

SOCIEDADES CONTROLANTES DE SOCIEDADES SUJETAS AL ART. 299 LSC

Javier Armando Lorente y Diego F. López Ugolini

Sumario

La presente propone analizar, y potencialmente llegar a una conclusión, sobre si la exégesis de las normas en juego, pero también su interpretación teleológica, justifica jurídica, económica y funcionalmente que las sociedades controlantes indirectas de sociedades comprendidas en el art. 299 deban ajustarse a los requisitos enumerados los arts. 237, 255, 284 y 299, entre otros, LSC.

Introducción

El art. 299 inciso 6 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) establece que la sociedad controlante de una sociedad sujeta a fiscalización estatal permanente se encontrará comprendida dentro de los supuestos del art. 299 y, por ende, le serán aplicables ciertas reglas de funcionamiento.

Conforme lo establece la propia LSC, las sociedades anónimas comprendidas en los supuestos del artículo 299 deben cumplir, entre otras, con las siguientes disposiciones: i) el Directorio de la sociedad debe tener como mínimo tres directores titulares (art. 255); ii) la Sindicatura o Comisión Fiscalizadora debe estar compuesta por tres síndicos como mínimo (art. 284), excepto en el caso del inc. 2do. del art. 299, iii) deberán tener Fiscalización Estatal Permanente (art. 299) y iv) deberán publicar edictos para la convocatoria de asamblea en un diario de mayor circulación de la Republica (art. 237)⁽¹⁾.

(1) Roitman, Horacio y otros, *Ley de Sociedades Comerciales, Anotada y comentada*, t. IV, La Ley, Bs. As., 2006, p. 730.

La propuesta contenida en la presente ponencia consiste en analizar, y potencialmente llegar a una conclusión, sobre si la exégesis de las normas en juego, pero también su interpretación teleológica, justifica jurídica, económica y funcionalmente que las sociedades controlantes de sociedades comprendidas en el art. 299 deban ajustarse a los requisitos enumerados en el párrafo anterior.

Ciertamente que el planteo precedente es muy amplio, a punto tal que porciones del mismo hallan respuesta en la propia normativa bajo análisis, por lo que se hace imperativo segmentar el planteo inicial. Así, a fin de contestar nuestro interrogante nos haremos tres preguntas: 1) Cuándo existe control?; 2) Hasta qué grado de control se aplica la norma del art. 299 LCS?; y 3)Cuál es el propósito y sentido último de imponer Directorio plural, fiscalización privada plural y la fiscalización estatal permanente a las sociedades controlantes de la sujetas al art. 299 LSC.

Cuándo existe control según la LSC

Desde lo experimental, una situación de control societario es aquella donde nos encontraremos frente a varias sociedades que por distintos motivos tendrán una relación de dominio-dependencia y un sometimiento a una dirección unificada, lo que generalmente trae aparejado conflicto de intereses para las sociedades dependientes y en caso de abuso de dicho control se podrá solicitar la desestimación de la personalidad jurídica de la controlada-abusada. El control sobre el órgano de administración o la influencia sobre la manera en que se realiza la administración de la sociedad es fundamental para que exista el control⁽²⁾.

En nuestra ley de sociedades encontramos 3 tipos de control:

- A) Control interno de derecho
- B) Control interno de hecho
- C) Control externo de hecho

A. El control interno de derecho lo establece el art. 33 LSC,

(2) Manovil, Rafael, *Grupo de Sociedades*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, ps. 156-191.

primera parte, que establece que habrá control cuando una sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada posea participación, por cualquier título (dominio fiduciario, usufructo, mandato), que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. (Conf. art. 33 LSC).

B. El control interno de hecho lo establece el art. 33 LSC, segunda parte, estableciendo que se dará cuando se ejerza una influencia dominante como consecuencia de la participación que se posea en la sociedad. El control es interno ya que quien ejerce el control es un accionista de la sociedad que ordinariamente no tendría los votos para formar la voluntad social, sin embargo, por el ausentismo generalizado, por la atomización de las acciones o por cualquier otra circunstancia en los hechos tiene una participación suficiente para formar la voluntad social. El control debe ser permanente a los efectos que exista control y no momentáneo ya que debe evidenciarse que hay toda una política comercial de grupo, un plan concreto del grupo de como llevar adelante los negocios. Campea en este supuesto la idea de que aún sin los votos que matemáticamente le asignarían el control de la sociedad controlada, el controlante es quien ejerce la dirección unificada de aquella.

C. El control externo lo establece el art.33 LSC, segunda parte "in fine", estableciendo que se dará cuando se ejerza influencia dominante pero esta vez como consecuencia de los especiales vínculos existentes entre las sociedades. En este caso no se trata de un accionista de la Sociedad que ejerce el control sino un tercero que debido a su vinculación comercial (o de otro tipo, vgr. financiera) con la sociedad puede ejercer -y de hecho ejerce- un control sobre ésta.

Por su parte, el decreto 677/2001, aunque limitado a la sociedades cotizantes, en su artículo 2 ha definido al control societario de una manera más amplia que la definición analizamos *supra* en la LSC. Para el decreto de transparencia, "Controlante", "grupo controlante" o "grupos de control": son aquella o aquellas personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia".

La única modalidad de control que no es admitida en nuestra legislación, más aún, sería tachada de nula, es la proveniente de un

Contrato de Dominación (previsto en la legislación alemana pero raramente utilizado), mediante el cual una sociedad ejerce un control externo de derecho sobre la controlada.

La imposición del art. 299 inc. 6to. a las distintas variantes de control societario. Su procedencia evidente, su imposibilidad práctica de control y su palmaria futilidad

Los distintos tipos de control societario descriptos en el apartado precedente, nos permiten afirmar que no en todos ellos la imposición del art. 299 inc. 6to. LSC (sometimiento al art. 299 de los controlantes de las sociedades alcanzadas por algunos de los incisos del propio art. 299 LCS) es una conclusión forzosa, práctica o razonable.

Control interno de derecho: En esta primera hipótesis, la solución es muy sencilla, ya que es la que proviene de la misma literalidad y télesis del art. 299 inc. 6 LSC. Si existe control interno de derecho (y el mismo es DIRECTO) es claro que es de aplicación el art. 299 inc. 6 y por ende le son aplicables tanto a las controlantes como a las controladas la exigencia de órgano de fiscalización y de gobierno plural, la fiscalización estatal permanente y la necesaria publicación de edictos en un diario de mayor circulación.

Control interno de hecho: Aquí la exégesis de la norma, e incluso su sentido, parecen forzar idéntica conclusión. No obstante nos preguntamos: ¿deberá cumplir con estas exigencias el controlante de hecho? Y lo que es más significativo, en la práctica, ¿podrán los Registros Públicos de Comercio controlar el cumplimiento de esta disposición? Si bien, como postulado académico, creemos que el controlante de hecho debería cumplir con la fiscalización estatal permanente y demás requisitos establecidos por la LSC para este tipo de sociedades, sin embargo, como operadores del derecho societario, vemos difícil que en la práctica un Registro Público de Comercio pueda ejercer su función de control en el caso de un controlante interno de hecho que se aparte de la manda normativa del art. 299 inc. 6to. LCQ.

Control externo de hecho: Si en la hipótesis anterior (control interno de hecho) postulábamos que la efectiva función de vigilancia por el Registro Público de Comercio era difícil, en el caso del control societario “por los especiales vínculos”, tal vigilancia de los registradores locales sobre el cumplimiento del art. 299 inc.6 será derechamente imposible.

Respecto del verdadero alcance práctico que podrán hacer los organismos registrales bajo el amparo del art. 299 LSC, es sumamente recomendable, por su visión llana y sensata, un pequeño artículo del recordado Enrique Butty, en el que el autor analizó la significación de la necesidad de control estatal sobre las sociedades comerciales, determinando en primer lugar el alcance del término "control", el que se entiende como control de legalidad de la constitución de las personas jurídicas en general y de funcionamiento de las SA y SRL, el que es llevado por el Registro Público de Comercio (o por la IGJ en la Capital Federal), concluyendo que en el caso de las sociedades comprendidas en el art. 299 LSC debe sumarse el control de la Comisión Nacional de Valores o de los diferentes organismos estatales concedentes, vinculado a la tendencia de controlar actividades y no sujetos. Termina pasando revista a las distintas posturas doctrinales sobre las facultades de la IGJ, que van desde el mero buzón carente de facultades, hasta el reconocimiento de facultades de contralor sustancial⁽³⁾.

Pero nos queda aún una última hipótesis que analizar, que resulta una variante del control interno de derecho. Es bien sabido que tal tipo de control puede ejercerse en forma *directa* o *indirecta*.

Será directa cuanto la sociedad controlante sea la que *per se* posea participación, por cualquier título (dominio fiduciario, usufructo, mandato), que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social de la controlada. (Conf. art. 33 LSC).

Por el contrario, será *indirecta* cuando el control o el sometimiento a la dirección unificada se ejerza por la controlante final por intermedio o a través de otra sociedad a su vez controlada, que es dispuesta a tal efecto como un mero vehículo.

Control interno de derecho indirecto: Anticipamos que en nuestra opinión, al controlante interno de derecho indirecto de una sociedad controlada del art. 299 LSC no le alcanza la imposición del art. 299 inc. 6to LSC, y a tal fin el primer obstáculo a franquear es la mera literalidad de la norma, que establece que el controlante (sin distinción de tipo alguno) de una sociedad de las comprendidas en el art. 299

(3) Butty, Enrique M., "Acerca del control estatal sobre las sociedades comerciales", La Ley Suplemento especial "Sociedades" ante la I.G.J., del 1/4/2005, p. 141.

será tratado como una sociedad del art. 299. Pero nos cuestionamos: ¿hasta que grado de control debe cumplirse con esta disposición? De la letra de la ley parecería inferirse que sin importar el grado o intermediación del control, la sociedad controlante deberá cumplir con todos los requisitos que se le imponen a las sociedades del art. 299. Esto se debe a que la ley de sociedades en el art. 33, al referirse al control societario, lo prevé en forma directa o a través de otra sociedad a su vez controlada. Así, una sociedad "A" controlante de una sociedad "B" que a su vez controla una sociedad "C" que explota una concesión pública debería tener un directorio de por lo menos tres miembros, un órgano de fiscalización privado de por lo menos tres miembros, fiscalización estatal permanente y convocar asambleas a través de publicaciones en diarios de gran circulación.

Así, la sociedad "A" controlante *indirecta* de "C" quedaría alcanzada por el art. 299 inc. 6to. LSC, al igual que la sociedad "B" controlante *directa* de "C".

¿Es razonable esta imposición?

Creemos que no.

La finalidad del art. 299 inc. 6to. y las razones de política legislativa que lo inspiran, las reputamos suficientemente satisfechas con imponer el régimen del art. 299 a la sociedad "B", esto es, a la controlante interna de derecho *directa* de otra sociedad del art. 299 LSC.

La imposición de fiscalización estatal permanente, así como las restantes disposiciones que deben cumplir las sociedades anónimas del art. 299, son impuestas para realizar un mayor control, tanto interno como externo, de la sociedad que por su capital o actividad tiene gran exposición a terceros y riesgo para los accionistas. Es lógico que la sociedad controlante de esta sociedad tenga una vigilancia similar al de la controlada, sin embargo entendemos excesivo extender dicha observación a una sociedad que se encuentra controlando la controlante. La protección a terceros y accionistas, que la ley intenta dar estableciendo que las sociedades del art. 299 deben cumplir con mayores formalidades y están sujetas a un control más estricto, se ve cumplida con la aplicación de dichas normas a la sociedad directamente controlante (en nuestro ejemplo, la sociedad "B"). De esta manera creemos que el extender el control a las sociedades controlantes de controlantes es económica y prácticamente desfavorable. No sólo genera gastos excesivos e incomodidades prácticas en la sociedad sino también a las provincias que a través de los Registros Públicos deben disponer de personal dedicado a fiscalizar estas sociedades.

Y todo ello sin beneficio práctico alguno, pues tanto el interés individual como el interés general estarán suficientemente servidos con los mayores rigores a los que es sometida tanto la sociedad controlada sujeta al art. 299 LSC (en cualquiera de sus incisos) como la sociedad controlante directa de estas últimas de conformidad con el inc. 6 del art. 299 LSC.