

PROSPECTIVA DEL DERECHO CONCURSAL

ALEJANDRO GUILLERMO BARO
Profesor de los cursos de Doctorado
en la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales.

El tema en que vamos a incursionar pudo haberse denominado por su contenido en general, "**Prospectiva del derecho mercantil o comercial**", sin perjuicio que dentro de esta temática y en forma específica, se considerara la tratación de la prospectiva del derecho societario y del derecho concursal.

Pero una nota personal, introducida al estudio del futuro del derecho falimentario, hace que nos inclinemos por la tónica puesta en el título, es decir: "Prospectiva del derecho concursal".

Con este modo de pensar, creemos haber tenido de presente la aguda y conocida observación Vivantiana: constituyen las repeticiones, el más penoso engorro que se pueda encontrar en el camino de los estudios, y no hay para qué aumentar la mole ya enorme de dificultades.

Bien. Entramos en tema.

(*) Conferencia pronunciada por el Dr. Alejandro Guillermo Baro en el Curso sobre "Actualización de Derecho Comercial", organizado en setiembre de 1978 por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

Decíamos tiempo atrás, en trabajo que publicara la Revista de Derecho Comercial fundada por Halperin, que también nosotros, en coincidencia con la confesión de Zavala Rodríguez al prologar el tomo tercero de su ilustrada obra, nos sentíamos inquietados y alertados por el pensamiento de Josserand: "O el jurista está en su época o la sociedad prescinde del jurista".

Creemos que la evidencia de esta alternativa es axiomática, incuestionable, indestructible. De no aceptarla, de no creer en ella, no será difícil que caigamos en aquello de Ihering: "el pensamiento jurídico está siempre en retardo en relación a la época y a la vida".

Y cuando trasladamos estas ideas al ámbito del derecho mercantil, no dejamos de advertir, por la naturaleza propia de la evolución del comercio, que el riesgo de ese quedantismo jurídico aumenta.

Lo señalaron comercialistas de nota. Ascarelli: "el derecho mercantil admite una categoría histórica pero no dogmática". Vidari: en esta materia, no mudar significa quedar atrás.

Pero a su vez este mudar, en términos de construcción jurídica, consideramos que no puede, ni debe responsablemente alejarse de la realista prevención de Vivante: "no se aventuren nunca a ninguna tracción jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica del instituto objeto de sus estudios... Es una deslealtad científica, es un defecto de probidad, hablar de un instituto para fijar su disciplina jurídica sin conocerle en su íntima realidad. Si el derecho tiene por objeto regular los intereses de una institución, es evidente que debe preceder el estudio práctico de la naturaleza de ésta, al estudio del derecho".

Pues bien, con toda esta estructura mental introductoria nos adentramos concretamente a la temática en estudio, no sin antes dejar bosquejado el plan expositivo. En ese sentido referenciamos que lo hemos previsto en tres partes. En la primera, trataremos genéricamente el derecho comercial en síntesis pasada frente a un análisis aun sucinto de presente y futuro. En la segunda, incursionaremos especialmente en la temática moderna del agrupamiento de empresas y sociedades a nivel nacional e internacional. Es el derecho de los grupos de sociedades en proyecto de elaboración. Constituye la prospectiva del derecho societario. Por último y en una tercera parte nos referiremos específicamente a la prospectiva del derecho concursal. En esto de "último", recuérdese con literatura de Severo Catalina, que si deseas encontrar el motivo principal de una carta, búscalo en la posdata.

Con el enunciado del plan, damos a su vez por cumplido un principio de los escolásticos: "Nihil volitum quim precognitum".

Pasamos entonces a su desarrollo.

El **derecho comercial** nos presenta, en simple recorrido que reflexionadamente hagamos de su contenido, toda una variación y expansión de normas, que no hace otra cosa que presumir y traslucir toda una evolución de la realidad económica y social subyacente.

La evolución es de siglos, pero la aceleración de las últimas décadas, ahoga, sofoca, apabulla tanto como desafía, hasta llegar al reto sin respuesta de Garrigues; reto de la economía al que aun el Derecho no ha contestado; reto de requerimientos e incitaciones de los economistas cuya respuesta debieran dar los juristas y que por desgracia —según el tratadista español— no suelen dar.

Desgracia —en pensamiento de Garrigues— porque la Economía, en todo país civilizado, al contrario del pensamiento de Marx, debe estar sometida al Derecho, como toda otra manifestación de vida social, porque el Derecho es forma total de la convivencia humana.

Como lo expresáramos en uno de nuestros trabajos, al asignarle al derecho mercantil perspectiva tridimensional, aceptábamos para su dimensión de altura su ubicación en el centro regulador entre los fenómenos económicos y la realidad social, buscando el justo medio en términos de filosofía aristotélico-tomista.

Negábamos así para el derecho mercantil una función de pacífico cauce al servicio del torrente arrollador de la economía. Y completábamos la idea pensando y reflexionando con imágenes, para llegarlo a concebir adelantándose a ese torrente como dique, pero no en función de parapeto de contención de dudosa resistencia a los fenómenos económicos desbordantes, sino como dique derivador y regulador de la creciente económica. Y al preguntarnos ¿hacia dónde?, fijábamos también nosotros la preeminencia de la realidad social sobre la economía, pero en función de la naturaleza humana que informa toda esa realidad social.

Ahora bien, volviendo a nuestra observación anterior sobre evolución de siglos y aceleración de décadas, nos referiremos someramente a ambas con la sola idea de marcar su contraste en el tiempo y en el espacio. Por lo demás, algunos de los conceptos iniciales que luego expresaremos en este breve introito por el derecho comercial en general para poder llegar fundamentalmente a la prospectiva del derecho societario y concursal, ya tuvimos oportunidad de desarrollarlos en un trabajo anterior publicado por la Revista "Idearium" bajo el título de "Derecho comercial en crisis", si bien ahora nuestra intención está orientada a destacar la prospectiva emergente de esa propia crisis.

Como bien lo expresara Le Pera en "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno", el fenómeno jurídico sólo puede ser comprendido históricamente y en comparación.

Veamos.

El comercio floreciente de épocas pasadas se puede señalar hacia mediados de la Edad Media con un derecho consuetudinario propio, usos y costumbres que se respetaban en jurisdicción mercantil.

Pero el activo tráfico mercantil evidencia la necesidad de recopilar los usos y costumbres como norma de regulación concreta. Son los comerciantes, organizados profesionalmente, quienes mueven esta empresa, y en las principales ciudades italianas comienzan a dictarse sus propios estatutos compilados positivamente.

Es la época del derecho estatutario de las comunas italianas: el estatuto de Venecia desde 1247, Bolonia, Padua, Milán, Florencia, Génova de 1416 a 1598, etc. Puede decirse sin temor a equivocarse, que de esta época, segunda mitad de la Edad Media, se reconoce un derecho comercial con fisonomía propia.

Por otra parte, el medioevo nos presenta una forma comercial de tipo corporativo y artesanal. Los edificios que rodean la Grand-place de Bruselas en Bélgica son fiel exponente de las corporaciones de la época.

Es un derecho comercial subjetivo y profesional que se califica con abstracción de los actos de comercio que pudieran realizarse. En realidad, las corporaciones dan lugar al ejercicio de un privilegio monopólico de estructuración del trabajo e integración limitativa de sus miembros.

A esta época siguen las ordenanzas de los siglos XVII y XVIII, como el Reglamento de la Plaza de Lyon (1667), la ordenanza francesa de 1673 de Colbert redactada principalmente por Savary, las ordenanzas de Bilbao (1737), etc. Son, según Broseta Pont, para esta época de la Edad Moderna, un Derecho de formación legislada más que consuetudinaria pero siempre manteniendo su especialidad respecto al derecho común.

Pero con los ideales de libertad e igualdad de la Revolución francesa, el derecho comercial también se ve traspasado de ese mismo sentido de libertad e igualdad: ahora, por entonces, y en su momento, se legisla de manera que cualquiera puede ser comerciante con sólo realizar actos de comercio. El derecho mercantil se objetiva: La calidad de comerciante se adquiere por la habitualidad en la realización de actos de comercio.

Es la época de la codificación. Francia con su código de setiembre de 1807 para regir la materia comercial desde 1808. Es el Código "objetivo" de Napoleón que Zavala Rodríguez relaciona con el

edicto de 1776 y decreto de 1791 que abrieron algún camino al suprimir los privilegios corporativos.

Pero todo ello no importa creer que no se dieron opiniones contrarias. Las hay, como la de Broseta Pont, siguiendo a Escarra y Ripert, que no cree que el "Code" francés haya significado un cambio total de lo subjetivo a lo objetivo, tesis bien contestada por Zavala Rodríguez con cita de Hamel y Lagarde para concluir afirmando que el sistema "objetivo" de Francia es el que se impone en Suiza, Bélgica, España, etc. y llega a la mayoría de los Códigos de Comercio de América Latina.

Prueba de esta última afirmación es la redacción semejante con que los arts. 1, 632 y 633 del Código francés fueron receptados por nuestro Código vigente a través de los arts. 1º y 8º sobre comerciantes y actos de comercio respectivamente.

Con la misma orientación objetiva se alinearon en su momento los Códigos alemán de 1861, español de 1829, con disquisiciones expuestas por Garrigues, y sin ninguna observación en el español de 1885, etc., sin dejar de recordar como excepción de la época el vuelco subjetivo del Código alemán de 1897.

Así las cosas, con la codificación napoleónica parecería que hubiésemos llegado a un sistema de derecho definitivo y definido, que se imponía con el rigor de la evidencia de un sistema de geometría, al decir de los juriconsultos de la primera mitad del siglo XIX, como lo señalara Duguit y nos lo recuerda Zavala Rodríguez.

Pero la realidad comercial subyacente a la normatividad mercantil no entiende de sistemas geométricos que aprisionen su movimiento perpetuo ni sus horizontes trazados por imaginaciones creadoras. Es así como con el tiempo queda descolocado semejante derecho comercial clásico.

Es la evolución de un derecho comercial que de la "objetivación" que consumió todo el siglo XIX y principios del XX, despierta a una nueva "subjetivación" iniciada en forma teórica por los alemanes y más tarde por los italianos. Y decimos "nueva", porque esta "subjetivación" no significará un retorno al estilo privilegiado corporativo ni del comerciante, sino que lo hará ahora alrededor de una entidad desbordante que adquiere el centro de gravedad de los negocios: me refiero a la **Empresa**. Y con este nuevo centro de gravedad de los negocios, terminará esa evolución de siglos que llega hasta nuestra propia Edad Contemporánea para dar paso ahora a esa aceleración de décadas a que nos referíamos inicialmente. No olvidemos tampoco la relación que involucra que el derecho comercial se defina como el derecho de los negocios, según expresión de Hamel.

Es la época actual que nos toca vivir bajo una novedosa y desafiante modalidad comercial. Son los actos "en masa" que aparecen como nueva característica económica señalada por Heck y seguida por Locher. Son las necesidades permanentes de acumulación de materias primas, renovación tecnológica de plantas y concentración cada vez mayor de capitales las que determinan la necesidad de una debida organización empresarial que pueda presentarles una solución.

La producción en masa, la necesidad de fabricar y de vender para seguir fabricando y vendiendo para un mercado o sociedad de consumo es el resultado de la ciencia y de la técnica en constante transformación y progreso como lo enseña Zavala Rodríguez.

Y deviene así la "época" de la empresa y de los contratos en masa que por "aceleración" de las últimas décadas han llegado a configurar una verdadera "revolución" económica.

Consideramos que desde entonces data el "reto" sin respuesta de Garrigues que la Economía ha lanzado al Derecho y que llevan a este jurista español a sus conocidas meditaciones sobre el tema, cuando expresa en su trabajo "La reforma de la empresa": "...Pero quiero recordar mi humilde confesión inicial de que los mercantilistas nos acercamos a la empresa con un cierto sentimiento de fracaso, conscientes de que el Derecho de la empresa no será nunca obra nuestra, sino de los juristas cultivadores de varias ramas del derecho público y singularmente del Derecho de la economía... Derecho formado por un conglomerado de normas constitucionales, administrativas, fiscales y mercantiles que tienen un denominador común: el propósito de ordenar jurídicamente la economía nacional. Este derecho de la economía va penetrando cada vez más en los sectores tradicionales del derecho mercantil, deformando sus normas o suprimiéndolas cuando así conviene a los intereses de la comunidad entera".

Se da pues una identidad de causa y efecto entre la irrupción de la empresa en el mundo de los negocios y la conmoción de crisis que invade el Derecho Mercantil. Como lo señalara el mismo Garrigues, la doctrina de la empresa abre la puerta a la crisis actual de nuestra disciplina, ya que al ocuparse el derecho mercantil no de una determinada clase de actos sino de una determinada organización de cosas y de personas (la empresa), forzosamente tiene que entrar en colisión con normas jurídicas de distinta naturaleza que protegen intereses quizá antagónicos a los que el Derecho Mercantil se ha cuidado de proteger.

Pero ello no quiere significar en modo alguno, desconocer los esfuerzos realizados por regular jurídicamente el fenómeno económico de la empresa, pese a la impresión de correr tras un fantasma, como bien lo expresa Ferrara.

No podemos dejar de recordar los trabajos de Wieland desde 1921, para quien el derecho mercantil es el derecho de las empresas y su tráfico; Mossa desde 1926 en Italia, pretendiendo la transformación del derecho comercial en derecho de la empresa; más aún, para ambos, la empresa define y delimita el derecho mercantil.

En nuestro país también se hicieron sentir semejantes influencias. Varangot, siguiendo el pensamiento de Mossa, presentó al Segundo Congreso de Derecho Comercial de 1953 una ponencia para que se modificara el art. 1º del Código de Comercio vigente tomado como base no ya al sujeto comerciante sino a la empresa (con el empresario), la que fue votada por unanimidad.

Pero pese a lo expuesto, no podemos dejar de aclarar que las ideas afirmativas de una identificación total derecho mercantil-empresa no son de pacífica aceptación doctrinaria.

En general, se ha llegado a reconocer que el nuevo derecho mercantil deberá girar alrededor de la empresa, como así también a advertir su íntima vinculación, pero no al extremo de asegurarles una total identidad.

Así lo ha sostenido Zavala Rodríguez en nuestro país, Broseta Pont en España, recordando que fue Polo quien introdujo la idea de la empresa en su país y Uría quien la conceptuó como eje del derecho mercantil, etc.

Ideas semejantes se desenvuelven con Escarra y Houin en Francia y hasta se reconocen por Guyénot para la legislación francesa de 1966/67. En cambio, la posición negativa se sostuvo por Ripert, para quien no existiendo el derecho de la empresa, mucho menos puede regularla el derecho mercantil; en la misma línea se colocan Hamel y Lagarde y Despax, este último sosteniendo que ni todas las empresas son mercantiles como Gierke, ni ellas constituyen la única forma en que se ejerce la profesión mercantil.

Pero donde se exhibe mejor la problemática de las variantes de conceptos es a través de la "conversión" del pensamiento de Garrigues, que Broseta Pont señala como propia de su honestidad intelectual.

Se recuerda así que mientras en 1936 Garrigues objeta la imprecisión del término "empresa", en 1939 ya afirma que el derecho mercantil tiende a ser el derecho propio de la empresa y en 1942 llega a decir que es preciso cambiar totalmente el ángulo visual del Derecho mercantil centrándolo sobre el concepto económico de la empresa, para concluir en su "Tratado de Derecho mercantil" de 1947, con que el derecho comercial no está referido ya a la actividad intermediaria sino al derecho de la empresa y de las organizaciones de empresa.

Pero en el mismo año 1947 y con mayor evidencia en 1949, Garrigues se plantea el problema de la existencia de un concepto económico claro de la empresa frente a la falta de un concepto jurídico unitario de la misma que comprenda sus diversos elementos integrantes. Y así nacen sus dudas sobre la identidad derecho mercantil-empresa, las que se acrecientan al pensar en las relaciones laborales que se dan en la empresa y que quedan fuera del ámbito del derecho mercantil. Y entonces y a partir de sus publicaciones de 1959, viene sosteniendo que ni desde un punto de vista lógico ni jurídico puede identificarse Empresa y Derecho Mercantil, sin dejar de reconocer su incidencia, para concluir con que ninguna rama del derecho puede pretender su monopolio exclusivo.

Por otra parte, y sin entrar en detalles, dada la naturaleza del tema, cabe señalar que a su vez este problema de la empresa trajo el cuestionamiento de su personalidad jurídica. Fue afirmada por unos, como Navarrini, Apodaca y Segni; negada por otros, como Messineo, Guyénot y Satta; con planteo paradójico de sujeto y objeto por Le Pera; historiando toda su existencia como Satanowsky referida a Valery, precursor de Wieland y Mossa, la polémica Mossa-Asquini, etc., problemas todos jurídicos que llevan a recomendar por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Comercial reunido en Rosario en 1969, que se legisle la empresa contemplando sus aspectos jurídicos, económicos y su orientación social.

Pues bien, frente a todo lo así expuesto, no cabe duda que resulta del todo lógico observar con Zavala Rodríguez, según expresión vertida en su obra "Derecho de la Empresa", que el derecho comercial nos presenta un panorama fundado hasta los años treinta sobre los "actos de comercio", y desde entonces, en transformación hacia el "tiempo de la empresa", donde lo principal es la organización como mecanismo indispensable de la economía, el comercio y el derecho, para la producción y circulación de bienes y servicios.

Y por sobre todo ello, debemos aún remarcar con Bayicht, que la importancia de la empresa, como unidad operativa, se acrecienta en cuanto se advierte que se encuentra tanto en la economía libre cuanto en el área estatizante.

Pero la prospectiva de la temática no se detiene aquí. Quizás sea por todas las causas y efectos que convergen sobre la misma cuestión Empresa-Derecho, que la problemática de tal cuestión siga "in crescendo" hacia un nuevo horizonte. Garrigues decía con certeza de futuro, que el derecho total de la empresa no había sido aún creado, y cuando lo sea, seguramente no podrá llamarse derecho mercantil, sino **Derecho de la Economía.**

He aquí el nuevo horizonte. Broseta Pont no dejó de observar

con acierto que a partir de la finalización de la primera guerra mundial aflora un creciente intervencionismo estatal en la Economía que determina un nuevo orden económico. Es así como se va configurando a su alrededor toda una regulación normativa que interfiere ese orden económico desde distintos ángulos de visión jurídica. Y comienza entonces a adquirir vigencia todo lo que haga a su indagación y pretensión sistematizadora.

Si bien como idea no es nueva, con la paternidad germánica de su denominación "derecho económico", aparece entonces abordada contemporáneamente con gran preocupación. Incluso ha llegado a transformarse en tema de preferencia por los juristas del Derecho Comparado.

En Francia, por ejemplo, se publica en 1967 la "Contribución a la definición de derecho económico" de Champaud, y en la "Revue trimestrielle de droit commercial" de abril-junio de 1972, incursiona en el tema Alex Jacquemin bajo el título "El derecho económico servidor de la economía".

En nuestro país, Alvarez, Morello y Tróccoli nos presentan en 1970 su "Derecho Privado Económico", sin dejar de recordar a Roberto Goldschmidt que ya en 1943 escribiera en el Boletín de la Facultad de Derecho de la U. N. de Córdoba sobre "Los estudios del derecho comparado y el derecho de la economía".

La doctrina en general ha tratado de definir o interpretar este derecho económico. Pueden conceptuarse dos versiones, como bien lo destaca Tróccoli con cita de Briz.

Para unos, el "Derecho Económico" se caracteriza por el "conjunto de normas jurídicas que van destinadas a regular las actividades en materia económica, tales como el campo de la industria, la empresa mercantil... No erigida todavía en rama jurídica independiente lleva consigo un fuerte intervencionismo de la Administración; se actúa a través de una gran abundancia de leyes, a consecuencia de lo cual es inconstante e inestable".

Para otros, el derecho económico se refiere "a las transformaciones que todo el Derecho, pero especialmente el privado, experimenta modernamente por el flujo de los cambios sociales, y sobre todo económicos. Es la demostración de que el derecho no es ya una cosa estática e inmutable sino que se acopla y adapta a las cambiantes necesidades de la realidad, no sólo nacional, sino también internacional".

En este mismo orden de ideas, Garrigues había observado, en conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español de Roma, que "el Derecho de la economía va penetrando en nuestro campo, va in-

fluyendo en las normas puramente mercantiles y las destruye, cuando se oponen a su paso". Asimismo nos advierte como en la colisión de normas, inevitable por regir una misma organización económica —la empresa— "prevalecen las normas de Derecho público, inspiradas por el bien común, sobre las normas de Derecho privado de cuño individualista". Y así avanza ese Derecho de la economía como derecho de la organización coactiva, al extremo de que "mientras el derecho mercantil clásico se detenía ante la organización de la empresa" el Derecho de la economía penetra dentro de la empresa y la atraviesa en todos sus sentidos: económico, social y político, regulando el trabajo, la distribución de los beneficios, la fijación de los precios, la acumulación de reservas, el criterio para las amortizaciones, etc. . . .".

La importancia del tema es incuestionable: la Revista de Derecho Mercantil de España en su sección "Derecho Económico" lo actualiza permanentemente para el mundo hispano, formulando la recensión de revistas y trabajos especializados.

Y para que no quede duda de su relevancia actual, valga mencionar que hasta la Facultad de Derecho de Moscú tiene en sus programas de estudio un curso electivo de especialización en Derecho Económico, según información de Withmore Gray.

Pero el tema de una perspectiva del derecho comercial no se agota sólo en la búsqueda de sus nuevos límites e interrelaciones con un derecho de la empresa o un derecho de la economía. Otra faceta inquieta el futuro del derecho comercial: es la "**generalización**" del **derecho mercantil** o la "**comercialización del derecho civil**", en expresión de Garrigues que recuerda Broseta Pont, lo que también viene a esfumar los límites definidos de un derecho clásico que se aleja.

No podemos dejar de observar esa constante emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho Mercantil hacia los códigos civiles. Es la consecuencia inevitable de una difusión creciente del espíritu comercial que abarca a todas las gentes y no sólo reservada a los comerciantes.

Como bien lo expresa Broseta Pont, lo que está en juego con esta "generalización" del derecho mercantil es su propia existencia como disciplina autónoma. Incluso agrava la situación las fusiones legislativas producidas en algunos países entre derecho mercantil y civil, y hasta la unificación del derecho de las obligaciones.

Con semejante tendencia, quedarían sólo entonces como notas distintivas el fenómeno "cuantitativo" de las actividades realizadas en masa y el "cualitativo" de que tales actividades presuponen la existencia de una organización de personas y de bienes de diversa naturaleza, como lo es la empresa, según lo hace notar la doctrina espa-

ñola que reseñamos. Por nuestra parte advertimos que lo expuesto no es simple especulación teórica. El derecho comparado nos informa de la unificación del "Código Civil de las Obligaciones" como libro .V del Código Civil de Suiza (1881 - 1911 - 1936); de la unificación en Inglaterra, sah/o algunas disposiciones especiales, del "Law marchant" y del "Common Law"; del "Códice Civile" de Italia de 1°42, donde se funden normas de los proyectos separados de Código comercial de Asquini, redactado para reemplazar al de 1882 pero ahora en torno al sistema de la empresa, y del propio proyecto de Código Civil que recepta tales normas, produciendo prácticamente una unificación, aunque se rastreen sus disposiciones para tratar de advertir una unificación más formal que sustancial.

Pero lo cierto es que, como lo destaca Ascarelli, el "Códice Civile" del 42 hace desaparecer el Código de Comercio y realiza la unificación de las obligaciones.

No obstante, cabe hacer notar por otra parte, que pese a todo lo hasta aquí expuesto que parece conmover las bases y contenido del derecho comercial, éste a su vez aparece modernamente enriquecido por **nuevos sectores mercantiles** como el derecho industrial, el derecho de las uniones de empresas o sociedades, etc. Son las nuevas formas de comercialización que desbordan los encasillamientos clásicos de contratación.

Le Pera, con sus publicaciones reunidas bajo el título citado de "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno", incursiona en el tema describiendo una serie de contrataciones y figuras características de la época actual.

Entre ellas pueden individualizarse los contratos tipos prerredactados y aplicados a gran cantidad de casos respondiendo a la contratación masiva o en serie, los contratos reglamentos, los de adhesión, donde la libertad de contratar y discutir contenido se transforma sólo en libertad de contratar o no, etc.

Por otra parte resultan de toda actualidad las convenciones y acuerdos sobre "Know-how", tecnología y licencia industrial, etc. El "saber cómo" obtener un resultado industrial o realizar eficientemente una gestión se constituye en una mercancía objeto de contratación.

En fin, toda esta materia está en permanente captación jurídico-legal. Así es como Le Pera presenta sus ponencias al Tercer Congreso de Derecho Comercial de 1969; cómo dos años después, en setiembre de 1971, se dicta la ley 19.231 que crea el Registro Nacional de Contralor de Licencia y Transferencia de Tecnología que regula los contratos pertinentes sobre bases de publicidad, autorización administrativa para su inscripción, etc.; la ley 20.794 y más tarde la 21.617 de 1977

sobre transferencia de tecnología al exterior con su decreto reglamentario 1885 de agosto de 1978; las "tying clauses" que obligan al licenciado a obtener los suministros provistos por el licenciante o quien éste indique; "escapes clauses" (cláusulas de escape), los royalties o regalías, etc.

Zavala Rodríguez también incursiona en las novedades contractuales de nuestros tiempos. Entre ellas, menciona al ahora más conocido contrato de leasing; la cláusula de "jumelage" o ventas "jumeleés", prohibidas por la C.E.E. y por la Clayton Act para EE.UU., que se acuerdan como accesorias de un contrato de venta principal obligando a adquirir productos o servicios suministrados por el vendedor; el "reciprocal dealing" que subordina relaciones comerciales recíprocas, etc., etc. Son los contratos de empresa, en denominación tan discutida en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho de 1977, que como novedad de la nueva organización, no cuadran incluso a su encasillamiento dentro de los clásicos principios con que se concibieron los contratos innominados en otro ámbito que no es el actual. Es por ello que mientras las leyes no regulen especialmente los diversos contratos de empresa aún en evolución y de variadas formas, deberán interpretarse según las necesidades de la empresa, que es como decir los usos y costumbres de la empresa. Y en esta materia corresponde no olvidar

— como lo remarca el mismo autor— que desde la sanción de la ley 17.711, el art. 17 del Código Civil prevé que los usos y costumbres puedan crear derecho "en situaciones no regladas legalmente. Son los usos y costumbres que regularán estos nuevos "contratos complejos" que no caben en solución por contratos análogos o normas clásicas de los innominados; usos que también se preveían por art. 218 inc. 6° del Cód. Com. como punto de solución.

Pero a su vez la complejidad de los contratos de empresa hace que deban ser juzgados como contratos "nuevos" donde se otorgue la mayor libertad a la imaginación creadora de los juristas de empresa — como lo indica Champaud— y a la vez se reconozca que estamos viviendo en "otro momento del mundo", como lo acota Zavala Rodríguez.

Pues bien, con todo lo expuesto pretendemos dejar presentada y bosquejada la problemática moderna del derecho comercial y a su vez una rica prospectiva que hace al futuro de los ensayistas del derecho mercantil, más allá de los que duermen la siesta —al decir de Garrigues— a la sombra de los viejos códigos de comercio del siglo pasado como si nada hubiera sucedido. Es que el mal proviene de nuestras propias Facultades donde generalmente se enseña sólo el Derecho codificado en el siglo XIX, un derecho fosilizado en que des-

filan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y se deja de enseñar el nuevo derecho mercantil que trata de regular y sistematizar la complejidad y densidad de los fenómenos económicos actuales.

* * *

Hasta aquí, la exposición de la problemática y prospectiva de continente y contenido del derecho comercial con visión panorámica generalizada.

Pero dentro aún de ese horizonte general así vislumbrado, hay cuestiones económicas específicas que han movido todavía con mayor desasosiego espiritual a los juristas de estas últimas décadas.

Ya no se trata de encuadres o delimitaciones doctrinarias tendientes a sistematizar el derecho mercantil o discutir su autonomía, sino que los requerimientos económicos a que específicamente me refiero se han presentado en los últimos años con una fuerza tal, que han desorientado a los propios especialistas, al extremo de que algunos se han llegado a plantear hasta la imposibilidad de una regulación jurídica sistemática eficaz, para dejar a los jueces suplir en cada caso esa ausencia normativa.

Se trata concretamente del fenómeno económico del **agrupamiento de empresas o sociedades a nivel nacional e internacional** que tiene desconcertado al clásico derecho societario.

Es el tema obligado de la más reciente y cuantiosa bibliografía mercantil. Es uno de los temas preferidos de los últimos Congresos de Derecho Comparado.

Por todo ello, porque su riqueza de matices y variantes hace a una acuciente prospectiva del derecho societario, nos ocuparemos aunque sea sucintamente de su problemática.

Veamos.

Su presentación evolutiva sistematizada consideramos que ha sido bien expuesta por el profesor Palmero de la U. N. de Córdoba, en introito a su ponencia presentada al Segundo Congreso Internacional de Derecho Privado realizado en Roma en setiembre de 1976.

Distingue fundadamente el jurista cordobés una primera etapa, la "etapa individual" que se produce sobre todo a fines del siglo pasado y que se caracteriza por explotaciones que comienzan girando a nom-

bre individual del empresario y que aún con el correr de unos pocos años no pasan los límites de las fórmulas asociativas más simples, tales como la sociedad colectiva, la comandita simple y las de capital e industria.

A esta etapa sucede una segunda, la "corporativa", que aparece a comienzos del presente siglo XX y se extiende hasta mediados del mismo. El empresario individual quiere acometer otras actividades pero le preocupa la acumulación de riesgos ante el principio de la indivisibilidad de su patrimonio. De ahí su inquietud por que se encuentre una fórmula que provoque la "división de los riesgos" y hasta el reconocimiento jurídico de otra personalidad.

Así se dan en respuesta los tipos de sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima. Por nuestra parte agregamos aquí la tan discutida figura de la entidad individual de responsabilidad limitada conocida legislativamente desde 1926 en Liechtenstein como Anstalt o "establecimiento".

Y por último, deviene una tercera etapa de este proceso que deja de ser gradual para convertirse en vertiginoso y avasallante, y que se presenta con la finalización de la segunda guerra mundial. Es la etapa de la "agrupación societaria" que responde al fenómeno contemporáneo de la imprescindible e irresistible "concentración económica"; fenómeno que influencia tanto las organizaciones del mundo capitalista cuanto las del socialista. Como lo pensara Rodière, al decir del Profesor Piras de Italia, en conferencia que tuve oportunidad de escuchar con motivo de las Primeras Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado de 1975, la agrupación de sociedades, paradójicamente significa una era societaria molecular frente a la era atómica de la sociedad aislada, la sociedad átomo, o sea inversamente a lo que ha significado la molécula y el átomo en materia de adelanto científico y acontecer en el tiempo.

Es la época que condiciona la "brecha tecnológica", la apertura generalizada de los mercados internacionales, la participación entre empresas, el "gigantismo empresario", etc.; época en la cual, como lo señala Champaud, y también Guyénot, la alternativa de la vida económica sólo deja elegir entre "vivir agrupados o morir absorbidos, a menos que prefieran la lenta agonía solitaria".

Y aquí, y frente a este reto de la economía que desborda el derecho societario tradicional y hasta el contractual, aparece también la inquietante alternativa jurídica del presente: o nos limitamos a describir el fenómeno económico o emprendemos la dificultosa e incierta tarea de regularlo.

Este es el gran desafío jurídico de la época actual; y a él se han

referido sin cesar los especialistas de la materia: Champaud, con cita de Houin, nos recuerda cómo dificulta jurídicamente la investigación del tema el carecer de clasificaciones, de vocabulario y de criterios, lagunas graves para los juristas que se encuentran perplejos, y cuya perplejidad vencerán con algunos conocimientos extrajurídicos, un poco de imaginación y mucha audacia; Le Pera nos advierte sobre la necesidad de una nueva estructuración del derecho de las sociedades y hasta del derecho comercial; Palmero nos induce a la necesidad de entrar a legislar la agrupación societaria, y en el mismo sentido se pronuncian en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho de 1977 Roitman y Ferro Astray, e incluso Escuti (h) con propuesta de pautas a considerar, etc., etc.; pero todos los tratadistas del tema coinciden en algo fundamental: es un derecho nuevo que está en proceso de elaboración y con una materia en plena evolución, lo cual determina que todo inventario sea obligadamente provisional.

Por otra parte y a nivel de encuentros internacionales de juristas, se puede mencionar la mesa redonda que sobre Derecho de Grupos de Sociedades organizó hacia 1971 el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Lovaina, Bélgica. De esta reunión, Renauld destacó las dos posturas técnico-jurídicas advertidas, o sea, la de los partidarios de la normativa amplia y flexible; y la de los que prefieren las normas rígidas y precisas.

Por su parte Coppens puso de relieve la dicotomía "solución legal-solución jurisprudencial" que en el fondo traduce la separación "Derecho Continental - Derecho Anglonorteamericano".

Y por último, resultó realista la observación de Jacquemin al destacar lo diferente de las soluciones que se darán a los problemas de los Grupos, según sea que se pretenda otorgar a esta estructura económica una forma jurídica que asegure la mejor expansión y la mayor rentabilidad posible; o que por el contrario se busque una regulación interior del grupo con vista a proteger los intereses de todas las partes en presencia. Y a todo esto agregó Levy Morelle, como corolario, que gran número de los que pretenden regular los Grupos de sociedades piensan, en realidad, más allá de la protección de los accionistas y acreedores, en instaurar un régimen mucho más profundo de control de los Grupos.

De aquí pues nuestro interés en destacar este horizonte como prospectiva del derecho societario.

Características de este sistema en elaboración pueden señalarse sintéticamente varias, y así lo haremos como inventario de la problemática, pero sin entrar en su desarrollo, porque esto excedería los límites propuestos a nuestra exposición.

Champaud acierta, recordando incluso el pensamiento de Houin, que los métodos de agrupación de las sociedades no son más que aspectos de la concentración de empresas. Pero su multiplicidad y variedad de normas jurídicas no logra disimular los fines que persiguen alrededor de una "unidad de decisión" económica, capaz de acrecer el poder de las células económicas involucradas. Es el rasgo que también nos destaca Palmero con cita de Rodrigo Irujo, aclarando que la unificación de decisión lograda por la concentración de poder se exterioriza mediante dos comportamientos bien definidos: el de "subordinación" y el de "colaboración", según se fundamenten respectivamente sobre expresiones de dominio en desigualdad o de pautas de colaboración en igualdad.

Conceptos parecidos hacen distinguir a Guyénot la denominación de "agrupación de sociedades", que supone una vinculación de igualdad entre ellas, de la de "grupos de sociedades", que ya se refiere a una situación vinculante de dependencia o subordinación entre las mismas.

Asimismo y en materia de influencia dominante, se distinguen en doctrina dos modalidades de control: uno, el que puede resultar impuesto por vía contractual empresaria y que se reconoce como control económico o externo; el otro, es el que se obtiene o bien directamente mediante adquisiciones y participaciones accionarias, o bien indirectamente por otros medios jurídicos, pero en ambos supuestos con gravitación sobre la voluntad social: es el control que se denomina jurídico o interno.

Desde otro punto de vista, también se diferencian, como técnicas operativas, aquellas que conducen a agrupamientos verticales, de las otras que determinan tan sólo agrupaciones horizontales.

De aquí en más, los distintos autores se dedican a incursionar sobre los métodos de agrupación de sociedades referidos tanto a técnicas que sólo pueden utilizar las empresas sociales, cuanto a medios de agrupación de empresas que no le son específicas. Así puede establecerse una diferenciación aclaratoria de gran magnitud entre los métodos contractuales y los métodos societarios de agrupación. Esto a su vez nos permite distinguir las "agrupaciones con estructura contractual" de las "agrupaciones con estructura societaria". Dentro de estas últimas y con la doctrina expuesta por Champaud, cabe destacar a los "grupos de sociedades" como símbolo de la concentración capitalista que permite a la gran empresa expandirse y multiplicarse. Es una combinación de múltiples procedimientos de concentración que dificultan su estudio, aunque se definan por una unidad de control patrimonial destinada a asegurar una unidad de decisión económica. Aun con independencia jurídica de patrimonios y dependencia jerarquizada de

las sociedades agrupadas, adquiere relieve el carácter financiero del vínculo que une a las sociedades, vínculo conocido como participación, y alrededor de cuya reglamentación Champaud considera que se encuentra lo esencial del embrionario "derecho de grupos".

Pues bien, dentro de los grupos así conceptuados, el mismo Champaud formula la descripción calificadora de varios de ellos. Así se refiere al "grupo industrial", como típico de actividades económicas idénticas, conexas y complementarias, sometidas a una dirección económica única por el control patrimonial que ejerce una de ellas reconocida como "sociedad madre". Es el grupo que responde a las necesidades de la gran empresa que no puede crecer sino multiplicándose. Incursiona también en la descripción de los "grupos financieros", donde una sociedad, cuyo objeto es puramente financiero, controla por participaciones las sociedades que componen el grupo. La unidad de decisión queda así en manos de bancos de inversión, o de una sociedad "holding" de actividad no bancaria, pero concentrada en participar para controlar, aunque sin dedicarse a la propia actividad concretamente industrial o comercial de las controladas, lo que determina su calificación de "pura" o "propia" para diferenciarla de la "holding impura" o "impropia", que sí se introduce en dicha actividad industrial o comercial. Por último, suele señalarse el "grupo personal", donde la tónica de la unidad de decisión resulta de una comunidad de dirigentes sin ninguna connotación jurídica.

Pero al margen de estas figuras y situaciones así descritas, la misma doctrina hace referencia a las "sociedades de sociedades", que permiten agruparse para alcanzar fines de envergadura sin perder individualidad e independencia jurídica creando una unidad de decisión económica; también a la existencia de "filiales comunes", por integraciones que no determinan el control de ninguna de las sociedades accionistas, sino que por el contrario suelen definir por vía contractual la actividad económica de cada una de las participantes, etc.

Por supuesto que todo este asunto de las agrupaciones de estructura societaria conlleva una actividad propia de las mismas que a su vez determina los problemas jurídicos advertidos por la doctrina.

Tales son las situaciones que se plantean alrededor de los accionistas minoritarios o libres o externos de las sociedades controladas, cuyo interés societario interno puede verse perjudicado por el interés del grupo, o 'de la controlante del grupo; el problema de los acreedores del grupo o de las distintas sociedades agrupadas, que da lugar a meditar sobre la responsabilidad pasiva solidaria de sus integrantes, la extensión de la quiebra a la controlante, etc.; la cuestión de los empleados de las sociedades agrupadas tanto en responsabilidad indemnizatoria cuanto a participación de los mismos en los beneficios; la

afectación del Estado en su soberanía, orden económico, política fiscal, nacionalidad, abusos del poder económico, etc., etc.

Pues bien, frente a este esquema de estructura societaria, consideramos que el panorama se clarifica aún más con el trazado de una síntesis de las "agrupaciones de estructura contractual". Se trata de las complejas configuraciones advertidas por la doctrina general, y que en forma sistematizada nos presenta el jurista francés Champaud, profesor de la Facultad de Derecho de Rennes, cuya actuación destacada tuvimos oportunidad de conocer en las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado de 1971.

Comenzaremos por prevenir que la estructura contractual del agrupamiento no escapa a la finalidad de crear convencionalmente una "unidad de decisión" económica. Para ello la imaginación creadora de los juristas de empresa goza de la mayor libertad. Pueden así dar forma a una gama interminable de contratos innominados y complejos, con el fin de satisfacer la más variada casuística que les depare la realidad económica.

Pero aun dentro de toda esta casuística, la misma doctrina no deja de distinguir los contratos de unión, de los contratos de integración. A los primeros, pertenecen las agrupaciones temporarias para operaciones económicas aisladas o mediante la empresa piloto que actúa como mandataria de las demás, o en forma de sociedad en participación de configuración intermedia entre la estructura societaria y la contractual; los acuerdos de colaboración y los ententes y acuerdos de no concurrencia. A los segundos, pertenecen los contratos de subempresa integrada, que se refieren a sociedades productoras de bienes utilizados por la sociedad dominante, y los contratos de distribución integrada, que conciernen a las empresas distribuidoras de los productos fabricados por esta misma sociedad.

Ahora bien, frente a una enunciación así ordenada, parecería que la solución de los problemas tendría que haberse simplificado, pero no resulta así. Los problemas que presenta este "agrupamiento de estructura contractual" son diversos y de alcance concreto y efectivo.

Podemos destacar entre ellos y como principales, la inadaptación de las reglas jurídicas tradicionales correspondientes a formas contractuales clásicas; las dificultades que presenta la interpretación de situaciones contractuales complejas que resultan de una fusión de técnicas jurídicas y no de su yuxtaposición; el problema de la duración y renovación de tales contratos; el más difícil de la subordinación económica e independencia patrimonial, que se presenta con mayores dificultades a los efectos de que los terceros ejerzan la responsabilidad del agrupamiento contractual ante la ausencia de vínculo financiero, etc., etc.

Pues bien, llegados aquí con la doctrina reseñada, no podemos dejar de reparar en que lo expuesto es sólo una presentación descriptiva económico-jurídica de la temática que nos preocupa.

Por eso hemos considerado útil y necesario incursionar con otros estudiosos del tema, sobre algunas regulaciones normativas traducidas en leyes o proyectos, de los cuales nos informa el derecho comparado.

Veamos.

En nuestro país, son conocidas las publicaciones de Le Pera, cuya síntesis comprensiva tuvo oportunidad de desarrollar en las Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado antes mencionadas; el trabajo muy actualizado de la Dra. Roimiser sobre la "Moderna regulación de los grupos de sociedades" que publicara el año pasado la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones; las publicaciones de Halperin, Zavala Rodríguez y Otaegui; los cuadernos de derecho societario de Zaldívar en la parte referida a "grupos y concentraciones de sociedades"; la ponencia presentada por Palmero al Congreso ya citado que se celebró en Roma en 1976, etc. Fuera del país, podemos mencionar, entre otros autores extranjeros de que nos da cuenta la bibliografía especializada, a Garrigues, Girón Tena y Una en España, Houin, Rodiere y Guyénot en Francia; Ferretti, Ferri y Verrucoli en Italia; Gessler en Alemania; Dunning en el derecho angloamericano, etc., etc.

Pues bien, comenzaremos por recordar al Profesor Piras de Italia, quien en las Jornadas ya referidas de 1975, llegó a afirmar que Alemania era el único país no sólo en Europa, sino en el mundo entero, que había dictado una disciplina completa, orgánica y en verdad minuciosa de los grupos de sociedades. A estos grupos de empresas, en efecto, la ley alemana de 1965 les dedicaba uno de sus cinco libros en sus varias formas de connotaciones. Como lo expresa Le Pera y lo recordaba también Piras, la aktiengesetz de 1965 es quizá, más que una legislación de sociedades por acciones, una regulación de los grupos de sociedades.

Las características referenciadas justifican pues un breve análisis de su contenido, de manera que pueda servirnos de parámetro de los demás proyectos y leyes que más adelante mencionaremos sucintamente.

Empezaremos por advertir que la ley alemana no reconoce acciones de voto plural. Esto tiene su importancia para interpretar los simples derechos de votos o de participación como presunción de influencia dominante de una empresa en otra, la que así pasa a ser considerada como dependiente o subordinada. Esto a su vez determina una presunción de "dirección unificada".

Desde un punto de vista general, es casualmente cuando se presenta esta "dirección unificada", incluso hasta sin dependencia o subordinación de una empresa a otra, que se considera configurado un "kozern"; y las empresas que integran esa "unidad de dirección" se conocen como empresas de grupo.

Pues bien, de la propia ley alemana surge la existencia de un "kozern de hecho" frente a un "kozern de derecho". El "kozern de hecho" se presenta cuando la dirección unificada o influencia dominante se ejerce sin que previamente se haya cumplido con los procedimientos y requisitos previstos por la propia ley, v. gr., inscripción en el Registro Público de Comercio. Este incumplimiento trae una serie de consecuencias, como es de suponer, y así se prevé la responsabilidad de la dominante por los perjuicios que el ejercicio de tal influencia pueda ocasionar a la dominada, acción indemnizatoria que cabe incluso no sólo a los accionistas de ésta, sino también a sus propios acreedores.

En cambio los grupos o "kozern de derecho" se configuran con su adecuación a los procedimientos legales, situación que los legitima, al extremo que por ejemplo en el caso del contrato de dominación, se puede ejercer la influencia dominante en beneficio del grupo o de la controlante aunque resulte perjuicio para la dominada, cuyos administradores quedan obligados a seguir sus instrucciones sin perjuicio de las compensaciones adecuadas que deben producirse, v. gr., un dividendo fijo con que la empresa controlante tenga que garantizar a los accionistas libres o externos.

También la ley alemana prevé la "incorporación" o "integración" de empresas para el supuesto de que se posea la totalidad de las acciones o por lo menos el 95% de ellas. En este último caso, el faltante de las acciones pasa automáticamente a propiedad del que tiene el paquete mayoritario, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan a los accionistas minoritarios, incluso entrega que podrá hacerse de acciones de la propia dominante. Por supuesto que la integración o incorporación sólo se da entre sociedades por acciones y con la característica de que no desaparece la personalidad jurídica de la integrada o incorporada. Cabe agregar que mediante la integración se adquiere un derecho de dirección semejante al del contrato de dominación, pero a su vez se entra a responder por las obligaciones de la integrada, inclusive las anteriores a la integración. Asimismo se dispone que tal integración debe resolverse por la Asamblea de accionistas de ambas empresas, integrante e integrada, con votación no menor del setenta y cinco por ciento del capital de cada una de ellas, es decir, el mismo porcentaje que se necesita para aprobar los contratos de empresa.

En referencia a estos contratos de empresa debemos observar,

que además del de dominación ya mencionado, la ley regula otros contratos, tales como aquellos por los que una empresa se obliga a traspasar sus utilidades o las de algunos de sus establecimientos a otra empresa o a algún fondo común, etc., situaciones en que también se prevén garantías o compensaciones adecuadas.

Pero como elemento general calificante de legitimación, debe repararse en que en todos aparece la obligación de su inscripción en el Registro Público de Comercio para darles así una debida publicidad.

Como otro efecto de importancia digno de destacar se legisla para el "kozern" la obligación de presentar estados contables consolidados en la cabeza del grupo, sea este de hecho o de derecho. En resumen, que de todo lo expuesto puede concluirse con Le Pera, que el ordenamiento previsto por la Aktiengesetz está enderezado a hacer salir a luz y someter a alguna forma de regulación normativa las agrupaciones empresarias, las interrelaciones entre sociedades, la legitimación del poder de dirección, etc., todo lo cual por otra parte hace que semejante temática de agrupación de empresas o sociedades sea motivo principal de estudio del derecho económico contemporáneo.

Como bien lo menciona el Mensaje de elevación de la propia Aktiengesetz que nos recuerda Zaldívar, su propósito fue encuadrar jurídicamente las combinaciones empresarias y hacerlas transparentes, protegiéndose a accionistas y regulándose debidamente poder de decisión y responsabilidad.

Pues bien, llegados a este punto, hemos considerado de utilidad que frente a la legislación alemana presentáramos también algunos modelos legislativos que se han elaborado con el mismo fin, o incluso proyectos o leyes que han tocado marginalmente el tema o simplemente lo han descrito con alguna previsión en materia contable.

En tal sentido, podemos mencionar el anteproyecto Sanders de Estatuto de Sociedad Anónima Europea del año 1966 y la Propuesta de la Comisión de la Comunidad Económica Europea para la creación de la Sociedad Anónima Europea de 1970; el Proyecto Cousté presentado a la Asamblea Nacional de Francia en 1970 y luego en 1973; la minirreforma o "ley de conversión" de 1974 y el nuevo régimen de consorcios y sociedades consorcistas de Italia de 1976; la nueva ley de sociedades anónimas N° 6404 de 1976 del Brasil, y por último algunas disposiciones de la ley francesa de 1966 y Argentina de 1972, que en realidad no significan una verdadera regulación de los grupos de empresas o sociedades.

Respecto a la proyectada sociedad anónima europea podemos acotar que la "dirección única" sigue siendo, como en la ley alemana, el criterio de individualización del grupo de empresas. Presenta asimis-

mo normas sobre responsabilidad solidaria de la dominante frente a los acreedores de la dominada, derecho a indemnización de los accionistas minoritarios o externos, derecho de dirección o actuación de la dominante en interés del grupo a pesar del interés social contrario de la dominada, etc., etc.

En cuanto al Proyecto Cousté de Francia, como lo explica la Dra. Roimiser, ha elaborado a través de sus 36 artículos una disciplina general de grupos de sociedades teniendo como modelos la ley alemana, el Anteproyecto Sanders y de la Comisión de la Comunidad Económica Europa. En síntesis puede decirse, que luego de definir a la sociedad dominante, afiliada, dependiente, al grupo y a los accionistas o asociados externos, entra a regular las cuestiones relativas a la existencia del grupo, su publicidad, la protección de los accionistas externos, acreedores de las afiliadas, instrucciones de las dominantes que obligan a las dependientes, tribunal especial de grupos, etc.

Dentro de estos lineamientos generales podemos detallar además, la obligación de presentar estados contables consolidados para la sociedad dominante, derecho de compensaciones, protección de trabajadores que participan de los beneficios de las sociedades afiliadas, en el caso de incorporarse éstas al grupo; etc. Y en cuanto al concepto general del Proyecto, como bien lo expresa la autora que reseñamos, es de lamentar que no se hayan formulado previsiones no sólo sobre los grupos de hecho, sino también sobre las distintas modalidades contractuales que dan lugar a la constitución de los grupos.

También en Francia, y al margen del Proyecto Cousté, nos encontramos con la legislación de 1966, pudiendo señalarse con Guyénot, cómo en dicha ley, al mismo tiempo que se ignora a los grupos, se regula a las sociedades que individualmente lo componen tomando como referencia el grado de dominación o vinculación que exista entre las mismas.

La situación francesa se caracteriza entonces —como bien lo sintetiza Mélica Roimiser en opinión de Pailluseau— por la existencia de un derecho positivo dominado por la concepción tradicional de la sociedad totalmente en divergencia con la realidad económica. Es decir, por un respeto al interés propio e independiente de cada sociedad, que deben incluso resguardar sus órganos de gestión, enfrentando a los imperativos económicos que tratan de imponer una estrategia general del grupo con desconocimiento de la independencia de las sociedades que lo constituyen.

Esto no significa que la concepción francesa no vaya contemporalizando con el creciente fenómeno de la concentración económica, e incluso llegue a apoyarlo, como sucede v. gr. con la creación del "Bureau de Fusión e Réagroupement d'Enterprises" en 1967 y el "Institut de Développement Industriel" que nos recuerda la autora citada.

Pero lo cierto es que la ley francesa ni siquiera impuso los balances consolidados, como obligatoriamente lo disponen en general las legislaciones anglo-sajonas, y cuando se resuelve a hacerlo en 1967, sólo llegó a preverlo con carácter facultativo.

Además, en materia de los principales problemas que plantean los grupos societarios, v. gr., el de su responsabilidad, el de los socios externos o minoritarios e incluso el de sus trabajadores, salvo algunas disposiciones posteriores que han venido a regular parcialmente este último problema, los dos problemas anteriores prácticamente han tenido que ser resueltos en cada caso particular por la jurisprudencia. Esto no importa ignorar algunas disposiciones posteriores también previstas por la legislación falimentaria de 1967, como aquellas referidas a la extensión de la quiebra.

Por otra parte coincidimos en recordar cómo la jurisprudencia francesa debió apelar, para resolver los casos particulares, a teorías tales como la de responsabilidad patrimonial de las sociedades dominantes por consecuencia del ejercicio de su poder de dirección, la de sociedad ficticia, la de sociedad de hecho, la doctrina del interés común, la teoría de la apariencia, la confusión de patrimonios, etc.

No obstante lo expuesto, en Francia no se ha dejado de advertir la necesidad de ir regulando o previendo de alguna manera algún enfoque, aunque sea parcial, de toda esta temática que venimos desarrollando. Así se han dictado las normas contenidas en la Ordenanza N° 821 del 23-9-67 sobre "Grupos de interés económico". Su ubicación y fines surge con toda claridad de la sola lectura de su Exposición de Motivos.

Es en ella donde se expresa la necesidad de adaptación de la economía francesa a las nuevas dimensiones de un mercado ensanchado y unificado que requiere de numerosas empresas una transformación de sus estructuras y una diversificación de sus métodos. Es evidente a través de estas palabras la preocupación que les causaba ya el Mercado Común Europeo. Pero —continúa el mensaje de la Ordenanza— siendo por una parte las reformas de estructuras de difícil realización, máxime para las empresas de mediana importancia, y por la otra presentándose el interés de poner en común algunas actividades (v. gr., ventas, oficinas de exportación o importación u organismos de investigación), aunque tratando las empresas de conservar su individualidad y autonomía, es indudable que esa puesta en común precisaba de un marco jurídico adecuado.

Casualmente en la búsqueda de esta solución se destaca que, al no encontrarse un encuadre jurídico adecuado ni en la forma de la sociedad, con reglas de constitución, funcionamiento y objetivos rígidos, ni tampoco en la de la asociación, que no procura la ventaja

de la plena capacidad jurídica, se deciden por presentar a las actividades económicas una nueva fórmula legislada en 23 artículos que significan un marco jurídico intermedio entre la sociedad y la asociación, creando los "grupos de interés económicos".

La Exposición de Motivos sigue detallando más características, entre ellas, v. gr.: que es una fórmula abierta a todos y no sólo a los comerciantes; que su inscripción en el Registro de Comercio no presume comercialidad, sino que ésta se determina por su objeto; tiene personalidad y plena capacidad jurídica a partir de su inscripción en el Registro de Comercio; sus miembros responden por las deudas del grupo; son solidarios salvo que un tercero contratante consienta en que no lo sean; no se exige la constitución de un capital mediante aportes, sin perjuicio del atributo del patrimonio propio; ni tiene por objeto la realización de beneficios; los derechos de sus miembros no pueden estar representados por títulos negociables bajo pena de nulidad; prevé la transformación de una sociedad o asociación en grupo de interés económico; facilita el desenvolvimiento de estos grupos asignándoles el régimen fiscal aplicable a las sociedades de personas, etc.; y en general, salvo algunas pocas normas sobre la administración, a cuyo frente deben figurar personas físicas, control, disolución y liquidación, se deja gran libertad a la convención de las partes para la organización de los grupos. No obstante quedan obligados a distinguirse frente a terceros, por la denominación del grupo seguida de las palabras: "grupo de interés económico regido por la Ordenanza del 23 de setiembre de 1967". En su consecuencia, se prohíbe su uso por entidades ajenas, todo bajo penas de prisión y multa.

Por último, y si tuviéramos que caracterizar los "grupos de interés económico", valga su propia definición del art. 1: "Dos o varias personas físicas o morales pueden constituir entre sí, por una duración determinada, un grupo de interés económico con miras a poner por obra todos los medios adecuados para facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, a mejorar o acrecentar los resultados de esta actividad". Por otra parte y como complemento de la Ordenanza 821 cabe tener presente el Decreto 68-109 del 2 de febrero de 1968 sobre Sistema de publicidad e inscripción de los grupos de interés económico.

De aquí en más, la bibliografía que se ha ocupado de esta temática es por demás numerosa, tanto en libros como en revistas especializadas.

Guyénot registra in extenso una publicación muy bien concebida sobre estos "grupos de interés económico" como nueva entidad jurídica del derecho de los negocios y de la economía. En su prólogo destaca acertadamente como dato esencial y característico de la economía contemporánea, el qué sea una economía contractual, siendo

esta concepción contractual fuente de fertilidad creadora de sus interesados, sin perjuicio de su armonización con elementos institucionales.

Para Zaldívar, la Ordenanza 821, más que una regulación general de agrupamiento de sociedades, se trata de un instrumento cuyo objetivo es impulsar y fomentar las combinaciones empresarias para lograr mediante la concentración de esfuerzos una mayor eficiencia y progreso tecnológico. No resuelve en verdad la problemática general de la integración y concentración, pero brinda a las sociedades un medio específico para obtener ese fin, sin excluir otros.

Lo cierto es que el régimen de la Ordenanza 821 tuvo en Francia una gran acogida y dió lugar a múltiples combinaciones de beneficio común.

No deseamos extendernos más en el tema. Quien se interese en él, encontrará publicaciones de mérito como las de Durand y Lascha, Yves Guyon, Bonneau, Ledoux, etc., en Francia; y en nuestro país también la de Jaime L. Anaya, que propicia el estudio de la conveniencia y oportunidad de una disciplina legal que regule la coordinación y cooperación empresarial mediante grupos de interés o consorcios.

Por fin y como otro elemento de regulación de la materia, aún no muy difundido ni menos actualizado, se puede citar el proyecto de agrupamiento transitorio de empresas presentado a la Asamblea Nacional de Francia por el Poder Ejecutivo el 29 de julio de 1976. Y decimos ni difundido ni actualizado, no porque esta sea característica exclusiva de tal proyecto, sino que en general lo es de toda novedad jurídica legislativa cuyo conocimiento inmediato muchas veces debe depender hasta de esfuerzos de fuente individual. Tal es el fracaso de la recepción de las principales publicaciones especializadas por parte de nuestras mejores bibliotecas públicas y universitarias, al extremo que en el último lustro han quedado trunca suscripciones valiosas. Al menos, así me fue posible verificarlo personalmente en ellas, principalmente en lo que se refiere a ejemplares de revistas y obras publicadas en estos últimos años.

En lo que concierne concretamente al contrato de agrupamiento transitorio de empresas, cabe consignar como notas distintas que surgen de su propio texto, las siguientes: su celebración entre personas físicas o morales; prestaciones distintas en vista de una operación común determinada; no constituye una sociedad ni confiere al grupo personalidad moral; debe ajustarse su convención, bajo pena de nulidad, a ciertos requisitos de concreción clara en cuanto a nombres de las partes, objeto y prestaciones; mención específica de sometimiento a esta regulación normativa, estipulación de responsabilidad de los miembros, etc. Por otra parte, se destaca que deben funcionar mediante la designación entre sus miembros de un mandatario común

responsable ante el dueño de la obra, sin responsabilidad de los otros, que salvo estipulación expresa en contrario, sólo responden por las prestaciones comprometidas; situación similar a la que se regula frente a terceros con algunas variantes. Pero en ambos casos, la inoponibilidad de responsabilidad queda subordinada a las pertinentes medidas de publicidad a fijarse por el Consejo de Estado de manera que aseguren su debida información.

En lo que respecta a Italia, ya la doctrina tuvo oportunidad de advertir cómo la llamada minirreforma de 1974 formulada por ley N° 216, no pasó de ser una descripción de los grupos de sociedades, sin llegar a su efectiva regulación normativa al estilo de la aktiengesetz alemana. De ahí que se interpretara como una "minirreforma". Pero aún así, esta ley 216 del 7 de junio de 1974, denominada también de "conversión", por haber convertido en ley su antecedente decreto-ley N° 95 del 8 de abril del mismo año, no fue sólo un cambio de forma legal, sino que introdujo además modificaciones y agregados a los arts. 2359, 2369, 2372, 2420, 2424, 2425, 2429, 2349, 2441 del Código Civil e incluso incorporó una nueva categoría de "acciones de ahorro" sin derecho a voto, "azioni di risparmio", sobre las que Massimo Bione escribiera con el sugestivo agregado de "fra mito é realtà", en la "Rivista de Giurisprudenza Commerciale - Società e fallimento", órgano de expresión de un grupo de jóvenes estudiosos en parte vinculados a los mercantilistas de Bolonia. O sea que —como lo señala Ferri en la "Rivista del Diritto Commerciale y del Diritto Generale delle obbligazione" de mayo/junio de 1974— mientras el D. L. 95 instituyó la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa y se regulaban algunas actividades e información de las sociedades que cotizaban en bolsa, y su control, la ley 216 ha ido más allá, incorporando normas contenidas en el proyecto de ley elaborado por la comisión ministerial dependiente del Ministerio de la Industria y del Artesanado que presidiera Marchetti. Y esta incorporación no se ha limitado a las disposiciones de su título segundo referentes a las sociedades que cotizan en Bolsa, sino que también se han receptado normas del título primero regulatorias de las sociedades por acciones en general, con lo que se arribó a las modificaciones y agregados de las disposiciones recién mencionadas del Código Civil.

En general puede decirse, e incluso lo señala Onetto en comentario de nuestra "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones" de 1976, que muchas de las disposiciones introducidas en Italia por la "Ley de Conversión" tienen su semejanza, aun con variantes, con algunas normas de nuestra ley 19.550, como también podemos reconocer una función de control público de la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa del D. L. 95 de Italia, similar o del tipo de nuestra Comisión Nacional de Valores, como lo destaca Zavala Rodríguez.

Ello dice —en nuestra opinión— del concepto favorable que debe merecer nuestra legislación adelantada así en tiempo a la propia italiana.

En cuanto a un contenido sucinto de las modificaciones y agregados introducidos por la ley 216, pueden mencionarse como principales aquellas que se refieren a descripción de compañías controladas y asociadas o vinculadas y algunas regulaciones resultantes de menor cuantía al estilo de nuestra ley 19.550, un tercer llamado con quorum menor para Asambleas Extraordinarias, representación de los accionistas en la asamblea, debentures convertibles, tenencias de acciones de compañías controladas y asociadas y sus incidencias en materia de estados contables, discriminaciones de balances, cuentas de ganancias y pérdidas, informe claro y concreto del directorio, derecho de preferencia, etc. Para un análisis con mayores detalles puede compulsarse en nuestra doctrina los trabajos de Onetto (1976) y de Mónica Roimiser (1977) publicados en nuestra Revista de Derecho Comercial, a cuyos contenidos nos remitimos por razones de tiempo en esta conferencia.

La misma autora Roimiser, por otra parte, se refiere al nuevo régimen de consorcios en relación al trabajo publicado por Ferri en la "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni" de mayo-junio de 1976, el que puede compulsarse en su idioma de origen bajo el sugestivo título de "Consorti e società consortili: ancora una modificazione occulta del codice civile".

En efecto, la ley N° 377 del 10 de mayo de 1976 introdujo modificaciones en el régimen de consorcios y sociedades consorcistas previsto por el Código Civil. Las disposiciones favorecen la constitución de consorcios y sociedades consorcistas en el supuesto de pequeñas y medianas empresas (Ley N° 374 del 30-4-1976), anotándose que como el fenómeno de los consorcios normado en la ley especial no se adecuaba al previsto en el Código y en éste a su vez no se preveía la sociedad consorcista, se estimó conveniente modificar el Código.

La innovación ha merecido la aguda crítica de Ferri que considera que el término "consorcio", polivalente de por sí, ha sido tomado por la ley especial conceptuando un fenómeno tipológico distinto al que preveía el Código Civil. O sea que en cuanto la ley especial se refiere ahora a la creación de una organización común entre varios empresarios "para la disciplina y el desarrollo de determinadas áreas de las respectivas empresas", pierde vigencia su concepto anterior del art. 2602 y siguientes respecto a la coordinación de la producción y del Intercambio, que más bien se aproximaba a la temática del cartel y de los pactos de concurrencia. Y mayor fundamento de crítica encuentra Ferri, cuando la ley especial innova en materia de responsabilidad del consorcio que no se constituye bajo forma societaria, limitándola

a los fondos del consorcio, con lo que se crea así una estructura organizativa con responsabilidad limitada sin exigencias de capital mínimo ni procedimiento formal organizativo.

Todo ello hace decir por fin a Ferri, que "si é creato un grosso pasticcio e per di piú un pasticcio del tutto inutile".

En cuanto a España, y dentro de toda esta temática, podemos recordar la ley de 1963 sobre "Uniones y Asociaciones de Empresas" que incursiona algo en la materia, regulando la Sociedad de empresas a constituirse bajo forma de sociedad anónima y con participación no mayor de la tercera parte del capital social por cada integrante; las Uniones o agrupaciones temporales de empresas de proyecciones semejantes a las "joint-ventures" norteamericanas; y por último las Cesiones de unidades de obra que comúnmente se denominan subcontratos.

Después de todo lo expuesto hasta aquí, no cabe duda que surgirá el justificado interrogante de saber cómo se trata el problema en EE. UU. La misma interrogación se han formulado autores nacionales que en su respuesta encuentran atendibles observaciones de la realidad económica y jurídica norteamericanas.

Así Le Pera nos advierte que la elaboración que se ha venido estudiando es fundamentalmente europea, sin mayor aporte sistemático de Estados Unidos. En Norteamérica, cabe observar cómo los principales problemas de los grupos societarios, encuentran en cierta manera su solución a través de prácticas societarias y jurisprudenciales.

En efecto, en materia de conocimiento integral de la situación económico-financiera del grupo, se dan los balances y estados contables consolidados en cabeza de los mismos. Esta es práctica antigua en EE. UU., quizá de las décadas del diez o del veinte, como lo informa la misma doctrina. En lo que se refiere a protección de los acreedores de una sociedad controlada e integrada en un grupo, se cubre con la amplitud de la doctrina del "disregard of legal entity". Esta doctrina, que permite responsabilizar a la controlante por el pasivo de la controlada, viene desde los años treinta determinando las pautas regulatorias de lo que debe ser el manejo entre las mismas.

En lo que respecta a los accionistas minoritarios o externos o libres de una sociedad controlada, la tendencia es absorber totalmente sus tenencias accionarias, desalojando o sacándolos afuera (freezing out). A su vez con tal procedimiento logran responder a su natural preferencia por los wholly owned subsidiarles.

Por lo demás, esa tendencia a la exclusión de los minoritarios, las formas que se utilicen y su situación en general, están sujetas al

control de la Securities and Exchange Commission o Comisión de Obligaciones y Cambios.

Por otra parte cabe tener presente —como ha sido ya observado— que la difusión del voto acumulativo en la Corporation norteamericana, por un lado protege a las minorías asegurándoles su participación en el Directorio, y por otro, motiva fuertemente para que el grupo busque el control completo de una sociedad mediante la mencionada absorción de las tenencias accionarias de las minorías.

En conclusión, que los problemas que generalmente presentan los grupos y se tratan de resolver en Europa, en EE.UU. fueron encontrando su solución, aun con anterioridad, a través de los procedimientos independientes y tendencias prácticas señaladas.

Y con esta vista panorámica de la problemática en estudio a nivel europeo y norteamericano, nos trasladamos a Latinoamérica para incursionar en su estado actual.

Estimamos que fuera de nuestros país, importa referirse a la "nova lei de sociedades anónimas" N° 6404 del Brasil de fecha 15 de diciembre de 1976, incluso en relación a la ley 6385 del 7 del mismo mes y año que dispone sobre el Mercado de Valores Mobiliarios y crea la Comisión de Valores Mobiliarios, y la Resolución N° 401 sobre enajenación del control de compañía abierta.

Basta recorrer el índice de su contenido para reconocer la amplitud de los temas regulados.

Así es como se advierte, que después de fijar su denominación indistinta de "companhia o sociedade anónima" y demás características accionarias, objeto social, "abierta o fechada" según se registre y coteje o no en bolsa, y las demás cláusulas comunes estatutarias, etc., nos presenta el capítulo XVIII sobre "Transformación, incorporación, fusión y escisión"; el XX referido a sociedades coligadas, controladoras y controladas; el XXI sobre grupos de sociedades y el XXII de consorcios.

A continuación resumiremos una versión sintética sólo de las normas que ofrezcan algún dato de interés.

Veamos.

El capítulo XVIII resulta común en materia de novedades pese a algunas variantes de procedimiento.

En el capítulo XX se determinan los conceptos de sociedades coligadas o vinculadas por participación del diez por ciento o más del capital, mientras los de controladora y controlada se definen por la tenencia de los derechos de socios que aseguren de modo permanente

preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder elegir la mayoría de los administradores.

Se prohíben las participaciones recíprocas, como asimismo se establecen diversas obligaciones de tipo contable e informativo de acuerdo a las diferentes situaciones antes descriptas en que se encuentren las sociedades.

Se establece la responsabilidad del accionista controlador, persona natural o jurídica, por los daños causados por actos practicados con abuso de poder, como también la responsabilidad de la sociedad controladora e incluso de los administradores de sociedades controladas que violan la prohibición de actuar en perjuicio de su compañía o sociedad no observando condiciones estrictamente conmutativas o compensaciones adecuadas.

Se prevé además la "subsidiaria integral" que se presenta cuando una sociedad brasileña se convierte en única accionista de la misma desde su constitución o por adquisición de todas sus acciones.

La ley 6404 regula detalladamente en otras secciones del capítulo que analizamos, la adquisición del control de sociedad abierta previa autorización de la Comisión de Valores Mobiliarios, debiendo ésta velar para que a los accionistas minoritarios se les asegure un tratamiento igualitario con simultánea oferta pública de adquisición. Este procedimiento se encuentra a su vez reglamentado por Resolución N° 401 del 22-12-1976.

El capítulo XXI se titula directamente " Grupos de sociedades". Su primer artículo los define textualmente determinando que la sociedad controladora y sus controladas pueden constituir, en los términos de este capítulo, grupos de sociedades, mediante convención o contrato por el cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de sus respectivos objetos, o a participar de actividades o empresas comunes. Entre las normas previstas por la ley se establece que la sociedad controladora o de comando debe ser brasileña y que las relaciones entre las sociedades, estructura administrativa del grupo y la coordinación o subordinación de sus respectivos administradores debe ser establecida por la convención o contrato del grupo, pero cada sociedad conservando personalidad y patrimonios distintos. Se prevé como denominación de uso exclusivo las palabras "grupo de sociedades" o "grupo".

Otras normas de este mismo capítulo regulan la constitución, inscripción en el Registro de Comercio, publicidad, administración del grupo, demostraciones financieras de sus integrantes y consolidadas del grupo, etc. Como notas distintivas de la regulación de los grupos de sociedades por la ley brasileña, se destaca su fórmula de base con-

tractual, sin advertirse los criterios de dirección unificada que destacamos en los precedentes conocidos, a la par que se observan sus lagunas en cuanto a responsabilidades del grupo.

Por último, cabe tener presente que la misma ley en su capítulo XXII se refiere al consorcio estableciendo que las sociedades anónimas o compañías y cualesquiera otras sociedades bajo el mismo control o no, pueden constituir un consorcio para ejecutar determinada empresa, observando las disposiciones del mencionado capítulo.

Como características del consorcio se destacan por la ley las siguientes: no tienen personalidad jurídica, se obligan sus miembros en las condiciones pactadas en el contrato, responde cada sociedad por sus respectivas obligaciones sin presunción de solidaridad, la falencia de una consorcista no se extiende a las demás, etc.

Por otra parte se prevén diversas constancias del contrato, aprobación social, duración, objeto, etc., y lo que es principal para terceros, su inscripción en el Registro de Comercio y publicación correspondiente, etc.

Pasando ahora a la legislación vigente en la Argentina, por conocida entre nosotros, sólo quiero señalar de ella algunos rasgos distintivos.

Se trata de la ley 19.550 de 1972 con ciertos lincamientos semejantes a las legislaciones italiana y francesa de 1966.

En su consecuencia, carece de una verdadera regulación de los "grupos" al estilo que advertimos en la aktiengesetz alemana. Incluso su descripción de controlantes y controladas se encadena bajo forma de figuras societarias, con lo que, a diferencia de la ley alemana que estaba referida a "empresas", descarta toda introducción de eslabones personas físicas o naturales.

En lo que respecta a las consecuencias de las relaciones entre sociedades controlantes, controladas y vinculadas dentro de nuestra ley, se refieren principalmente a informaciones contables, sin llegar al balance consolidado, límites de participaciones, etc.

En síntesis, que la realidad económica de un verdadero agrupamiento de empresas como resultante de la concentración económica y sus responsabilidades, no aparece legislada como grupos de empresas. Más bien, algunas de estas características, se insinúan en materia de leyes fiscales referidas al "conjunto económico".

La jurisprudencia por otra parte, ha suplido en cierto modo la ausencia de regulación expresa sobre grupos, incursionando en casos de allanamiento de la personalidad, abuso del derecho, extensión de

la quiebra conforme a la ley 19.551, etc. Sobre los aspectos que dejamos delineados puede consultarse el trabajo de Quintana Ferreyra presentado a las Jornadas Italo-latinoamericanas de Derecho Comparado de 1971 bajo el título de "La concentración de las sociedades y los proyectos de reforma al Código de Comercio argentino en materia de sociedades y quiebras".

Por supuesto que debe reconocerse que la falta de legislación integral y específica sobre grupos de sociedades al estilo de la aktien-gesetz alemana del '65, no lo ha sido por imprevisión, sino que se consideró —como lo explica Halperin, que formó parte de la Comisión del Anteproyecto— que en una ley de sociedades no puede buscarse una regulación integral de los grupos de sociedades, dado que por una parte, los problemas de esta materia son esencialmente políticos y se vinculan al control estatal de la economía; y por la otra, muchas de sus manifestaciones son ajenas a las formas societarias, ya sea en su formación, como en su estructuración, funcionamiento, disolución, etc.

Dentro de este mismo orden de ideas consideramos también de interés advertir cómo el mismo Halperin analizó la tentativa oficial de reformar el art. 30 de la ley 19.550 en vinculación a la temática en estudio.

Según esta norma legal vigente, a las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo se les permite formar parte de sociedades por acciones.

Parecería pues que a poco de regir la ley 19.550 se entendió beneficioso el levantamiento de esta prohibición y con tal finalidad se designó una Comisión integrada por Etchebarne, Giraldi y Roca.

Esta comisión preparó como Anteproyecto un agregado al art. 30 citado para permitir a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte de sociedades accidentales o en participación.

Consultada la iniciativa a la Comisión que proyectara la ley 19.550, mereció de ésta un extenso informe de impugnación a la vez que puntualizaba errores que debían corregirse en el supuesto de llevarse adelante tal iniciativa. De resultados de todo esto se llegó a presentar como proyecto un texto definitivo que incluso —en opinión de Halperin— empeoraba técnica y jurídicamente el anteproyecto. El nuevo art. 30 proyectado se concretó en los siguientes términos: "Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones. También pueden formar parte de sociedades accidentales o en participación. En este último supuesto su responsabilidad se regirá por las disposiciones del art. 362, aunque no actúen como gestoras o no concurra el supuesto del art. 363".

La reforma así pretendida mereció la crítica acerba de Halperin, destacando entre otras objeciones, que se creaba una subespecie de sociedad accidental o en participación con sistema diverso de responsabilidad; que hasta podría llegarse a crear un subtipo social si otras de las participantes fueren personas físicas o sociedades de distinto tipo; que las notas o mensajes de elevación carecían de antecedentes o fundamentos, etc.

No obstante lo expuesto, el mismo autor conjetura sobre la intención presumida de resolver el problema de la cooperación o colaboración de sociedades anónimas mediante la modificación proyectada, adaptando la "Joint adventure" estadounidense a través de la sociedad accidental, situación que por supuesto rechaza con expresión numerosa de fundamentos de toda índole. Por otra parte cabe consignar, como lo exhibe el derecho comparado, que el problema de las sociedades accidentales o en participación no ha sido legislado de manera uniforme en los distintos países. En efecto, en unos se los considera como verdaderos tipos sociales (v. gr. leyes francesa y argentina); en otros se las regula como simples asociaciones (v. gr. Perú); y por último y al margen de las normas societarias, no faltan países que los prevén como simples contratos mercantiles particulares o de cambio (v. gr. Honduras).

Pero lo cierto es que por esa vía así proyectada surgió a nivel legislativo una de las tantas facetas contempladas por la doctrina de la agrupación de empresas.

Devino así la necesidad o no de regular la "joint adventure", conocida también como "joint enterprise" o "joint venture" o "syndicate", etc. Halperin las caracteriza como una asociación de personas para realizar una empresa aislada con fin lucrativo. Generalmente se trata de una obra riesgosa que encaran sin constituir una sociedad efectiva o una designación corporativa, etc.

Zaldívar por su parte las describe como una especie de las atípicas uniones ocasionales; Palmero destaca que pese al acuerdo, cada empresa mantiene su objeto y normal funcionamiento.

Pero lo real es que el proyecto de alguna manera puso de relieve la disparidad de opiniones sobre su eventual legitimidad para nuestro derecho.

El mismo Palmero nos señala una división observable entre países que como EE. UU. admiten y facilitan la joint-venture, creación de la doctrina judicial o jurisprudencia norteamericana, frente a otros que o nada dicen sobre el particular, como Perú, Méjico, Guatemala, etc.; o simplemente la rechazan como tipología societaria normal o especial.

De este último criterio participan los países, que como la Argentina, se atienen al sistema de la "tipicidad" de las organizaciones socie-

tarias fijadas por la ley de la materia, a pesar que a la "joint-venture" se le intente dar vida por otras construcciones legales como sería la empresa "mandataria", según lo menciona el mismo autor con cita de la valiosa obra de tesis inédita del Prof. Laguinge tituladas "Los consorcios empresarios y el art. 30 de la Ley de Sociedades".

Esto a su vez nos recuerda la incursión de Ferro sobre el Anteproyecto de ley de sociedades por acciones del Brasil, hoy convertido en ley, cuando consideraba que a su juicio se había previsto allí legislativamente bajo el título de "consorcio" un tipo de asociación societario cuya naturaleza jurídica fluctuaba entre la figura norteamericana de la "joint-adventure" y nuestra sociedad accidental.

Pero a todo lo dicho cabe acotar también, que ello no significa en manera alguna que en nuestro país no pueda concebirse una colaboración económica entre empresas a los fines descriptos; sino que lo que se quiere —en pensamiento del mismo Halperin— es que, si se trata v. gr. de sociedades anónimas, se pueda estructurar la colaboración entre ellas sin necesidad de recurrir al remedio oneroso y engorroso de constituir una sociedad por acciones, o sea, por medio de contratos no societarios adaptados a las conveniencias y peculiaridades de cada caso concreto, y que el negocio parciario pueda dar lugar a participación en la utilidad final que arroje la obra o el servicio.

En resumen, que lo que no se admite es que pueda estructurarse tal colaboración como asociación en participación, o lo que es lo mismo, que la colaboración de las sociedades anónimas debe buscarse por vía contractual con entera libertad, pero cuidando al mismo tiempo de eliminar todo elemento societario para no caer incluso en sociedad irregular o de hecho.

Con cita de White, que considera a la "joint-venture" como un medio de actuación de la sociedad multinacional, Halperin no deja de observar la batalla que solapadamente se libra en nuestro medio para legalizarla.

Por último, unas pocas ideas para poner también sobre la superficie la comprensión temática del problema de las sociedades multinacionales, e incluso los agrupamientos de ellas.

La bibliografía nacional es numerosa y lúcida. Tiene sus adherentes dentro de ciertas limitaciones y por otra parte sus grandes detractores. Pueden leerse los ilustrados trabajos de Christensen, Ciuro Caldani, Aftalión, Sauret, etc. En el transporte aéreo son conocidas las formas de agrupamiento o colaboración empresaria instrumentados mediante sociedades internacionales, multinacionales, consorcios, "pools", etc.

También Le Pera se ocupa del tema desarrollando en ajustada síntesis una visión panorámica muy comprensiva de su contenido.

Describe la evolución que la concentración económica determinó en EE. UU. partiendo de la "national corporation" de principios de siglo, abarcando el mercado nacional, para pasar luego por una "multidivisional Corporation" que se introdujo después de la primera guerra mundial en diferentes áreas industriales y comerciales, y llegar así, con posterioridad a la segunda guerra mundial, a la conocida "multinational corporation".

Nos recuerda la definición británica más práctica que académica de la sociedad o empresa multinacional: sociedad constituida en EE. UU. que manufactura sus productos donde la mano de obra es más barata y canaliza sus utilidades hacia el país cuyas tasas impositivas son más bajas y de ser posible inexistentes. Fue así como llegó Norteamérica a tener fuera de sus límites territoriales una producción anual cinco veces mayor que el valor de sus exportaciones. O sea que terminó por exportar más compañías de manufactura que productos manufacturados. Casualmente, habiendo centrado su actividad en Europa, el Mercado Común Europeo significó la respuesta adecuada de concentraciones empresarias a niveles internacionales competitivos, aunque por ahora, la preeminencia estadounidense llega aproximadamente, en materia de multinacionales, a las tres cuartas partes de las de mayores ventas.

La existencia de las multinacionales no ha dejado de preocupar también a las Naciones Unidas en la búsqueda de una forma de responsabilidad comunitaria de las mismas, órganos de control, políticas impositivas, estatuto supranacional, etc. Es que, como lo expresara Piras con recuerdo de otro autor, las sociedades multinacionales son gelatinosas como las medusas, y no se sabe de qué parte tomarlas o aferrarías.

En lo que se refiere a denominaciones, suele caracterizarse, a las sociedades "supranacionales", como aquellas destinadas a regirse por un Estatuto supranacional que no es ley uniforme de promulgación nacional. El caso típico lo constituye el Estatuto de Sociedad Europea.

Por otra parte se destaca a las sociedades o empresas multinacionales como configuradas así porque ciertos elementos relevantes de su organización provienen de más de un país; v. gr. su sede social o su control, etc.

Pero como bien lo observa la doctrina que reseñamos, generalmente más que una sociedad actuando en más de un país, nos encontraremos con una red de sociedades vinculadas entre sí de las más diversas maneras. O sea que podríamos acertar pensando más en "grupos multinacionales de sociedades" que en sociedades multinacionales. Incluso resulta más posible que una única sucursal nueva que aparezca, lo sea de alguna subsidiaria y no de la cabeza del grupo.

Se pronostica incluso para un futuro no muy lejano, que no pasarán de doscientos grupos los que concentrarán la mayoría de las actividades industriales del mundo.

De lo así aclarado, no cabe duda que la problemática de los grupos de empresas o sociedades se torna del todo más compleja en cuando exceda los límites de un país para comprender o alcanzar a las multinacionales. No aparece aquí la legislación nacional como suficiente en todos los aspectos que las mismas comprometen ni tampoco existen estatutos supranacionales. La respuesta —al decir de Le Pera— está en proyecto.

Por su parte sugiere partir de las subsidiarias locales para ir regulando progresivamente las relaciones de control y dominación. Así v. gr., podrían exigirse estados contables consolidados en los lugares de actuación de tales subsidiarias. Por supuesto que el desiderátum sería la extensión al grupo de la responsabilidad de las obligaciones de las subsidiarias o controladas, pero las dificultades políticas son palpables mientras no se dé una forma integral a la falencia en el derecho internacional. Dentro de esta temática podemos señalar sólo soluciones regionales como la de Escandinavia y el anteproyecto de convención del M.C.E. conocida en la literatura como "Avant-project de convention européenne relative a la faillite, aux concordat et aux procédures analogues".

No obstante, el problema queda bien enmarcado en cuanto meditemos sobre todo lo expuesto en materia del derecho de grupos de sociedades o empresas en un ámbito nacional y lo proyectemos al plano internacional. Así por ejemplo, las compensaciones previstas en favor de acreedores y de socios externos de la controlada, no resultan igualmente resguardadas según se encuentren sus controlantes en el mismo país o en el extranjero.

Pero a su vez debemos advertir que estos intereses particulares afectados, aunque se solucionen, pierden toda relevancia, en cuanto resulte comprometido el interés superior de la economía del país con todas sus implicancias de poder, políticas y sociales, de todos conocidas.

Aparece así como de dudosa legitimidad, que sociedades o empresas nacionales dejen de perseguir fines propios para colocarse al servicio del interés del grupo con objetivos no nacionales.

Esto hace que la doctrina que citamos repare en la crisis del derecho de los grupos en cuanto se traslada de un ámbito nacional a, uno internacional, sin dejar de reconocer que sus estudios básicos puedan servir a una construcción jurídicamente sistemática del fenómeno de las sociedades multinacionales, aun cuando las soluciones no deban ser las mismas.

En cierta manera y en relación con esta temática en general y a nivel nacional, pueden citarse las regulaciones normativas sobre inversiones extranjeras contenidas en la ley 21.382 de 1976 y su decreto reglamentario 283 de 1977, y sus antecedentes derogados de las leyes 19.151 y 20.557, la ley 20.575 sobre régimen de registro obligatorio de representantes de mandantes extranjeros, la 21.037 sobre mutuos en moneda extranjera y hasta la "Ley de Compre Nacional" N° 18.875 de 1970.

Y con esto, cerramos una visión panorámica de los problemas de agrupamiento de sociedades o empresas que indican la perspectiva del derecho societario y contractual que pueda regularse en ese reto permanente y actual de la cambiante economía, movimiento de concentración de capitales al que el Derecho debe dar una debida solución orgánica. Lo contrario corre el riesgo de ser desbordado por la propia fuerza de los fenómenos económicos, en cuya descripción contemplativa se está gastando el tiempo que la realidad y la lógica imponen ya como de pertenencia de una determinación normativa.

Pero al margen de este agrupamiento de empresas o sociedades, no podemos por último dejar de señalar asimismo como otra tendencia prospectiva del derecho societario, esa falsa reforma de la empresa tan bien intuida y desarrollada por Garrigues.

En síntesis consiste en no respetar la estructura capitalista de la sociedad anónima insertando en ella piezas inarmónicas que responden al equivocado sistema de pretender la reforma de la empresa a través de la reforma de la sociedad anónima.

Con este procedimiento —según el mismo autor— sólo se han logrado figuras híbridas en las que las sociedades por acciones, que debieran estar gobernadas exclusivamente por los accionistas, dan entrada en el órgano administrativo a los representantes del trabajo. Dentro de estas características se nos presentan las legislaciones alemana y española con sus piezas inarmónicas de codecisión o cogestión, términos con que en general se reconoce la participación de los trabajadores en los órganos administrativos o de fiscalización de las sociedades capitalistas.

Todo ello proviene de una confusión entre reforma de la empresa y reforma de la sociedad, pero una confusión que tiene en buena medida su justificación. Y así se nos advierte que si bien el problema de los trabajadores debe plantearse en el seno de la empresa misma que los afecta, o sea en el cauce del Derecho de la Empresa y no del Derecho Societario, sucede que, como aquél es un derecho por hacer y este último un derecho hecho, resulta con toda evidencia más cómodo y eficaz buscar la reforma de la empresa a través de la reforma de la sociedad.

Esta temática da para mucho más pero nuestra intención no es su desarrollo sino tan sólo su insinuación de estudio dentro del panorama de horizonte futuro que nos hemos trazado a nivel de esta conferencia.

* * *

Por último y con el panorama presente y prospectivo del derecho comercial y societario aún a la vista, nos adentramos en el derecho concursal. Lo de último, quizás tenga que ver —como decía inicialmente— con la avisada literatura que aconseja buscar el verdadero motivo de una carta en su posdata.

Pues bien, desde ya que no puede dejarse de intuir, que los fenómenos económicos captados por el derecho falimentario, también debieron sentirse influenciados por esa cambiante realidad económica que describimos afectando profundamente al derecho comercial moderno.

En efecto, hay algo que trasciende en esta materia como lógica consecuencia de su contenido. La problemática concursal va in crescendo. Sus efectos en cadena se sienten cada vez más, no sólo por razones exclusivamente económicas, sino que también se aceleran por causas sociales concomitantes.

Y entonces y frente a toda esta problemática in crescendo, nos cabe preguntar: ¿qué soluciones se han imaginado? ¿No será otro reto de la Economía al que el Derecho no ha encontrado aún una respuesta eficiente?

En verdad que si hubiere que meditar retrospectivamente, quizás nos encontraríamos con soluciones antiguas más adecuadas a un momento comercial pasado, que las que se han pretendido conjugar legislativamente hasta ahora con el presente.

Al momento actual la literatura jurídica falimentaria tiene sus interrogantes. Scalerá escribe en Italia sobre "Utilità, o no, del fallimento". Brozini incursiona en tema de tanta duda con el sugestivo título de "Il fallimento del fallimento". Por nuestra parte y mediante el uso del método histórico y comparativo, dudábamos también —como lo publicáramos en su oportunidad— que aún después de veinte siglos pudiera afirmarse que los concursos se hubieran solucionado efectivamente en sus objetivos reales y verdaderos.

Pero no obstante estos antecedentes de confusa y dubitativa prospectiva del derecho concursal, quieren las circunstancias que en esta

materia podamos allegar algunas conclusiones personales de solución, compartidas ahora por el derecho comparado, lo cual justifica la tónica puesta al título de esta conferencia, pese a la temática comercial y societaria desarrollada hasta este momento.

Mas para llegar fundadamente a nuestras conclusiones, no podemos dejar de incursionar, aun en la forma más sintéticamente posible, alrededor de los antecedentes que las justifican.

Nos lo enseña así Ascarelli, al recordarnos que no se puede comprender una institución jurídica sin tener en cuenta la función que está destinada a cumplir, ni se puede valorarla en forma crítica, sin tener en cuenta la función efectiva cumplida.

Por su parte Garrigues, no deja de alertarnos sobre la necesidad de observación de la realidad como primera tarea del jurista, no sólo de la realidad económica, sino también de la jurídica.

Pues bien, con semejantes objetivos, proponemos introducirnos, en la forma por demás sintética que anunciamos, al mínimo de antecedentes que puedan resultar útiles a nuestros conceptos finales de comparación y conclusión.

Veamos.

Conviene advertir como premisa inicial, que en materia de tales antecedentes, consideramos de interés sólo los que hacen a una época reciente, sean de origen nacional o extranjero, ya que el aporte de nuestras ideas está orientado prácticamente al presente y futuro del moderno derecho concursal.

En consecuencia y dentro del ámbito de nuestro país, pasamos así por alto las normas de derecho falimentario contenidas en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el Decreto de Rosas de 1836 y su derogación por Valentín Alsina en 1858; las instituciones concursales previstas por el Código de Comercio de 1862 y su reforma de 1889; la ley de quiebras 4156 de 1902 e inclusive hasta la 11719 vigente entre 1933 y 1972, etc.

En lo que se refiere a proyectos de reformas e inquietudes de Congresos, jornadas y conferencias, consideramos que en la medida en que semejantes iniciativas han sido receptadas por la nueva ley 19.551, carecen ahora de interés por sí mismos, y en su caso, procederá su valoración dentro del cuadro de la legislación falimentaria vigente.

Por ello no entramos a detallar las bases aprobadas por el Primer Congreso de Derecho Comercial de 1940; ni las ponencias del Segundo de 1953 de Buenos Aires, o las del Tercero reunido en Rosario en 1969; como tampoco interesa entrar en el análisis de las re-

comendaciones de la Sexta Conferencia Nacional de Abogados de La Plata de 1959, ni de las Jornadas de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Cuyo de 1965 o las específicas sobre la "Reforma a la legislación mercantil" realizadas en la Facultad de Ciencias Económicas de esta misma Universidad en 1967.

En cambio consideramos útil una enunciación breve de la legislación especial que de alguna manera rozó nuestra temática concursal dentro de una concepción moderna del orden público económico.

Así pueden mencionarse las siguientes leyes: N° 17658 que suspendió las acciones judiciales originadas en documentos emitidos por CAVIC por compra de uvas de las cosechas 1966 y 1967, con paralización de los juicios en trámite y suspensión de la ejecución de sentencias; 18778 de igual alcance amparando a la Empresa Las Palmas del Chaco Austral S.A.; 18659 referida a la Compañía Industrial del Norte de Santa Fe; 18790 relacionada en la misma forma con empresas privadas de Chubut que procedieron al cierre de sus plantas,- prórroga de vigencia de tales normas de excepción dispuestas por las leyes 17874 y 17948, 18722, 18817, etc.

Al margen de todo este particularismo y casuística, y con características de alguna generalidad, cabe mencionar también en este orden de ideas la ley 17507 de octubre de 1967 con su D.R. 1768 de abril de 1968. De acuerdo a estas disposiciones legales, se facultaba al Poder Ejecutivo por un plazo de treinta días a autorizar soluciones que posibilitaran la "rehabilitación de empresas" que a criterio del mismo tuvieran influencia económica en el ámbito nacional o regional. Por supuesto que dichas empresas deberían encontrarse en virtual estado de cesación de pagos o con dificultades de tal magnitud que hicieran necesaria semejante "intervención excepcional del Estado" para su superación.

Alrededor de todo este procedimiento se dictaron las leyes 18979, los decretos 1737/70; 898/70 y 4250/71, etc.; como así también más tarde se sanciona la ley 20450 de 1973 y el decreto 1336 de 1974 referidos a renegociación de los convenios suscriptos en virtud de la ley 17507.

Con similares fines podemos recordar asimismo el Instituto de Promoción, Reconversión y Rehabilitación Industrial que fuera previsto dentro del organigrama de la Carta Orgánica del Banco Nacional de Desarrollo, y que en realidad no produjo ningún beneficio general o integral, reduciendo sus actuaciones más conocidas a contemplar los problemas de iliquidez de Siam, Plásticos Barnabó y La Cantábrica.

Pues bien, con todo este casuismo de mayor o menor grado, llegamos a la ley 18832 de noviembre de 1970, y por ende, al inicio de la derogación expresa de las leyes excepcionales de emergencia,

v. gr. la 18833 respecto a la 18686 y 18717; la ley 18878 en cuanto a la 18658, etc.

En lo que se refiere a la ley 18832 cabe consignar su sentido de "intervencionismo estatal" justificado por razones de interés público y para asegurar la paz social. En su mérito, y aunque limitado al caso de determinadas sociedades, se autorizaba al Poder Ejecutivo Nacional a disponer la continuación de la explotación de las empresas, nombrándose administrador en la quiebra o solicitando su designación por el juez en sustitución de los órganos sociales en el juicio de concordato preventivo. Esta ley 18832 pasó a ser "incluida" en la ley de concursos 19551 vigente con determinados alcances y efectos especiales. Con posterioridad, en noviembre de 1972 se sancionó la ley 19980 otorgando grado preferencial de pago a aquellos acreedores cuyos créditos tuvieran su causa en la continuación de la empresa fallida, incluido el propio Estado Nacional que por ley 18832 estaba previsto que pudiera adelantar fondos para posibilitar la continuidad de la actividad de las empresas. Por otra parte y también alrededor de esta legislación especial, se dicta en diciembre de 1972 el Decreto N° 8590 creando la "Comisión Interministerial ley 18832" con funciones de asesoramiento del P.E.N.; control de las empresas; etc.; funciones que luego aparecen incorporadas por ley 20558 y su D.R. 810/73 a la "Corporación de Empresas Nacionales", entidad ésta que por disposición de la derogatoria ley 21800 fue declarada en estado de disolución y liquidación, dando a su vez lugar a la creación de la Sindicatura General de Empresas Públicas por ley 21801.

Pero la situación no termina así. En efecto, en julio de 1977 se sanciona la ley 21606 a aplicarse a los concursos en los que a esa fecha, el Estado Nacional continúe la explotación de la empresa según el régimen de la ley 18832. De su contenido, podemos destacar como trascendente las normas que fijan plazos y procedimientos para disponer y efectuar la enajenación de tales empresas, las causales de exclusión automática del régimen de la ley 18832, supletoriedad de la 19551 para todas las situaciones previstas por la ley 21606, improcedencia futura de incorporación o reincorporación de sociedades en el régimen de la ley 18832, etc. En conclusión, que esta ley 21606 marca una política económica de sentido contrario a la de la 18832.

Por otra parte debemos reconocer que, en la medida en que se provoca tal cambio de política económica, también se vislumbra una presunta falta de coincidencia con los postulados que en su momento informaron la ley 19551 de Concursos. Fue casualmente por semejantes circunstancias que salimos en defensa de la actual Ley de Concursos, fundamentando en la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones su "vigencia económico-social", posición que creemos haber demostrado con argumentos económicos y de derecho comparado incontestables.

Pues bien, dentro de este panorama nacional consideramos que sólo faltaría señalar enunciativamente las soluciones concursales previstas por nuestra legislación positiva falimentaria.

En tal sentido podemos resumir, que la ley 19551 nos presenta en primer lugar, un acuerdo preventivo con una "mayor amplitud y diversificación de medios para la solución preventiva de la crisis patrimoniales", v. gr. quitas, esperas, o ambas, entrega de bienes, constitución de sociedad por acciones con los acreedores, etc., etc. Dentro de semejante amplitud de posibilidades se reglamenta por otra parte en forma más precisa la cesión de bienes.

En segundo lugar, cabe consignar el proceso concursal de la quiebra como solución común por ejecución colectiva, que se regula así sin perjuicio de sus previsiones de conclusión posible por acuerdo resolutorio, avenimiento o pago total. Dentro de tal proceso de falencia se prevé asimismo como institución del moderno derecho concursal y respondiendo al principio de conservación de la empresa, su continuación provisoria y definitiva, determinándose detalladamente para ambos casos su régimen de explotación. Sobre conservación de empresas y en referencia a esta temática, en su momento nos ilustró Quintana Ferreyra, coautor del Anteproyecto de Ley de Concursos, en publicación registrada por la revista El Derecho.

En tercer lugar, la ley 19551 incorpora normas sobre liquidación administrativa aplicables a determinados sujetos del derecho cuya organización se determina por otras leyes especiales. Reconoce su antecedente en la "liquidazione coatta amministrativa".

Y por último, nuestra Ley de Concursos cierra sus previsiones normativas regulando dentro de su contenido la propia institución del concurso civil.

Con lo dicho hasta aquí, creemos haber sintetizado debidamente los antecedentes más ilustrativos del panorama nacional.

Pero el derecho concursal también reconoce antecedentes importantes y modernos en otros países, lo que nos obliga, a los fines de esta conferencia, incursionar aunque más no sea que indicativamente alrededor de las instituciones de que nos da cuenta el derecho comparado.

Por supuesto que para que la finalidad buscada se cumpla y la fundamentación resultante adquiera validez jurídica, deberá tal incursión estar referida a un derecho comparado moderno con aceptación en las naciones de organización semejante o parecida a la nuestra, ya que de esta semejanza organizativa constitucional surgirá la razonabilidad de su poder de convicción. Caso contrario, de tratarse de países totalitarios, no tendrían ninguna relevancia, en cuanto en tales Estados

lo que verdaderamente está en crisis es el derecho mismo como esencia más que como existencia.

Veamos entonces algunas de las principales características de las instituciones más significativas que rigen la falencia en los países libres.

Comenzaremos por Italia. Allí su decr. real 267 del 16 de marzo de 1942 prevé el concordato preventivo, la administración controlada, la liquidación forzosa administrativa y la quiebra. Dentro de esta última, se contempla asimismo tanto la continuación provisional de la empresa para evitar daños graves e irreparables, como la otra propia y verdadera, según así la distingue Satta y con él Brunetti y Navarrini, a los fines de su liquidación.

En cuanto a la novedad de la "administración controlada", con antecedentes en Bélgica, debe consignarse que fue legislada para las empresas que estuvieran en dificultades temporarias. Esto tiene relevancia en lo que significa una posibilidad mayor de conservación de la empresa sin los efectos secundarios propios de la quiebra, al margen de todas las sutiles digresiones que nos presenta la doctrina entre dificultades temporarias y el concepto básico de la insolvencia.

Además de esta legislación típicamente falimentaria, en Italia se presentaron también situaciones excepcionales que fueron motivo de una regulación especial.

Así sucedió en 1933 con el decreto-legge 859 del 15 de junio de 1933 sobre "Provvedimenti relativi all' Istituto per la Ricostruzione Industriale" que da lugar a la creación del I.R.I. para controlar unas pocas empresas de repercusión general, v. gr. la "Banca Italiana di Sconto", la "Società Anónima Gio, Ansaldo y C. in liquidazione", la "Società Finanziaria per l'Industria e il Commercio", etc.; pero que en verdad termina por fijarles un procedimiento de realización sin declaración de quiebra, procedimiento que a su vez sirvió de antecedente a la liquidación forzosa administrativa de la legislación falimentaria de 1942.

Dentro de este mismo orden de ideas cabe mencionar además la legge N° 184 del 22 de marzo de 1971 sobre "Interventi per la ristrutturazione e la riconversione d' impresi industriali" que dio lugar en junio del mismo año a la constitución de la "Società di gestioni e partecipazioni industriali", conocida por su sigla G.E.P.I. y que, bajo forma de sociedad financiera por acciones, sirve al Estado italiano para auxiliar de distintos modos las empresas industriales en dificultades transitorias. Se prevén directivas del C.I.P.E. o sea del "Comitato interministeriale per la programmazione economica" y también aportes del E.N.I., "Ente Nazionali Idrocarburi"; del I.M.I., Istituto Mobiliare Italiano, etc. y hasta del propio I.R.I. ya mencionado. Toda esta temática mereció un

meditado trabajo de Visentini que se publicó en la Revista "Banca Borsa e Titoli di Crédito" bajo el título de "Observazioni sulla struttura giuridica del la GEPI", a cuyo contenido nos remitimos por razones de brevedad y naturaleza de esta disertación.

Por último y en cuanto a otras iniciativas de alguna relevancia podemos recordar el proyecto de "Nuova legge fallimentare" conocido hacia 1968 como "dei dottori commercialisti" por la intervención que tuvieron en él, entre otros, Bianchi D'Espinosa, Ferrara, Provinciali, etc. Sus 227 artículos representan la concreción de una buena obra de doctrina, pero sin grandes innovaciones institucionales. No obstante cabe señalar la figura oficial prevista del "avvocato del concorso", que la práctica tribunalcía demuestra —a nuestro entender— como de intervención más necesaria que facultativa.

Si pasamos ahora a Francia, nos encontraremos en una mayor avanzada del derecho concursal moderno, con la legislación de 1967.

Aquí ya se exhibe con pretendida claridad una línea diferencial entre "l'homme et l'entreprise", aunque no perfecta en todas sus previsiones consecuentes. Por otra parte, será ahora un concepto económico, la seriedad del concordato —concordat sérieux— y no la conducta del deudor, lo que distinguirá un primer plano definitorio entre las dos instituciones reguladas por la ley 67-563 y decreto reglamentario 67-1120, es decir, el arreglo o convenio judicial denominado "réglement judiciaire", y la "liquidation des biens". También se prevé la continuidad de la empresa por lapsos en general determinados, e incluso se regula hasta la eventualidad de celebrar un contrato de locación administrativa sobre los bienes del deudor.

Pero donde se avanza aún más en lo que puede conceptuarse como orientación del derecho concursal contemporáneo, es al dictarse la Ordenanza 820 del 23 de setiembre de 1967 y su decreto procesal consecuente 1255 del 31 de diciembre del mismo año. La propia denominación de la Ordenanza o sea "tendiente a la recuperación económica y financiera de determinadas empresas", nos señala sus evidentes fines de conservación empresaria. Además se prevé coincidentemente la "suspensión provisional de los enjuiciamientos" por orden de un tribunal judicial, aunque es de lamentar que sus previsiones sólo alcancen a determinadas empresas, es decir, las que pudieren ocasionar una perturbación grave a la economía nacional o regional; como tampoco coincidimos con que se fijen plazos ciertos y aún se refiera a "condiciones compatibles con los intereses de los acreedores". Por último destacamos que esta institución prevé la preparación de un plan de recuperación económica y financiera viable y duradero, complementado con otro de consolidación colectiva del pasivo, en actuación de un tribunal con "personal especializado".

Si incursionamos ahora en el derecho anglo-norteamericano, nos encontraremos igualmente con algunas instituciones dignas de ser tenidas en cuenta.

En Inglaterra, y en legislación que data de 1914, se mencionan arreglos posibles con el deudor dentro de una enunciación fáctica de eventualidades previstas con gran amplitud de criterio y sin mayores interferencias recíprocas entre lo económico y lo personal. Por otra parte y procesalmente se faculta al Board of Trade a designar a los "official receivers" semejantes a los síndicos, y en casos especiales se autoriza hasta el remplazo de la administración por un "special manager".

En cuanto a EE. UU., la Chandler Act de 1938 introdujo el capítulo X en la Bankruptcy con la "corporate reorganizaron", con lo cual es dable distinguir el concordato, principalmente otorgado respecto de intereses privados, de la reorganización, que da intervención a la Securities and Exchange Commission como organismo de control federal de las sociedades por acciones, dada la importancia económica que revisiten las anónimas.

En otro orden de ideas y para no extendernos más, nos limitamos a dejar advertido que aún los principios concursales que parecían inamovibles por axiomáticos o esenciales, están siendo objeto de un revisionismo justificado por mayores razones de orden público económico general. Tal es el caso de la "par conditio creditorum" que en la Ley japonesa cede ante la clasificación de los acreedores en grupos, de manera que la igualdad sólo deba respetarse entre iguales, es decir entre los componentes de cada grupo.

¿Con qué finalidad? Sencillamente que así resultan más fáciles y hasta equitativas las soluciones concursales que puedan presentarse en vista a resultados de tipo conservatorio empresarial.

Pues bien, llegados a este punto de avanzada del derecho fallimentario, donde ya se vislumbran incluso sus tendencias, consideramos no obstante de imprescindible necesidad el señalamiento de un último horizonte al cierre de esta conferencia. Casualmente la hemos titulado **"Prospectiva del Derecho Concursal"** por la tónica personal anunciada que sobre este último horizonte pondremos en esta parte final y que bien podríamos caracterizar bajo el subtítulo de "Nuestra tesis doctoral y el Informe Sudreau".

En efecto, en un ilustrado trabajo del profesor Rojo, con quien tengo el honor de mantener correspondencia amistosa e informativa, y cuyo trabajo fuera publicado por la Revista de Derecho Mercantil de Madrid que dirige Garrigues, se daba ya cuenta de medidas propuestas para Francia por el "Rapport Sudreau".

En el mismo número de esa Revista —138 de octubre/diciembre de 1975— se incluye una reseña de la publicación del "Rapport" traducida al español, bajo el título de "La reforma de la Empresa - Informe del Comité de Estudio para la Reforma de la Empresa, presidido por Pierre Sudreau".

Se explica allí, que entre los compromisos adquiridos por Giscard d'Estaigne figuraba el tema de la empresa como objetivo fundamental de su programa de reformas. Por eso encargó a un comité de estudio, presidido por el ex Ministro de Trabajo, Pierre Sudreau y acompañado por representantes de los sindicatos, del mundo económico, patronal y universitario, la elaboración de un informe que sirviera de punto de partida en la redacción de un proyecto de ley sobre reforma de la empresa.

Así se llegó a redactar el "Rapport Sudreau" con setenta reformas patrocinadas, divididas en los diez capítulos en que se articula la obra y que dan cuenta de la diversidad e importancia de los temas tratados.

Ahora bien, en nuestro país por otra parte, acaba de aparecer el primer tomo de la obra de Cámara "El concurso preventivo y la quiebra", digna de los antecedentes académicos de su autor.

En concordancia con las circunstancias que más adelante analizaremos, puede leerse en su texto, en disparidad con la calificación de "slogan" que Solari Brumana atribuye al "mantenimiento de la empresa", su opinión contraria fundada en que "la conservación de la empresa constituye un principio insoslayable de la doctrina y legislación contemporánea...", en prueba de lo cual hace referencia al proyecto de ley francesa redactado por la Comisión presidida por P. Sudreau, con sus setenta reformas sobre la empresa.

Pero aún hay más. En un apéndice del mismo tomo de su obra recién citada, Cámara reproduce el Tema 8 del Informe Sudreau que se titula: "Prevenir las dificultades y ayudar a las empresas a hacerles frente". Y lo hace con un introito, que por emitir opinión breve pero significativa sobre su contenido, no admite síntesis. Dice así: "En este apéndice reproducimos el Informe del Comité de Estudios para la Reforma de la Empresa, presidido por Pierre Sudreau, en el tema 8º, referido a los remedios para prevenir las dificultades y ayudar a las empresas a hacerles frente. Como es sabido, el estatuto legal francés de 1967, no obstante las importantes innovaciones introducidas, en algunos casos rompiendo viejos cánones, no logró el éxito esperado, según exhiben las estadísticas (Chevrier, "De la défaillance financière a une procédure collective renovés", Rev. Trim. Droit Comm., 1976, p. 643), postulándose su modificación. El valioso Rapport, que mencionamos en nuestra disertación abriendo el Primer Congreso Nacional de Derecho Societario (La Cumbre 17/20 agosto 1977), constituye la mayor contri-

bución sobre el candente tema de la empresa, y sin embargo hemos advertido su ignorancia entre los juristas y economistas. Ello explica su transcripción fragmentaria".

De aquí en más y por nuestra parte y por mérito de semejante in-
troito, no podemos menos que señalar de tal transcripción las propias
conclusiones de Sudreau sintetizadas para el tema 8° así: "Resumen de
propuestas: 1) Agrupar ante los tribunales de comercio el conjunto de
informaciones que permiten apreciar la situación real de una empresa.
2) Establecer en beneficio de los accionistas minoritarios, de los asalariados y de los acreedores, sobre la base de criterios objetivos de las dificultades potenciales, un derecho de intervención interna en la dirección de la Sociedad. 3) Constituir un organismo de asistencia a la empresa en dificultades, investido de una misión de diagnóstico, de consejo a la gestión o de intervención, para definir o fijar un plan de recuperación o de conversión de las empresas que están bajo procedimiento judicial".

Las propuestas así resumidas se encuentran a su vez debidamente fundamentadas en la parte Dertinente del Informe Sudreau. De tales fundamentos, mencionaremos textualmente algunos párrafos de los que luego surgirá su relación con nuestra tesis, especialmente en lo que se refiere a la propuesta tercera.

Dicen así: "...El progreso logrado por la reforma del derecho de quiebra de 1967 es incompleto. La falta de gestión puede llevar consigo la salida de dirigentes por decisión del juez, pero éste no tiene medios concretos para hacer prevalecer una solución económicamente justificada que pueda hacer a la empresa realmente viable.... Los expertos de la agencia (u organismo) podrían ser llamados por los presidentes de los tribunales para hacerse cargo momentáneamente de la dirección de la empresa, dentro del marco de ejecución del plan de recuperación consecutivo a la suspensión provisional de pagos. En el caso de empresas bajo procedimiento judicial, la agencia (u organismo) podría ser designada en calidad de comisario de ejecución del convenio y participar de la búsqueda de nuevos accionistas o asociados que sustituyesen a los antiguos. Asimismo, para las sociedades en situación de liquidación de bienes, la agencia (u organismo) podría participar en la búsqueda de compradores.... De esta forma, esta agencia (u organismo) podría ser concebida como el complemento del comité de restructuración industrial creado en octubre de 1974 para ayudar a las conversiones de las empresas medianas y pequeñas. Constituiría, sobre todo, el instrumento económico de los diferentes procedimientos judiciales de suspensión provisional de pagos, de liquidación judicial o de liquidación de bienes. . . Este organismo de asistencia a la recuperación o a la conversión podría tener el estatuto de un establecimiento público (industrial y comercial). . . El éxito de este organismo esta-

ría condicionado evidentemente por la constitución de un cuerpo de expertos de gran valor. Principalmente entre ellos podrían en el futuro reclutarse los administradores y los síndicos, cuyas respectivas misiones deberían redefinirse. Por último, es importante subrayar que este organismo no responderá a su verdadera misión si no es más que un pretexto para hacer sobrevivir superficialmente a las empresas que no son viables. Debe ser concebido dentro de la preocupación de una política industrial y social equilibrada". A todo esto cabe acotar por nuestra parte, que en párrafo anterior se aconsejaba en general que: "Sólo los presidentes de los diez tribunales de comercio a los cuales la ordenanza de setiembre de 1967 habilita para conocer de la suspensión provisional de pagos, deberían poder resolver sobre la aplicación de este derecho de intervención", lo cual significa la preconización de la actuación de tribunales especializados en la materia.

Pues bien, frente a todo este desarrollo y propuestas del "Rapport Sudreau" que dejamos concretamente señaladas en la parte pertinente que destacamos, pretendemos introducir una correlación comparativa con respecto a nuestra tesis doctoral de años anteriores al Rapport francés.

De esta manera y con la exhibición de sus múltiples similitudes, nos sentimos hoy reconfortados al meditar —con la modestia que exige la verdadera ciencia— sobre el acierto y adelanto con que concebíamos y redactábamos nuestro pensamiento de entonces, orientado a la búsqueda de una solución prospectiva del derecho concursal que ahora aparece propiciada por el derecho francés, sin dejar de reconocer que ya para aquellos años, el propio Jurado integrado por Quintana Ferreyra, Cámara y De Arteaga lo advertía premonitoriamente al calificar nuestra tesis de: original y novedosa, con distinción otorgada por "ALTO MERITO".

Y para la exhibición de tales similitudes sin distorsión de ninguna especie, consideramos del caso usar del mismo método de las menciones textuales que empleáramos respecto al "Rapport Sudreau".

Así de nuestra tesis doctoral, que tituláramos "Hacia un Instituto Nacional Regulador de Empresas Concursales" (INREC), enunciaremos en primer término sus conclusiones y luego algunos párrafos de su fundamentación. Fue concebida por nuestra parte después de meditados estudios y experiencias de la década del sesenta, y presentada a la Universidad Nacional de Córdoba hacia el año 1972.

En su parte final concretábamos entonces las siguientes conclusiones: "... 2º) Que aún las últimas legislaciones y elaboraciones doctrinales contemporáneas de derecho comparado e internacional tratan las soluciones concursales con debilidad de procedimientos o en forma desorganizada y sin una concepción concreta de solución integral ade-

cuada a los fines de la empresa moderna. 3°) Que todo ello justifica la necesidad de la organización de un Instituto Nacional Regulador de Empresas Concursales idóneo y con amplias facultades dadas en el ámbito nacional por ley de su creación, con una estructura de funcionarios permanentes especializados en las distintas ramas del quehacer empresario, para actuar con eficiencia en la recuperación económica, financiera y social que asegure la continuidad y la conservación de la empresa. 4°) Que en esa concepción de competencia administrativa total del INREC para la solución de los problemas socio-económicos y financieros de la empresa, la actuación del tribunal de justicia debe quedar reservada a la problemática específicamente jurídica, sin perjuicio del eventual control jurisdiccional del INREC. 5°) Que a los efectos de que el INREC se mantenga dentro de un nivel idóneo de eficiencia y eficacia y con actuación uniforme, y no se vea entorpecida su actividad por la dilación de los procedimientos judiciales, éstos deben estar previstos sobre la base de tribunales nacionales y especializados, colegiados y de instancia única, con impulso de oficio y en número suficiente como para que puedan cumplirse todas las actuaciones que correspondan al tribunal judicial en el menor plazo posible que se fije, 6°) Que aun a título de ensayo, podría admitirse la creación del Instituto Nacional Regulador de Empresas Concursales previsto, aunque limitado en su competencia a una etapa prejudicial o de conciliación obligatoria y con suspensión de enjuiciamientos. Todo ello, sin perjuicio de su implantación gradual en la forma integral que propugnamos, y de las vías jurisdiccionales previstas eventualmente con distintos alcances y oportunidades de actuación, pudiendo, inclusive, llegar el INREC a sobrepasar los límites de nuestro tema actuando precaucionalmente en las administraciones judiciales, o asesorando preventivamente la crisis de la pequeña y mediana empresa. 7°) Por último, y como innovación menor de hecho y de derecho, podrían otorgarse al INREC la sindicatura y toda la actividad administrativa de los procesos concursales, dentro de la mecánica fijada por las leyes de la materia, incluso la continuidad de la empresa, el Registro Nacional de Concursos y la funcionalidad prevista por la ley 18832, pero con la mayor amplitud de facultades legales, y, sobre todo, con la mayor eficiencia previsible normativamente que se le pueda dispensar en todas las esferas de actuación de la empresa, y hasta en su vinculación con el Poder administrador en el momento en que las eventuales soluciones concursales precisaren de él para el cumplimiento de los fines de interés público y social comprendidos en la conservación y continuidad de la empresa".

Estas fueron nuestras conclusiones de tesis, y a continuación enunciaremos algunos párrafos que en su desarrollo fundamentaron tales conclusiones.

Decíamos entonces: "... Y aquí deviene la base de nuestro planteo: lo jurídico y lo económico-financiero y social no pueden ser trata-

dos con un mismo criterio terapéutico. A lo jurídico... pueden dar soluciones los jueces, pero a lo económico-financiero y social, sólo un ente administrativo con personal especializado permanente y agilidad de procedimientos puede encontrar su solución. Creemos que el desencuentro con este punto de vista ha determinado la mayoría de los fracasos de las soluciones concursales previstas en el curso de los tiempos". ... "La economía de empresa precisa de soluciones ágiles y oportunas en manos de especialistas idóneos, cuyas directivas resulten eficientes a la gestión financiera y su repercusión social". ... "Más aún, pensamos, previendo secuelas que conducirán a nuestro tema, que incluso en ese ente deberán hallarse en el futuro los administradores judiciales de las empresas afectadas. ..". "¿Cuántos inclusive serán los integrantes de ese ente oficial administrativo que quedarán en las empresas privadas!". "... Con esa asistencia técnica, lo que se trata es casualmente de colocar a la pequeña y mediana empresa en condiciones de competir con la gran empresa..." "...nos mueve a pensar en un futuro previsible donde el INREC pudiera ampliar sus actividades, que por ahora circunscribimos a las necesidades de nuestra terina, a funciones de asesoramiento e intervención preventiva con sus cuerpos de funcionarios competentes..." "...un sistema de funcionarios permanentes de distintas especialidades, abogados, contadores, licenciados en administración de empresas, especialistas en ciencias económicas, contables y comerciales, y en planeamiento de recuperación empresarial; especialistas en promoción y publicidad, estudios de costos y de mercados, tratamiento de asuntos laborales, ingenieros de distintas especialidades, expertos en alta dirección de empresas, etc." ... "Lo cierto es que con la estructura así bosquejada, creemos que se podría llegar a una institución especializada y competente para afrontar una intervención decidida alrededor de las empresas concursales..." "... Por eso creemos que con la responsable actuación del INREC deben paralizarse todas las ejecuciones forzadas de acreedores quirografarios sin fijación de plazo, y suspenderse, aunque sea por un término prudencial, la de los acreedores con garantía real...". "La intervención inicial del INREC podría ser prevista en virtud del pedido del propio deudor o de un acreedor o de un número determinado de ellos, y aun de oficio en ciertas circunstancias, v. gr. para el caso de baja cotización en bolsa o por acreditarse la existencia de ejecuciones individuales sobre bienes imprescindibles de la empresa, etc."... "El planeamiento de recuperación empresarial debe ser estudiado en el INREC por sus funcionarios especialistas y ejecutados por ellos orgánicamente..." "...No descartamos la posibilidad de una falta absoluta de solución integral final, pero consideramos que por si tal razón hubiera que llegar a una liquidación, ninguna podría ser más seria, eficiente y económica que la que resolvería practicar en su caso el propio INREC con visión empresarial. Incluso, podría ser este mismo Instituto el en-

cargado de dar solución debida al problema de la reubicación del elemento humano en otras fuentes de trabajo"... "...Creemos razonablemente que las facultades que se otorguen a un instituto de la naturaleza del que defendemos deberían ser amplias, pudiendo llegar a intervenir en la transferencia obligatoria de la empresa o de su capital accionario por razones de orden público, pero decididamente y por la vía legal que se determine..." "... y supuesto el caso en que en otra determinada política legislativa no se quisiera llegar tan lejos en el otorgamiento de facultades, aun así creemos en la utilidad del INREC y aconsejamos su actuación, hasta más allá de un período de suspensión de toda tramitación judicial, para poner orden y poder pensar en soluciones integrales debidamente planificadas y coordinadas"... "Consideramos, pues, razonadamente, que la eventualidad de la actuación jurisdiccional expuesta, no sólo debe darse en los tribunales especializados, sino que también debe responder a la jurisdicción y competencia de la Nación. A esta conclusión se puede llegar por una doble fundamentación de necesidad de carácter económico y funcional..".

Y con estos párrafos de nuestra tesis y sus conclusiones antes expuestas, dejamos a una simple lectura comparativa su cotejo con las propuestas y párrafos de fundamentación que años más tarde nos presentara el Rapport Sudreau.

Consideramos que sus similitudes resultarán tan evidentes a través de esa simple lectura de cotejo, que podemos dar aquí por terminada esta conferencia sin ninguna otra expresión adicional de fundamentación.