

CONJUNTO ECONÓMICO: ¿RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD MATRIZ?

Elías Mantero Mauri
Laura L. Chalar Sanz

1. INTRODUCCIÓN

La intención de este trabajo es colocar en perspectiva la problemática de las responsabilidades civiles en el seno de aquellas agrupaciones de sociedades que se ha dado en llamar "conjunto económico".

Se trata de saber si la mera existencia de un conjunto societario¹ que reúna determinadas características (tales como el control ejercido por una dominante o la dirección unitaria) habilita a sostener que la matriz o controlante debe ser responsable por las deudas de las demás sociedades del grupo. A tal interrogante nuestra respuesta habrá de ser negativa.

A nuestro criterio, sostener la posición de la responsabilidad objetiva implica afirmar la ilicitud del conjunto económico como figura, lo cual no surge del derecho positivo de la mayoría de los ordenamientos donde la cuestión se ha tratado, incluyendo al uruguayo.

Otra cuestión que se suscitará es la de si puede aplicarse en este caso el instituto de la responsabilidad por el hecho del dependiente, procedente del ámbito civil; en otras palabras, si puede considerarse a las sociedades controladas integrantes de un

conjunto económico como "dependientes" en relación a la matriz, para así imputar a esta última la referida responsabilidad respecto de las deudas incurridas por las controladas. Cuestión a la que nuestra respuesta también será negativa.

Adelantamos asimismo que lo anterior no implica negar con carácter absoluto la responsabilidad de la matriz por obligaciones incumplidas de las controladas, pero que tal responsabilidad será en todo caso derivada del comportamiento de la matriz en relación al incumplimiento de tales obligaciones.

En Uruguay no existe un tratamiento sistemático del tema, pese a que éste ha cobrado indudable relevancia en la actualidad. Algunos estudios doctrinarios nacionales, así como la contada jurisprudencia existente (fuera del ámbito laboral) que ha encarado el tema del grupo económico, han negado que la mera estructura grupal pueda dar lugar a la atribución indiferenciada de responsabilidad entre las sociedades pertenecientes a la misma. Pero tal conclusión encuentra fundamento en la imposibilidad de aplicar la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica (disregard) a este tipo de situaciones, en tanto esta figura requiere la existencia de fraude en perjuicio de determinados sujetos, y la adopción de una estructura grupal —dicen estos autores— no supone por sí

¹ En el curso de este trabajo, las expresiones "conjunto económico" y "grupo económico" se utilizarán en forma indistinta.

misma la persecución de finalidades fraudulentas.

Como veremos, el tema de las responsabilidades en el grupo puede ser enfocado sin transitar por la cuestión del *disregard*, aunque las conclusiones a las que en definitiva se arribe serán similares a las alcanzadas por los autores que vinculan ambas cuestiones.

Es nuestro propósito contribuir a una comprensión integral de esta problemática y a disipar las numerosas incertidumbres existentes, ofreciendo un tratamiento de la cuestión coherente con lo que surge de nuestras normas.

2. CONCEPTO DE CONJUNTO ECONÓMICO

A los efectos de este trabajo, entenderemos por conjunto económico *aquel conjunto formado por varias sociedades que, pese a mantener su independencia jurídica, se encuentran vinculadas por lazos económicos de variada índole, existiendo una de ellas, la matriz, que habitualmente posee poderes de decisión e imposición de autoridad sobre las otras, encontrándose en ella la característica que se ha dado en llamar "facultad de control", que puede, en determinados escenarios, implicar asimismo dirección unitaria.*

Decimos "habitualmente" porque existen algunas tipologías grupales, las de los llamados "grupos descentralizados" y "grupos paritarios", donde esta facultad de control se ve diluida o directamente desaparece. En los hechos, la concentración societaria puede operar a través del establecimiento de relaciones de *coordinación* o de relaciones de *subordinación*² entre las

sociedades del grupo, lo que a su vez genera agrupaciones empresariales *horizontales* o *verticales*. En las primeras, las empresas se encuentran situadas en un mismo plano y la relación que existe entre ellas es de coordinación, por lo que, si hay dirección unitaria, la misma no provendrá del control sino de una decisión empresarial libremente asumida. En las agrupaciones *verticales*, que son las que interesan a los efectos del presente trabajo, la vinculación entre las sociedades es de naturaleza jerárquica, con un sometimiento de todas ellas a una empresa central o dominante.³

En las agrupaciones de tipo vertical, el control puede presentarse en el ámbito interno, es decir, la participación social o accionaria predominante de una sociedad en otra (que determina facultades de dominación), o externo (lo que nuestra ley define como "especiales vínculos"), por ejemplo, a través de "*un 'entorno' contractual: préstamos financieros, asistencia técnica, management, cesión del uso de la marca y otros vínculos que dejan libre a la sociedad controlada en su aspecto interno, pero limitan fuertemente su campo de actuación*".⁴

Por otro lado, en el ámbito del grupo, como en toda realidad empresarial o societaria, la riqueza de figuras es sumamente vasta, y en tal ámbito encontraremos ejemplos de tipo coordinativo, carentes de relaciones de dominación o con una notable autonomía de gestión. En materia de atribución de responsabilidad

³ Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, "Tratado de los Contratos", Tomo I, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, 2003, págs. 74-75.

⁴ LORENZETTI, op. cit., pág. 76. Ver también RAFAEL MARIANO MANÓVIL, "Grupos de sociedades en el derecho comparado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 127 a 144, quien ubica estos conceptos dentro de los métodos que no alteran la estructura jurídica interna de la sociedad; y HÉCTOR ALEGRÍA, "Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control", en "Estudios en homenaje a Isaac Halperin", Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 304.

² Ver JOSÉ A. FERRO ASTRAY, "Uniones de empresas", en "Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture", Montevideo, 1957, pág. 238; JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, "Introducción al derecho de los grupos de sociedades", Editorial Comares, Granada, 2003, págs. 6 a 8; MARÍA LUISA DE ARRIBA FERNÁNDEZ, "Derecho de grupo de sociedades", Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 97-98.

des, particularmente, se impone el rechazo de cualquier tipo de simplificación que no tome en cuenta las numerosas diferencias que la realidad puede ofrecer.⁵ Es claro, por ejemplo, que en las estructuras de carácter paritario y de coordinación, y en las fuertemente descentralizadas, donde no está presente la figura del control, no puede razonablemente plantearse la existencia de responsabilidades intragrupo, incluso cuando exista una dirección unitaria; consecuentemente, nuestras referencias al grupo en el curso de este trabajo deberán entenderse como formuladas respecto del jerarquizado o de estructura vertical.⁶

3. SISTEMAS COMPARADOS DE RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO⁷

A nivel de sistemas comparados, existen básicamente tres esquemas de responsabilidad: el del "entity law", el del "enterprise law" y el llamado "sistema dual". Los analizaremos, someramente, en ese orden.

El sistema del entity law es el tradicional, que parte de la premisa de que las sociedades son personas jurídicas independientes, por lo cual la extensión de responsabilidad entre ellas no puede ser nunca el principio general. Sin perjuicio de ello, bajo determinados supuestos, es posible

llegar a la extensión de responsabilidad entre ellas mediante el mecanismo de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o descorrimiento del velo societario, mecanismo que requiere la existencia de un comportamiento ilegítimo de la controlante para poder operar. Fuera de este supuesto que podría llamarse patológico, y que se da por la vía del disregard, la extensión de responsabilidad entre sociedades no es admisible.

Este sistema es originariamente proveniente de los países del common law, y ha llegado a constituir un precepto básico del ordenamiento jurídico societario de la mayoría de los países.

Por su parte, el enfoque del enterprise law contempla al grupo económico como un fenómeno global y unitario, en el cual el control de la dominante sobre las controladas determina la responsabilidad de la primera por las obligaciones de las últimas. Hasta el momento, como señala el autor español Girgado Perandones, este sistema no ha tenido reflejo normativo alguno.⁸

Finalmente, nos encontramos con el sistema dual, que proviene del derecho alemán (a través de la Aktiengesetz)⁹ y se presenta, con variantes, en Brasil (Lei das Sociedades por Ações)¹⁰ y en Portugal (Codigo das Sociedades Comerciais)¹¹. En este sistema se prevé la conformación del grupo por la vía contractual, o sea, la existencia de un acuerdo entre las sociedades que implicará los elementos de control ya

⁵ Cf. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, op. cit., págs. 11 a 14; el mismo autor, en prólogo a "La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo", de PABLO GIRGADO PERANDONES, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2002, pág. 10; y, en la misma obra, págs. 26 - 27.

⁶ Cf. jurisprudencia española citada por PABLO GIRGADO PERANDONES, "La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en derecho español. Situación legislativa y actuación de los tribunales", trabajo publicado en Revista de Derecho Mercantil, Madrid, enero-marzo 2003, No. 247, pág. 117, nota 127.

⁷ Con carácter general, MANÓVIL, op. cit., págs. 191 a 220.

⁸ GIRGADO, libro cit., pág. 34, donde se dice que "el sistema de la enterprise law rompe frontalmente con la idea de independencia jurídica de las sociedades integradas en un grupo (...) y con ello con uno de los dogmas clásicos del Derecho de sociedades. (...) Por otro lado, la Comunidad Europea, en cuanto a sus normas societarias que han entrado en vigor, ha reflejado una visión desde la entity law en lugar de la perspectiva proyectada para grupos desde el enterprise law".

⁹ Cf. MANÓVIL, op. cit., págs. 421 a 562. Ver también DE ARRIBA FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 37-38.

¹⁰ Cf. MANÓVIL, op. cit., págs. 200 a 212.

¹¹ Cf. MANÓVIL, op. cit., págs. 212 a 220.

referidos, con el correlato de una asunción de responsabilidades por la matriz respecto de la filial. En ausencia de este contrato, la propia ley reconoce la existencia de "grupos de hecho", en los cuales se debe indemnizar a los terceros por los daños causados por la imposición de órdenes o pautas.

Es de señalar que la elevada complejidad del sistema alemán ha conducido a elaboraciones jurisprudenciales que buscan superar la distinción entre grupos contractuales y fácticos a través de nuevas figuras, como la del "grupo fáctico cualificado", cuyo tratamiento excede el propósito de este trabajo.¹²

4. SISTEMA URUGUAYO

En el derecho uruguayo, si bien el conjunto económico carece de una regulación orgánica y coherente, resulta —como veremos— igualmente contemplado, principalmente en la normativa societaria que es, obviamente, su *sedes naturae*. También hay referencias al grupo económico en sede tributaria, en la normativa bancocentrista (verbigracia, el artículo 86 del Libro III de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero, que ofrece una definición del conjunto) y en las recientes Leyes No. 17.292 (Ley de Urgencia) y 17.613 (Ley de Fortalecimiento del Sistema Bancario). En ninguna de estas normas se establece la propagación de responsabilidades entre las sociedades integrantes del grupo, salvo en la Ley No. 13.426 donde sí se establece una comunicación de responsabilidades, pero en una

hipótesis de conducta ilícita asimilable al fraude pauliano, con el siguiente tenor: "*Cuando existan dos o más empresas de cualquier índole por desdoblamiento de capitales de un mismo conjunto económico, de tal manera que ese desdoblamiento pueda tener como consecuencia la disminución o eliminación de la solvencia de la empresa originaria o de la garantía de cobro de las contribuciones devengadas a favor de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Industria y Comercio, este organismo estará facultado para exigir de cualquiera de ellas la satisfacción de los adeudos ya devengados en cada una o en su totalidad*" (art. 32 inc. 1º). Nótese como, al igual que en la acción pauliana, se trata del supuesto de un deudor que se insolventa por la vía del desdoblamiento del patrimonio empresarial, generando la imposibilidad de la Administración para hacer efectiva la deuda tributaria.

Como señaláramos, la Ley No. 16.060 (Ley de Sociedades Comerciales) es el cuerpo normativo donde encontramos alguna regulación del grupo económico que, si bien dista de ser una normativización integral, contiene referencias precisas respecto a la responsabilidad de la controlante dentro de la agrupación. Hasta donde sabemos, esta cuestión no ha sido abordada doctrinariamente hasta ahora, si bien nos parece que la misma es de fundamental importancia. Aunque las disposiciones en cuestión no mencionan específicamente al grupo económico, lo cierto es que, por la vía de la referencia a sociedades vinculadas, controladas y controlantes, el legislador está reconociendo la existencia del fenómeno a través de las figuras que éste suele presentar en la práctica. Dicho en otras palabras, aunque el grupo económico como fenómeno de la realidad no es tratado como tal en la Ley, ésta sí reconoce a los elementos que lo integran y regula su actividad, a tal punto que la definición que da, en su artículo 49, de sociedades controladas, puede entenderse como una definición del grupo económico tal como el mismo ha sido definido en este trabajo: "*Se conside-*

¹² Para jurisprudencia alemana, véase GIRGADO, libro cit., pág. 43 y sgs., especialmente los casos "Video" y "TBB". En el primero de ellos, en una aplicación extrema de la teoría que viene de reseñarse, se valoró la responsabilidad de la matriz independientemente de su actuación, simplemente por su inserción en una estructura de grupo; en el segundo caso, a raíz de la fuerte crítica doctrinal suscitada por fallos de este tenor, la judicatura alemana cambia radicalmente su posición e impone la obligación de responder solamente en casos de abuso de la posición de dominio.

rarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias o en mérito a especiales vínculos, se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades”.

Es decir que nuestra ley societaria está reconociendo la existencia de un fenómeno por el cual varias sociedades, unidas por vínculos de diversa naturaleza que pueden incluir la participación de unas en otras, presentan una relación de influencia o dominación de alguna o algunas de ellas sobre las demás. Como se echa de ver, esto no es sino un conjunto económico.

Con relación a los “especiales vínculos” a que refiere la Ley, hay acuerdo en sostener que se trata de relaciones contractuales o fácticas que vinculen a las sociedades en aspectos tecnológicos, económicos, logísticos, etc., y que determinarán el control de unas sobre otras.¹³

Dicho esto, interesa saber qué se establece, en la norma que regula el conjunto económico en el Uruguay, acerca de las responsabilidades por el ejercicio del control. Las normas relevantes son el artículo 50 (*Deberes y responsabilidad de los administradores*) y el 51 (*Obligaciones de la sociedad controlante*). El primero de ellos establece que *“los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada o controlante en perjuicio de la sociedad administrada, debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas o con compensaciones adecuadas. Serán responsables de los daños y perjuicios causados en caso de violación de esta norma”*. Por su parte, el segundo dispone que *“la sociedad controlante deberá usar su influencia para que la controlada cumpla su objeto, debiendo respetar los derechos e intereses de los socios o accionistas. Responderá por los daños causados en caso de violación de estos deberes y por los ac-*

tos realizados con abuso de derecho. El o los administradores de la sociedad controlante serán solidariamente responsables con ella cuando infrinjan esta norma. Cualquier socio o accionista podrá ejercer acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente o para obtener la reparación de los daños causados a la sociedad. Si la sociedad controlante fuera condenada, deberá pagar al socio o accionista los gastos y honorarios del juicio, más una prima del 5% calculado sobre el monto de la indemnización debida. (...)”.

Como se ve, el artículo 50 regula el accionar de los administradores de sociedades integrantes de un conjunto económico en el ámbito interno, poseyendo legitimación para accionar (según señala Rodríguez Olivera) la sociedad perjudicada, sus accionistas en caso de que ésta no actúe, y los terceros acreedores por aplicación del artículo 395.¹⁴ Se trata de una acción social que, en el caso de los acreedores, tiende a reconstruir el patrimonio social y funciona por subrogación de la sociedad o accionistas omisos en el accionamiento.

Lo que resulta relevante a los propósitos de este trabajo es el artículo 51. Esta norma impone una pauta de actuación a la sociedad controlante, que no podrá utilizar su poder de control en perjuicio de la controlada ni de sus socios o accionistas. Se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre la controlante y su administrador cuando éste infrinja la norma. Lo importante de esta disposición es, a nuestro modo de ver, lo siguiente: (i) En primer lugar, que de la misma surge que **la ley uruguaya no considera al conjunto económico ilegítimo en modo alguno, sino que solamente desvalora la conducta vulneratoria del cumplimiento del objeto de la controlada y/o los intereses de sus socios o accionistas**. Como han señalado muchos autores, la agrupación de empresas, aun con un

¹³ Véase, por todo, NURI RODRÍGUEZ OLIVERA, “Agrupaciones societarias”, FCU, Montevideo, 1989, pág. 26 y sgs., y LORENZETTI (ver nota 3 *supra*).

¹⁴ RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., pág. 41.

componente de control, puede ser un elemento positivo y saludable para el desarrollo de la economía y de la sociedad en general (lo que es reconocido en la norma que viene de transcribirse), en la medida en que dicho control no se ejerza en forma ilegítima o abusiva,¹⁵ y no existe en nuestro derecho ningún inconveniente jurídico para que una sociedad participe en otra o en otras ni tampoco para que las controle; (ii) **La legitimación para accionar por el comportamiento de la sociedad controlante respecto a la controlada, derivado de sus potestades de control, recae exclusivamente sobre la sociedad controlada perjudicada y sus socios o accionistas también perjudicados, no alcanzando a los terceros acreedores de la controlada.** Nótese que la Ley de Sociedades, en oportunidad de regular específicamente la responsabilidad de la sociedad controlante por el ejercicio de sus facultades de control, no otorga legitimación para reclamar a ninguna otra persona fuera de las expresadas, de lo cual se deduce que los acreedores de dicha controlada no tienen tal legitimación. Esta es la interpretación que se desprende claramente del texto de la norma.¹⁶

En síntesis, el grupo económico como tal es completamente lícito de acuerdo con la ley uruguaya de sociedades comerciales, sede natural del tema, la cual, además de regular la participación de unas sociedades en otras, le atribuye determinados efectos al comportamiento de los administradores de las sociedades del grupo y de la sociedad controlante. Esto será trascendente a la hora de determinar el régimen

de responsabilidad de la controlante del grupo.

5. REFUTACIÓN DE LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La responsabilidad objetiva de la sociedad matriz de un conjunto económico, entendida como una obligación automática de responder por las deudas de todas las sociedades del grupo (sistema del "enterprise law"), no es en general de recibo. Esta afirmación puede aplicarse a la mayoría de los sistemas jurídicos, incluyendo el uruguayo, donde el principio es la ausencia de comunicabilidad de la responsabilidad dentro del grupo, por no existir normas en sede societaria que la consagren y sí, por el contrario, normas que consagran expresamente la separación de patrimonios en las sociedades de capital (arts. 223 y 244 de la Ley de Sociedades Comerciales).

En nuestro derecho, ya hemos demostrado que la Ley de Sociedades Comerciales, ámbito natural de regulación de la cuestión, no reconoce ninguna comunicación de responsabilidades de este tenor, por lo cual no puede concluirse que por la mera pertenencia a un conjunto los acreedores puedan perseguir a una sociedad (que generalmente será la controlante) por deudas existentes en cabeza de otra (generalmente una controlada).

Anticipamos que probablemente se argumentará que el tema de la responsabilidad de la controlante frente a acreedores de la controlada, no siendo específicamente endosocietario, no tendría por qué estar tratado en la Ley de Sociedades Comerciales porque su ámbito de regulación es el Código Civil; de lo cual podría a su vez derivarse que tal ausencia de regulación no sería un argumento valedero para postular la ausencia de responsabilidad objetiva en el grupo. A ello respondemos que la ley societaria no soslaya el tratamiento de responsabilidades de tipo civil frente a terceros, y en ella se encuentran instan-

¹⁵ Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., págs. 28-29; GIRGADO, libro cit., págs. 23, 28, 29 y revista cit., pág. 101.

¹⁶ En el mismo sentido y analizando la norma uruguaya, MANÓVIL, op. cit., págs. 656 a 658. No descartamos la posibilidad de un accionamiento por parte de un acreedor de la controlada, en vía subrogatoria y frente a la omisión de los legitimados naturales; pero ello no por derecho propio, sino para reconstruir el patrimonio de la sociedad vulnerada.

cias típicas de la misma, por ejemplo la responsabilidad de los administradores contemplada en el artículo 391, donde aparece el tercero acreedor como legitimado activo por derecho propio.¹⁷ Consecuentemente, la omisión de la Ley en establecer un sistema de responsabilidad de la controlante frente a terceros acreedores de la controlada, no es otra cosa que la forma en que dicha norma ha regulado el tema.

Las mismas conclusiones que surgen del análisis de la Ley de Sociedades Comerciales pueden extraerse de las normas aisladas que mencionan al grupo en otros ámbitos, generalmente con la finalidad de ejercer un particular control sobre ellos en atención a sus especiales características. En ningún caso, con excepción de elaboraciones jurídicas en el ámbito del derecho laboral,¹⁸ se ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva, ni ella ha sido recogida por la jurisprudencia. Una excepción la constituye una reciente interpretación del artículo 14 de la Ley No. 17292,

¹⁷ Véase BEATRIZ VENTURINI y TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI, "Un tema de actualidad: La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIX, pág. 573, y ALEJANDRO MILLER, en "Análisis exegético de la Ley 16.060", Tomo II, FCU, Montevideo, 1993, págs. 193-194.

¹⁸ Para un estudio de la cuestión laboral que incluye una visión general de las opiniones doctrinarias, véase ALEJANDRO CASTELLO, "Responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo", FCU, 2004, pág. 96 y sgs. Se trata de elaboraciones de la doctrina y jurisprudencia en la materia más que de normas expresas, y, si bien pueden ser objeto de crítica (véase RICARDO OLIVERA GARCÍA y JUAN MARTÍN OLIVERA AMATO, "El disregard of legal entity en la jurisprudencia", en Anuario de Derecho Comercial, Tomo 10, pág. 378), se fundan en los principios generales de protección que rigen esta rama del Derecho. Consecuentemente, no resultan trasladables al ámbito extra-laboral (cf. Sentencia No. 190/00 del TAC 1º, esp. Considerando 3º). No es de recibo la posición de SIEGBERT RIPPE y DANIEL GERMÁN ("Concursos de los conjuntos económicos", Revista de la Facultad de Derecho, N° 14, Julio - Diciembre, 1998, pág. 89), donde se invoca entre otros elementos- la aplicabilidad de principios tales como los de la realidad y buena fe como fundamentos para lograr la comunicación de deudas. Y

el cual reza como sigue: "Sustitúyense los artículos 70 de la Ley N° 2.230 de 2 junio de 1893 y 1767 del Título XIX del Código de Comercio, los cuales quedarán redactados de la siguiente forma: "ARTICULO 70 y ARTICULO 1767.- Admitida la gestión [concursal] el Juez nombrará en el mismo acto dos acreedores elegidos entre los doce de mayor monto que no sean privilegiados, ni sociedades vinculadas, controlantes o integrantes de un mismo grupo económico con la gestionante, con la finalidad de intervenir e informar sobre el giro de los negocios. (...)". En base a este texto, se ha pretendido sostener que la sociedad controlante podría resultar obligada por las deudas incurridas por su controlada, aparentemente en base al reconocimiento que dicha norma realiza de la figura del grupo económico.¹⁹ Entendemos que esta posición no encuentra apoyatura en el texto normativo (el cual simplemente impone una inhabilitación para obtener la calidad de acreedor informante) ni en ningún otro elemento. La consecuencia jurídica atribuida a la existencia del grupo es la que se establece expresamente, excluyéndose, por ende, cualquier otra. Es más, el texto en cuestión reconoce implícitamente la licitud del grupo como tal y que una sociedad integrante de un grupo pueda ser acreedora de otra del mismo - de lo contrario, no tendría sentido establecer que no puede ser designada como acreedora informante -, lo cual contradice claramente esta posición sobre la comunicación de responsabilidad, además de los otros planteos del autor sobre la extensión de la falencia al resto del grupo. Consideramos, por tanto, que la interpretación que viene de citarse no resulta admisible.

ello porque la conclusión a la que se llega en aplicación del principio de la realidad simplemente será que existe un grupo, lo que no es ilícito *per se*, así como la existencia de un grupo no apunta por sí misma a una conducta de mala fe.

¹⁹ JORGE ARIAS BOUZADA, "Concurso y responsabilidad del conjunto económico", extraído de La Justicia Uruguaya Online (Tomo 129).

De lo que viene de exponerse se desprende que nuestro sistema jurídico no reconoce la responsabilidad objetiva, entendiéndose como tal la no vinculada al comportamiento de quien en definitiva resulta responsable. A esta conclusión ha arribado algún prestigioso autor nacional. Así, Olivera García y Olivera Amato rechazan enfáticamente la aplicabilidad del sistema del "enterprise law" al derecho uruguayo, expresando que la jurisprudencia nacional "en materia civil y comercial ha sido contundente en el rechazo de la teoría del conjunto económico al afirmar que esta doctrina es de aplicación en derecho laboral y fiscal, pero a los efectos de determinar las relaciones de dependencia entre trabajadores y empresas. No tiene aplicación en materia civil o comercial a los efectos de cobrar créditos".²⁰

Por su parte, Nicolás Herrera arriba a similares conclusiones, si bien encuadrando el problema dentro de la teoría del disregard (*vide supra*, 1): "La sola existencia de un conjunto económico en sentido genérico, de una vinculación de empresas, no amerita, de por sí, la aplicación de la teoría del disregard. Todo aquel que contrata con una sociedad comercial con personería jurídica (nos referimos especialmente a las que consagran la responsabilidad limitada de socios o accionistas por las deudas sociales) conoce el alcance jurídico de sus actos y la personalidad jurídica de la sociedad le es totalmente oponible. Hay que probar el abuso de ese derecho genérico de la personalidad jurídica con todo su contenido y consecuencias jurídicas. No alcanza con alegar que se utilizó a la sociedad, por ejemplo, con el solo fin de limitar la responsabilidad de quien o quienes son sus titulares. (...) El elemento control por sí solo no es un fundamento suficiente para suponer un abuso de la personalidad jurídica (habrá atipicidad pero no ilicitud) ni para hacer

responsables a las demás sociedades vinculadas o a la controlante".²¹

En el área jurisprudencial, por su parte, una de las muy escasas sentencias existentes, proveniente del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, ha expresado correctamente que "la mera actuación grupal, la existencia de sociedades controlantes y controladas, no constituye per se fundamento suficiente para aplicar la teoría del disregard que legalmente está sujeta a la justificación del fraude y perjuicio correctamente conceptualizados y acreditados (art. 189 ley no. 16060)". En otra sentencia de la misma Sala se sostuvo, citando a López Mesa y en igual criterio, que "aun cuando se admita por vía de hipótesis que dos sociedades se encuentran sometidas a unidad de decisión o constituyan una unidad económica o un grupo de sociedades, no resultarían datos suficientes para prescindir de la autonomía jurídica de cada uno de los sujetos societarios implicados en las actuaciones, en tanto no se alegue y pruebe que se hayan instrumentado las formas jurídicas para perjudicar al demandante en sus derechos, pues lo adecuado es respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto éste no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas, ya que la desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencia distintas, tiene por exclusivo fundamento la comprobación del abuso del privilegio concedido en detrimento del orden público o de derechos de terceros".²²

Como se ve, tanto doctrina como jurisprudencia citadas²³ tratan el tema a tra-

²⁰ OLIVERA GARCÍA y OLIVERA AMATO, op. cit., pág. 373.

²¹ NICOLÁS HERRERA, "Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho", en Anuario de Derecho Comercial, Tomo 1, pág. 68.

²² TAC 3°, sentencia número 97/99 del 28 de julio de 1999 (red. Minvielle), en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXX, pág. 169, y sentencia número 234/03 del 17 de octubre de 2003 (red. Chalar), en La Justicia Uruguaya, Tomo 131, caso 14953.

²³ La doctrina y la jurisprudencia argentinas

vés de la teoría del disregard, arribando a la conclusión de que, en tanto no existe fraude (requisito para que proceda la aplicación de este instituto), no corresponde efectivizar el levantamiento del velo societario ni, consecuentemente, la comunicación de responsabilidades dentro del grupo. En este sentido, consideramos que los

parecen llegar a las mismas conclusiones que las nuestras. Para la primera, véase GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, quien en "Derecho Societario - Parte General - La personalidad jurídica societaria", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, pág. 333, sostiene que "el control sobre una sociedad no es motivo suficiente para desestimar la personalidad de tal sociedad y extender sus obligaciones y responsabilidades a la persona controlante". Para la segunda, véase el fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala A, 9-8-79, "Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial Hoy S.A.", La Ley 1980-C-27, E. D. 85-488, citado por EFRAÍN HUGO RICHARD en "La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades", Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 4 (Fraudes), Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, pág. 118. El fallo en cuestión establece que "no basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (...) mediante la aplicación de la teoría del disregard, ya que el proceso de concentración empresaria tiene - con excepción de casos patológicos - una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que el Derecho intenta regular. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación, ni el control, ni la estructura en holding, ni el sistema de filial y madre - para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas - , han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del disregard of legal entity. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada persona de existencia ideal en el Derecho". En igual sentido, sentencia española del año 2000 citada por GIRGADO, la cual destaca que es inaceptable imputar un incumplimiento de una sociedad del grupo al resto del grupo: "[L]a actuación en el tráfico de diversas sociedades que forman parte de un grupo empresarial, manteniendo cada una de ellas frente a las demás una independencia en las relaciones jurídicas establecidas, no es por sí constitutivo de fraude de Ley o abuso de derecho. [M]ucho menos puede elucubrarse que en el grupo económico constituido por varias sociedades, los contratos que cualquiera de ellas celebran con terceros legitiman a las demás para ser parte activa o pasiva en los litigios que tengan su fuente en los mismos" (revista cit., págs. 128 - 129).

textos citados llegan a conclusiones acordes al tratamiento que el grupo económico recibe en nuestra normativa. Sin perjuicio de ello, creemos que el tema puede ser estudiado sin necesidad de utilizar el instrumento disregard, ya que la responsabilidad de la controlante podría efectivizarse por otros fundamentos, en aplicación del principio contenido en el artículo 1319 del Código Civil y por haberse producido una lesión en el crédito, como veremos oportunamente.

Por otra parte, es necesario considerar una corriente doctrinaria que pretende fundar la comunicación de responsabilidades en una supuesta responsabilidad por el hecho del dependiente, siendo el dependiente en este caso la sociedad controlada, y el principal la controlante. Pensamos que esta teoría no es de recibo, según se explicitará a continuación.

6. PRETENDIDA RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE POR EL "HECHO DEL DEPENDIENTE"

La responsabilidad por el hecho del dependiente, instituto que se ubica en sede de responsabilidad extracontractual,²⁴ es indirecta (por hecho ajeno) y consecuentemente de carácter objetivo. Existe en primer lugar un responsable directo, autor del daño, pero el artículo 1324²⁵ coloca junto

²⁴ Esto es, la responsabilidad generada por la comisión de ilícitos no consistentes en incumplimiento de obligaciones.

²⁵ Artículo 1324 del Código Civil: "Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos que están bajo su potestad y viven en su compañía. Los tutores y curadores lo son de la conducta de las personas que viven bajo su autoridad y cuidado. Lo son, igualmente, los directores de colegios y los maestros artesanos respecto al daño causado por sus alumnos o aprendices durante el tiempo que están bajo su vigilancia. Y lo son, por último los dueños o

a él a un segundo deudor (el llamado "responsable por hecho ajeno"), con la finalidad de acordar a la víctima mayor protección y posibilidades de reparación.²⁶ Se trata de una responsabilidad no vinculada al comportamiento, ya que quien está situado en posición de responsable indirecto responde por el accionar ajeno independientemente del propio. En otras palabras, dado que no se es responsable por la propia conducta, la cual resulta indiferente, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad vicaria, esto es, objetiva, de la que sólo será posible exonerarse en caso de ausencia de culpa del dependiente.

Como viene de decirse, hay autores que han propugnado la aplicación de estos preceptos a las estructuras grupales jerarquizadas, considerando que la posición de la controlada debe asimilarse a la situación de dependencia de que da cuenta el art. 1324 inc. 1° del Código Civil.

Así Gamarra²⁷, en base a la sostenida no taxatividad del elenco de sujetos responsables previstos en el 1324 (que representa un apartamiento de su posición anterior)²⁸ y al criterio de la dependencia

directores de un establecimiento o empresa, respecto del daño causado por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuviesen empleados. La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

²⁶ Cf. JORGE GAMARRA, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", FCU, Montevideo, 2003, Tomo XX, Volumen 2, pág. 201, y GERARDO CAFFERA, "Responsabilidad por hecho del dependiente: dependencia económica y poder de control en la doctrina y jurisprudencia actual", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXIV, pág. 509 y sgs.

²⁷ Quien, en esta instancia, estudia el punto en el ámbito exclusivo de los ilícitos extracontractuales.

²⁸ GAMARRA, "Lo nuevo y lo viejo en la responsabilidad extracontractual", Anuario de derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXII, pág. 731 y sgs.; para su posición original, "Tratado..." cit., edición del año 1993, pág. 194 y sgs. Los suscriptos comparten el criterio sostenido por Gamarra en su primer estudio del tema, por cuanto, siendo el principio general la responsabilidad por acto propio, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno deberían estar taxativamente establecidos.

económica aplicado al inciso 1° de dicho artículo (que consagraría el principio general de la responsabilidad por hecho ajeno), postula "*la posibilidad de incluir a los agentes económicamente dominantes, con poder sobre otros sujetos integrantes del mismo grupo, dentro del art. [1324] (...)*"²⁹, situación verificable en "*el marco de la unión de sociedades (grupo), donde una de las cuales es controlante y la otra controlada*".³⁰

Sin entrar a considerar si tal asimilación es viable, lo cual es objeto de debate por ejemplo en la jurisprudencia italiana,³¹ consideramos que no es posible aplicar la norma general del 1324 existiendo, como existe, una pauta específica (la ley societaria) que constituye un sistema normativo autónomo o *lex specialis* y, como vimos, regula el tema sin establecer una tal responsabilidad; una aplicación extensiva del 1324 a situaciones encuadradas en un sistema especial que prevé soluciones diferentes, resulta vulneratorio y disruptivo del mismo. Debe tenerse en cuenta que, más allá de la procedencia de establecer -en virtud del control- determinadas analogías entre las situaciones previstas por el Código Civil y la estructura societaria grupal, lo cierto es que toda sociedad es, en definitiva, un instrumento dirigido por sus socios controlantes. Y, si hiciésemos de esta realidad (como consecuencia de equipararla a la situación de dependencia) un fundamento para imponer un esquema de responsabilidad objetiva en el ámbito del grupo, caería todo el sistema basado

²⁹ GAMARRA, op. cit., pág. 253. En el mismo sentido parece inclinarse JAIME BERDAGUER, "El concepto de dependencia económica en la responsabilidad extracontractual del empresario (art. 1324)", en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXIV, pág. 479.

³⁰ GAMARRA, "Lo nuevo y lo viejo..." cit, pág. 734.

³¹ Para un estudio de esta controversia jurisprudencial en Italia, véase PIER GIUSEPPE MONATERI en "Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco - Le fonti delle obbligazioni- La responsabilità civile", UTET, Torino, 1998, pág. 618 y sgs.

en la separación de derechos y obligaciones de los socios respecto de la sociedad. Debemos recordar que este sistema es lícito y se encuentra consagrado y tutelado en nuestro ordenamiento jurídico.³² Como señala correctamente Cabanellas de las Cuevas, *"tratándose de los controlantes y socios, la función jurídica de la personalidad societaria es justamente aislar a los derechos, obligaciones y responsabilidad de la sociedad - en cuanto persona jurídica- de su potencial imputación a los socios e integrantes de los órganos societarios"*.³³

Por otra parte, debe señalarse que la estructura argumental del entrañable Maestro en punto a la responsabilidad de la controlante no puede utilizarse para pretender comunicar deudas derivadas de ilícitos contractuales de la controlada (incumplimientos de vínculos obligacionales preexistentes), ya que el artículo 1324 regula hipótesis de responsabilidad extracontractual, mientras que el incumplimiento de las obligaciones referidas por parte de la controlada constituye, indudablemente, un caso de responsabilidad de carácter contractual, lo

cual no ha dejado de ser observado por el propio Gamarra^{34 35}.

Tampoco consideramos de recibo los desarrollos que formula Dobson³⁶ acerca de la aplicación del artículo 1113 del Código Civil argentino, equivalente de nuestro 1324.³⁷ En efecto, este autor, si bien propugna la vigencia de esta norma respecto del grupo, y consecuentemente la responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito del mismo, señala luego que tal aplicación sólo procede cuando el control se ejerza en forma abusiva. Comienza el autor por decir que *"el concepto de dependiente utilizado en la norma del art. 1113, Código Civil, resulta (...) comprensivo de la noción de 'sociedad controlada' (...) cuan-*

³⁴ Sostiene el tratadista que en estas hipótesis queda excluida *"la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente (art. 1324), que solamente puede originarse en la violación de un deber extracontractual (neminem laedere) por parte de éste (el dependiente); no existe responsabilidad extracontractual por incumplimiento de obligaciones"*. ("Lo nuevo y lo viejo..." cit., pág. 734 y "Tratado...", Tomo XX, ed. 2003, cit., págs. 161 y 162).

³⁵ Tampoco sería aplicable a la situación que nos ocupa el artículo 1555 del Código Civil, que regula la responsabilidad contractual por hecho ajeno (llamada "responsabilidad por el hecho del auxiliar" para diferenciarla de la responsabilidad por el hecho del dependiente), por cuanto éste supone que no existan vínculos obligacionales entre el perjudicado y el causante del daño, mientras que, en nuestro caso, se trata precisamente de incumplimientos contractuales de la controlada (Cf. GAMARRA, "Tratado..." cit., Tomo XVII, 2ª edición, 1999, pág. 228).

³⁶ JUAN M. DOBSON, "El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)", Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 627 y sgs.

³⁷ Artículo 1113, Código Civil argentino: *"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable"*.

³² Cf. OLIVERA GARCÍA y OLIVERA AMATO, op. cit., pág. 378: *"Todos estos principios [atinentes a la personalidad jurídica de las sociedades, y que incluyen la limitación de responsabilidad del socio o accionista], creadores de estatutos jurídicos especiales, representaron un aporte valiosísimo del derecho a la economía capitalista, y fueron herramienta indispensable para el desarrollo del comercio. Todos estos principios requieren seguir siendo defendidos porque continúan siendo pilares de nuestro sistema económico y social"*. Nuestro sistema normativo, corolario de una determinada concepción económica, ha instituido una serie de principios que rigen el funcionamiento de las sociedades de capital; más allá de que, por fundamentos éticos o morales, el mismo pueda ser cuestionado, la vía para modificarlo no puede ser la desaplicación del derecho positivo vigente.

³³ GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., pág. 373 y sgs. El mismo autor señala que *"dada la estructura de las personas jurídicas, la sola existencia del control jurídico no será factor atributivo de dependencia"*.

do mediar abuso del control".³⁸ Véase la contradicción inherente a aplicar un artículo que consagra responsabilidad objetiva a casos de comportamiento ilícito de la controlante exclusivamente. Posteriormente, en la misma línea, señala que "la norma del art. 1113, Código Civil, primera parte, es comprensiva de la del 'control abusivo', aun cuando no la del simple control jurídico".³⁹

La responsabilidad por hecho ajeno es automática y está completamente desvinculada del comportamiento de quien en definitiva, y por vía indirecta o vicaria, resulta responsable y habrá de responder objetivamente. Si sustentamos la procedencia de la misma respecto del grupo económico, deberemos decir que la misma se produce *ipso jure* por la sola existencia de control (dependencia). Pero resulta inconsistente, y opuesto a toda lógica, pretender efectivizar una responsabilidad de carácter objetivo atendiendo al comportamiento ilícito de quien resulta responsable. Esta será, en todo caso, una responsabilidad directa, encartada en el artículo 1319 de nuestro Código Civil,⁴⁰ que analizaremos a continuación.

Por otro lado, Dobson pretende utilizar el artículo 1113 del Código argentino para fundar una responsabilidad de tipo contractual, lo cual, como se expresara anteriormente (*vide supra*), no es de recibo.

7. RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO

Como ya se ha señalado, la cuestión de la atribución de responsabilidad a la sociedad controlante del grupo estriba sobre optar por "un criterio de atribución estructural (...), basado en la mera existencia de un grupo, [u] otro fundado en el comportamiento o conducta del mismo o, más pre-

cisamente, de las sociedades que lo integran (...)".⁴¹ Entendemos que la primera de estas opciones no es avalada por nuestras normas e implicaría dotar a la figura del grupo de una especie de ilicitud intrínseca que no es establecida por ellas; mientras que la segunda opción "reconoce la pluralidad del grupo y analiza quién ha sido el desencadenante (con su comportamiento) de la actuación negligente. Las diferencias son obvias, ya que esta segunda opción legitima la estructura de grupo, limitando la responsabilidad de sus integrantes a la transgresión de un estándar de diligencia mediante un comportamiento inadecuado".⁴²

En nuestra opinión, el comportamiento de la controlante que perjudica ilícitamente a acreedores de la controlada (cuando existe un vínculo causal entre la conducta de la controlante y el incumplimiento de la controlada) es generador de responsabilidad, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 1319 del Código Civil.⁴³ Se trata de responsabilidad

⁴¹ GIRGADO, libro cit., pág. 82.

⁴² *Ibidem*. Según GIRGADO, el sistema legal español (coincidente en este aspecto con el uruguayo) opta por este segundo criterio; este autor sostiene que para que surja responsabilidad "no basta sólo con imputar la acción a la sociedad dominante, sino que tal acción debe ser calificada como contraria a Derecho, de manera que la responsabilidad en sede de grupos se fundamente en atención a la conducta de los sujetos y no porque éstos hayan decidido articular su actividad mediante una estructura de grupo (op. cit., págs. 99-100). Ver además MANÓVIL, op. cit., pág. 615, donde se expresa que "como principio general, [la] responsabilidad está vinculada a la conducta observada en el ejercicio del poder de dirección del grupo, y no a la mera presencia de la estructura grupal. El elemento subjetivo es, entonces, factor indispensable para atribuir responsabilidad por el ejercicio desviado del dominio"; en la misma línea, DE ARRIBA FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 398-399.

⁴³ Podrá cuestionarse esta afirmación en virtud de que el artículo 1319 forma parte del Código Civil, y se ha sostenido anteriormente en este trabajo que la aplicación del artículo 1324 del mismo cuerpo debe rechazarse por existir una norma especial en la ley societaria. Frente a esto respondemos que las dos cuestiones no pueden resolverse de la misma mane-

³⁸ DOBSON, op. cit., pág. 632.

³⁹ DOBSON, op. cit., pág. 641.

⁴⁰ GAMARRA, Tratado cit., Tomo XX, edición 2003, pág. 180.

delictual o cuasidelictual, ya que no existe vínculo obligacional entre controlante y acreedor de la controlada,⁴⁴ y a nuestro entender se enmarca dentro de la figura de la tutela aquiliana del crédito lesionado.

Reconocer la responsabilidad de un tercero por "lesión del crédito" radica en declarar ilícito el accionar de aquel sujeto que, en conocimiento de la existencia de un vínculo obligacional entre un deudor y un acreedor, provoca o determina con su comportamiento que el deudor de la prestación incumpla con ella. Por ello se sostiene que el comportamiento de dicho tercero que perjudica al acreedor, dañando su derecho de crédito, genera responsabilidad extracontractual.⁴⁵ Se afirma, en tal sentido, que no sólo los derechos absolutos deben ser respetados por todos, sino que también deben serlo aquellos derechos que se tienen contra una persona determinada (los derechos de crédito). Estos últimos, por lo tanto, merecen igual tutela.⁴⁶ De esta manera, se acepta que el que coadyuva con su conducta a la violación de un derecho de crédito actúa ilícitamente, puesto que ello supone la invasión de la esfera jurídica ajena, y que en consecuencia debe reparar los daños ocasionados en forma concurrente con el productor directo del daño.⁴⁷

Para habilitar el accionamiento contra la controlante por parte del acreedor de la controlada que se ha visto indirectamente perjudicado, deben probarse todos los ele-

mentos de la responsabilidad (ilicitud, daño y nexo causal, así como el factor de atribución subjetivo), para lo cual será de utilidad la pauta indicadora del desvío del objeto social prevista en el citado artículo 51. Así, se ha dicho que *"el desvío del control tiene por consecuencia un apartamiento del interés social de la controlada en beneficio del controlante. Este utiliza los bienes de la controlada como si le fueran propios, poniéndolos en actividad en su propia ventaja. La ventaja del controlante importa la correlativa desventaja de la controlada (...). La aptitud económica (aptitud de generar utilidades) o financiera (aptitud de afrontar pagos) de la controlada son lesionados, produciéndose un daño a la persona jurídica. El acreedor de la persona jurídica ve así reducidas o cercenadas completamente sus expectativas de satisfacción de sus derechos, por el acto de un tercero respecto de la primera, esto es, del controlante"*.⁴⁸

Al respecto debe mencionarse que Gamarra analiza sentencias relativas al incumplimiento de un contrato de compraventa (ilícito contractual), en este caso perpetrado por la controlada que estaba ligada a su controlante por un contrato de concesión, de las que se extraería la posibilidad del acreedor damnificado de la primera de responsabilizar a la controlante por hecho propio. Y esto por la vía del artículo 1319, en base a la figura que venimos de analizar (tutela aquiliana del crédito)⁴⁹.

ra, pues la responsabilidad por hecho propio es un principio general no susceptible de exclusión y que, por otra parte, no resulta objeto de tratamiento especial por la ley societaria.

⁴⁴ La ilicitud podrá eventualmente provenir de alguna de las conductas desvaloradas por el artículo 51 de la ley societaria.

⁴⁵ Cfm. GAMARRA, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", FCU, Montevideo, 1991, Tomo XIX, pág. 291 y sgs. En doctrina italiana, ver GIORGIO CIAN y ALBERTO TRABUCCHI, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, Padova, 1999, pág. 1894.

⁴⁶ GAMARRA, Tomo XIX cit., pág. 298.

⁴⁷ Para jurisprudencia, véase Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXI, caso 783, pág. 370.

⁴⁸ DOBSON, op. cit., pág. 621. Algunos ejemplos podrían ser que la controlante, vinculada a la controlada por un contrato de distribución, se niegue a vender a esta última bienes de que ésta debe disponer por hallarse obligada frente a un tercero; o que la controlante obligue a la controlada a hipotecar, en garantía de deudas de la primera, inmuebles propios que en definitiva resulten ejecutados para cumplir obligaciones de la controlante, llevando a la controlada a la insolvencia; o que la controlante afecte reiteradamente la liquidez de la controlada.

⁴⁹ El prestigioso profesor plantea, incluso, que estas conclusiones podrían extenderse fuera de los supuestos de vinculación contractual entre las unidades del grupo, pues las mismas *"no varían cuando los integrantes del grupo no están ligados contrac-*

Sin embargo, estimamos que las consecuencias jurídicas que habilitarían estos fallos no son aceptables, en tanto se impondría a la controlante una especie de deber de vigilancia sobre el comportamiento de la controlada, tendiente a precaver que su insolvencia perjudique a terceros contratantes⁵⁰. Así, una de las sentencias analizadas, procedente de la Suprema Corte de Justicia⁵¹, expresa que *"el concedente debió conocer la situación de insolvencia de su concesionaria, que le impidió cumplir las obligaciones que contrajera frente a sus clientes y (...) al no haber adoptado las medidas tendientes a precaver el daño que ello generó, justo es que sea alcanzado por las reglas de la responsabilidad aquiliana (...) [Debe] el concedente responder ante las reclamantes por su omisión negligente de controlar a la concesionaria"*.

Entendemos que tal deber no surge del artículo 1319. El deber de no causar daño consagrado en el mismo no puede convertirse en un deber de impedir que otra persona lo haga. La tutela aquiliana del crédito, en el contexto de controladas y controlantes, comprenderá exclusivamente situaciones en las que la insatisfacción de la deuda de la controlada está provocada directamente por el comportamiento de la controlante, por la vía de privar a aquella de los medios necesarios para cumplir sus contratos (tal el caso del ejemplo ma-

nejado en nota 48) o de provocar su insolvencia por la afectación abusiva de su patrimonio.

Lo contrario implicaría arribar a consecuencias análogas a las del artículo 1324 (en donde se responde por el hecho de otro), que Gamarra - como vimos - descarta para estos casos por no ser aplicable a ilícitos contractuales, y que nosotros también descartamos, por ésa y otras razones (*vide supra*). Y es que, de ese modo, lo que sale por la puerta vuelve a entrar por la ventana, ataviado para la ocasión con distinto ropaje.

Por otra parte, la imposición de ese supuesto deber de precaver la insolvencia dañosa, en tanto no surge del 1319 ni de ninguna otra norma, contrariaría el artículo 10 de nuestra Constitución, donde se establece que *"ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"*.

Resulta ocioso destacar que el supuesto de responsabilidad bajo análisis no comprenderá nunca a integrantes del grupo distintos a la sociedad controlante (es decir, sociedades hermanas), pues tal esquema presupone necesariamente la potestad de impartir instrucciones dañosas, lo cual sólo resulta posible para la sociedad cabeza del grupo.

Señalaremos, finalmente, que en el supuesto que venimos analizando se conjugan dos tipos diferentes de responsabilidad: la de la controlada, por su incumplimiento contractual, y la de la controlante, de carácter aquiliano, fundada en haber causado el incumplimiento de la primera. Corresponde entonces determinar si la actuación ilícita de ambos agentes puede conducir a la aplicación del régimen de las obligaciones solidarias. Entendemos que la respuesta es negativa, ya que el principio general en materia de responsabilidad por hecho propio (1319 C.C.) es que el ofensor debe reparar el daño que ha causado, sin ir más allá del mismo. Cada sociedad deberá responder en forma proporcional al daño efectivamente causado por ella. Es

tualmente entre sí como sucede en la concesión [pues] el fundamento de la responsabilidad no es la relación contractual sino la existencia de una actividad comercial dirigida y organizada por el titular del poder y ejecutada por el agente económico dominado" ("Tratado...", Tomo XX, ed. 2003 cit., pág. 165).

⁵⁰ "[Para hacer responsable a la controlante] habría que aceptar que [ésta], también y al mismo tiempo, asumiría un deber extracontractual tendiente a proteger a los terceros que contratan con el concesionario o distribuidor, ubicado dentro del campo (no pacífico) de la tutela aquiliana del crédito" ("Lo nuevo y lo viejo..." cit., pág. 734; véase más ampliamente "Tratado..." ult. cit., pág. 162 y sgs.). Nótese que GAMARRA, al describir el status jurisprudencial del tema en ambos estudios, pone de relieve las dudas que el mismo genera.

⁵¹ Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXX, págs. 382 - 383.

fundamental tener en cuenta, además, que la norma que consagra la solidaridad en el ámbito de la responsabilidad aquiliana (artículo 1331 inc. 1º del Código Civil) se aplica únicamente ante la comisión de delitos por una pluralidad de sujetos, y nunca operará como principio en los casos en que uno de los ilícitos (el de la controlada) es de fuente contractual y el otro (el de la controlante) de fuente extracontractual.⁵²

En conclusión, la responsabilidad (proporcional) de la controlante por deudas incumplidas de la controlada sólo podrá efectivizarse cuando tal incumplimiento pueda atribuirse causalmente (y probando todos los demás elementos de la responsabilidad extracontractual) a su propio accionar, el cual deberá consistir en hechos positivos y no en la omisión de un supuesto deber genérico de evitar la insolvencia de la controlada, deber que no existe, por no surgir de ninguna norma.

8. EL DISREGARD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Por último, corresponde analizar la problemática del uso del disregard como herramienta para obtener la comunicación de responsabilidades en el interior del grupo (*vide supra*, 5). Como ya vimos, el grupo económico y el disregard son dos temas interrelacionados, ya que los mismos argumentos que permiten descartar la comunicación de responsabilidades fundada en la teoría del conjunto económico son los que permiten descartar el empleo del disregard. En este sentido, es nuestra opinión que la técnica del levantamiento del velo no puede aplicarse en forma automática. Esta herramienta, tal como ha sido consagrada en nuestro ordenamiento (art. 189 de la Ley de Sociedades Comerciales), reclama la presencia del presupuesto frau-

de. En la medida que éste no exista, no será procedente el recurso a la prescindencia de la personalidad jurídica.⁵³ Entendemos que la diversificación de riesgos y separación de patrimonios mediante la utilización de un conjunto de sociedades no está prohibida⁵⁴ ni puede considerarse abusiva o fraudulenta por sí misma, según ha sido sostenido en este trabajo.⁵⁵

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente, el grupo económico no es ilícito *per se* y la atribución de responsabilidad en cuestión no procede a menos que medie un comportamiento ilícito de la controlante, equiparable al fraude que habilita a prescindir de la personalidad jurídica como medio para comunicar deudas. Vemos, entonces, cómo se arriba a las mismas conclusiones por distintos caminos, sin perjuicio de que no existe fundamento para analizar el problema en el contexto exclusivo del instituto levantamiento del velo.

9. CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de este trabajo, creemos haber aclarado nuestra posición sobre la cuestión planteada en el título. La responsabilidad objetiva de la matriz dentro del conjunto económico no es sustentada por nuestro ordenamiento. En todo caso, po-

⁵³ Cf. GIRGADO, libro cit., pág. 77 y sgs., y revista cit., pág. 116 y sgs.

⁵⁴ Sobre los alcances del principio de limitación de responsabilidad de los socios, véase MANÓVIL, op. cit., págs. 965 a 970.

⁵⁵ Cf. HERRERA, ibidem nota 21, y GIRGADO, libro cit., pág. 29. Contra, en razonamientos que a nuestro entender no son admisibles, NURI RODRÍGUEZ OLIVERA y CARLOS LÓPEZ RODRÍGUEZ, "Regímenes concursales", FCU, 2003, pág. 252 y sgs. Tampoco estamos de acuerdo con el postulado de dichos autores acerca de que las sociedades del grupo puedan considerarse integrantes de una sociedad de hecho (art. 39 de la Ley No. 16.060), y así responder unas por las deudas de otras. Las normas específicas que regulan los casos de control (en el que se inserta el grupo económico) no atribuyen tal consecuencia a los mismos; ello sin entrar en el análisis de si en estos casos se dan o no los requisitos para que exista una sociedad de hecho.

⁵² Cf. Gamarra, "Tratado..." cit, Tomo XIX, págs. 308 y 324 a 326.

drá admitirse la responsabilidad (extracontractual) de la controlante cuando ésta, en virtud de su propio comportamiento, provoca el incumplimiento de la controlada; debiéndose probar, a tales efectos, la existencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad. Esta conclusión se apoya en un análisis armónico de las normas especiales de la ley societaria y la norma general consagrada en el artí-

culo 1319 del Código Civil. Resulta impropio intentar fundar la obligación de responder en el artículo 1324 de dicho Código. Finalmente, para el caso de que se aborde esta cuestión desde la óptica del *disregard* —lo cual, como se viera, no es necesario—, es fundamental tener en cuenta que éste requiere un fraude que no se encuentra en la sola existencia del grupo económico.