

COMISION IV.1:
CONCENTRACION. REORGANIZACION. Grupos, Control
(dominación): relaciones y efectos. Responsabilidad.

RELATORA LOCAL: *María Cristina Mercado de Sala*

El presente relato incluye 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 informara específicamente en relación a 33 ponencias que aparecen incluidas en los tres volúmenes de trabajo. Es de destacar que los autores de las mismas son abogados y contadores, con lo que los objetivos de interdisciplinario y de inserción en la problemática del MERCOSUR, se han visto ampliamente satisfechos. Nuestro especial reconocimiento a todos los ponentes, sin cuya colaboración en tiempo y forma, este relato se habría hecho imposible. Por la premura de los tiempos, mi encarecida solicitud a todos los participantes de especial contemplación a la circunstancia de que el presente, es un resumen de lo que pretendemos relatar oralmente, ya que de otra forma habría sido imposible la publicación de este tomo IV.-

Para este informe hemos adoptado la siguiente metodología.

Hemos agrupado, valga el termino como inserción del tema, las ponencias en dos grandes bloques. El primero referido a la problemática general de la Concentración y la Reorganización y el segundo a los efectos y responsabilidades derivados de la concentración.

1. Con relación al primer bloque cabe distinguir:
 - 1.1. El pensamiento doctrinario sobre la concentración y los grupos.
 - 1.2. Comunicaciones referidas a la legislación extranjera y a la nacional.
 - 1.3. Propuestas de reforma a las mismas.
 - 1.4. Ponencias referidas a temas específicos relativos a la cesión y variación del control, el ausentismo en la asamblea la defensa de la competencia y el alcance del interés legítimo para oponerse a la reorganización.
 - 1.5. Nuestra breve reflexión con relación a los puntos de identidad entre las mismas, el disenso y la problemática que se introduce especialmente en algunas, no siendo contemplada por otras; con lo cual intentaremos motivar a ustedes respecto de supuestos que pueden generar debate. Sin por ello intentar cercenar la libre creatividad que es en si misma la confrontación de ideas, generadora del crecimiento del hombre y los comunidades.

2. Respecto al segundo bloque cabe distinguir la problemática abordada en cuanto al ejercicio torpe del control de la siguiente forma:

2.1. Inoponibilidad de la personalidad con especial referencia a la legislación argentina que oportunamente constituyo un hito importante en el derecho comparado, y que luego la ley uruguaya 16060 /89 imito con ciertas diferencias.

2.2 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.

2.3. 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 2.

2.4. 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 del "disregard of legal entity", o "piercing the corporate veil" comúnmente traducida por nuestra doctrina como "desestimación de la personalidad". Ya que si la misma fuera entendida asimismo a partir de otro significado del término inglés, tal por ejemplo, el de "in spite of", o "a pesar de", otra sería la coincidencia 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, coimputación, imputación aditiva o total desimputación a la sociedad de los actos realizados en los supuestos del art. 54, tercera parte LS 19550 ref. 22903. Ya que si 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 en definitiva se coimputan actos a la sociedad y a aquel a quien se le extiende la quiebra, y en cambio, en el supuesto del art 54 tercera parte, los actos deberían ser de imputación exclusiva a quienes abusaron de la sociedad, cuando la sociedad 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 los accionistas minoritarios, en virtud de su relación con la sociedad, podrían exigir tanto a la sociedad como al autor de la conducta. Asimismo de la propia sociedad, que debiendo responder frente al tercero y/o los accionistas, simultáneamente le asistiría el derecho al resarcimiento y a toda otra acción que le correspondiere contra el que realizara un ejercicio torpe del control.-

Ahora sí, y respetando la metodología de exposición autopropuesta, deseo

informar a ustedes brevemente sobre las ponencias que en minutos mas comenzaran a considerar y debatir, con total libertad, que no otro es el espíritu de creatividad e iniciativa personal que ha guiado en todo momento a los que colaboramos con la organización de este Congreso.

1.1. Ponencias referidas al pensamiento doctrinario sobre la concentración y los grupos.- Las mismas revelan lo siguiente:

1.1.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 S.A..-

1.1.B. Subyace en todas ellas 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 de interés ajeno, se llega a conceptualizar al mismo como: *empresa unificada escindida en lo jurídico, por lo que la formación y funcionamiento de ella en la practica comercial modifica el presupuesto de aplicación del derecho común de sociedades, cual 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, legitimándose 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, de que se refieren al "fracaso" de la regulación alemana, sin manifestar simultáneamente los hechos reveladores de dicho fracaso y/o las posibles causas del mismo.

1.1.C. Elementos del grupo: En todos los casos se hace referencia a dos, tales el control y la dirección unificada

a) 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. Afirmandose 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, el cual es lícito en sí mismo, regulando la responsabilidad por el ejercicio torpe, llegándose a la desestimación de la personalidad y la extensión de la quiebra. También son objeto de regulación técnicas para alcanzarlo como la llamada "toma de control", de singular importancia en el Mercado de capitales y mencionada por algún autor como "O.P.A." (oferta pública de adquisición de acciones). Este instrumento idóneo de obtención del control implica 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 lo expuesto, coinciden los autores que son temas propios del control todo lo relativo a estados contables, participaciones societarias, fiscalización privada y estatal, derecho de información entre las sociedades agrupadas y la salvaguarda de derechos de terceros y accionistas externos, principalmente estos últimos.-

b) Respecto de la dirección económica 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 misma un elemento empresarial constitucional del grupo que se manifiesta en la determinación por la dominante de la política de administración referida a diversas competencias, especialmente en lo relativo a financiación, personal, actividad empresarial, ventas, producción, etc.. Todas ellas las clasifica un ponente en medidas de planificación, de organización y de gestión empresarial. Reflejándose así situaciones todas identificables en los hechos, proponiendo alguno de los ponentes la necesidad de dar a dichas competencias un contenido mínimo que permitan la individualización de la conducción unificada. En lo referente a la intensidad de la misma, distinguen los autores el grupo centralizado del descentralizado, en el que la dependiente conserva una cierta libertad empresarial. Se reconoce que la distinción entre los mismos es difícil en el plano normativo pero insisten en la necesaria inclusión en la formulación del régimen legal de los grupos. Ya que las frecuentes consecuencias de los mismos hacen necesaria la regulación de los posibles efectos. Ello se ha venido supliendo en el derecho comparado a través de la utilización de la doctrina del levantamiento del velo. Deseamos nosotros

destacar en esta oportunidad que tal regulación no es frecuente, sin embargo en el derecho argentino la reforma de los arts 33 y 54 es digna de encomio. La ley uruguaya también es digna de mención al respecto.

Entre los grupos descentralizados una ponencia incluye la escisión, las filiales, las filiales con consocios con participaciones mínimas y la que denomina persona societaria unimembre.

Asimismo 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 hacen 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 del concepto de control.

Otra explicitación realizada por un ponente es la distinción entre lo que llama agrupación de sociedades como equivalente al agrupamiento coordinante y el grupo societario. Entre la primera incluye: 1. la corregulación del mercado o cartel; 2. la cooperación por mejoras en las empresas; 3. el grupo de interés económico francés y el agrupamiento de colaboración empresaria de la ley argentina; 4. la coparticipación accidental para negocio determinado, la unión transitoria de la ley argentina, el unincorporated joint venture, la sociedad accidental, el consorcio brasilero y 5. la coparticipación permanente; la incorporated joint venture, y la filial común.

1.1.D. Finalmente y siguiendo en ello un criterio transaccional se pronuncian por una Regulación Jurídica del Grupo. Difieren sin embargo tal vez por su inserción en el propio derecho nacional en si tal regulación es suficiente o no. Mientras se opina que no lo es en derecho español, un autor concluye su ponencia refiriéndose al derecho argentino expresando que en su conjunto la legislación es satisfactoria.

En general se aconseja la regulación no solo 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 los correspondientes a las sociedades integrantes. Sin embargo y en justicia se pronuncian los autores respecto a que se deben arbitrar medidas de protección respecto de los que puedan verse afectados. Tal el caso de los socios minoritarios; los acreedores y los trabajadores. No todos proponen el sistema a emplear, sin embargo en un caso se sugiere que: En cuanto a los primeros 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 segundos, a través de la asunción por la dominante de las pérdidas del ejercicio de la dependiente, (ej el derecho alemán que reconoce la responsabilidad subsidiaria, o el portugués que sostiene el sistema mixto).

En cuanto a los trabajadores a través del mantenimiento del contrato de trabajo y otras ventajas, además de la representación en un comité de empresas del grupo. Es común la exigencia de la información económica suficiente, y los estados financieros conjuntos sin perjuicio de las cuentas específicas de cada sociedad.-

2.1. Según la metodología que nos hemos propuesto corresponde en esta oportunidad informar en relación a la temática referida a la legislación extranjera y nacional.

Coinciden los autores en que en el tema Concentración y grupos la fuente jurídica inspiradora ha sido la ley de Sociedades por acciones alemana de 1965. Seguida por la ley de sociedades anónimas de Brasil de 1976 y el Código de sociedades mercantiles de Portugal de 1986. Asimismo algún autor indica que la regulación de los grupos en el derecho argentino sigue los lineamientos del derecho italiano, a la vez que señala que el mismo no admite el grupo de derecho, por lo cual no están admitidos los convenios por los que las sociedades pudieran subordinar su administración a las directivas de una administración común. Al ser la administración indelegable tal convenio sería ilícito, lo que no ocurre en el derecho alemán, brasileño, portugués y húngaro.

Asimismo cabe destacar la directiva 349/183 de la CEE, que aparentemente tuvo éxito pero estrictamente en lo referido a los aspectos contables y la regulación de la consolidación de cuentas del grupo. Desde 1984 se prepara la futura novena directiva sobre el tema. Los ponentes manifiestan que las regulaciones son coincidentes en lo relativo a la contabilidad del grupo. En cambio se diferencian por la forma de delimitar los supuestos de hecho del grupo para determinar la aplicación del régimen jurídico. Se indica que se aceptan dos modelos el orgánico y el contractual. Este último no se reconoce por la existencia orgánica del grupo sino por la existencia de un contrato de dominación entre las sociedades, de naturaleza organizativa. Estos se destacan porque sientan las bases para el funcionamiento con lo que se distinguen de los negocios bilaterales de intercambio de prestaciones.

Por su parte el modelo orgánico se distingue por constituir una disciplina jurídica societaria del grupo. No ha sido aplicado y cuenta con detractores que le atribuyen la limitación de la libertad económica de los sujetos del mercado.

En cambio los que lo propugnan lo justifican en la necesaria seguridad jurídica.

No obstante, no queda claro si los ponentes propugnan o no es te ultimo en su mayoría. Si existe una opinión concreta al respecto, que manifiesta que no renuncia a la regulación del grupo por seguridad jurídica. Sin embargo, y salvo mejor expresión en los debates, pareciera que la tendencia actual sería la contractual.-

RESULTA OBVIO que existe preocupación por las materias referidas a: 1.la formación y organización del grupo; 2.la integración de otras formas ademas de las constituidas por sociedades anónimas, lo que en nuestro derecho es perfectamente posible y 3. el importante protagonismo de la jurisprudencia en la conformación del moderno derecho de grupo.

Especial preocupación han demostrado los autores en etas comunicacion- nes por el derecho español, el argentino y la integración en el llamado Mercosur. Respecto del derecho español, se mencionan como escasas las referencias incluidas en los siguientes:

- a) Derecho Tributario, lo denomina unidad económica sujeta a tributación.
- b) Derecho de sociedades. El Código de Comercio ha integrado la consolidación de cuentas, como consecuencia de la incorporación del derecho comunitario de sociedades al ordenamiento español. De las normas se deduce que es el control de una sociedad mercantil sobre otra sociedad mercantil o no, el elemento que determina la existencia del grupo y por ende la obligación de consolidar. Se concluye que si se exceptúa este caso no cabe hablar de un auténtico régimen jurídico de los grupos en el derecho español.
- c) Derecho Societario y Mercado de valores: la oferta publica de adquisición de acciones.
- d) Ley de sociedades anónimas: en 1951 no regulaba propiamente el control de una sociedad sobre otra, prohibiendo adquirir por la sociedad sus propias acciones. La ley fue objeto de reforma y menciona casos de control del Código de Comercio. Se refiere la ley a negocios de acciones, límite al derecho de voto de la junta general y a la contabilidad social.
- e) La jurisprudencia no es abundante y se refiere más que todo a la sociedad unipersonal o sociedad mayoritariamente dominada por otra. Se ha recurrido a la teoría del levantamiento del velo con consecuencias diferentes.
- f) No existe gran tratamiento de los grupos por coordinación.
- g) Finalmente el ponente propone la implementación de una política legislativa adecuada y enfatiza la necesidad de un régimen jurídico unitario.-

Respecto del derecho argentino los ponentes se han preocupado por señalar el mosaico de leyes que se ocupan de la problemática. Podría la diversidad de legislación admitir una diferenciación en tres grandes subtemas: 1. Concentración. 2. Control y 3. Control grupal. Ejemplo de regulación: Ya en

el antiguo Código de comercio existían normas relativas al quórum y mayorías para aprobar la fusión. La ley 19550 de sociedades comerciales se refiere al control así como la ley de quiebras 19551, ambas con sus reformas de 1983. En cambio la antigua ley de quiebras 11719 no contenía norma específica. Finalmente tangencialmente una serie de normas desde la 11210/23 antigua ley de monopolios reformada por la 22262 de Defensa de la Competencia y lealtad comercial 22802 y lo dispuesto por el Código penal sobre agiotaje y normas de antidumping del Código aduanero, pasando por las leyes 11682/33 de impuestos a los réditos, Decreto 10935/45 sobre propiedad enemiga, Decreto 15460/57 radio difusión y TV, Decreto 13137/57 sobre bancos y entidades financieras y sus reformas, Ley de contrato de trabajo 20744/76, ley 17811 de oferta pública y Resolución 190/91 de la comisión nacional de valores sobre cambio de tenencias, y otras normas dispersas.

La legislación se refiere al ejercicio torpe estableciendo el resarcimiento del daño a la controlada sin compensación con las ganancias (LS art 54, la parte). También se contempla la toma de control, por transferencia, apropiación de control y/o consolidación de situación dominante. La ley 23696 art 38, impone la sindicación de acciones y la RCNV 0/92 art 2 la admite como contrato lícito. La LS art 31 admite la constitución de sociedad inversora a la que los accionistas aportan acciones. Asimismo la jurisprudencia registra casos como los siguientes: En el derecho fiscal considero a las filiales conjunto económico (Caso Parke Davis y CIA SA años 70/71. En la Quiebra de Swift La Plata SA, se extendió la quiebra a Deltec Internacional y a las sociedades del grupo por unidad socio económica, años 73/76.

En relación específica al control del grupo deben destacarse las normas sobre exposición contable y derecho de información las participaciones recíprocas (art 32 LS) relativo al apoderamiento del voto por los administradores que sin ser accionistas utilizan en la asamblea los votos, el límite del art 31 que admite la sociedad de inversión en la que los servicios pueden destinarse no a terceros sino a los propios socios, con finalidad semejante a los fondos comunes de inversión. Así también lo relativo a la fiscalización privada y estatal, plasmado en la incompatibilidad de cargos de síndicos, la doctrina relativa a la ineficacia del régimen, y lo referido a la fiscalización estatal permanente cuestionada en la actualidad.

Otro supuesto de regulación es el relativo a la responsabilidad del administrador de la controlante por el daño a la controlada (LS 54) y la del administrador de la controlada personal y por daños. El deber de exigencia del órgano de administración y la carga de exposición contable de las relaciones favorecidas. En cuanto a los derechos de los accionistas externos, les corresponde el derecho respecto del controlante torpe (LS 54 y 33), del administrador

de la controlada LS 59 y 274) y del administrador de la controlante (CC 1072 -1109).

En cuanto a la ley de contrato de trabajo se extiende la responsabilidad a terceros por subcontratación y delegación correspondiente a la actividad normal, se trata de una responsabilidad objetiva de garantía, además la responsabilidad del conjunto económico por dolo y conducta temeraria (culpa grave) se justifica en el Código civil y la LS 54 2a parte.

En lo relativo a la Ley de Defensa de la competencia que se refiere al grupo o fusión, aunque conduzca a posición dominante el mismo no tipifica de por sí un ilícito reprimido por ella. Haría falta el abuso y que fueran competidoras entre ellas. Con lo dicho concluye el ponente, los acuerdos entre sociedades del mismo grupo no estarían alcanzados en principio por esta ley.

Finalmente breve referencia a la legislación fiscal. Se reconoce la fuente en el derecho americano y pretende favorecer las reorganizaciones, favoreciendo os conjuntos económicos. También en este sentido cabe mencionar la ley de inversiones extranjeras.-

1.3. Propuestas de reformas: Puede concluirse que las mismas se originan en las necesidades de la vida negocial, para facilitar el desarrollo empresarial y en vistas 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 directamente lo siguiente: a) la admisión de la sociedad unimembre, derogación del art 30LS, eliminación en el art 33 del control externo no contractual, la modificación del régimen de inoponibilidad de la LS art. 54, la derogación del 94inc 8, del 216 ultimo par y del 263 para la elección de directores.

Asimismo se propone por otro colaborador la derogación del art 32 segundo y 3 párr. debido a que la deficiente regulación de las participaciones reciprocas ocasiona la distorsión de la organicidad societaria. Lo dicho porque el órgano de administración de la controlante domina al de la controlada, pero si esta utiliza sus reservas libres para adquirir participaciones en la controlante, puede llegar a convertirse en controlante de hecho o de derecho de su controlante.

Existe preocupación en varios ponentes con relación al art 31 por lo que mientras unos proponen directamente su reforma, otros sugieren pautas de interpretación limitando su alcance. Se sugiere una aplicación practica del 31 y la modificación de LS. En el primer caso se propone utilizar como valor de las inversiones a considerar el de registración independiente mente de cual sea el criterio de valuación aplicado, así como se reflexiona sobre la responsabilidad

del síndico abogado o contador por las verificaciones contables de los excedentes.

Unos expresan que no alcanza a sociedades con objeto 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 de la referencia a las entidades financieras.-

1.4. En esta ocasión corresponde referirse a supuestos especiales tenidos en cuenta por los ponentes. Así se tratan temas de la Ley de Defensa de la competencia, uno en su inserción con el Mercosur y la inconveniencia de la legislación nueva que se proyecta. 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 LDC 22262 es una herramienta útil aunque perfectible.

Referida a la misma ley otra ponencia 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 considerarse como prácticas limitativas o restrictivas de la competencia.

Otra problemática abordada es la de la cesión del control. En ambas se resalta 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 RCNV 190/91 y se sugiere que la LS comerciales incorpore una norma a tal fin.

La primera incursiona en la problemática del interés social y la posibilidad de su modificación por mayoría resguardándose el interés que llama "extra-social" de las minorías, consistente en el anterior interés social. Propone en consecuencia el agregado del art 225 bis referido al valor de compra.

Finalmente dentro de este bloque de ponencias mencionaremos dos, una relativa al alcance del interés legítimo a tutelar en el caso de reorganización y el derecho de oposición a la misma. La otra al ausentismo en las asambleas. Para el caso de la primera las ponentes expresan que existen otras personas con interés legítimo en oponerse a la reorganización además de las mencionadas en

Para el caso de la primera las ponentes expresan que existen otras personas con interés legítimo en oponerse a la reorganización además de las mencionadas en los arts 83-88 LS y 2 de la ley de transferencia de Fondos de Comercio, tales los garantes de las sociedades que se reorganizan (fiadores y coobligados solidarios 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 reducción de capital. Por último la ponencia de nuestro 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 *soukaiya*.

Hemos de esta forma sucintamente informado el primer bloque de veinte ponencias, recurriendo a la generosidad de ustedes para el caso de omisiones involuntarias e imprecisas interpretaciones, alejadas del objeto tenido en miras por los diferentes autores. Además, la premura de los tiempos puede haber hecho que se deslicen comentarios algo superficiales.

2. El segundo bloque comprende catorce 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.

2.1 Inoponibilidad de la personalidad: La riqueza de este tema ha "aparentemente" 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 terminologías y conceptualizaciones se hacen necesarias a efectos de que la doctrina "descubra" que las posiciones no son ni tan distantes ni tan antitéticas. Respecto de nuestro art. 54 3 parte se plantean los autores los siguientes cuestionamientos: 2.1.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 desestimación de la personalidad según la conciben la jurisprudencia americana y continental? En otras palabras preve la norma tanto la desestimación activa directa, como la activa inversa y la desestimación pasiva?

2.1.B Si no se trata de un mismo y único instituto cual es la conceptualización que cabe a cada uno y por ende cuales son los supuestos a los que se aplican tanto uno como otro y cuales los efectos inherentes a los mismos?

2.1.C. El efecto que se reconoce tanto a uno como a otro, o a alguno de los dos lleva implícita la imputación directa y sola del autor de la conducta o es

también imputable la sociedad? que ocurre con administradores y síndicos que no impidieron la actuación desviada?

2.1.D. Tanto en uno como en otro caso, quienes tienen derecho a reclamar y cual es la extensión posible del reclamo?.-

Sintéticamente podemos agrupar las ponencias presentadas en dos grandes grupos. Las que consideran que el 54 implica un supuesto de la teoría de la desestimación de la personalidad y los que consideran se trata de dos institutos diferentes.

Unos consideran que se trata de inoponibilidad o desestimación de la 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 de Serick la norma prevé literalmente la desestimación activa directa y por analogía se aplica el 54 y las normas del Código civil referidas 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 del disregard, ello lo infieren de que dicha doctrina supedita la desestimación de la personalidad a la concurrencia de causa ilícita en la constitución o gestión; lo que no necesariamente supone el 54, bastando el encubrimiento de fines extrasocietarios. Aquí aparece entonces la necesaria distinción entre empresa y sociedad. Un autor recomienda la formulación doctrinaria de las diferentes situaciones que pueden derivarse del abuso de la personalidad.- Otro entiende por consecución de fines extrasocietarios un supuesto de ineficacia en sentido estricto del contrato plurilateral de organización. O sea que el contrato es válido pero por razón de hechos extraños a su estructura formal alguno o todos sus efectos están imposibilitados de producirse.

Respecto de los otros interrogantes cabe distinguir el alcance que se da a los términos imputación directa. Los ponentes son contestes en que se debe tutelar tanto el principio de limitación de responsabilidad, aun en el caso de unimembre, cuanto el límite de actuación de la sociedad. Con ello no se desimputa a la sociedad sino que se garantiza a los terceros que tal limitación no podría nunca ser para perjudicar, frustrar derechos, violar la ley, el orden público y la buena fe esencial en la vida negocial. 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 excusión sobre bienes de la sociedad, ni exigencia de 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 expresa diciendo que como regla general la imputación se extiende sin liberación de la sociedad.

Algunas ponencias han insistido en comentar terminologías de otros textos anteriores, por lo que cabe insistir en el necesario ajuste de términos. Así se interpreta que algunos circunscriben el 54 3 aparte a un problema de extensión de responsabilidad, con lo cual solo deberían danos 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 replica por opiniones anteriores disipa aparente mente la duda ya que expresa "unida a una norma específica de imputabilidad aditiva y de responsabilidad por danos y perjuicios extensiva a controlantes".

Existe asimismo 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 danos 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 sus atributos de personalidad, la que corresponde 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 le pretende imputar directamente la actividad, ello por un principio de defensa en juicio.

Dos ponencias referirían temas no tratados por otros autores, una propone de lege ferenda la 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.

2.2.A. Hemos apreciado como nuestra propia doctrina discute las coincidencias o diferencias entre inoponibilidad y desestimación de la personalidad. Permítaseme recordar una vez más la necesaria explicitación de los términos, los alcances y efectos de los institutos. La doctrina judicial del

levantamiento del velo en el 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 de la corporación. Exige fraude y se justifica en la sanción del mismo o en el restablecimiento de la justicia (*Hanson vs Bradley* 298 Mass) 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, o 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.-

2.2.B. En diversas ponencias se hace referencia a la extensión de la quiebra. En ambos bloques hay opiniones al respecto. Así se interpreta que el concepto del control de la ley de sociedades es de aplicación a los arts 165 inc 2 y 240 inc 1 ley de quiebras.

Se proponen modificaciones al régimen para el supuesto del abuso del control y concretamente al art 165 inc 2. Una es 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 1 y 2 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 concretamente propone se aclare el 165 inc 2 de la 19551, y que se circunscriba 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 danos, explicitando en los textos positivos dichos principios, los que están implícitos en las normas vigentes.

En último término, relatare 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 instituto del abuso del control, y hace hincapié en el supuesto del abuso de 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 la existencia de control externo.-

CONCLUSION

Por el presente he pretendido relatar a vuelo de pájaro las treinta y tres ponencias que se debatirán en esta Comisión. En ningún momento considero haberlas agotado, y por supuesto la exposición de las mismas por sus autores, la posterior deliberación y debate respectivo estoy convencida que redundaran 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, podremos 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 ustedes mil gracias por permitirnos compartir su creatividad y por la tolerancia con que asistieron a este relato.-