

REFLEXIONES EN TORNO AL CONTROL EXTERNO EN MATERIA DE SOCIEDADES

Oscar Alfredo García

1.- La determinación de la existencia de una situación de control externo (art. 33, inc. 2do., “in fine”, LS) tiene relevancia, con relación al controlante societario, sólo cuando conduzca a atribuirle responsabilidad en los términos del art. 54, LS.

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.

3.- Esto supone la existencia de sujetos con profesionalidad consustancial, cuya conducta queda alcanzada por las reglas de los artículos 902 del Código Civil, comprensiva del actuar en el marco obligacional y art. 1198 del mismo cuerpo, que impone celebrar las convenciones obrando con cuidado y previsión.

4.- La configuración interna de estos contratos por la parte económicamente más fuerte, no tiene aquí la trascendencia que adquiere en otros ámbitos, en los que el obligado resulta la persona individual que no puede prescindir de su celebración sin privarse de prestaciones elementales y necesarias. Se trata de contratos anudados entre mercaderes, respecto de los que no puede predicarse que una de las partes se encuentre obligada a suscribir.

5.- La inclusión de estipulaciones contractuales de corte favorable al predisponente “fuerte” en detrimento de la posición del estipulante “débil” hace que en la faz operativa del contrato, exigir su cumplimiento no pueda ser considerado una “amenaza injusta” (arg. art. 910 C. Civil) en orden a la causación de “un mal inminente y grave” (arg. art. 937 C.Civil).

6.- El administrador social debe (art. 59, LS) y puede resistir la “coacción” (arg. art. 938 C.Civil) o el ejercicio antifuncional de la posición dominante, articulando los remedios contractuales pertinentes y, en su caso, sometiendo la cuestión al órgano de gobierno de la sociedad (art. 234, inc. 1º y 236, L.S). La omisión de convocatoria podrá valorarse como un incumplimiento de sus obligaciones (art. 59, LS), hecho generador de responsabilidad (art. 274 LS) de promediar daño social.

7.- No basta la mera posibilidad del ejercicio de “influencia dominante” sobre la controlada, sino que esta debe verificarse en la realidad a partir del efectivo condicionamiento de la gestión.

8.- El control debe operar sobre la actividad principal de la controlada y ser extendido en el tiempo, en tanto el concepto de “influencia dominante” cuando tiene su génesis en el control externo, que presupone ausencia de obrar orgánico excluye, ontológicamente, los hechos episódicos o circunstanciales.

9.- De admitirse los enunciados precedentes, las hipótesis de control externo con sustento en los especiales vínculos existentes entre controlante y controlada que conduzcan a la atribución de responsabilidad al primero, en los términos del art. 54 LS, constituirán supuestos de excepción.

I.- 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 no-

ción de control externo o económico en la forma que lo concreta el inc. 2º del nuevo texto del artículo 33”¹. Se señaló que “el nuevo texto (...) sigue, en sus grandes líneas, a la legislación italiana a tenor de lo dispuesto por el artículo 2359 vigente”, 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 Gregorio (...) y atendiendo a que la fórmula vínculos contractuales (...) es eludible por no ser de fácil constatación”².

II.- 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”³, 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 hegemonía o predominio, que coloca a una sociedad, la controlada, en situación de subordinación o dependencia respecto de otra”⁴, situación en la que queda alcanzado el propio Estado cuando actúa como empresa⁵.

No se trata de contratos que atribuyan a la controlante la administración de la hacienda que explota 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, en tanto el legislador no ha considerado las hipótesis de control externo de derecho, al estilo de la legislación alemana o brasileña⁶.

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. Tienen por objeto, en general, la comercialización, distribución o el reparto de productos o servicios, con rasgos de permanencia y, a menudo, de exclusividad⁷.

Le Pera, al analizar los mecanismos que conducen a la creación de los grupos

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

² Fargosi, Horacio P.; “Cuestiones preliminares sobre la reforma de la ley de sociedades comerciales”, ADLA XLIII-D, pág. 3682 y siguiente.

³ Otaegui, Julio C., “Concentración societaria. El control externo”, RDCO, 1987, pág. 85.

⁴ Odriozola, Carlos S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, LL, 1986-E, Sección Doctrina, pág. 1115, III.1.

⁵ Así lo hemos entendido en 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.

⁶ Fargosi, Horacio P., “Cuestiones preliminares sobre la reforma a la ley de sociedades comerciales”, ADLA, XLIII-D, pág. 3681, N° 7.2, con cita de Juan Carlos Palmero.

⁷ Etcheverry, Raúl A.; “Derecho Comercial y Económico”, Contratos, Partes Especial, Astrea, pág. 205 siguientes.

de subordinación sostiene que “existe una gama amplia de relaciones contractuales que parecen tener una especial aptitud para producir ese resultado. Se cuentan entre ellas algunos contratos de agencia, o de distribución, con cláusulas de exclusividad; préstamos u otros arreglos financieros; los management agreements del derecho estadounidense, la location gérance del derecho francés (...) y en general, se dice, todos aquellos que permiten a una empresa decidir qué es lo que otra producirá, cómo lo hará y a quién venderá”⁸. Otaegui hace referencia a los contratos de suministro, de concesión o de licencia con cláusulas de exclusividad y, en general, contratos que predeterminan la gestión de los administradores de la sociedad controlada o de los que resulta que la actividad de esta, está destinada “exclusivamente a la controlante, tal como puede darse en los de suministro o concesión y en los que, por lo tanto, su finalización termina presumiblemente con la existencia de la sociedad controlada”¹⁰. Este autor sostiene, en otra de sus obras, que “el control externo se obtiene a través de la fórmula intersocietaria mediante la celebración de determinados contratos que colocan el giro de los negocios o la organización empresarial 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 delegación de facto de las funciones de administración”¹¹.

Odrizola, apunta que la doctrina italiana ha ejemplificado las situaciones de control externo haciendo referencia a los contratos de agencia, comisión y concesión, por ser estos los “que ponen a la sociedad agente o comisionista o concesionaria en una condición de dependencia económica y la convierten en sociedad satélite de la sociedad proponente o concedente o cuando la actividad de una sociedad se encuentre vinculada contractualmente de manera tal que actúe sólo como agente de comercio de otra sociedad o su actividad se posibilite sólo a través de un contrato de suministro de otra sociedad”¹².

Para Santillán podría configurarse una situación de control externo entre sociedades vinculadas a partir de contratos de suministro, agencia, empleo de marcas, patentes de invención, “know-how” y concesión. En relación a éste último sostiene que “se puede presentar una situación de control externo por parte de la concedente (ya que) existe generalmente la imposición de obligaciones de compra de productos del concedente que configuran la llamada cláusula de exclusividad de aprovisionamiento” de modo que cuando se trata de productos muy sofisticados “existe un poder de dominación fundado en el monopolio técnico del concedente que se cristaliza en la obligación de llevar la contabilidad de determinada forma, de utilizar el mismo tipo de publicidad, de prestar el mismo servicio de posventa, etc.”, acompañadas de exigencias de “capital mínimo y de la propiedad de determinada clase o número de inmuebles, cuyo incumplimiento (...) lleva

⁸ Le Pera, Sergio; “Reflexiones sobre el agrupamiento de sociedades en el derecho argentino y comparado”, *Derecho Empresario*, Tº III-676, III.

⁹ Otaegui, Julio C., “Concentración Societaria”, *RDCO*, 1987, pág. 85.

¹⁰ Otaegui, Julio C., “Concentración Societaria”, *Ábaco*, pág. 433, punto c).

¹¹ Otaegui, Julio C., “Administración Societaria”, *Ábaco*, pág. 106.

¹² Odrizola, Carlos S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, *LL*, 1986-E pág. 1116.

acarreada la pérdida de la concesión, por lo que el concesionario queda sometido al arbitrio de la voluntad del concedente¹³”. Sostiene Bergel que la frase “especiales vínculos existentes, abre un espectro muy amplio en materia de control ya que involucra todas las situaciones en que por vía contractual o por simple dominio económico, pueda llegarse a orientar la voluntad social de la controlada”¹⁴.

Martorell, con cita de iguales contratos, concluye que “para que se perfeccione este control externo de hecho, deberá existir un apartamiento, por parte del controlante, de lo que Karl Larenz denomina “deberes de conducta”, y a su vez, “abuso de derecho” en materia del ejercicio de las prerrogativas otorgadas a la parte más fuerte, por la figura contractual de que se trate”¹⁵. Dobson, al ejemplificar las hipótesis contractuales que generan control externo, cita el contrato de agencia, respecto del que advierte que “la eventual revocación del mandato o representación otorgada significaría el cierre de la dominada, el fin de su existencia económica”; conclusión que hace extensiva “a los contratos de concesión comercial o suministro de la misma índole, en los de explotación de licencias, marcas de fábrica, etc.”. Agrega que “La relación de dominación externa debe estar dotada de ciertas características de permanencia, así como de particular intensidad. No tienen en consideración por ello los actos aislados de imposición, sino que debe tenerse en cuenta la actividad entera de la persona dominada. Los actos de dominación en algunos ramos de su actividad, que no importen sujeción de la actividad económica toda no son tenidos en consideración a los fines de fijar el concepto de influencia dominante. Los “particulares vínculos” que posibilitan imponer conductas económicas de sujeción pueden admitir resquicios pero comprenderán la parte más sustancial de la economía de la empresa dominada: será una cuestión de medida que permita sopesar la “influencia dominante”, de manera tal que esta se manifieste en la generalidad de la actividad de la dominada, aún cuando ejerza ramos menores o accesorios con autonomía de decisión. Es la actividad principal la que queda sometida al control, siendo la controlante la que insufla la vida económica a la controlada. Esta última recibe toda su actividad vital de la primera, que la convierte, por así decirlo, en un parásito con escasa o aún sin vida propia. La decisión de la controlante de dejar de insuflar esta actividad, revocando su impulso vital, llevaría a la ruina económica”¹⁶.

III.- Por nuestra parte, entendemos que el análisis de las situaciones capaces de configurar un supuesto de control externo a partir del ejercicio por el controlante de una “influencia dominante”, con sustento en “los especiales vínculos existentes entre las sociedades” (art. 33, inc. 2º, LS), lleva a considerar los institutos del ordenamiento societario que se tornan operativos en presencia del fenómeno y las consecuencias que se derivan del reconocimiento de su existencia. Se deja de lado, la normativa concursal, en tanto el art. 161 LC no comprende la especie de control bajo estudio¹⁷.

¹³ Santillán, Jorge Mario, “Las sociedades controladas y la reforma de la ley 22.903”, RDCO, 1984, pág. 736 y siguientes.

¹⁴ Bergel, Salvador D.; “La extensión de la quiebra en la reforma a la ley de concursos por la Ley 22.917”, LL, Tº 1983-D, Sección Doctrina, pág. 1098.

¹⁵ Martorell, Ernesto E.: “Los grupos económicos y de sociedades”, Ad Hoc, pag. 257.

¹⁶ Dobson, Juan M.: “El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, 1991, pág. 370 y siguientes.

¹⁷ La doctrina mayoritaria está conteste en considerar que los apartados a) y b) del artículo 161 LC, limitan la extensión de la quiebra al controlante participacional, aún cuando se advierta alguna discordancia en

El análisis no puede soslayar la consideración de los resultados a los que conduce determinada interpretación, ya que “uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema en el que está engarzada es la consideración y verificación de los resultados a que su exégesis conduzca¹⁸”.

Los institutos societarios directamente comprometidos en el supuesto de existencia de “influencia dominante” a partir del control externo por “especiales vínculos”, son los regulados por el art. 54, L.S., es decir: (i) la responsabilidad por daños causados a la controlada; (ii) la restitución de las ganancias y soportación de las pérdidas cuando el controlante externo induce y obtiene la aplicación de fondos o efectos de la sociedad controlada a uso o negocio de cuenta propia o de tercero y (iii) la inoponibilidad de la personalidad jurídica, con imputación directa al controlante de la actuación de la sociedad, haciéndole extensiva la responsabilidad por los perjuicios causados. Ello es así, en tanto la única posibilidad contemplada por la LS en materia de control societario fuera del interno o participacional, comprensivo de las hipótesis del art. 33 LS (de derecho o mayoritario y de hecho o minoritario) es el externo. De tal suerte que cuando el art. 54, LS, se refiere a quién no siendo socio revista la calidad de controlante, sólo puede entenderse como referido al control externo, en el que la influencia dominante tiene su causa en los especiales vínculos, pues es esta la única hipótesis de control posible fuera del participacional y no cabe entender que el legislador utilizara el término en el art. 54, LS, en un sentido distinto del empleado en el art. 33.

IV.- La conclusión inmediata debe atender a los resultados. Como se acaba de ver, importa tener presente que una situación de control externo puede conducir a una eventual atribución de responsabilidad, siempre que se recorra el resto del iter imputativo. El deber de resarcir que resulte de ello puede alcanzar significativa trascendencia patrimonial en determinados supuestos¹⁹. La circunstancia apuntada, determina que se deba obrar con extremo celo, ya que no basta la mera posibilidad del ejercicio de una “influencia dominante” sobre la controlada, sino que esta debe verificarse en la realidad a partir del efectivo condicionamiento de la gestión.

El control debe operar sobre la actividad principal de la controlada y ser extendido en el tiempo, en tanto el concepto de “influencia dominante” cuando tiene su génesis en el control externo que presupone ausencia de obrar orgánico excluye, ontológicamente, los hechos episódicos o circunstanciales.

V.- Bajo estos presupuestos, el análisis debe abandonar los enunciados genéricos y considerar, en sus aspectos sustanciales, los contratos que se mencionan como causa generadora o eficiente de una situación de control externo.

Entre esos contratos, adquieren particular significación económica, por los recursos que hoy movilizan, los de concesión, distribución y franquicia comer-

orden a si comprende ambos supuestos de control interno, de derecho o mayoritario y de hecho o minoritario, o sólo el primero de ellos.

¹⁸ CSJN, “Baliarda, José L. y otro”, LL, 1982-A, pág. 5. En materia comercial, el principio fluye del art. 218 del C.Com. En éste sentido, CN.Com. Sala B, en autos “Pérez c. Cargill”, LL 1993-D,150, punto IV.), hizo mérito de la teoría de Danz (“La interpretación de los negocios jurídicos”) en orden a ponderar el resultado valioso o no, que arroje determinada interpretación.

¹⁹ V.gr. a través del ejercicio de la acción social de daño, con legitimación sindical, arts. 175 y 176 Ley 24.522, con sustento en el artículo 54, LS, que tiene como resultado incorporar la indemnización a la masa.

cial²⁰. Parece entonces oportuno investigar que posibilidad cierta existe (desde lo jurídico y desde lo económico) que se configure, con sustento en ellos, una situación de control externo. La tarea requiere que se expliciten algunos presupuestos de los que parte este análisis.

1.- 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 suficiente²¹, 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.

2. La determinación de la existencia de una situación de control externo tiene relevancia en tanto conduzca a la atribución de responsabilidad en los términos del art. 54, LS., que no deriva del incumplimiento del contrato al que se le atribuye ser condición de la “influencia dominante” que ejerce el controlante sobre la controlada. El legislador no reguló en el art. 54, L.S. el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento contractual, cuyo tratamiento corresponde a la normativa común (arts. 511, 519, 520, 521, 901, 902 Código Civil y apartado 1° del Título Preliminar y art. 207 del Código de Comercio). El art. 54 LS, regula, en relación con el controlante societario, las consecuencias del ejercicio antifuncional del control, es decir, su responsabilidad cuando impone determinadas conductas societarias dañosas para la controlada o terceros²².

VI.- Corresponde, entonces, determinar las características comunes a estos contratos, que permiten sostener que poseen aptitud para generar una situación de control, con sustento en el ejercicio de una “influencia dominante” por parte del concedente, franchisor, licenciante, fabricante, etc.

Desde una óptica estrictamente económica, todos ellos parecen responder a una necesidad común: la de lograr, por las grandes empresas, sistemas racionales y eficientes para comercializar sus productos. “Esto permite al fabricante, concentrar su actividad en la producción, diagramando una mejor programación de las ventas y de las otras actividades relacionadas con la técnica comercial”²³. Este

²⁰ Respecto de este último contrato se informa que ya en el año 1960 significaba negocios, en los Estados Unidos, por valor de unos US\$ 60.000 millones de facturación anual; que “quince años después la facturación anual había alcanzado la cantidad de 239.000 millones de dólares, representando el 20% del PBI y 31% de todas las ventas minoristas. Para el año 2000 la Asociación Internacional de Franchising estima que el 50% de todas las ventas minoristas en EEUU se efectuarán conforme al sistema de franquicia comercial”, Marzorati, Osvaldo J., “Sistemas de distribución Comercial”, Astrea, 1992, pag. 196 y siguientes.- En orden a la trascendencia económica del contrato de concesión en el rubro automotriz, ver “La realidad económica y las formas concordatarias”, Héctor C. Sauret, RCDO, 1968, pag. 429.

²¹ Copi, Irving M., “Introducción a la lógica”, EUDEBA, 1992, Capítulo XII, pág. 417 y siguientes.

²² “El art. 54 (LS) contiene nuevos supuestos de responsabilidad para los controlantes bajo forma societaria o no, sin discriminar el tipo de control ejercido”, Aguinis, Ana María M. de, “Los contratos de dominación entre empresas integradas y el derecho económico”, “Revista de Derecho Industrial”, N° 24, 1986, pag. 413.

²³ Farina, Juan M., “Contratos comerciales modernos”, Astrea, 1993, pag. 380. Para Etcheverry, constituyen “una familia de contratos nuevos, para el desarrollo de una antigua función económica, cual es la de colocar en el mercado la producción de una empresa productora, cuando ella no puede o no quiere hacerlo por sí misma” (Etcheverry, Raúl A., “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial” - Iro. - , Astrea, 1991, pag. 205). Para Ana María M. de Aguinis “la integración en la actividad económica es una constante de nuestro tiempo. La producción, la comercialización y distribución asumen formas cada vez más atomizadas en sus diferentes etapas y se expanden con gran rapidez. La vehiculización de éstas manifestaciones de crecimiento, se realiza por empresas involucradas celebrando acuerdos de complementación e integración entre ellas, bajo una igualdad jurídica que es aparente, porque del contenido de las cláusulas pactadas se desprende claramente una relación de hegemonía de una de las partes” (“Los contratos de

tipo de contratación responde, entonces, a un fenómeno de la realidad económica que puede sintetizarse como de expansión de la gran empresa que necesita canalizar la llegada de sus productos al consumidor mediante la intervención de empresas menores. El enunciado precedente contiene el germen (“grandes empresas” vs. “empresas menores”) de lo que la doctrina ha denominado “desigualdad real de las partes, en tanto una de ellas tiene facultades y derechos pactados que le permiten decidir sobre los bienes y patrimonio de la otra, es lo que en el derecho de los grupos se denomina influencia dominante”²⁴ y que se materializa a partir de contratos que llevan al distribuidor (cualquiera sea la modalidad contractual adoptada) “hacia integraciones cada vez más estrictas, con una mayor expropiación de (su) poder (...) al que se le sustraen, en primer lugar, la libertad de pactar precios y cantidades; luego, la de actuar en competencia, la de fijar una política propia de mercado, y, por último, la limitación de actuar con signos distintivos propios y la de organizar su propio establecimiento”²⁵.

El fenómeno económico descrito tiene su correlato jurídico. En estas modalidades contractuales “la subordinación económica del assujetti (...) y su contrapartida la dominación económica de su partenaire privilegie, se refleja en... a) el pacto de exclusiva, que pesa sobre el concesionario, agente, franchisee, distribuidor... b) la parte dominante impone al sujeto débil de la relación sistemas contables especiales, controles múltiples, recurrir a determinadas fuentes de crédito y seguros, instrucciones de todo tipo en relación a las modalidades de comercializar (...) deberes de información, forma de instrumentar facturas, lugar donde deben acopiarse los efectos, normas de publicidad... cupos de provisión, fija la política, los precios de venta, etc., todo lo que implica una subordinación técnica y económica”²⁶. Para Farina, tratándose del contrato de concesión, el predominio del concedente en la relación jurídica con el concesionario se manifiesta en la inclusión por el primero de las siguientes prerrogativas: a) posibilidad de rescindir el contrato en cualquier momento por su sola voluntad, b) exoneración de toda responsabilidad por incumplimiento en las entregas; c) imposición de un reglamento que regula el desenvolvimiento del concesionario con la empresa de fábrica y con su propia clientela²⁷, en lo que también coincide Cambiaso²⁸. Este último autor, avanza aún más sobre el tema al sostener que “es notable el hecho de la apropiación del total del poder de decisión por los fabricantes. Ellos determinan la oportunidad, cantidad, el tipo, el modo de venta, el régimen de precios, el sistema de pedidos y asignaciones, el tipo de servicios accesorios, etc., con relación a cada

dominación...”, Revista de Derecho Industrial, No. 24, 1986, pág. 409).

²⁴ Aguinis, Ana M. de, “Los contratos de dominación...”, Revista de Derecho Industrial, N° 24, 1986, pag. 410. La CNCom., Sala B, ha sostenido que “desde el punto de vista empresarial, el contrato de concesión regula una forma peculiar de agrupación de empresas mediante una concentración vertical, en la que existe subordinación del concesionario al concedente; así las cosas, aunque se celebre entre dos comerciantes inclusive de similar relevancia - lo que ciertamente no es usual - normalmente existirá preponderancia de quien impone las condiciones” (“Marquín y Perotta c. Esso S.A.P.A. s. ordinario”, El Derecho, diario del 4 de setiembre de 1995).

²⁵ Farina, Juan M., “Contratos Comerciales Modernos”, Astrea, 1993, pag. 381, d).

²⁶ Aguinis, Ana María M. de, “ Los contratos de dominación...”, Revista de Derecho Industrial, N° 24, 1986, pag. 412.

²⁷ Farina, Juan M., “El contrato de concesión en el derecho privado”, JA., Sección Doctrina, 1971, pag. 721, punto XIV.

²⁸ Cambiaso, Juan E., “El contrato de concesión para la venta de automotores”, LL., T° 138, Sección Doctrina, pag. 1135.

uno de los modelos o series de sus productos. De ellos dependen, con exclusividad absoluta, los mayores, así como los ínfimos detalles de la venta de todos sus productos y las características de los mismos. El control patrimonial lo ejercen con la mayor plenitud los fabricantes, que exigen sistemas contables especiales, se reservan el derecho a inspeccionar continuamente la contabilidad (...) dirigen y determinan todo el proceso financiero, así como todo el aspecto comercial de las operaciones de venta de sus productos que ellos no efectúan”²⁹.

Cláusulas de contenido similar es dable observar en los contratos de franquicia³⁰, agencia³¹ y distribución con cláusula de exclusividad, aún cuando en éste último se registra una mayor independencia del distribuidor en relación al fabricante³².

VII.- La “influencia dominante” que emerge de los “especiales vínculos” que se generan entre controlante y controlada a partir de la celebración de tales contratos, giraría - ex hipótesis - en torno a dos circunstancias:

1º) La “posición dominante” que ejerce el controlante externo 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 conocimientos técnicos, de materia prima, de la propiedad de marcas, patentes y

²⁹ Cambiaso, Juan E., “El contrato de concesión para la venta de automotores”, LL, Tº 138, Sección Doctrina, pág. 1137. En éste trabajo, es particularmente interesante consultar la investigación de la legislatura de los Estados Unidos de Norteamérica, Comisión de Asuntos Judiciales del Senado (84º Congreso, 2º Período, Informe 2073, Automobile Dealers Day in Court, junio 4 de 1956) en la que se consigna que “muchos concesionarios que comparecieron como testigos aseguraron que, mientras ostensiblemente actuaban como comerciantes independientes, la fábrica dominaba y controlaba todas las facetas de sus operaciones en todo momento. El conflicto de intereses entre fábrica y concesionarios es un conflicto entre partes en total desigualdad de poder económico”.

³⁰ Ver: Farina, Juan M., “Contratos comerciales modernos”, Astrea, pag. 460, no. 323; Etcheverry, Raúl A., “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial”, Iro., Astrea, pag. 396, no. 253 y siguientes. Holand afirma, refiriéndose al franchising, que debemos arrancar con “(...) una verdad objetiva: el contrato involucra control”. Agrega que “(...) el franchising consiste en la instrumentación de un contrato de cooperación y/o de complementación, que se coloca por detrás de un cuadro de aparente igualdad jurídica, pero que a todas luces revela la existencia de una posición hegemónica de una de las partes. Eso es control. A fuerza de ser más precisos, lo ubicamos dentro de la esfera del control externo, o control contractual, esto es, aludimos al control que se efectiviza mediante la llamada “influencia dominante”, completamente diferenciado de aquél que deviene de la posibilidad de ejercitarse mediante la implementación del derecho a voto. Objetivamente considerado, el franchising se enrola en dicha posición, habida cuenta que, a partir de la suscripción de un contrato, entre entes perfectamente independientes entre sí, una parte impone a la otra una dominación técnica, la implementación de un sistema de comercialización (y no otro) de un producto (y no otro), la obligatoriedad de asumir diversos sistemas contables especiales, auditorías, revisiones paulatinas, carga de apoyarse en determinadas instituciones bancarias, financieras, de seguros (y no otras), la utilización de un determinado tipo de locales, ropaje para el personal, criterios de selección y adoctrinamiento del mismo, política de ventas, publicidad, precios, etc.” (Holand, Mario D.; “El esquema contractual del franchising y eventuales alternativas de extensión de responsabilidad”, “Derecho y Empresa”, Universidad Austral, Rosario, 1994, Nº 1/2, pág. 61).

³¹ Respecto de éste contrato, se ha dicho que “hay que tener presente que es un contrato de integración empresarial que refleja, por esencia, la desigualdad económica que habitualmente padece el agente en relación al proponente, pero que esta superioridad económica no puede equipararse con control de una parte sobre otra, ya que la inconfundible característica del contrato de agencia es la independencia del agente, que soporta el riesgo de su negocio, afronta sus propios costos y mantiene su propia organización” (CApel. CC Rosario, Sala IV., 19 de mayo de 1993, “Macrini Hnos. SRL. s. Quiebra s. extensión de quiebra”, El Derecho, Tº 153, pág. 652, con comentario de Julio C. Otaegui).

³² Marzorati, Osvaldo J., “La distribución exclusiva de hecho”, LL, 28 de marzo de 1995, en comentario al fallo de la CNCom. Sala C, en autos “Distrihur S.A. c. Industrias Cipolletti S.A.”. Ver del mismo autor, “Sistemas modernos de distribución comercial”, RDCO, 1986, pag. 325.

desarrollos tecnológicos; factores estos que lo habilitan para imponer políticas comerciales, financieras, de precios, manejar la producción o distribución de los productos, la publicidad, determinar la forma de contabilidad, exigir capitales mínimos, etc.

2º) La “coacción”³³ que ejerce a partir de la posibilidad que se adjudica contractualmente, al predisponer el contenido del contrato, de revocar “ad nutum” el vínculo³⁴. Lo que viene atado además, a la posibilidad de causar la rescisión por incumplimiento del distribuidor (en sentido económico y de integración empresarial, comprensivo de las distintas modalidades jurídicas de instrumentación).

Esta parece ser la posición que sustenta Otaegui cuando sostiene que “la influencia dominante derivada del control externo, guarda semejanza con la intimidación (Código Civil arts. 937 y 954), aunque con la diferencia de que la intimidación está referida a un acto jurídico y la influencia dominante a la actividad de la sociedad controlada”³⁵; con lo cual, se tendría por integrado el requisito de la “permanencia” de ese predominio, exigido por la doctrina³⁶, ya que la “intimidación” que emana de una eventual rescisión incausada del vínculo tendrá la extensión temporal de este en la medida que, mientras subsista el contrato, podrá ser ejercida³⁷.

Va de suyo que, conforme la caracterización que se efectuó de los contratos imputados de generar “influencia dominante”, la relación se establece entre una sociedad fuerte, que ejerce una “influencia completa” y otra débil³⁸, condicionando la primera la administración de los negocios de la última³⁹.

En esos términos, el ejercicio de la “influencia dominante” se articula a partir de la “vis compulsiva”⁴⁰, que, más allá de las imposiciones contractuales, deriva de la posibilidad de rescindir incausadamente éstos contratos⁴¹; facultad de ordinario ejercida por el dominante (concedente, fabricante, franchisee, etc.), aún cuando se la establezca en favor de ambos contratantes⁴².

³³ Fenómeno que no sería exclusivo de nuestra realidad. Ver en éste sentido la investigación del Parlamento de los Estados Unidos de Norteamérica, de la que anota Cambio en el artículo citado.

³⁴ Así, Dobson, quién, sin consignar expresamente la existencia de “coacción” o “intimidación”, parece presuponerla al sostener que “la decisión de la controlante de dejar de insuflar esta actividad, revocando su impulso vital, llevaría a la ruina económica de la controlada”, constituye el ejercicio de la “influencia dominante” que emerge del especial vínculo que promedia entre controlante y controlada (“El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, 1991, pág. 371).

³⁵ Otaegui, Julio C., “Concentración Societaria. El control externo”, RDCO, 1987, pág. 82 y “Concentración Societaria”, Ábaco, pág. 432.

³⁶ Odriozola, Carlos S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, LL, Tº 1986-E, Sección Doctrina, pag. 1115, III).

³⁷ Esta nota ha permitido sostener, con relación al contrato de concesión en la venta de automotores, que “el revendedor de automóviles se encuentra así frente a éste dilema: ser concesionario integrándose al grupo o dejar de ser comerciante”. Farina, Juan M., “El contrato de concesión en el derecho privado”, JA, 1971, Sección Doctrina, pag. 720, punto XIII.

³⁸ Con lo que se cumple una de las características enunciadas por Otaegui en “Concentración societaria. El control externo”, RDCO, 1987, pag. 82, punto a).

³⁹ Cambio, Juan E., “El contrato de concesión...”, LL, Tº 138, Sección Doctrina, pag. 1137 y Otaegui, Julio C., “Administración Societaria”, Ábaco, pag. 106.

⁴⁰ La “vis compulsiva” o violencia moral consiste en el temor actual a sufrir un mal inminente. La “vis absoluta” o violencia física importa el empleo de una fuerza material sobre la víctima, obstativa, también en este caso, del acto voluntario, es decir, obrado con discernimiento, intención y libertad (arts. 897 y 922 del Código Civil).

⁴¹ Ver, Dobson, Juan M.; “El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, 1991, páginas 370/371.

⁴² En principio “el contrato de duración indeterminada puede ser revocado, facultad que se halla ínsita en el negocio, pudiendo ejercerla cualquiera de las partes” (CNCom. Sala B, “Pérez c. Cargill S.A.”, LL, Tº1993-

IX.- De los enunciados precedentes, se deriva:

(i) Que en el control externo, la influencia dominante a partir de los especiales vínculos existentes entre controlante y controlada, puede importar el ejercicio (analogado) por parte del controlante de “intimidación”, con rango de permanencia, a la que se somete la controlada para no verse privada del negocio, en tanto accede al mismo sólo a partir de su vinculación con el controlante, dada la posición dominante de este en el mercado.

(ii) La conducta del controlante puede resultar objetivamente antijurídica⁴³, si altera la organicidad societaria, con desplazamiento de la administración “de jure” en favor de un administrador “de facto”⁴⁴, sin que esta conclusión importe avanzar sobre la aplicación del art. 54, LS, en tanto se requiere - además - dolo o culpa y la existencia de daño (art. 1067 C.Civil), en relación causal jurídicamente relevante (arts. 901 a 906 del C.Civil).

(iii) El ejercicio antifuncional del control externo, implica alterar la organicidad societaria por desplazar la administración del ente fuera de los órganos sociales específicos. En este orden de ideas, el administrador “de jure intimidado” sería ejecutor de las directivas del administrador “de facto intimidante”. Las decisiones del administrador vendrían impuestas desde afuera de la sociedad, violándose el esquema legal que resulta de los artículos 266, 267 (260) y concordantes LS.,

D, pag.146, con comentario de Juan M. Farina; idem “Distribuidora Aguapey SRL c. Agip Argentina S.A.”, LL Tº 1992-C, pag. 189; CNCom. Sala C, “Fernández c. Bodegas y Viñedos Recoaro S.A.”, LL, Tº 1992-D, pag. 512, con comentario de Nidia H. Solignac y Celia Weingarten; CNCom. Sala A, “Servigas del Interior S.A. c. Agip Argentina S.A.”, LL, Tº 1989-E, pag. 258; CNCom. Sala D, “Guzmán c. Tito González S.A.”, LL, Tº 1989-E, pag. 406; CNCom. Sala B, “Navun de Alvarez c. Embotelladora Argentina S.A.”, LL, Tº 1989-C, pag. 529. Pero dicha facultad deberá ser ejercida funcionalmente so pena de incurrir en responsabilidad por daños. Es decir, respetando el standard del art. 1198 del C.Civil y sin que importe un ejercicio abusivo (art. 1071 C.Civil). En esos términos puede compendiarse la doctrina que emerge de los siguientes pronunciamientos: CNCom, Sala B, “Distribuidora Aguapey SRL c. Agip Argentina SA” (LL, Tº 1992-C, 189) en el que se predica el “otorgamiento de un plazo coherente con la naturaleza de la relación habida entre las partes”; CNCom. Sala C, “Fernández c. Bodegas y Viñedos Recoaro S.A.” (LL, Tº 1992-D, pag. 512) donde se establece que la facultad rescisoria “no puede ser ejercida abusiva, desconsiderada o desmedidamente”, concepto que reiteró en tres oportunidades posteriores: autos “Giorgetti c. Georgalos Hnos” (LL, 23-08-1994); “Distrihur SA c. Industrias Cipolletti SA” (LL, 28-03-1995, pag. 4) y “Servicios Especiales Petroleros SRL c. Minar S.A. Petrolera y de Servicios” (ED, 29-08-1994, pag. 1), éstos dos últimos con comentarios sustanciales de Osvaldo J. Marzorati; CNCom. Sala A, “Dillon SA c. Ford Motor Argentina SA”, LL, Tº 152, pag. 250, con comentario de Jorge Eduardo Bustamante. En tales casos, cabe entender que la facultad rescisoria no se habrá ejercido excediendo los límites de la buena fé (art. 1198 C.Civil), ni abusivamente (art. 1071 C.Civil) cuando el concesionario, distribuidor, franchisee, agente, etc. “tuvo oportunidad de amortizar su inversión y, supuestamente, lucrar con ella” (CSJN, “Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA”, LL, Tº 1989-B, pag. 1, con nota de Antonio Boggiano y comentario en el mismo tomo, Sección Doctrina, pag. 768 y siguientes de Osvaldo J. Marzorati.).

⁴³ “Disconformidad externa entre la norma positiva y la conducta” conf. Boffi Boggero, Luis María (“Esquema de ilicitud que genera indemnizabilidad”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As., 1973, pag. 9). “La ilicitud objetiva parte de la base de una conducta que contradice al ordenamiento jurídico. Se trata de una observación previa y primaria del acto, que no penetra en la subjetividad del agente y, por ello, permite calificar también como objetivamente ilícitas ciertas conductas involuntarias” (Alterini, Atilio A.; “Responsabilidad Civil. Límites de la reparación”, Abeledo - Perrot, pag. 66, N° 70). “Es contraria a derecho toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico”, Ennecerus-Nipperdey, Derecho Civil, Parte General, Barcelona, 1950, Tº I, Vol. II, pag. 433, citado por Alterini, Atilio A. en “El incumplimiento considerado en sí propio”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, pag. 11 y nota 7.

⁴⁴ Otaegui sostiene que “la LS, art. 54, considera al controlante como un administrador de facto que debe responder por los daños causados en negocios indebidos”. (“Concentración societaria – Control externo”, RDCO, 1987, pág. 83).

que el legislador ha pretendido conservar, aún frente a institutos generados por la propia ley (art. 269, 2º. párrafo LS)⁴⁵.

X.- Frente a la conducta antijurídica del controlante, los administradores⁴⁶ de la controlada deberían someter la 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, desmadrado por la sociedad dominante, es de buen orden societario que el órgano de administración de la sociedad sometida a dominación, 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 continuación⁴⁷. 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 asamblea⁴⁸, lo cierto es que, en esta particular hipótesis de control, la 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 ulterior⁴⁹, salvo violación de la conducta impuesta por los artículos 59 y 274 LS⁵⁰.

XI.- Algunas reflexiones finales en torno al control externo.

1º) Corresponde partir 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 “agen-

⁴⁵ “(...) el dato de la competencia es uno de los plurales caracteres determinantes de la flexible noción de órgano, cuya particularizada estructuración constituye uno de los rasgos diferenciadores de la tipología societaria (...) la estructuración de los órganos societarios atañe también a la caracterización legal de cada tipo”. Suárez Anzorena, Carlos y otros, “En procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la sociedad anónima nacional”, RDCO, 1982, pag. 818, No. 2.1.1 y pag. 822, No. 9.1.-

⁴⁶ Igual obligación pesa sobre los miembros del Consejo de Vigilancia (arts. 281, inc.a), b), g); y 280 LS) y síndicos (arts. 294, incs. 7º y 9º, 296, 297 y 298).

⁴⁷ 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, Carlos 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.

⁴⁸ 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, Vól. II, pág. 182, punto nº2.

⁴⁹ 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 oposición del 5% del capital social, extinción que será ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal” (Otaegui, Julio C.; “Administración societaria”, Ábaco, pág. 288, nº 3).

⁵⁰ V.gr. por proporcionar a la asamblea información errónea sobre la cuestión que se trata.

te”, “concesionario”, “franquiciado”, “licenciario”, etc., tipifica el desarrollo de una actividad comprendida en su objeto social, en los términos del art. 11º, inciso 3º. LS.

2º) Esto supone la existencia de sujetos diferenciados, con profesionalidad consustancial, que quedan alcanzados por la regla del art. 902 del Código Civil, abarcativa del actuar en el marco obligacional⁵¹ y del artículo 1198 C.Civil, que impone celebrar las convenciones obrando con “cuidado y previsión”. Se trata de contratos anudados entre mercaderes en los que no puede predicarse que una de las partes “se encuentre obligada a suscribir (...) para cubrir necesidades elementales”⁵²; más allá de las diferencias de entidad económica que apunta la doctrina de la que se ha hecho cita⁵³.

3º) La configuración interna del contrato por la parte económicamente más fuerte, no tiene aquí la trascendencia que adquiere en otros ámbitos⁵⁴ 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”⁵⁵.

4º) 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 habitual en la plaza y para el negocio y, una elemental prudencia, la celebración de los acuerdos actuando con cuidado y previsión. Cabe presumir que el empresario cuenta con asesoramiento idóneo o, cuanto menos, con la posibilidad de acceder a él. En este aspecto, no se observan diferencias cualitativas entre la asistencia técnica que pueda recibir el concedente, franquiciante, fabricante, propietario, etc., con la del concesionario, franquiciado, distribuidor o agente.

5º) Fue visto que la indeterminación del plazo o la continuación de la relación una vez finalizado el mismo, constituye una práctica común en esta especie de contratos y que en tales supuestos la posibilidad de rescindir el vínculo por cualquiera de las partes, “ad nutum”, es un principio que informa la jurisprudencia, siempre que se haga un ejercicio funcional de ese derecho (art. 1071 C.Civil).

Sobre esa base no corresponde tener por cierto, sin más, que la posibilidad de

⁵¹ 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, n° 270.

⁵² CNCom. Sala B, “Cherr Hasso, Waldemar P. y otros c. The Seven Up Company”, E D. T° 138-499.

⁵³ 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).

⁵⁴ 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.

⁵⁵ CNCom. Sala B, “Cherr Hasso, Waldemar P. c. The Seven Up Company”, E.D., T° 138-499.

rescindir el contrato por la sociedad dominante (concedente, fabricante, franquiciante, etc.) constituya una “amenaza injusta”. La inexistencia de “amenaza injusta”, obsta a la configuración de la intimidación, conclusión a la que se arriba por aplicación analógica de criterios aceptados en materia de vicios de la voluntad en los actos jurídicos⁵⁶.

6º) La inclusión de estipulaciones contractuales de corte favorable al predisponente “fuerte” en detrimento de la posición del estipulante “débil” hace que en la faz operativa del contrato, exigir su cumplimiento no pueda ser considerado una “amenaza injusta” (arg. art. 910 C. Civil) en orden a la causación de “un mal inminente y grave” (arg. art. 937 C. Civil), con lo que se elimina otro elemento tipificante de la “intimidación”⁵⁷.

7º) La aceptación de determinadas condiciones por el contratante “débil”, tiene su causa en las ventajas que obtiene mediante la celebración de tales contratos⁵⁸, a la par que importa una necesidad para el predisponente, en la medida que tienden a uniformar y racionalizar “los métodos, medios y técnicas de comercialización”⁵⁹. Las relaciones comerciales que habitualmente tienen lugar en estos casos, consisten en el control de la concesionaria - o en su caso, la beneficiaria de la franquicia - por parte del concedente, sino que tienden a lograr una mutua colaboración⁶⁰.

8º) Luego, se debe ponderar que el “controlante externo” no tiene posibilidad de injerencia orgánica en la controlada. Corresponde, en este punto, hacer una disgresión: ontológicamente, en todos los casos de control (interno de derecho o mayoritario; interno de hecho o minoritario y el externo) la influencia se ejercerá, preferentemente, sobre el órgano de administración de la controlada. En el control interno o participacional, a partir de la designación de administradores que respondan a la controlante y por la posibilidad de removerlos “ad nutum”⁶¹ en tanto incumplan las instrucciones, supuesto este que no pasa de ser una mera hipótesis ya que - dominando en ambos casos las decisiones que se adopten en el órgano de gobierno - habrá designado a los administradores y, en razón de tal designación, éstos resultaran sumisos a su política. En el control externo, el

⁵⁶ Sobre la operatividad del concepto en materia de actos jurídicos, ver Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Tº IIº, Editorial Perrot, 1967, pag. 493, nº 1.779.

⁵⁷ Obra y autor citado en la nota anterior, pag. 495, nº 1781.

⁵⁸ Para una consulta de los beneficios que obtiene el concesionario en el contrato de concesión comercial y sus implicancias, puede consultarse el trabajo de Marzorati, Osvaldo J., “El contrato de concesión comercial”, publicado en E.D., Tº 126, pag. 981. En relación a la “franquicia”, del mismo autor “Sistemas de distribución comercial”, Astrea, 1992, pag. 194 y siguientes y Bekerman, Jorge M. y Martorell, Ernesto E., “El franchising: una nueva modalidad contractual”, en LL., Tº 1986-E, Sección Doctrina, especialmente pag. 955, punto IV., “Utilidad Práctica”.

⁵⁹ Martorell, Jorge E.; “La posibilidad de abuso de la posición dominante en la contratación entre empresas”. ED, 04/08/97, pag. 5.

⁶⁰ CSJN; “Rodríguez, Juan Ramón c. Compañía Embotelladora Argentina S.A.”. ED, 29/07/93, con comentario del Dr. Angel D. Vergara del Carril.

⁶¹ “La remoción ad nutum del director que el estatuto no puede suprimir ni restringir (LS, art. 256, in fine), marca otra particular diferencia entre el administrador de la sociedad anónima y el administrador en los restantes tipos societarios, ya que en las sociedades por interés cabe el pacto sobre justa causa (LS, arts. 129, 136 y 143), así como en la sociedad en comandita por acciones (LS, art. 319), y en la sociedad de responsabilidad limitada puede limitarse la revocabilidad del gerente cuando la designación fuere condición expresa de la constitución de la sociedad (LS, art. 157-revocabilidad)” (Otaegui, Julio C.; “Administración societaria”, Ábaco, pag. 251, nº 54).

administrador de la controlada no puede ser removido por el controlante ya que este no actúa orgánicamente.

El administrador social debe (art. 59, LS) y puede resistir la “coacción” (arg. art. 938 C.Civil) o el ejercicio antifuncional de la posición dominante del controlante externo articulando los remedios contractuales pertinentes y, en su caso, sometiendo la cuestión al órgano de gobierno de la sociedad (art. 234, inc. 1º y 236, L.S). La omisión de convocatoria podrá valorarse como un incumplimiento de sus obligaciones (art. 59, LS), hecho generador de responsabilidad (art. 274 LS) de promediar daño social.

9º) No basta la mera posibilidad del ejercicio de “influencia dominante” sobre la controlada, sino que esta debe verificarse en la realidad a partir del efectivo condicionamiento de la gestión. El control debe operar sobre la actividad principal de la controlada y ser extendido en el tiempo, en tanto el concepto de “influencia dominante” cuando tiene su génesis en el control externo, que presupone ausencia de obrar orgánico, excluye ontológicamente los hechos episódicos o circunstanciales.

10º) De admitirse los enunciados precedentes, las hipótesis de control externo con sustento en los especiales vínculos existentes entre controlante y controlada que conduzcan a la atribución de responsabilidad al primero, en los términos del art. 54 LS, constituirán supuestos de excepción.