

CONTROL EXTERNO. CONFIGURACIÓN. RESPONSABILIDADES

OSCAR ALFREDO GARCÍA

PONENCIA

1.- Existe diferencia estructural y de génesis en los supuestos de control definidos por el artículo 33 LS. Mientras en los casos aprehendidos por los incisos 1º y 2º, primera parte, la *influencia dominante* arraiga en la participación orgánica; la que deriva de la existencia de "especiales vínculos" entre las sociedades por definición excluye aquella participación y finca en el dominio económico.

2.- De esta diferencia genética en orden al hecho generador del control, se derivan -"more geométrico"- dos órbitas de análisis dogmáticamente escindibles, que no pueden ser aprehendidas desde la unidad conceptual.

3.- En los supuestos de control externo o económico, fundado en un vínculo contractual, sólo cabe imputar responsabilidad al controlante, en los términos del artículo 54, LS, cuando: A) el daño se ha producido en "ocasión" del contrato, es decir, fuera de su órbita o cuando fue utilizado "como acceso a la posibilidad de dañar" y B) Cuando el incumplimiento contractual (típico) "degenera en delito del derecho criminal" (argumento artículo 1107, C.Civil).

4.- Los daños derivados del incumplimiento contractual típico, fuera del supuesto anterior, deben ser resarcidos bajo el esquema de la

responsabilidad contractual, hipótesis no alcanzada por el artículo 54, LS.

5.- Sobre el administrador de la controlada, en los supuestos de control económico, pesan cargas de previsión y diligencia, cuya génesis se encuentra en la particular actividad desarrollada por su administrada y en las condiciones de mercado en las que opera, que no pueden ser ignoradas o desconocidas por este, dada su profesionalidad consustancial (LS:59 y C.Civil:902), pero cuyo incumplimiento en modo alguno enerva o produce mengua en la responsabilidad del controlante, en los límites que resultan del punto 3°.-

DESARROLLO

La reciente aparición de una obra¹ y la publicación de un extenso trabajo de doctrina² en los que se sostiene la extensión de la quiebra principal al controlante externo, nos ha movido a nuevas reflexiones sobre (i) la atinencia del ejercicio de una "influencia dominante" a partir de la existencia de "particulares vínculos" entre las sociedades y (ii) los presupuestos de la atribución de responsabilidad al controlante externo, en los términos del artículo 54 de la Ley 19.550 (en adelante, LS). Los interrogantes, formulados en sede tópica, preceden -en el plano lógico- a la consideración de la temática concursal, abordada en los trabajos citados.

El método de análisis no necesita ser enunciado, ya que resulta del propio desarrollo de la ponencia.

I:1) DIFERENCIA GENÉTICA ENTRE LOS SUPUESTOS DE CONTROL PARTICIPACIONAL Y EXTERNO O ECONÓMICO. I:2) SUS CONSECUENCIAS

I:1) La regulación del control fue abordada en forma limitada por el legislador. La definición de los supuestos que lo configuran viene dada por el artículo 33, incisos 1° y 2° de la LS. La forma en que debe ser exteriorizado en los estados contables por los artículos 62³, 63:1° b, d) y 2.I a); 64 I a) 8); 65 1° g) 2° c) y 66, 6°. Las incompatibilidades que genera, por el artículo 286, inciso 2° LS. La responsabilidad derivada del ejercicio disfuncional, por el artículo 54 LS, eje

¹ GRISPO, J. D. y BALBÍN, S., "Extensión de la Quiebra", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, paginas 122 a 127.

² MARTORELL, E. E., "Legitimidad y procedencia de la extensión de quiebra por abuso de control contractual", ED, diario del 5 de febrero de 2001, N° 10.187, páginas 1 y siguientes.

³ La norma impone al controlante interno de derecho (LS 33, inciso 1) la obligación de presentar estados contables anuales consolidados, confeccionados con arreglos a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas que establezca la autoridad de contralor.

medular en torno al cual se vertebra el juzgamiento de las conductas en el marco de la actuación grupal.

Más allá de este acotado marco regulatorio, se constata que existe una notoria diferencia estructural y de génesis en los supuestos definidos por el artículo 33 LS. En efecto, mientras en los casos aprehendidos por los incisos 1° y 2°, primera parte, la *influencia dominante* arraiga en la participación orgánica; la que deriva de la existencia de “especiales vínculos” entre las sociedades, que por definición excluye aquella participación, finca en el dominio económico.

De esta diferencia genética en orden al hecho generador del control, se derivan “more geométrico”- dos órbitas de análisis dogmáticamente escindibles, que no pueden ser aprehendidas desde la unidad conceptual.

I:2) En un catálogo preliminar y enunciativo, que en modo alguno pretende agotar los problemas que plantea una y otra hipótesis de control, se pueden señalar las siguientes diferencias:

- El control interno, de derecho (33:1) o de hecho (33:2, 1° parte), lleva a considerar los supuestos de subordinación y desplazamiento, por actuación orgánica, del interés de la controlada. El control externo podrá derivar en una afectación del interés social de la controlada, más no en su disposición orgánica, salvo incumplimiento de los deberes del administrador (hipótesis diversa)⁴.
- El control interno conduce a considerar la situación de los socios “externos”⁵, problemática que es ajena al control económico⁶.
- La actuación del socio, empresario controlante, en conflicto de intereses con su controlada es, por definición, extraña al control externo. En el control externo existe contraposición genética de intereses entre controlante y controlada.
- En determinados supuestos de control participacional, se ha puesto en crisis la noción misma de contrato por ausencia de voluntades diferenciadas⁷. El control externo supone esas voluntades en la

⁴ Confrontar con la posición que sustentan los autores citados en nota N° 1, página 124.

⁵ Para la caracterización de socio o accionista externo ver, por todos, a MANÓVIL, R. M., “*Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, paginas 784 y siguientes, N° 10.2. Consultar además el informe del Forum Europaeum Derecho de Grupos, en “*Revista de Derecho Comercial*”, N° 232, Abril/Junio 1999.

⁶ MANÓVIL, R. M., “*Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, página 780.

⁷ “Una de las características del estado de subordinación orgánica es la unidad de gestión y la fusión patrimonial. Hechos correlativos y consecuentes, porque no puede hablarse de patrimonios diferenciados y consecuentemente de relaciones contractuales, créditos y deudas entre distinciones meramente administrativas de un mismo conjunto económico, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado las mismas. Porque la organización y existencia de la persona jurídica son nociones instrumentales, destinadas a un mejor aprovechamiento de los medios de producción, pero de ningún modo una forma de disfrazar la realidad de los hechos, tal

formación del contrato que -ex hipótesis- conduce a la dependencia económica de la controlada.

- De acuerdo a las tendencias más recientes, la responsabilidad del administrador estatutario podría ser abordada desde perspectiva diferente, según se trate de supuestos de control interno o externo⁸.
- El daño causado a la controlada por el ejercicio responsable⁹ del control externo, aún cuando guarde relación causal adecuada con su insolvencia, no habilita la extensión de la quiebra principal al controlante externo; instituto cuya aplicación sólo alcanza al controlante participacional.
- Las causas (de acuerdo a la doctrina mayoritaria) que conducen a responsabilizar al controlante externo, fuerzan a abordar el problema derivado de la distinta regulación positiva de la responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad derivada del ejercicio antifuncional de control en los términos del artículo 54 LS, es de naturaleza extracontractual¹⁰ y su régimen¹¹, inconfundible.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL CONTROL EXTERNO

El control externo no había sido contemplado por la Ley 19.550 en su redacción original. La Comisión encargada de proyectar la reforma consideró “propio a diez años de vigencia de la ley y habida cuenta de lo sucedido en legislaciones que contenían pautas similares a las nuestras; incorporar expresamente la noción de control externo o económico en la forma que lo concreta el inc. 2º del nuevo texto del artículo 33”¹². Se señaló que “el nuevo texto (...) sigue, en sus grandes líneas, a la legislación italiana a tenor de lo dispuesto por el artículo 2359 vi-

como viene impuesta por una vinculación centralizada. De esta forma, los actos o prestaciones realizados entre quienes se encuentren en estado de relación, subordinación o vinculación orgánica, son simples actos de reordenamiento de bienes y las prestaciones concretas por las que se traducen *no están regidas por la normativa contractual*”. MARTÍNEZ DE SUCRE, V. y CORTI, A. H., “*Multinacionales y Derecho*”, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 1976, página 214.

⁸ GAUTHIER, T., “*Les dirigeants et les Groupes de Sociétés*”, Título II, Capítulo I, “L’attenuation de la responsabilité des dirigeants de groupes”, páginas 391 y siguientes. Litec, París, 2000. Forum Europaeum Derecho de Grupos, Punto IV., “Revista de Derecho Comercial”, N° 232, Abril/Junio 1999, páginas 484 y siguientes.

⁹ En el sentido de ser objetivamente ilícito y obrado con subjetividad

¹⁰ MANÓVIL, R. M., “*Grupos de sociedades...*”, página 686, b).

¹¹ Las diferencias sustanciales subsistentes entre uno y otro orden de responsabilidad atañen a la extensión del resarcimiento y los plazos de prescripción. Para una análisis en detalle: ALTERINI, A. A., “*Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, páginas 35 a 43.

¹² Exposición de Motivos, Sección VI., De los socios en sus relaciones con la sociedad, punto 1º, *in fine*, ADLA XLIII-D, pág. 3678.

gente”, no obstante que “la ley argentina se ha apartado del modelo italiano en su expresión legislativa actual haciendo referencia no a vínculos contractuales si no a los especiales vínculos existentes, siguiendo en este particular al proyecto que para la reforma del régimen societario italiano elaborara la llamada Comisión de Gregorio¹³ (...) y atendiendo a que la fórmula vínculos contractuales (...) es eludible por no ser de fácil constatación”¹⁴. El texto vigente en Italia, al sancionarse la reforma introducida por la Ley 22.903 (C.Civil, artículo 2359, inciso 2) traía una redacción diferente al proyectado por la Comisión presidida por el Prof. De Gregorio, en tanto caracterizaba al control externo como aquel en el que una sociedad, “in virtù di particolari vincoli contrattuali, sono sotto l’influenza dominante di altra società”¹⁵.

III. EL CONTROL EXTERNO EN LA INTERPRETACIÓN DADA POR LA DOCTRINA

III.1. En la doctrina nacional existe consenso en considerar que los “especiales vínculos existentes entre las sociedades” que permiten a una de ellas, la controlante, ejercer “influencia dominante” sobre la controlada, resultan de vinculaciones contractuales cuyo rasgo característico radica en que “el administrador de la sociedad controlada tenga ya predeterminadas las operaciones constitutivas del objeto social o de la actividad principal del objeto social, de la sociedad predeterminada”¹⁶, con pérdida o mengua del efectivo poder de dirección de los órganos naturales de esta última. La norma debe ser interpretada como referida a “un control externo derivado de una situación de he-

¹³ El artículo 5° del “Esquema de diseño de la ley concerniente a la reforma de la disciplina de la sociedad comercial”, elaborado por la Comisión de Estudio para la reforma de la disciplina de la Sociedad, presidida por el Prof. Alfredo de Gregorio, establecía, en su 3er. párrafo, que “sono considerate controllate: a) la società di cui un'altra, in virtù delle azioni o quote possedute, dispone di oltre la metà dei voti nell'assemblea ordinaria; b) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari rapporti con essa; c) le società controllate da un'altra mediante le azioni o quote di altre società controllate”. El artículo proyectado no sufrió modificación alguna por parte del Comité de Ministros (artículo 4). Los antecedentes pueden consultarse en Rivista delle Società, Raccolta di Testi e Documenti, “La Riforma delle Società di Capitali in Italia”, Vol. III, páginas 1578/9 y 1638, respectivamente, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

¹⁴ FARGOSI, H. P., “Cuestiones preliminares sobre la reforma de la ley de sociedades comerciales”, ADLA XLIII-D, págs. 3682 y siguiente.

¹⁵ El legislador italiano de la “mini-reforma” introducida por la Ley N° 216 del 7 de junio de 1974, superó la discusión acerca de si el texto originario de 1942 incluía o no el control interno de derecho, incorporándolo en el inciso 2°, pero no innovó con relación al control externo. En la actual versión, introducida por el artículo 1° de la Ley N° 127 del 9 de abril de 1991, el control externo es definido en el inciso 3°, como aquel en que “le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”.

¹⁶ OTAEGUI, J. C., “Concentración societaria. El control externo”, RDCO, 1987, pág. 85.

gemonía o predominio, que coloca a una sociedad, la controlada, en situación de subordinación o dependencia respecto de otra¹⁷, situación en la que queda alcanzado el propio Estado cuando actúa como empresa¹⁸.

Existe criterio uniforme en punto a que no se trata de contratos que atribuyan a la controlante la administración de la controlada, que tengan por causa fin esa delegación o en los que se pacte directamente que una sociedad imparta instrucciones al órgano de administración de la sociedad dependiente, pues ello importaría allanar el principio de indelegabilidad de la administración (LS: 260); como tampoco adjudicar al controlante externo la facultad de designar y remover a los administradores, lo que importaría desconocer la competencia imperativa de la asamblea (LS: 234:2).

La mayoría de la doctrina está conteste en el enunciado de determinados contratos que pueden ser causa de o derivar en una situación de control externo. Genéricamente aprehendidos a partir de sus notas comunes, se trata de contratos que, desde el punto de vista económico, importan formas particulares de vinculación e integración empresaria, que generan, en no pocos casos, su agrupamiento y la concentración vertical, a partir de la subordinación de una o alguna de las partes o otra u otras.

En este sentido se pronuncian, entre otros, **Le Pera**¹⁹; **Odrizola**²⁰; **Santillán**²¹; **Martorell**²²; **Dobson**²³ y **Otaegui**²⁴. Este último autor sostiene que “el control externo se obtiene a través de la fórmula inter-societaria mediante la celebración de determinados contratos que colocan el giro de los negocios o la organización empresaria de uno de los contratantes a disposición del otro contratante, con lo que éste obtiene un dominio de hecho sobre aquél, dentro del marco de una integración de empresa en la que una prevalece sobre la otra”, de tal suerte que “la función de gestión operativa o de organización empresarial, será impuesta por la sociedad controlante”, implicando “una

¹⁷ ODRIZOLA, C. S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, LL, 1986-E, Sección Doctrina, pág. 1115, III.1.

¹⁸ Así lo hemos entendido con relación a la actuación que le cupo al Instituto Nacional de Reaseguros. Ponencia en las VI. Jornadas Nacionales de Derecho del Seguro, 1994, Rosario, Santa Fe.

¹⁹ LE PERA, Sergio, “Reflexiones sobre el agrupamiento de sociedades en el derecho argentino y comparado”, Derecho Empresario, T. III-676, III.

²⁰ ODRIZOLA, Carlos S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, LL, 1986-E pág. 1116.

²¹ BERGEL, Salvador D., “La extensión de la quiebra en la reforma a la ley de concursos por la Ley 22.917”, LL. T. 1983-D, Sección Doctrina, pág. 1098.

²² MARTORELL, Ernesto E., “Los grupos económicos y de sociedades”, Ad Hoc, pág. 257.

²³ DOBSON, J. M., “El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, 1991, págs. 370 y siguientes.

²⁴ OTAEGUI, J. C., “Concentración Societaria”, Ábaco, pág. 433, punto c).

delegación de facto de las funciones de administración”²⁵.

Con justeza señala **Manóvil** que “será preciso indagar si como consecuencia de la relación contractual, alguna o varias de las partes, comprometen -por imposición del contrato o de la realidad de los hechos- la totalidad de su actividad (de la controlada) y, consiguientemente, de su riesgo empresario o, por lo menos, una parte muy sustancial de la misma. Sólo entonces podrá hablarse de la generación de una situación de dominio de una de las partes en ese tipo de contrato, sobre otra u otras”²⁶. Agrega, en un capítulo posterior, que “cuando el contrato es de aquellos que comprenden la totalidad de su actividad empresaria, sujetándola a directivas externas que dejan poco o ningún juego para la iniciativa propia, o cuando el contrato compromete la totalidad de la actividad empresaria a una finalidad predispuesta en el mismo, o cuando la viabilidad de la empresa depende en forma exclusiva de las prestaciones de la contraparte, a los fines de la ley societaria se configura la influencia dominante y la calificación de control”²⁷.

III.2. Con diferencias de matices, la doctrina citada adscribe a la corriente mayoritaria de la doctrina italiana, cuyos exponentes más caracterizados son **Abbadessa** y **Pavone la Rosa**.

Sostiene el primero de los autores citados que debe tratarse de contratos cuya frustración coloca -presumiblemente- en peligro de supervivencia a la empresa misma y por ello generan un estado de dependencia económica tal que se traduce, para la sociedad en tales condiciones, en tener que soportar que el otro contratante, aún contra su voluntad, oriente de modo estable y continuado, la gestión de la empresa. En estos casos, sostiene, el control está fuera de discusión. Entre los contratos idóneos para generar esta situación de dependencia, cita a la agencia, cuando la revocación del encargo puede hacer desaparecer la hacienda misma de la sociedad agente; de financiamiento y de abastecimiento de mercadería, cuando la provisión es esencial para el desenvolvimiento de la empresa y el proveedor no es sustituible; el de suministro en exclusiva, cuando la sociedad suministrante produce bienes para un único adquirente; el de licencia de patente, cuando la producción de la empresa licenciataria no es diversificada o fácilmente convertible; y todo otro vínculo que coloque, presumiblemente, en peligro de supervivencia a la empresa. Aclara que el elemento determinante no es el tipo de contrato, sino el grado de dependencia económica que deriva del mismo²⁸.

²⁵ OTAEGUI, J. C., “Administración Societaria”, Ábaco, pág. 106.

²⁶ Obra citada, página 140.

²⁷ Misma obra, página 330.

²⁸ ABBADESSA, P., “I gruppi di società nel diritto italiano”, en “I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico”, Il Mulino, pag. 110, punto 4. y siguientes.

Para Pavone La Rosa, el control externo se configura cuando una sociedad ejercita una influencia dominante sobre otra sociedad en virtud de un particular vínculo contractual, que conlleva o implica una dependencia económica de ésta última con relación a la primera; entre los que menciona a los contratos de agencia, de abastecimiento de materia prima en exclusiva, de franchising, de licencia de patente, de know-how y, en general, cualquier relación contractual cuya prestación es esencial para la actividad de una de las dos sociedades. Para este autor, la norma ha limitado la regulación del control externo al derivado de la existencia de vínculos contractuales, excluyendo de su ámbito cualquier otra influencia ejercitada desde afuera de dicho vínculo²⁹.

III.3. Pero en Italia no existe la misma uniformidad que se observa en el ámbito local, a pesar de la mayor precisión del artículo 2359 del C.Civil (especiales vínculos "contractuales") con relación al artículo 33, inciso 2° de la LS ("especiales vínculos").

En este sentido, existen pronunciamientos de doctrina que sostienen que la genérica dependencia económica que pudiere resultar de tales contratos no es de por sí requisito suficiente para sustentar un supuesto de control³⁰, el que sólo se concreta en el poder de condicionar las decisiones y la propia gestión de la empresa en situación de subordinación económica³¹. Así, el particular vínculo contractual se caracterizaría por atribuir el poder de seleccionar la gestión del contratante débil; lo que vendría explicitado por una previsión contractual.

En esta postura se ubica G. Scognamiglio quién si bien hace referencia a los contratos de agencia, de suministro, de abastecimiento en general, de concesión, de franquicia, de licencia de uso de marca registrada, de licencia de patente de invención, de know-how, de financiamiento, señala que no lo son a condición de crear una situación de dependencia económica de un contratante con relación al otro; si no a condición de atribuir específicamente a una parte el poder de influir de manera determinante en la actividad y en la gestión de la otra³².

²⁹ PAVONE LA ROSA, A. ("*Le Società controllate - I Gruppi*", en: "*Trattato delle Società per Azioni*", 2**, Diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale; UTET, pág. 584, N° 2).

³⁰ Por nuestra parte, señalamos que "en una primera aproximación al estudio de las circunstancias que permiten considerar que se está en presencia del ejercicio de una influencia dominante a partir de los "especiales vínculos" que promedian entre controlante y controlada, la existencia de estos vínculos no es *condición suficiente*, en el sentido que su sola constatación no basta para tener por acreditada la existencia de "influencia dominante" y, por consiguiente, tipificada ésta modalidad de control". GARCÍA, O. A., "*Reflexiones en torno al control externo en materia de sociedades*", Ad-Hoc, página 471.

³¹ En este sentido: BIACHI, L. A., "*Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*", Milano, 1990, páginas 218 y siguientes.

³² SCOGNAMIGLIO, G., "*Gruppo e controllo: tipologia dei gruppi di imprese*", en "*Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*", Torino, 1996", página 106.

Para A. Musso, la dependencia económica no es siquiera vista como una fuente implícita de tal poder, sino que es idónea para reforzar el poder otorgado por una cláusula que acuerda al contratante fuerte el poder de influir, de direccionar la gestión del contratante débil, confiriendo al primero la facultad de condicionar la modalidad de la producción y la organización de los bienes y de las personas y aún la selección de la composición del órgano de gestión³³. Scognamiglio consigna que este tipo de pacto no tiene en modo alguno carácter obligatorio y que se explica por la subordinación económica del sujeto, pero que no puede influir en la estructura organizativa de la empresa, ni tener eficacia real, porque viola en principio inderogable de la competencia de la asamblea para nominar y elegir a los administradores. Para otros, no es necesario que este poder este expresamente reglamentado por una específica cláusula contractual, pudiendo resultar del desarrollo de la relación misma.

Para Giancarlo Frè, el control externo o económico comprende las hipótesis en que una sociedad celebre con otra un pacto que limite su desenvolvimiento en orden a la composición del órgano administrativo, el aumento del capital, su término de duración. En esta hipótesis se produce, al menos parcialmente, una situación análoga a aquella que se verifica cuando una sociedad posee la mayoría del voto en la asamblea de otra. Se trata de un control de hecho pero no de derecho, que —independientemente de la validez del pacto— produce efectos análogos al del control interno y que explica la equiparación del legislador en la norma del artículo 2359³⁴.

Un paso más da Spolidoro para quién el particular vínculo contractual debe ser tal que atribuya a la sociedad controlante un poder equivalente al derivado de la disponibilidad de la mayoría del voto ejercitable en la asamblea ordinaria o del dominio de hecho en este último órgano social. Es decir que el contrato comercial que implica la subordinación económica (preferentemente el contrato de financiación o de reestructuración de deuda y no aquellos comúnmente mencionados) debe conferir el poder de condicionar la gestión de la sociedad débil, implicando —prácticamente— la atribución del poder de nominar y revocar a su exclusiva decisión, a los administradores de la sociedad débil. Sobre la base de éste criterio, este autor incluye en la categoría de “particulares vínculos contractuales” del 2359, inc. 3º, al contrato

³³ MUSSO, A., “Il controllo societario mediante *“particolari vincoli contrattuali”*”, en *Contratto e Impresa*, 1995, páginas 19 y siguientes.

³⁴ FRÈ, G., “*Comentario del Codice Civile*” a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro V “Del Lavoro”, “Società per Azioni”, página 281, 1982, Bologna: Ed. Nicola Zanichelli y Roma: Sociedad Ed. Del Foro Italiano. Editores.

de dominio y al contrato de empresa contemplado en el ordenamiento alemán³⁵. El criterio estaría abonado por una interpretación unitaria a la "fattispecie" reglada por el 2359, ya que en los otros supuestos (control interno) la influencia dominante provendría de la posibilidad de nominar a los administradores y de revocar su designación. Este enfoque es de particular importancia cuando en los contratos de reestructuración de deudas se atribuye al banco el poder de dirigir la gestión de la sociedad débil³⁶.

Manóvil afirma que "es interesante señalar que en Italia, y lo mismo vale para la Argentina, no se ha acertado a dar a éste supuesto una aplicación concreta". Con cita de Spolidoro, agrega que la definición legal "contiene, de hecho, una referencia asaz ambigua y poco convincente a las hipótesis en las cuales una sociedad consiga una influencia dominante frente a otra sociedad en virtud de particulares vínculos contractuales; autor que alerta sobre "la extrema rareza (por no decir la total ausencia) de aplicaciones jurisprudenciales de esta figura y sobre la multiplicación de presupuestos a los que, en sede teórica, se subordina su eventual reconocimiento concreto"; concluyendo que, en suma, el control contractual entendido como dependencia económica, no juega, de hecho, ningún papel efectivo en la disciplina del artículo 2359 del Código Civil"³⁷.

Aún la existencia de "exclusividad"³⁸, que ha sido considerado el eje en torno a cual se estructura, de ordinario, el control económico, provoca no pocas dudas. Apunta Virassamy que la jurisprudencia ha sido reacia a considerar que "l'assujetti" se encuentra en una relación de dependencia económica con relación a su "partenaire privilégié", cuando el primero realiza actividades anexas sustanciales o, por lo menos, suficientemente importantes. Y, ello así, la cuestión pasa por tener que determinar cual es el criterio cuantitativo que marca el límite entre la existencia o no de dependencia económica, a partir del dato de la exclusividad. En algunos casos, se ha considerado que no existe tal dependencia, cuando la actividad anexa supera el 10% de la actividad

³⁵ Según Manóvil, se trata de contratos entre dos empresas que tienen por objeto explícito que una adquiera el derecho a ejercer sobre la otra un dominio suficiente como para determinar la adopción de algunas o todas sus decisiones empresarias. El art. 291 AktG define el "contrato de dominación" como aquel por el cual una sociedad por acciones o en comandita por acciones subordina la dirección de su sociedad a otra empresa. Sobre el concepto de "contrato de dominación" en la AktG, Manóvil, R. M., "Grupo de Sociedades..."

³⁶ SPOLIDORO, M. S., "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", Rivista delle Società, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, página 482.

³⁷ MANÓVIL, R. M., "Grupos de Sociedades...", página 324, nota 278.

³⁸ VIRASSAMY, G. L., "Les contrats de dépendance", Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1986, páginas 138 y siguientes.

total del "assujetti". En el caso "Shell", la Corte de Apelaciones de París estimó que no existió tal dependencia en la medida que los distribuidores cumplieran otras actividades: reparación, lavado, engrase, despachos, etc, más allá de ser abastecidas de combustible, en forma exclusiva, por la encartada. Para este autor, la dependencia económica supone que las relaciones contractuales presenten caracteres de duración y permanencia y que las actividades de "l'assujetti" estén organizadas en función de tales vínculos; pero aquella dependencia es menos el resultado de la relación jurídica real, que de la situación económica respectiva. En este sentido, señala Manóvil que si la sociedad "tiene libertad para distribuir otros productos no competitivos o para realizar otras actividades y efectivamente así lo hace, es decir, una relación de distribución que, aunque incluye una recíproca exclusividad, es de alcances limitados, no puede decirse que se genere una relación de dominación, ni de integración o concentración empresaria, ni que importe el traslado de poder de decisión". Agrega que "el trazado de una línea divisoria es extremadamente delicado y, sin duda, los ejemplos extremos pueden hacer más comprensible lo que está en juego aunque, en la práctica, a menudo sean más los supuestos ubicados en las zonas grises que los claramente definidos", por lo que "uno de los elementos principales a tener en cuenta es si, o en qué medida, la sociedad dependiente ha quedado privada de su libertad de acceso autónomo al mercado, ya sea de provisión, ya sea de colocación de sus bienes o servicios"³⁹ (obra citada, página 330).

III.4. Estos enunciados demuestran las severas dificultades que se presentan cuando se trata de determinar que tipo de contrato es idóneo para generar la situación de dependencia económica que permita el ejercicio de una influencia dominante a partir de los particulares vínculos existentes entre sociedades.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EXTERNO Y EL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL

IV.1. Como se vio, en la doctrina nacional existe consenso en considerar que los "especiales vínculos existentes entre las sociedades" que permiten a una de ellas, la controlante, ejercer "influencia dominante" sobre la controlada, resultan de vinculaciones contractuales.

Tomando esa afirmación como punto de partida, predicar la responsabilidad del controlante externo, conduce a considerar, necesariamente, bajo que presupuestos o circunstancias un vínculo de cuño

³⁹ MANÓVIL, R. M., "Grupos de Sociedades...", páginas 140/141 y 330.

obligacional puede generar responsabilidad extracontractual, ya que de tal naturaleza es la que regla el artículo 54 de la LS.

IV.2. Este tipo de interrogante ha sido soslayado por la doctrina en general, que ha derivado, sin solución de continuidad, la responsabilidad del controlante externo a partir de la existencia de determinados contratos, obviando la clara norma del artículo 1107 del Código Civil, que establece una valla, entre uno y otro régimen de responsabilidad, sólo superable cuando el incumplimiento contractual tipifica, a la vez, un delito del derecho criminal. Entendemos que el análisis de la cuestión no puede ser omitido dado que es una característica tipificante de nuestro régimen atributivo de responsabilidad, la distinción de las órbitas contractual y extracontractual, a partir de la regulación dada por el Código Civil, en que Vélez Sarsfield adoptó la postura de Aubry et Rau (sin correlato en el derecho comparado) pero que constituye hoy derecho vigente⁴⁰.

IV.3. Esto impone, en el análisis científico de la responsabilidad del controlante externo, dar una respuesta apropiada al interrogante, máxime si se considera que la doctrina judicial ha hecho aplicación reiterada y sistemática del principio de separación de las órbitas contractual y extracontractual de responsabilidad⁴¹; con las conse-

⁴⁰ No ignoramos que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se encuentra actualmente en crisis. Se ha sostenido que la misma carece de justificación racional y que las diferencias son superables con beneficio (André Tunc, "*La responsabilidad civil*", París, 1981, página 40, N° 44; ALTERINI, Atilio A y LÓPEZ CABANA, Roberto M, "*Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad*", en "*Derecho de Daños*", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992, páginas 33 y siguientes). Los proyectos de unificación de la legislación civil y comercial, se enmarcan en esta tendencia. En este sentido se puede consultar: "*Ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, página 37; "*Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993*", Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 224; "*Reformas al Código Civil*", Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 18).

⁴¹ "Es arbitrario el pronunciamiento que ha prescindido sin justificación suficiente del encuadramiento dado por los actores a la pretensión resarcitoria derivada de la muerte de su hijo, la cual estaba dirigida a demostrar su legítimo interés surgido de un concreto incumplimiento contractual y no de la existencia de supuesto alguno de responsabilidad "aquiliana" (CSJN, "Berón, Cesar c. Estado Nacional - Hospital Militar Central", 29/10/96, B, 759.XXXI, T° 319, P.). "El art. 1107 marca un confin entre los ámbitos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. El contrato crea una situación especial explícitamente buscada, que absorbe y excluye aquél más general que la ley crea a falta de pactos individuales. La responsabilidad contractual deviene indudable si median incumplimientos que encuentre base suficiente, necesaria y única en aquél" (CNCom., sala B, 22/03/89, "Rossano de Rossano, María c. Ramiro Pazos"). "No procede la opción entre una y otra vía de responsabilidad a mérito de lo dispuesto por el art. 1107 del Cód. Civil. Si la ley estructura dos regímenes de responsabilidad distintos, lógicamente no pueden ser intercambiables según el arbitrio del damnificado por el incumplimiento de una obligación convencional" (CNCom. Sla A, "Pepicelli, José c. Omega Cooperativa de Seguros", 12/08/94). "Como principio, el incumplimiento contractual no genera responsabilidad extracontractual; como excepción, genera responsabilidad "aquiliana", pero solamente cuando el incumplimiento constituye un delito penal. En otras palabras: la

cuencias que de ello derivan.

La doctrina ha señalado que "... nuestro Código Civil consagra en el art. 1107, una solución que.... ha sido interpretada de manera prácticamente uniforme estableciendo que cuando el daño se origina en una violación de obligaciones exclusivamente contractuales, la acción resarcitoria deberá sustanciarse y resolverse de acuerdo a las disposiciones sancionadas para este tipo de responsabilidad, sin que sea posible utilizar las que reglamentan los cuasidelitos.... Frente al caso concreto en el que, contrato mediante, se han invocado las disposiciones legales que regulan las obligaciones emergentes de los "hechos ilícitos que no son delitos", resulta no sólo admisible sino imperativo que el órgano jurisdiccional, aplique las disposiciones legales que regulan la mentada relación jurídica contractual, haciendo caso omiso de la normativa en que se fundó la demandada, máxime cuando por lo visto en el caso la accionada alegó el término de prescripción abreviado correspondiente a las acciones emergentes de dicho contrato"⁴².

Josserand se pregunta si pueden yuxtaponerse o acumularse en una misma relación obligatoria las dos responsabilidades. Agrega que esto equivale a preguntarse si las partes contratantes son al mismo tiempo terceros; y, para quién no esté prevenido, plantear así el problema, es resolverlo. Apunta que las dos condiciones de partes contratantes y de terceros son inconciliables; desde el momento que se entra la primera categoría se sale de la segunda: el contratante no es un tercero y además un contratante, del mismo modo que un francés no es un extranjero y además un francés; no pueden sumarse calidades contradictorias que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre la una y la otra: la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho la responsabilidad delictual⁴³. En igual sentido se expide Llam-

responsabilidad de fuente contractual excluye la responsabilidad aquilina, salvo la existencia de delito penal" (CNCom., sala D, "Muñoz de Rivero c. Ureta, Ramón", 10/11/97). "Para el ejercicio de esta opción es menester que el hecho haya sido calificado como delito penal por los jueces del fuero criminal, para lo cual el acreedor que ha hecho esta opción debe denunciar el hecho ante el fuero penal para que se siga el proceso respectivo y su propia demanda civil deberá esperar el pronunciamiento de aquel juez para ser acogida (conf. CNCiv, sala F, abril 7/1994, "Gorosito, Alfredo Ramón c. Subterráneos de Buenos Aires"- LA LEY, 1995-A, 105-). "Existiendo contrato de transporte y no habiendo acreditado la actora que el hecho ilícito de derecho civil importara a su vez un delito de derecho penal, no pudo la víctima ejercer opción para invocar las reglas de la responsabilidad extracontractual a despecho de las que regulan la responsabilidad contractual (conf. CNCiv., Sala C. Octubre 8/1991 en LA LEY, 1992-B, 246; íd. Noviembre 10/1998, "Fernández del Campo, Andrea F. c/ Subterráneos de Buenos Aires Soc. del Est. S/ daños y perjuicios", pub. en JA, del 8/9/99, rev. 6158, p. 42).

⁴² PALMIERI, J. H., comentario al fallo de la Corte Suprema "Massia de Prieto c. Empresa de transporte La Cabaña y otro", 17-3-92, en ED, 148-524, y la doctrina allí citada).

⁴³ JOSSERAND, L., "Derecho Civil", Buenos Aires, 1950, T. II. Vol. I, E.J.E.A., Bosch y Cía. Editores, pág. 368, N° 486.

bías⁴⁴.

Por su parte, Alterini, quién ha efectuado un análisis medular de la cuestión, sostiene que “El artículo 1107 del Código Civil marca una frontera entre los ámbitos de responsabilidad civil “contractual” y “extracontractual”, sin perjuicio de que, en algunos supuestos, sirva como pasaporte para transponerla, conjugando, así, las reglas propias de cada uno de ellos”⁴⁵. Afirma este autor que el artículo está inspirado en Aubry y Rau, cuya idea central ha sido la separación de los órdenes de responsabilidad contractual y extracontractual, solución que no parece tan simple, ni en la realidad ni en la doctrina que se ha ocupado del tema cuando, aparte del incumplimiento contractual, puede advertirse una violación distinta de los derechos del acreedor, más allá de la esfera de la convención (obra citada nota N° 72, pág. 44, N° 48), ya que es dable que suceda que a través del contrato y de su incumplimiento no se violen las obligaciones expresamente convenidas sino que, a la par, se transgreda el deber general de no dañar, insito en el ordenamiento jurídico (obra citada nota N° 72, pág. 46, N° 52). Hipótesis en la cual debe decidirse si las reglas contractuales son, por sí propias, suficientes para resolver la cuestión; si cabe ajustarse sólo a ellas, cuando el contrato ha servido de medio para lesionar derechos ajenos más allá de su contenido específico; si cabe constreñir la indemnización a lo previsto para la responsabilidad contractual cuando, de no haber existido ese contrato, el principio básico del “neminem laedere” igualmente habría dado cabida a la obligación de reparar, con alcance y en ámbito distinto (obra citada nota N° 72, pag. 46, N° 52).

IV.5. Corresponde dar respuesta, a tenor de las normas del ordenamiento interno, a la cuestión que plantea el poder atribuir responsabilidad de cuño extracontractual al controlante externo, en la medida que su relación con la controlada tiene génesis contractual.

Entendemos que caben aquí tres hipótesis, que serán abordadas sucesivamente: a) la primera de ellas es que el incumplimiento (en sentido lato) del controlante, “degenere en delito del derecho criminal”; b) la segunda de ellas es que el daño producido por la acción u omisión del controlante, se produzca en “ocasión” del contrato y c) tercero: que se trate, lisa y llanamente de un incumplimiento contractual típico.

Los casos enunciados en primer (a) y último término (c) no generan mayores dudas. El primero de los supuestos viene resuelto por el artículo 1107 del Código Civil ya que si el incumplimiento del controlante tipifica un ilícito penal, su responsabilidad queda alcanzada

⁴⁴ “Cod. Civ. Anotado”, t. II- B, p.417, comentario al artículo 1107, N° 2.

⁴⁵ ALTERINI, A. A., “Responsabilidad Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 43.

por las normas que regulan la responsabilidad extracontractual. El tercer supuesto (incumplimiento contractual típico) queda enmarcado en la responsabilidad contractual ya que “el legislador no reguló en el artículo 54 LS, el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento contractual, cuyo tratamiento corresponde a la normativa común”⁴⁶.

Pero puede ocurrir que el daño se produzca “en ocasión” del contrato. En este orden de ideas la hipótesis del artículo 54, puede ser aprehendida como un supuesto de daño autónomo del incumplimiento típicamente contractual; daño que sería cometido por el controlante en “*ocasión*” del contrato que lo vincula con su controlada, “utilizándolo como acceso a la posibilidad de dañar, pero siempre fuera de su órbita”⁴⁷.

No puede soslayarse lo que se constata, en supuestos de control externo y de ordinario, que el controlante ejerce una “posición dominante” en el mercado, circunstancia que le permite comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, a partir del monopolio de los conocimientos técnicos de materia prima, de la propiedad de marcas, patentes y conocimientos tecnológicos, factores todos estos que lo habilitan para imponer políticas comerciales, financieras, de precios, manejar la producción o la distribución de los productos, la publicidad, determinar la forma de contabilidad, exigir capitales mínimos, etc.

En tales casos, el ejercicio abusivo de la posición dominante que detenta el controlante externo —extendida en el tiempo— puede generar una transferencia indebida de ingresos, no prevista en la génesis del contrato, minando —paulatinamente— el patrimonio de la controlada.⁴⁸

Esta interpretación, que remite a la consideración de los hechos invocados como fundantes de la responsabilidad del controlante externo, excluye la cuestión del supuesto reglado por el artículo 1107 del C.Civil, ya que éste refiere al incumplimiento de las obligaciones convencionales y no al daño causado “en ocasión” de la ejecución del

⁴⁶ GARCÍA, O. A., “*Reflexiones en torno al control externo en materia de sociedades*”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998, Ad-Hoc, página 471.

⁴⁷ ALTERINI, A. A., “*Responsabilidad Civil*”, Abeledo-Perrot, página 51.

⁴⁸ En autos “P.Campanario S.A.I.C. *cf* Plan Ovalo y otro”, sentenciado por la Sala B de la CNComercial (ED, diarios del 18 y 19 de enero de 1999), se constató que durante la ejecución del contrato, la clara superioridad técnica y económica del concedente, permitió que éste impusiera al concesionario el deber de observar todos los requerimientos, instrucciones y procedimientos para el cumplimiento general de los objetivos, mediante instrucciones y circulares y que la posibilidad de cualquiera de los concesionarios de cuestionar sus contenidos, se redujo en la práctica a una opción de hierro: acatarlas o retirarse del sistema”. Ver nuestro comentario: “Responsabilidad del controlante externo”; La Ley del 25/03/1999, Suplemento Universidad Austral, página 3 y 4.

contrato. En este sentido enseña Lehmann⁴⁹ que “El deber jurídico general, cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito, no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de intervención contraria a derecho en la esfera jurídica de los bienes de otro. El contrato robustece el deber jurídico general, pero no lo suprime”.

A lo que cabe agregar que “a la responsabilidad contractual - parece indudable- ha de reservársele vigencia cuando median incumplimientos que, en el decir de Van Ryn, encuentran en el contrato una base suficiente, necesaria y única. Pero cuando el incumplimiento excede esa órbita, porque no hubo anteriores previsiones de conducta realizadas por las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, y en la zona de lo lícito; entonces, debe regir en su medida la norma genérica que sanciona a quien, ilegítimamente, daña derechos subjetivos ajenos”⁵⁰.

IV.6. Concluimos entonces que en los supuestos de control externo o económico, fundado en un vínculo contractual, sólo cabe imputar responsabilidad al controlante, en los términos del artículo 54, LS, cuando: A) el daño se ha producido en ocasión del contrato, es decir, fuera de su órbita o cuando fue utilizado “como acceso a la posibilidad de dañar” y B) Cuando el incumplimiento contractual (típico) “degenera en delito del derecho criminal” (argumento artículo 1107, C.Civil).

Los daños derivados del incumplimiento contractual típico, fuera del supuesto anterior, deben ser resarcidos bajo el esquema de la responsabilidad contractual, hipótesis no alcanzada por el artículo 54, LS.

V. EL CONTROL EXTERNO Y LA CONDUCTA DE LA CONTROLADA. DEBER DE DILIGENCIA DE SUS ADMINISTRADORES

V.1. Antes de ahora hemos sostenido que en el análisis de la problemática derivada del control externo corresponde partir -*primer premisa*- del presupuesto lógico que la “actividad” de la sociedad controlada, constituye el cumplimiento de una de las actividades económicas que instrumentan los contratos considerados. Es decir, que su condición de “agente”, “concesionario”, “franquiciado”, “licenciata-

⁴⁹ LEHMANN, H., en la 11ª revisión de la obra “*Derecho de Obligaciones*” de Ludwig Ennecerus, traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Algüer, 2ª Edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1950, Vol. II, página 636.

⁵⁰ ALTERINI, obra citada, página 50, N° 55.

rio”, etc., tipifica el desarrollo de una actividad, generalmente la principal (sino exclusiva), entre las comprendidas en su objeto social, en los términos del art. 11º, inciso 3º. LS⁵¹.

V.2. Esto supone *-segunda premisa-* la existencia de sujetos diferenciados, con profesionalidad consustancial, cuya conducta queda alcanzada por la regla del art. 902 del Código Civil, abarcativa del actuar en el marco obligacional⁵² y del artículo 1198 C.Civil, que impone celebrar las convenciones obrando con “cuidado y previsión”. Se trata de contratos con relación a los cuales no se puede predicar que una de las partes “se encuentre obligada a suscribir (...) para cubrir necesidades elementales”⁵³; más allá de las diferencias de entidad económica que apunta la doctrina de la que se ha hecho cita⁵⁴.

V.3. Bajo estas circunstancias *-tercer premisa-* la configuración interna del contrato por la parte económicamente más fuerte, no tiene aquí la trascendencia que adquiere en otros ámbitos⁵⁵ en los que el obligado resulta “la persona individual que no puede prescindir (de su celebración) sin privarse de prestaciones elementales y necesarias, v.gr. monopolios de hecho o de derecho en donde el adherente soporta un estado de compulsión ya que para proveerse de los bienes o servicios que le son necesarios, debe ineludiblemente recurrir a quién los realiza y, en tal supuesto no se encuentra en posibilidad de autodeterminarse libremente, sino con la sola alternativa de recurrir al oferente que presta el servicio. Este estado de coacción no se presenta en el caso en que el contratante no se encuentra razonablemente forzado a realizar el contrato”⁵⁶.

V.4. Por último *-cuarta premisa-* el obrar dentro del marco de la actividad que constituye el desarrollo del objeto societario, supone el conocimiento previo de las condiciones de contratación de uso ha-

⁵¹ García, O.A.; “Reflexiones en torno al control externo en materia de sociedades”, página 476.

⁵²- Sobre el carácter de reglas generales que corresponde adjudicar a los arts. 901 y siguientes del Código Civil, ver Alterini, Atilio A., “Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil”, Abeledo- Perrot, pag. 220, nº 270.

⁵³- CNCom. Sala B, “Cherr Hasso, Waldemar P. y otros c. The Seven Up Company”, E. D. Tº 138-499.

⁵⁴- La CN.Com., Sala C, en autos “Alfor S.A. c. Autolatina S.A. s/ ordinario”, 20/12/1996, ha señalado que “puesto que el hecho de que el concesionario se hubiese vinculado con el concedente mediante un contrato de adhesión y que este último hubiese realizado un constante control operacional del desenvolvimiento de la concesión, no puede tomarse como una coacción o una restricción a la libre voluntad de aquél, cabe concluir que el concesionario no podrá pretender eludir el cumplimiento de sus obligaciones so pretexto de haber contratado bajo esta modalidad: más aún, tratándose de una empresa comercial capacitada para ello y que debe contar con el asesoramiento jurídico, económico y financiero adecuado” (ED, 04/08/97, pág. 5).

⁵⁵ Ver, STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., “Derechos y defensa de los consumidores”, Ediciones La Rocca, Bs.As, 1994, en especial pag. 289, punto c) y siguientes.

⁵⁶ CNCom. Sala B, “Cherr Hasso, Waldemar P. c. The Seven Up Company”, E.D., T. 138-499.

bitual en la plaza y para el negocio y, una elemental prudencia, la celebración de los acuerdos actuando con cuidado y previsión.

V.5. De aceptarse las premisas enunciadas, corresponde concluir que el deber de diligencia que pesa sobre los administradores de la controlada conlleva cargas especiales (argumento artículos 59, 274, LS y 902, 1198 y concordantes del C.Civil), ya que deberá prever la posibilidad de tener que reconvertir la actividad de su administrada para volcar su aptitud productiva o de comercialización, hacia otros bienes o servicios que integren líneas de comercio distintas a aquellas en las que habitualmente opera, capacidad generalmente fundada en la existencia de similitudes entre los procedimientos y tecnología utilizadas por ambas; criterio de análisis que en teoría económica se denomina “concepto de sustitución en la oferta”.

Deberá además, adoptar las medidas preventivas necesarias para “desafiar”, llegado el caso, la política del controlante externo; política que será “desafiante” si la controlada puede entrar y salir del mercado (i) en forma rápida y (ii) sin incurrir en costos “irrecuperables” o “hundidos. En el primero de los aspectos, se ha considerado que una empresa posee aptitud para sustituir su oferta - en respuesta a un cambio en la política de mercado impuesta por su controlante - si puede reconvertirse en un plazo de hasta un año y sin que demande inversiones en costos irrecuperables de entrada y salida, entendiéndose por tales, aquellos asociados con la entrada a un nuevo mercado.

Se ha considerado que un oferente posee aptitud para sustituir su oferta -en respuesta a un cambio en las condiciones del mercado en las que operaba- si puede introducirse en un nuevo mercado, reconvirtiendo la empresa, en un plazo de hasta un año y sin que demande inversiones en costos irrecuperables de “entrada” y “salida”.

Los administradores de la controlada (expresión que aquí se utiliza sólo por comodidad de lenguaje) deberán operar de esa manera, pues -de no ser ello así- quedará exteriorizada la vulnerabilidad empresarial de la empresa que administra y dadas las condiciones para su sometimiento a la influencia dominante de su controlante externo. Debe evitar que la sociedad que administra quede “privada de su libertad de acceso autónomo al mercado, ya sea de provisión, ya sea de colocación de sus bienes y servicios”⁵⁷, que es uno de los efectos que se derivan del control económico.

V.6. Entendemos que no terminan allí las cargas de conducta que pesan sobre los administradores de la controlada. Así, frente a la conducta antijurídica del controlante, estos⁵⁸ deberían someter la

⁵⁷ MANÓVIL, R. M. (“Grupos de sociedades...”), página 330.

⁵⁸ Igual obligación pesa sobre los miembros del Consejo de Vigilancia (arts. 281, inc.a), b), g); y

cuestión al órgano del gobierno (art. 234, inc. 1º. "in fine"). En tanto la influencia dominante derive de la vinculación convencional estructurada en torno a uno de los contratos que ha señalado la doctrina, es de buen orden societario que el órgano de administración de la controlada, eleve a la consideración de su junta, la evolución de la relación (art. 234, inc. 1º, LS.), con conocimiento de la sindicatura y, en su caso, del consejo de vigilancia (art. 281, inc. a.), acompañando un informe detallado del negocio y de su evolución, y opinión acerca de las consecuencias que acarrearía a la sociedad la ruptura del vínculo o su continuación⁵⁹. Si bien se participa de la posición que sostiene que la responsabilidad del administrador no queda dispensada por el sometimiento de cuestiones que son propias de su competencia a la consideración de la asamblea⁶⁰, lo cierto es que, en esta particular hipótesis de control, las implicancias societarias de la continuación o ruptura del vínculo contractual que la controlada mantiene con su controlante, aconsejan el trámite, que, cumplido, relevaría al órgano de gestión de toda responsabilidad ulterior, salvo violación de la conducta impuesta por los artículos 59 y 274 LS⁶¹.

El sometimiento por el directorio a la consideración de la asamblea de cuestiones relativas a la gestión de la hacienda, ha sido calificado como un acto de "prudente arbitrio ante la realidad de la existencia de materias que por su importancia para la suerte de la sociedad, se hallan en una zona gris (...) y satisface la pauta de que los casos dudosos deben someterse a la asamblea o reunión de socios. Ciertamente esto no puede ser una vía para eludir la responsabilidad de los directores (HALPERÍN, "Sociedades anónimas", p. 609), pero la aprobación por la asamblea extinguirá su responsabilidad respecto de la sociedad si no media violación de la ley, el estatuto o el reglamento, u oposi-

280 LS) y síndicos (arts. 294, incs. 7º y 9º, 296, 297 y 298).

⁵⁹ Si bien corresponde a directorio entender y decidir sobre los asuntos que hacen a la gestión patrimonial de la sociedad, lo cierto es que este órgano es quien "realiza una permanente valoración integral de las circunstancias endógenas y exógenas de la vida social y sus perspectivas, siendo, por ende, el natural órgano convocante de las asambleas, no sólo para los supuestos en que se halla legalmente obligado a ello (arts. 234, inc. 1º; 205; 273; etc.), sino para todo otro en que la reunión del órgano sea menester para la mejor marcha de la sociedad, o ante sus problemas (arts. 236; 234, inc. 1º; 235 y cc.)" (Suárez Anzorena, C. y otros, "Hacia una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la sociedad anónima nacional", RDCO, 1982, pág. 834, Nº 16.1.1.

⁶⁰ En este sentido, Manóvil para quien "los administradores y, en particular, los directores, no se eximen de responsabilidad por el hecho de existir directivas de la asamblea o del consejo de vigilancia, ni tampoco por haber sometido cuestiones de administración social a la consulta de éstos" (MANÓVIL, Rafael M., "Interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos", Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, Vol. II, pág. 182, punto Nº 2.

⁶¹ Vgr. por proporcionar a la asamblea información errónea sobre la cuestión que se trata.

ción del 5% del capital social, extinción que será ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal”⁶².

V.7. El incumplimiento de estas cargas de previsión y diligencia, cuya génesis se encuentra en la particular actividad desarrollada por la controlada y las condiciones de mercado en las que se inserta (LS:59 y C.Civil:902), en modo alguno enervan la responsabilidad del controlante, en los límites que resultan del capítulo anterior.

VI. CONCLUSIONES

1.- Existe diferencia estructural y de génesis en los supuestos de control definidos por el artículo 33 LS. Mientras en los casos aprehendidos por los incisos 1º y 2º, primera parte, la *influencia dominante* arraiga en la participación orgánica; la que deriva de la existencia de “especiales vínculos” entre las sociedades por definición excluye aquella participación y finca en el dominio económico.

2.- De esta diferencia genética en orden al hecho generador del control, se derivan - “more geométrico” - dos órbitas de análisis dogmáticamente escindibles, que no pueden ser aprehendidas desde la unidad conceptual.

3.- En los supuestos de control externo o económico, fundado en un vínculo contractual, sólo cabe imputar responsabilidad al controlante, en los términos del artículo 54, LS, cuando: A) el daño se ha producido en “ocasión” del contrato, es decir, fuera de su órbita o cuando fue utilizado “como acceso a la posibilidad de dañar” y B) Cuando el incumplimiento contractual (típico) “degenera en delito del derecho criminal” (argumento artículo 1107, C.Civil).

4.- Los daños derivados del incumplimiento contractual típico, fuera del supuesto anterior, deben ser resarcidos bajo el esquema de la responsabilidad contractual, hipótesis no alcanzada por el artículo 54, LS.

5.- Sobre el administrador de la controlada, en los supuestos de control económico, pesan cargas de previsión y diligencia, cuya génesis se encuentra en la particular actividad desarrollada por su administrada y en las condiciones de mercado en las que opera, que no pueden ser ignoradas o desconocidas por este, dada su profesionalidad consustancial (LS:59 y C.Civil:902), pero cuyo incumplimiento en modo alguno enerva o produce mengua en la responsabilidad del controlante, en los límites que resultan del punto 3º.

⁶² OTAEGUI, J. C., “Administración societaria”, Ábaco, pág. 288, N° 3.