una manera eficaz y creo que, seguramente, las aportaciones de este Congreso y las aportaciones de los técnicos seguramente servirán para mejorarlo.

La última duda que queda, y que la planteó un Prof. italiano, es que por qué decimos o por qué dijimos que la actuación debía encubrirse. Aquí viene un resabio del Art.437 del Código de Comercio francés de la palabra Masquerans, es decir el que se esconde detrás de la fórmula societaria para violar la ley, y es evidente que para poder hacer todas estas cosas, es que para que realmente sea abuso de derecho, tiene que haber un encubrimiento detrás, esto no quiere decir que siempre tenga que esconderse, sino simplemente que para que pueda ser abuso, tiene que haber un plan originario que ha sido disfuncionado, que ha sido utilizado irregularmente y que ha sido desviado en sus objetivos centrales. Nada más.



**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Palmero. Dr. Gulminelli, atrás.

**Dr. Gulminelli:**

Bueno, muchas de las cosas que quiero decir, las he escuchado mejor dichas con anticipación, así que voy a puntualizar exclusivamente en algunos temas que me parecen fundamentales. Yo creo que lo que tendríamos que decir en primer lugar es que ha quedado bastante claro, que nadie se opone a que del Art.54 Ap. 3, surge la posibilidad de imputar el acto más de responsabilizar. Después de un debate, cuestiones terminológicas aparte, yo creo que eso quedó bastante aclarado. Nosotros aceptamos, entonces, que la imputación de conducta es posible, ahí quiero plantear una discrepancia, me parece que es una discrepancia, después el Dr. Manóvil, a lo mejor me lo aclara mejor pero pareciera que el Dr. Manóvil diferencia entre la responsabilización y la imputación, como si pudieran ser tratados en base a una diferente regulación, me parece que eso ya lo ha refutado el Dr. Otaegui, pero yo quiero puntualizar que tanto la responsabilización como la imputación del acto tienen una sola e idéntica causa generativa, o sea, tiene que haber una actuación que encubra la constitución de fines extrasocietarios o que constituya un mero recurso para determinados actos.

Ese antecedente fáctico, es el que posibilita que después haya imputación o responsabilización, por lo tanto, me parece que no se puede utilizar un criterio objetivo y que siempre hay que encuadrar dentro de la antijuridicidad, como el Dr. Palmero, también en cierta forma, me parece, apoya, tiene que haber un ejercicio abusivo, tiene que haber una intención, yo digo que la intención, por lo menos, se tiene que dar en un primer momento, o sea, tiene que haber alguien que actúe con intención, porque tiene que encubrir o tiene que tener un fin inmediato, o tiene que usar la sociedad como un recurso, que después haya otros que actúen con culpa y que también sean responsabilizados y que también tengan que sufrir la imputación del acto, es posible, pero en el fondo, en el inicio de la norma, hay una motivación. Bueno, y otra cosa que quería aclarar, es que yo creo que el Art.54 Ap.3, puede por sí sola, originar una acción de responsabilidad, por ejemplo, del socio afectado o de la sociedad afectada, sin perjuicio de que quiz s el acto que sea objeto de responsabilización también pueda encuadrarse en los Art. 1 ó 2, pero la reglamentación del Ap. 3 del Art. 54 de la inoponibilidad, hace que justamente estos actos puedan ser considerados antijurídicos a los efectos de una posible acción de responsabilidad.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Gulminelli, Dr. Javier Dubois y luego empezamos con la réplica de aquellos ponentes. Dr. García.

**Dr. García:**

Sí, soy el Dr. García. Realmente he escuchado con atención este riquísimo debate en torno a la terminología, en torno a los aspectos prácticos, en realidad, no se ha propuesto como trabajo algunos ejemplos en el cual podría llegar a funcionar el Art. 54, de manera que, sobre los casos concretos se podrían ir trabajando esta problemática y, a la vez de estudiar en profundidad la norma. Recién decía el Dr. Palmero que, quisieron legislar en torno a la desestimación y no a la inoponibilidad, y en cambio pusieron en el 54 de la ley, inoponibilidad. En el derecho argentino, la inoponibilidad no es igual a nulidad, aunque él dijo que había nulidades entre partes y no respecto de terceros, lo cual me parece que no es así, al menos en el derecho argentino. La nulidad, es un vicio interno del acto y que lo culmina, en cambio, la inoponibilidad simplemente, no deja producir, a lo mejor algunos efectos entre partes y respecto de terceros, y acá voy a leer algo que tengo a mano.

La distinción, aunque parezca, aparentemente sutil evidentemente de rigor lógico y en determinadas circunstancias, puede revertir un interés práctico, concreto de determinar si un acto es nulo con su secuela de efectos o es simplemente inoponible respecto de determinadas personas. Nosotros estudiamos la inoponibilidad respecto de la relatividad de los contratos, aquí la estamos viendo a la inoponibilidad respecto de la relatividad de la persona jurídica. Y para no entrar en el debate, simplemente agrego ideas para que esto sea fructífero, voy a leer algo de Jaspiot y Bastian, que fueron en derecho francés los que desarrollaron la teoría de la inoponibilidad, sistematizando algunos efectos como la simulación, y otros casos que se dan en el derecho privado. Las instancias de lo que quiere significar la inoponibilidad. Bastian, en su tesis, destacando los rasgos de la inoponibilidad, dice: "la esencia de la inoponibilidad le da como fundamento la idea de seguridad e imputabilidad", y se esfuerza principalmente en distinguirla de la nulidad, obviamente por las consecuencias. Preguntaría, tendríamos que trabajar en la distinción, en primer lugar, de lo que es la inoponibilidad respecto de la nulidad y respecto de la nulidad absoluta y respecto de la nulidad relativa, y aquí vamos a ver qué actos son confirmables, qué actos no son confirmables y respecto cuál es el tiempo de prescripción de la acción del art. 54. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias Dr. García. Bien, voy a ir pasando la lista de ponentes, que quieran hacer uso del derecho de réplica. Dr. Gulminelli. Como guste.

**Dr. Gulminelli:**

Bueno, en realidad la réplica que puedo hacer, ya quedó un poco zanjada a través de las conversaciones. Pero quería simplemente puntualizar que, primero lógicamente, yo no hablé solamente de responsabilización, porque aclaré desde el inicio, que también hablaba de la posibilidad de imputar el acto y de tener un cumplimiento.

Por otro lado, que la ubicación del tema de la responsabilización es enfatizada por mí, porque los efectos son relevantes. Por ejemplo, lo dije muy especialmente porque había una ponencia que no fue leída, donde se hablaba de que la carga de la prueba debía, la carga de la prueba, de la base que hacía lugar a la improbabilidad, debía pesar, digamos, sobre la sociedad o sobre los teóricamente imputables; y esto nos parecía no aceptable porque como, el punto de partida nuestro es que hay una antijuridicidad y que por eso debe sancionarse con responsabilidad o con imputación, evidentemente, el tercero afectado es el que debe probar, porque incluso, como decía el Dr. Otaegui hoy, muchas veces uno se olvida de que hay un controlante externo posiblemente, y que sería absurdo exigirle a un controlante externo, no es cierto, que venga a probar que hay una causal de inoponibilidad. Este era el punto fundamental, pero además ha sido bastante disertado. Gracias.

**Dr. Manóvil:**

Como es una réplica en realidad, no me voy a referir a todo lo que dijeron los demás ponentes, con los que no estoy cien por cien de acuerdo, pero ya se han encausado muchas de las observaciones. Acepto el reto y lo tomo como tal, no estoy en condiciones de contestarlo exhaustivamente en este momento, sobre lo que dije en cuanto al diferente aspecto subjetivo, respecto al traslado de la imputabilidad o a la extensión de la imputabilidad, con respecto a la aplicación del régimen de la responsabilización.

Insisto, no lo puedo explicitar en este momento, pero tengo la impresión, o me surgió decirlo así y escribirlo así, en razón de que lo que le interesa a la ley es el dato objetivo; el dato objetivo del cual, el sujeto al cual en definitiva se le va a imputar a lo mejor no es responsable, en los términos en que nosotros hablamos de responsabilidad civil de acuerdo a nuestra sistemática, y por otro lado por que desde el primer día que salió la ley, la palabra "encubrir" nunca

consideraré que fuera un matiz que añadiera una actuación subjetivamente desfavorable o descalificable, sino simplemente es la discriminación de una situación de ocultamiento, de algo que está detrás, de algo que no se ve a primera vista, pero que no necesariamente tiene la implicancia de estar unida siempre a una situación de dolo o culpa. Pero, lo dejo para un futuro análisis mayor. Gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias Dr. Manóvil, Dr. Junyent, Dr. Richard.

**Dr. Richard:**

En primer lugar, con Gulminelli creo que hemos recorrido la mitad de camino cada uno para encontrarnos; pero me preocupa todavía las palabras escritas.

El art. 54, dice en el punto a) página 204, del tomo II de Ponencias de la ley 19150, implica que toda la personalidad de la sociedad interpuesta es inoponible y no solamente los efectos del tipo. Y en algún punto dice, nosotros estimamos que en la normativa que analizaremos, que analizamos, es fundamental la atribución de la conducta societaria a los socios y controlantes. Esto ha quedado acotado en torno a que parecería disvaliosa, siguiendo la posición de Favier Dubois en cuanto se permitiera a través de esta atribución directa, retirar los efectos del tipo.

Después dice, página 208: decir que el Art. 54, tercer párrafo, solamente borra los efectos del tipo, sería desconocer la clarísima letra de la norma, etc.. Hemos dicho que borra los efectos del tipo, ya hemos explicado cuál es el término de la inoponibilidad de la figura jurídica personificada, todo en relación a los socios, ya que eso es el camino que yo recorro también para hacerlo. Estoy totalmente de acuerdo con Otaegui, que no se afecta la simulación lícita ni el negocio jurídico indirecto.

La sociedad de fachada, por más que esta, sancionada por el art. 1 en realidad, es un problema de Derecho de Empresa, más que de Derecho Societario; podrá algún juez decir que es disvalioso ordenar que debe disolverse, pero, no se borra lo que nació. Y aquí hay que distinguir algo que sobre el cual hemos insistido en la otra comisión, y va a saltar en la comisión I.2.3, y va a saltar de nuevo mañana, cuando se hable de personalidad: que los efectos del negocio constitutivo de la sociedad cuyos efectos frente a alguna invalidez, voy a usar ese término genérico, pueden afectarse ex-tunc. Los efectos del negocio constitutivo del tipo son afectados desde siempre ex-tunc,

está bien. Es un tema de responsabilidad de los efectos sobre la persona, sociedad, sujeto de derecho, son *ex-nunc*. En segundo lugar, creo que hay que pensar y lo hemos dicho en el discurso inaugural, que no tenemos que aferrarnos a técnicas terminológicas, yo desde ya, no tengo problema en la lluvia de ideas de Otaegui.

Me preocupa a veces, que usar la locución, desestimación de la personalidad o inoponibilidad de la personalidad, a veces, lleva a pensar cosas no queridas, pero en cuanto nos pongamos de acuerdo en el concepto, no me preocupa usarla y este sería el logro del Congreso: ponernos de acuerdo en alguna terminología. Estoy también de acuerdo en el tema de la responsabilidad aditiva o conjunta de la sociedad, frente a las deudas del socio controlante, en cuanto no se meta con sus bienes, en este tema estamos todos de acuerdo con Javier Dubois. Creo que este es un punto muy importante, importantísimo, que diría que debe señalarse dentro de las conclusiones. Hasta ahí. Pero viene el tema de imputación de los controlantes, de la reponsabilidad por culpa o dolo, de los controlantes que a la postre llevarían la idea del 1109 del Código Civil, en ninguna forma desestima ni hace inoponible la personalidad, desde un punto de vista estricto. Es un problema de la responsabilidad.

Tengo acá las palabras de Palmero, en su ponencia sobre personalidad, que creo lo mismo que dijo él, con cual concuerdo, página 181 del tomo I, que dice: "que ante determinados supuestos de hecho cabe prescindir de las formas, desapareciendo la tabicación de la responsabilidad de los integrantes, entonces la conclusión resulta evidente, para poder saber cuando no hay personalidad o resulta factible superar su esquema, debe conocerse previamente los rasgos o notas esenciales que la definen a la personalidad. Pero me parece fundamental lo que él dice inicialmente también y que marcan los encuentros que vamos hablando. Y ante determinados supuestos de hecho cabe prescindir de la forma desapareciendo la tabicación de la responsabilidad, tabicación de la responsabilidad, formas o figuras que asumen la personalidad.

Para concluir, diría que si no hacemos hincapié, como hemos hecho en todas las comisiones, inclusive en la invocación inicial, en las terminologías, si miramos los efectos, nos vamos a encontrar que el abismo que parecía separarnos no nos permite nada más que dar un paso largo, para un diálogo fecundo; y poniendo no sólo vocación del encuentro, sino "oreja", entendimiento a las expresiones del otro, no va a quedar ni siquiera la necesidad del paso largo. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias. Dr. Butty, al lado.

**Dr. Butty:**

Bueno, la interpretación que postulamos del Art.54, en nuestra ponencia en relación a los temas que le conciernen, es por supuesto en relación a la ley como quedó, bien decía Sebastián Soler, que la ley es más sabia que el legislador, pero mi distinguido amigo y colega de entonces, Juan Carlos Palmero, ha sacado, ha introducido el tema de las deliberaciones de la comisión, que puede acaso ser un antecedente de cierta importancia historiográfica, digamos, con ese alcance, y efectivamente, con la fórmula que encubra la persecución de finalidades extrasocietarias se buscó deliberadamente un campo especialmente amplio.

Creo que esto no hace sino, de alguna manera, confirmar nuestra interpretación. Por otra parte, otro chimento de la petit soiré de la comisión, es que se consideró muy seriamente la posibilidad de evaluar el Art. 3, al menos fue postura de alguno de nosotros, digo esto, de alguna manera en respuesta al maestro Julio Otaegui, porque efectivamente, la brutal asistematicidad del Art. 3, en cierto modo, enerva cuanto podamos interpretar en un contexto plenamente armónico de la ley. No necesariamente, se habló allí de nulidad, esto es el entendimiento de algunos pero no necesariamente fue mentalidad de la comisión referirlo a la nulidad. Por otra parte con el tema de la simulación lícita, yo coincido con el maestro Otaegui que hay un margen para la simulación ilícita; yo lo insinúo, o de alguna manera lo destaco hacia el final de mi ponencia, cuando hablo de que en este aspecto debe jugar la noción de causa final mediata, justamente la materia societaria, es una de aquellas en las que raramente, porque sucede muy pocas veces, entra a jugar la noción no solamente de causa final inmediata, que es por lo general la relevante, sino también la mediata, por supuesto, que se justifica plenamente a veces, la simulación lícita, como habló una vez un gran maestro del Derecho en una entrega de diplomas, habló del Derecho a mentir, hasta por la legítima defensa, que interpretado el derecho común unida a veces, la impone, pero lo que sucede es que yo coincido con el amigo que intervino hace un rato, la posibilidad de simulación ilícita, hace a la dicotomía -simulación lícita-simulación ilícita-, y la ilícita se traducirá en todo caso en invalidez, pero acá no estamos frente a un orden de valideces-invalideces, sino frente a un orden de inoponibilidades; puede un acto válido ser inoponible.

Justamente por eso el Derecho Privado General, distinguió siempre la nulidad de la inoponibilidad, porque la inoponibilidad frecuentemente, supone justamente, validez; de modo que el hecho de que pueda haber simulación lícita no necesariamente se opone a la inoponibilidad, con su consecuencia de la imputación directa frente a la pretensión de un tercero interesado, porque así funciona la inoponibilidad. Por nuestra parte, no creemos que haya una acción

genérica de declaración de inoponibilidad, creemos que hay pretensiones de terceros interesados que hacen poner como (...) la inoponibilidad, para lograr la imputación directa por donde, obviamente, válido el negocio societario por la posibilidad de la simulación lícita, frente a la aparición de un tercero, y tercero que ahí sí estará la legitimación a cuya urgencia eventual destacaba Don Julio, se abrirá la perspectiva de la inoponibilidad y la imputación directa como manifestación distinta del fenómeno de la eventual nulidad.

Finalmente, insistimos en nuestra postulación de que el campo conceptual, de que el campo semántico, conceptual y técnico de la primera de las frases, del tercer párrafo del 54, a la que atribuimos el carácter de noción dominante, es una fase principal respecto de la cual las demás nociones son un despliegue, me refiero a la frase que encubra la persecución de finalidades extrasocietarias. En nuestra interpretación, esta finalidad extrasocietaria, no consiste sino en la falta de vocación por la titularidad de una hacienda empresaria. Creo sí, sinceramente, que como se acaba de decir, es un tema de Derecho Empresario y bien pudiera haber, sin ánimo de perjudicar a terceros, ni defraudar, ni de violar la ley general, una simulación lícita, que determine la validez del negocio societario, pero con inoponibilidad frente a la noción de terceros legitimados, justamente por el fenómeno de asistematicidad que implica que la causa final de la constitución societaria no se ordene a la consecución de la finalidad societaria. Nada más.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Butty. Dr. Favier Dubois, atrás. Ahí nomás.

**Dr. Favier Dubois:**

Bueno, muchas gracias. Yo quería destacar, a lo mejor, una poca claridad en la expresión del caso al que me refería. No me refiero al caso en que el controlante actúa mal y debe por algún mecanismo pagar la sociedad. Aquí sí el controlante, como si el Director hubiera actuado mal y la sociedad paga, aquí paga *par y paso* con los acreedores sociales. No me refiero a ese caso que sería, pienso la obsesión del Dr. Otaegui, me refiero a otro caso, y es el caso, si se quiere inverso, cuando por aplicación del 54, un bien de la sociedad va a salir y va a ingresar al patrimonio del controlante.

Hemos tenido dos fallos de jurisprudencia, aquí creo que está presente el Dr. Etcheverri, con el famoso caso "Tegiano" el caso "Morroy" también, del interior, en el que justamente por vía de violación de legítima, se dijo que ese patrimonio que aparecía, o que estos bienes que aparecían como de la sociedad,

en realidad eran del patrimonio del causante. Y en estos fallos, también se esbozaba una solución que era cómo los sacamos del patrimonio social, y bueno, los vamos a tener que sacar por las vías, por las cuales un bien puede salir del patrimonio social hacia la esfera interna, o sea, como la vía para sacar un bien del patrimonio social hacia el socio o hacia su analogado controlante. Esta era un poco la precisión de la ponencia, y creo que con estas precisiones a lo mejor coincidimos con el Dr. Otaegui. Es una aspiración. Gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias, Dr. Favier Dubois. Bien, vamos a tratar la ponencia del Dr. Kleidermacher, sobre defensa de la competencia y si estuviera el Dr. Raciatti, también sobre el mismo tema, para concluir con los trabajos de hoy a la tarde y continuar mañana a las nueve de la mañana con la temática de información societaria, y las ponencias que queden pendientes, van a ser tratadas, Dr. Otaegui le pedimos mil disculpas, mañana a la tarde. Quedaba pendiente su ponencia. Dr. Kleidermacher. Ah, perdón. Dr. Moeremans, tiene derecho a réplica.

**Dr. Moeremans:**

Si, quería hacer una acotación con respecto al tema de capacidad y desestimación, quería aclarar que en ningún momento sostuve que la desestimación es un problema de capacidad, sino que los estatutos, yo lo que indagaba era en el derecho argentino cuál era el estatuto aplicable, y por un lado teníamos la norma del 118 que habla de la existencia y de la forma y por otro lado no teníamos ninguna otra disposición que se refiriera a la capacidad, con lo que nos daba pie para decir o para sostener por lo menos en el punto teórico que un estatuto por lo menos seguro en el derecho argentino, que es el del reconocimiento; entonces en mi posición consideraba que el otro estatuto que quedaba posible como un punto de conexión era el estatuto del domicilio que requería a la capacidad. Entonces yo, consideraba que antes de aplicar el estatuto del lugar de constitución que se refiere a la existencia y a la forma, era preferible aplicar el estatuto que yo considero aplicable a la capacidad emparentando que el 54 en definitiva tiene subyacente el art. segundo que dice que reconoce que la sociedad es un sujeto de derecho con los alcances fijados en la propia ley, o sea lo considero más apropiado a este estatuto que al estatuto del lugar de constitución. Nada más.



**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Moeremans, disculpas por no haberle dado el derecho a réplica antes. Entonces vamos a comenzar con las ponencias sobre defensa de la competencia. Dr. Kleidermacher, por favor.

**"Sobre defensa de la competencia"****Dr. Kleidermacher:**

Mi ponencia está basada en la perspectiva del Mercosur. En este momento, nosotros, desde el punto de vista de la defensa de la competencia -a mi juicio- tenemos una ley que funciona aceptablemente frente al conflicto en estos temas entre restricción del mercado vía abuso de una posición dominante; que es una posición estrictamente política, de política económica definitivamente; y una posición que obedece a características geopolíticas; también; en la cual lo que se trata es de defender el mercado a ultranza como el libre juego de la oferta y la demanda, independientemente de que se esté haciendo efectivo abuso de la posición dominante. Para esta posición, que es la norteamericana; básicamente como líder de esta premisa; lo que se trata es de defender el mercado diciendo: no queremos siquiera que haya posición dominante; por que ya el mero hecho de que una empresa o grupo de empresas avenga a la posibilidad de dominar el mercado o de tener una influencia en el libre juego del mercado, ya es una posición peligrosa para el mercado. Entonces no lo voy a permitir.

En esta dualidad, nuestra ley a optado por la posición; que yo visualizo perfectamente; identificada en la comunidad económica europea. Y esto es restringir solamente el abuso de la posición dominante, cuando efectivamente se produce un hecho por la empresa dominante que implique la restricción del mercado, implique alterar el libre juego de la competencia, allí voy a actuar para hacer cesar este efecto. Voy a actuar sobre este caso concreto para lograr que esto cese. La preocupación devino de que conocemos; inclusive por publicaciones; que se estaría trabajando en la modificación de nuestra ley de defensa de la competencia; modificando su espíritu y estableciendo un control para las fusiones o concentraciones empresarias a los efectos de que requieran de una aprobación de la autoridad competente para poder tener viabilidad. Aunque no se crea esto es así. Frente el Mercosur yo me he planteado, desde un punto de vista político, cual es nuestro interés.

Una cosa es, que en EEUU. con la experiencia de la ley Sherman, 1.890, toda la política anti-trust, y celosos dogmáticos del mercado; porque creen en el mercado desde un punto de vista; hasta tal vez fetichista; como un valor en si mismo, y lo hemos visto con el juicio de la ITT y el desmembramiento del feudo

telefónico, a pesar de que el público norteamericano, en general, lamentó muchísimo este fallo, porque el servicio telefónico era excelente y porque Mabel funcionaba perfectamente, y los precios eran razonables y no habían quejas del mercado. Sin embargo el mero hecho de la concentración por sí hacía que la regulación no lo permitiere. No voy a leer la ponencia porque no estamos para eso en este momento y me parece mejor, así, esta forma de exponer mi posición; cito acá todos los datos para que aquellos que quieran tener todos estos elementos; y tal vez; si fuere de interés; discutirlos luego, pero me parece más importante explicitar la cuestión política acá.

Mientras que por el otro lado, la comunidad económica europea; ya a partir del tratado de Roma y finalmente en todas las recomendaciones basadas en los artículos 85 y 86, establece que solamente frente al caso concreto de la posición dominante no se van a impedir las concentraciones empresarias si no hay prueba acabada de que se realiza con la finalidad de desvirtuar el libre juego operatorio del mercado. Y en muy recientes casos, de compañías tabacaleras, los distintos tribunales; hasta el superior de la comunidad; han aceptado que no habiéndose probado esta intención de alterar este libre juego de mercado, la concentración empresarial debe permitirse. Ahora viene la reflexión política para nuestro entorno, nuestra circunstancia, nuestra coyuntura, en esta oportunidad y vistas al Mercosur. Si EEUU tiene un mercado de 250.000.000 de consumidores o de un elevado porcentaje en esos 250.000.000 de consumidores, naturalmente puede permitirse una posición académica de defensa del mercado y evitar la concentración.

Europa necesita de responder al desafío de la competencia norteamericana, y necesitada de la concentración de capital para el logro de los grandes proyectos que permitan, en este mercado unificado desempeñarse en forma competitiva, no puede permitírsele y por eso es que ha desarrollado esta línea de política económica pero finalmente de una herramienta jurídica que acepta la concentración empresarial como herramienta válida para la realización de estos grandes proyectos abarcativos en forma eficaz para el mercado; salvo que se demuestre que hay una intención acabada de manipulación.

Frente a este contexto, ¿cómo debemos ubicarnos nosotros? en el cono sur latinoamericano. Si finalmente, y tal vez en un largo periplo todavía no visualizado en concreto en este momento; pero recorriendo el camino; vamos a encontrarnos frente a un mercado tal vez de 400.000.000 de eventuales consumidores, vamos a evitar la concentración de capital para nuevamente conspirar contra la consecución de los grandes proyectos considerando que la concentración del capital es un mito; es un mal en sí mismo. Y vamos a decir no, esta situación es peligrosa y por las dudas la voy a desterrar; o caso contrario voy a permitir que haya aglutinamiento de fuerzas; esta mancomunion

de características empresarias, una de las cuales naturalmente es la concentración de capital; para lograr que esta nueva sociedad sea eficazmente atendida a un menor costo y una mayor eficacia. Y naturalmente voy a velar; con el ojo atento; para que no exista desvío de esta concentración de capital y esto no signifique que tenga que pagar como precio una alteración en el libre juego del mercado.

Mi posición, y es la que sustento en la ponencia, es que nosotros debemos mantener nuestra actual legislación, tal vez mejorarla en algunos de sus detalles, pero de ninguna manera regresar a la 12.962 de triste historia, totalmente ineficaz y permitir enfrentar estos grandes desafíos y esta es la recomendación; igualmente; para el Mercosur. De tal suerte que exista la recomibilidad, en esta parte del mundo, las empresas se desarrollen con capitales de significación, que tengan la posibilidad de tener algo que decir en el gran concierto del desafío empresarial de la hora que pueda ampararse en sus pies de igual a igual decir algo en este concierto y desde luego evitar con el mecanismo jurídico adecuado que se produzca el desvío de esta conducta.

Los he querido liberar de la lectura de todos los elementos que tiene la ponencia, pero solamente me voy a referir a la concreción de la misma en cuanto establezco la concreción de la ponencia en estos 3 puntos, a los efectos de la armonización de la política sobre la defensa de la competencia en el mercado integral en el Mercosur, y considerando el espíritu comunitario tendiente al desarrollo de la región, se habrán de prohibir exclusivamente los abusos de la posición dominante en el mercado por parte de aquellas empresas que generen un perjuicio concreto para la sociedad o que restrinjan al libre competencia entre los mismos. La autoridad y aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia debe ser representativa de las distintas fuerzas actuantes en el mercado respectivo y de las políticas imperantes, debiendo ser designadas por el congreso con asignación idónea y suficiente a su fines. Sus decisiones serán susceptibles de recursos ante la Cámara Federal.

En el planteo actual se está pensando en un organismo dependiente del Poder Ejecutivo. Los congresos de los gobierno o el Foro Parlamentario del Mercosur a crearse ratificarán y designarán la autoridad de aplicación de la normativa del mercado integrado y la Corte del Mercosur será el Tribunal de Apelación definitivo de sus actuaciones. Esta es la pulpa de la ponencia.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias Dr. Kleidermacher. Abrimos lista de oradores. Dr. Otaegui. Dra. Mercado de Sala.

**Dr. Otaegui:**

Quiero añadir una información. El año pasado se celebraron unas jornadas en Córdoba de la Asociación Germano Argentina del Derecho Comparado. Un tema era la competencia, el derecho de la competencia. Se informó a esto queridos colegas alemanes cual era el régimen vigente aquí, que es el que Ud. señaló. Están reprimidos los convenios entre competidores. No está reprimido el logro de la posición dominante por propio desarrollo.

Está reprimido el abuso de la posición dominante y les llamó la atención que no existiera un control del logro de posición dominante mediante adquisiciones. Inclusive, creo que algunos de los presentes dijo: eso, Ud. lo van a tener que establecer. Y dijimos: no Sr., acá lo que está punido son los acuerdos entre competidores. Lograr una posición dominante, nadie pregunta como es. Ud. lo que no puede hacer es abusar de la posición dominante. Pero Ud. van a tener que controlar el logro de posición dominante mediante adquisiciones. Se ve que están rotando, o habrán rotado los que vinieron aquí. Muchas gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

El Dr. Bomhard quiere hacer una aclaración.

**Dr. Bomhard:**

Una pequeña aportación relativa al derecho alemán; si es verdad que no está prohibido la adquisición de una posición dominante, lo que necesita, lo que está controlado son ciertas adquisiciones de participaciones sociales en empresas que no existen como veo en el Derecho Argentino; y que se ha introducido recientemente; a nivel europeo en Bruselas; y así no se pueden constituir libremente grupos de empresas pero necesitan, sea un control previo, sea un control que viene detrás, sea autoridades alemanas, es el oficio de los carteles o si es una medida más importante si un mercado común de las autoridades en Bruselas.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Gracias, Dr. Bonhard. Dra. Mercado de Sala.

**Dra. Mercado de Sala:**

En este tema yo quiero rescatar el tercero indeterminado que nunca ha

sido tenido en cuenta que es el consumidor. Yo diría que tanto en el derecho europeo como en el derecho americano, primero está en vista los derechos del consumidor, que está relacionado con las calidades de los bienes, los servicios, los productos que se les dan. Y que tienen relación, inclusive, con la posición dominante; porque en definitiva lo importante es que toda la actuación esté relacionada a que se produzcan los bienes y los servicios; que tenga la calidad suficiente y precio relacionado y que no se abuse de una posición dominante para dar una mala calidad a un precio muy alto.

Entonces en el tema este que trata, yo en principios de año; cuando supe de esta ley que se estaba targeñando con el modelo americano y luego me horroricé de algo, que esta mañana ya les dije a Ud., y es lo que ha hecho el PAMI a nivel Bs. As. y lo que está tratando de hacer en el resto del país. Realmente Córdoba, por su tradición combativa, es un poco que se ha mantenido a la defensiva en el tema, pero el PAMI está obligando a empresas prestadoras de servicios que son competidoras entre si y que tienen calidades diferentes a realizar uniones transitorias para la prestación de los servicios, con lo cual esto sería, con lo que dijo recién el Dr. Kleidermacher, sería una aprobación para tener viabilidad. Pero en definitiva, en ese convenio para nada aparece el derecho del consumidor, a tener la mejor prestación, sino que lo único que están teniendo en cuenta es que al PAMI mediante módulos le cueste una prestación determinado costo con lo cual quien maneje mejor los números, pero peor la cantidad de prestaciones a prestar va a estar teniendo una posición en ventaja con relación con las otras y con esa forma está el mismo, yo diría, a mi me horroriza esto, la misma administración de gobierno que está hablando de reprimir el abuso de la posición dominante está creando posiciones dominantes en aquellos sectores donde aparentemente no sabe como manejar la cosa, y lo está haciendo; con lo cual; siempre pensemos que para una aprobación hace falta un criterio de valor con lo cual hay que pensar quien es el que maneja el criterio de valor y en base a que bienes a tutelar, con lo cual si no se tienen cuenta los derechos del consumidor, las mismas aprobaciones van a generar, ellas mismas, posiciones dominantes, con lo cual el tema del abuso de la posición dominante va a estar dejado de lado y en definitiva se va a llevar a cabo, con lo cual; yo creo como el Dr. Kleidermacher que la ley que tenemos puede ser una ley perfectible, pero que no tendríamos que caer en este momento, aun en nuestro orden interno, en una ley como esta. Porque distinto es el caso del Mercosur donde vamos a salir a competir en un mercado de 380.000.000 de habitantes que tiene latinoamérica, y donde vamos a tener que salir a competir con calidades del exterior que ya nos van a imponer un determinado control de calidades.

Pero resulta que eso se va a aplicar medianamente dentro de nuestro país,

y entonces en un consumidor, que dijeron los alemanes el año pasado y por eso rescato lo que dijo el Dr. Otaegui; y fue una pregunta que yo hice; nuestros consumidores están tan bien educados que van a impedir cualquier situación como esa. El caso nuestro no es así, lamentablemente aun no hemos llegado a una educación del consumidor y si no veamos la educación que tenemos en la Argentina. Gracias.

### **Dr. Gigena Sasia:**

Bueno, un par de palabras para apoyar la preocupación de Kleidermacher, realmente es gravísimo, ¿no es cierto?. Dra. Mercado de Sala señala en definitiva un galimatías del estado. Mientras que protege a la competencia incita al monopolio.

La ley de defensa de la competencia está intimamente unida con la ley de transferencia de tecnología. Tanto lo que se refiere a la época y a la filosofía en que fue dictada, como la interacción recíproca que existen por los mismo imperativos que la ley de transferencia de tecnología significa. Hubo una gran superación. La ley de monopolios sancionaba la mera concertación. La defensa de la competencia. El bien jurídico tutelado es justamente la competencia. En un caso, usando un parangón de los ilícitos, era un delito de peligro, el de la mera concertación. En cambio la ley de la defensa de la competencia es una infracción de resultado. En el encuentro de los juristas argentinos y alemanes, que recordaba el Dr. Otaegui y la Dra. Mercado de Sala; yo presenté una pequeña comunicación; señalando que es muy riesgoso unir esa frase como de peligroso por la concertación misma. ¿Y cuál es? que justamente la pequeña y mediana empresa, mediante la concentración, mediante la fusión implica justamente poder unirse para poder competir en un buen plano con las grandes empresas. Que acá se pasa por alto.

Hay concentraciones o fusiones que tienen contenido defensivo y no agresivo. Pero se generaliza. Se concentró, no; vamos a vigilar por qué se está fusionando. Y el estado va a venir a querer analizar. ¿Tiene capacidad? Yo creo que la experiencia argentina es suficientemente amplia. El estado con sus empresas demostró categóricamente que hay un elemento que no se puede superar. Las empresas públicas tienen funcionarios públicos. Las empresas privadas tienen empresarios que manejan la empresa, que es cosa absolutamente distinta.

El empresario tiene una formación totalmente distinta. Llega gracias a su capacidad, dedicación. En cambio el funcionario público llega; y acá quiero señalar una frase del profesor de Yale, Rodell, que dice: Juez, es el abogado que tenía un político amigo, frase evidentemente no peyorativa, pero son funcionarios, y lo mas gracioso que encontramos es al abogado que está en el Ministerio

de Salud Pública, y tenemos ingenieros que están como Ministro de Justicia. Entonces, evidentemente, es dramático, es realmente preocupante.

Hoy el profesor de Massachusset, dice por allí, de que los países en vías de desarrollo no tienen más remedio que adaptar la tecnología que aplican los países desarrollados, porque carecen de capitales. La tecnología ¿qué implica? La tecnología implica, por su propia razón, concentración de capitales, porque la tecnología es cara. La tecnología no es barata. Lo que sucede, porque la producción en su escala, de alta producción implica disminución en los costos. Y este aquí que los golpes y porrazos, nos encontramos con que la ley de defensa de la competencia y la ley de transferencia de tecnología, que también ha querido ser modificada no sorpresivamente, por un elemento fundamental; la tecnología puede ser adquirida si el estado la aprueba. Yo pregunto ¿Y el estado a quien tiene para que pueda saber si hay tecnología de punta? ¿Qué secreta puede ser adquirida?

Evidentemente nadie, es un galimatías total y absoluto. Por eso yo creo que debe preocuparnos a los juristas -nosotros nos denominamos juristas de los negocios; estamos especializados en negocios, y como estamos especializados en negocios decimo ¿qué tenemos que hacer? Yo personalmente actúo en un grupo económico que en Córdoba se ha concentrado frente al riesgo y al peligro que significa la gran empresa. Y de golpe y porrazo yo me siento preocupado porque de golpe yo creía que hacía una tarea de patriotismo, en juntar voluntades, en superar las naturales individualidades que tenemos los argentinos para que nos concentremos; resulta que voy a estar por vía indirecta como un partícipe de un delito, y eso creo que no puede; y por eso felicito al Dr. Kleidermacher, no puede dajarse pasar por alto, tenemos que poner énfasis, tenemos que señalar lo riesgoso y peligroso que ello implica mientras hablamos de privatizaciones, volvemos y por vía indirecta al estado meciánico, el estado que sabe todo, el estado que va apoder descubrir porqué yo me fusiono con Juan Pérez o con Roberto García y me va a venir a preguntar porqué yo me fusiono. Que espere a ver si es cierto que esa concertación que hemos hecho -no es una mala palabra concertación- va a implicar o no cercenamiento a la competencia, porque puede darse totalmente la contraria. Argentina frente al Mercosur, tema que será de mañana, esto es un tema muy preocupante, porque el pequeño empresario, argentino; sobre todo en Córdoba, si no se fusionan no van a poder competir sobre todo en el polo metal mecánico. Yo quiero señalar mi adhesión, si el Dr. Kleidermacher me permite que yo me adhiera a lo que él dice, muy calurosa porque creo que es muy importante el planteo que nos ha traído. Gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Voy a ejercer el derecho a opinar. Creo que en el tema de defensa de la competencia, tendríamos que ser cautos, sobre todo teniendo en cuenta como ha evolucionado el tema del derecho comparado; y como son las tendencias. Respecto a lo que decía la Dra. Mercado de Sala, entiendo es una deuda que tenemos los juristas de empezar a desarrollar un poco y con esto no tiendo a generar un estatuto legal del consumidor, pero si empezar a prever alguna doctrina en cuanto a integrar a lo que hace a los derechos del consumidor y no remitirlos a ese interés general que habla solamente la ley de defensa de la competencia.

En términos de la ley de defensa de la competencia, que nosotros hemos heredado de antecedentes norteamericanos, fíjense ustedes que a consecuencia de un trabajo que tuve oportunidad de publicar en la revista La Información salía la equivalencia entre la First Trade Comision japonesa y la First Trade Comision norteamericana, y como en los últimos años se ha ido restringiendo el control estatal sobre los acuerdos empresarios, porque quizás veian, lo vieron y lo están aplicando, a que esos acuerdos empresarios eran los que permitian generar una agresiva o un agresivo grupo empresario y un agresivo desarrollo empresario frente al dominio que estaba teniendo japon en el mercado mundial. Por eso, si bien entiendo, que debemos regular la defensa de la competencia, evitar algún tipo de monopolio. Hagámoslo cautelosamente, entendiendo nuestro propio interés como país que quiere empezar a transitar el camino empresarial, digamos así; pero por lo menos cuidadno un poquito la faz de la defensa del consumidor pero no cerrando la posibilidad el acuerdo entre empresas porque eso es quizás; lo que esa libertad de acuerdos es la que nos va a generar el despeque económico que tanto estamos necesitando. Nada más.

**Dr. Kleidermacher:**

Bien, yo creo que la coincidencia es total, si no me equivoco, pero lo que quería aportar son algunos datos atento la posición que nos señalaba el profesor alemán. en primer término lo que cita la Dra. es un caso de patología, es un problema mal entendido como suele ser por parte del Poder Ejecutivo la posibilidad de una concertación que seguramente no tien nada que ver con el problema de concentración de capital.

Ese es un verdadero cartel y no es a lo que apunta la situación. Justamento lo que hay que evitar es la distorsión del mercado, si los consumidores se ponen de acuerdo a los efectos de maximizar su rentabilidad en detrimento del mercado es un claro abuso de la posición dominante en conjunto. Ya sabemos que la figura monopólica, oligopólica, cartel o trust a los efectos de la distorsión



del mercado es igual; pero nuestra realidad es que para tener posibilidad de efectividad en la atención de los mercados frente a lo magro que es la capacidad adquisitiva de nuestros mercados internos, de hecho tenemos prácticamente monopolios en el gran porcentaje de la faceta productiva. Yo insisto que en la República Argentina el 80% del mercado de los aceites comestibles lo produce Molinos, una empresa -80% del mercado de aceites comestibles- imaginemos lo que esto significa con toda la atomización que significan los aceites en la proliferación de la industria a que da lugar. La producción nacional de aluminio, como sabemos es producida totalmente Aluar, una sola empresa. El 80% del mercado del cemento, problemas de nuestras construcciones; dramático; lo producen tres empresas. Todos los guarismos que yo recojo aquí, dan clara idea de nuestra situación que no podemos disimular.

Fíjense Uds. que la única posibilidad que tenemos de atacar el propio mercado interno es con esta concentración, porque esto es la respuesta de la experiencia, de la práctica, el resto de la compañías están fundidas, no existen más, lo intentaron, no pudieron. Este es el fruto de la realidad. Como vamos, nosotros, ahora intentar una ley que ataque los pactos de concentración cuando tenemos que salir al Mercosur. Y finalmente les quiero leer, nada más, la resultante de este fallo en función de cual es la posición europea. Se trataba del caso de la adquisición del 87% del capital de la fábrica francesa Sabusúá, de larga tradición en el mercado francés, por un grupo norteamericano; Pipillí perteneciente al grupo Mecaniver, y el tribunal sostuvo que una venta que constituye una mera transferencia empresarial no genera en si misma y en ausencia de indicación en contrario una restricción de la competencia y no recae en el ámbito de aplicación del artículo 85. Esta es la posición europea frente a la problemática de la defensa del mercado y la concentración de capital. Bueno, me alegro que hayamos podido, aunque sea; les agradezco mucho; de dedicar unos minutos a este tema, y me alegro que coincidamos. Gracias.

**Vicepresidente (Dr. Muguillo):**

Muchas gracias, Dr. Kleidermacher. Bien, damos por terminadas las sesiones de hoy.