

“HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: FILIALES COMUNES Y SOCIEDAD ANÓNIMA SIMPLIFICADA”

MARIANO GAGLIARDO

PONENCIA

Estas breves reflexiones relativas a temas de actualidad pretenden corroborar que de un modo indirecto, aun a través de normas en etapa de proyecto, es factible en nuestro régimen societario la consideración de una categoría de grupos de derecho, los que además acentúan la mayor funcionalidad y prevalencia de la libertad estatutaria, en una clase de sociedad anónima.

FUNDAMENTOS

1. Filiales comunes

La organización de una colectividad personificada, tal el caso de la sociedad anónima, aun cuando configure un ordenamiento, no soluciona las múltiples cuestiones que su existencia jurídica y económica significa. Es que dentro de las modificaciones estructurales de las sociedades se advierte la reestructuración o reordenación interna de las mismas, una de cuyas tantas expresiones es la conversión en *holding* de una sociedad dominante por descentralización a una o varias filiales o bien la constitución de las llamadas filiales comunes.

Las filiales constituyen pues un medio de relación en el derecho interno e internacional.

Desde un punto de vista amplio, una sociedad es filial de otra cuando está sometida a la voluntad de aquélla. En un sentido restringido, sólo puede hablarse de filial y de sociedad madre cuando aquélla ha sido fundada por ésta, reservándose la fundadora la totalidad o la mayoría de las acciones de la nueva sociedad.

Así las cosas, la filial es una forma clásica de subordinación económica de una sociedad a otra cuyo logro puede obtenerse a través de distintos medios.¹ Y dentro del gran capítulo y los problemas de los grupos de sociedades, lo relativo a la presencia de las filiales y su vinculación con el resto de entidades agrupadas es un polémico asunto que mantiene todo su interés.

Porque, en efecto, la participación directa de una sociedad dominante que posee el capital de una o varias filiales sin la concurrencia de entidades intermedias puede asumir diversas modalidades.² En algún caso existirá una auténtica autonomía funcional; en otras hipótesis, la sociedad dominante (o madre) irradia su poder sobre otra u otras sociedades afectando la capacidad operativa y decisoria de las dependientes, asignando a éstas una relación de filiación respecto de sí. Con motivo de lo cual tiene actualidad la advertencia de Vivante³, para quien las filiales quedan reducidas a simples oficinas técnicas del grupo vestidas de sociedades anónimas, conviviendo en un verdadero estado de fusión extra-legal donde una sociedad supra-societaria elige y nombra a los órganos de las sociedades filiales.

Corresponde pues analizar en cada supuesto si la filial es o no un instrumento en manos de una organización superior o bien si las filiales están o no vinculadas entre sí por lazos de dependencia o mera relación. En algunas oportunidades, además, los administradores de la sociedad madre resultan accionistas de la filial, conservando la separación jurídica sin configurar uniones reales, lo que no obsta al predominio de la matriz en los asuntos de aquélla.

Hasta aquí, este breve análisis se enfoca desde un punto de vista de lo que podría llamarse filial simple u ordinaria y en la cual el grado de dependencia puede tener diversas connotaciones.

Nos interesa seguidamente delinear algunos rasgos de las filiales comunes o sociedades dependientes, que en su real acepción llevan una contradicción desde el instante en que su control pertenece a más de una sociedad. A raíz de ello se ha propuesto aludir a sociedades de sociedades⁴ ó inclusive a sociedad en común.⁵

¹ GARRIGUES, Joaquín: "Formas sociales de uniones de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1947, nro. 7, pp. 51 y ss.

² DELA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, "Estudios de Derecho Mercantil", *Derecho Financiero*, 2ª ed., vol. II, pág. 287, quien se refiere a los sistemas mediante los cuales la sociedad madre se asegura la tenencia de participaciones de control en las sociedades filiales y los califica un grupos de participación radial, participación piramidal y participación circular.

³ VIVANTE cit. por RODRIGO URÍA en "Teoría de la concentración de empresas", *Anales de la Academia Maritense del Notariado*, Reus, Madrid, 1952, t. VI, p. 483, nota 27.

⁴ FERRO ASTRAY, JOSÉ A.: *Empresas controladas*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1961, p. 99.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando: "Grupos de Sociedades y Mercado de Valores", *Boletín de la Bolsa de Barcelona*, 1959, p. 50.

Y la dependencia societaria múltiple puede corresponderse a participaciones de otras sociedades en proporciones idénticas o similares, o bien sin existir tan exacta ecuación.

A propósito de la cuestión ⁶ se argumenta que la igualdad accionaria de los socios que participan en la filial común impide que pueda hablarse de una dependencia propiamente dicha, mas resulta indudable que se trata de sociedades instrumentales de dos sociedades matrices al cincuenta por ciento con una clara intención de someter la filial a una planificación congruente de aquéllas. En concordancia con lo expuesto se dice que cuando han constituido una sociedad intermedia en la cual se toman las decisiones, se considera que esta sociedad interpuesta es la dominante. En su defecto, se entiende que la filial está dominada por la acción conjunta de dos matrices.

En razón de lo dicho no existirían mayores reparos de lógica —y sin perjuicio de la advertencia antes comentada— para sostener que una sociedad dependa simultáneamente y de manera directa de otras dos sociedades a las que pertenezca la filial común. Lo expuesto no cuenta con el respaldo unánime de la doctrina comparada ⁷, y desde el instante en que se tipifica el grupo en particular según la dirección única, se dice que las sociedades en común deben dejarse al margen del concepto estricto de grupo de sociedades según la propuesta de la séptima directriz de la Comunidad Económica Europea sobre las cuentas del grupo. ⁸

Asimismo, y con diversos argumentos, se ha pretendido excluir la adscripción de la filial común al concepto de grupo de sociedades. En este sentido, CHAMPAUD ⁹ observa que la filial común típica y sus accionistas no son sociedades agrupadas, sino sociedades de grupo. Dificultades jurídicas, en particular la carencia de personalidad de los grupos, obstan a esta denominación y lo llevan a utilizar la expresión “sociedades de sociedades” para designar las filiales comunes. Y, en esta línea de pensamiento, propuso crear una forma obligatoria para las filiales comunes, con rasgos cercanos a las sociedades de capitales.

Esta sugerencia no estaba desvinculada del régimen propio de los grupos de sociedades, puesto que el propio CHAMPAUD consideraba que uno de los presupuestos ineludibles para aquél era la previa redacción de un derecho grupal, en el que debía sustentarse regulación especial de las filiales comunes o, dicho de otro modo, de las sociedades de sociedades.

⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: *Jornadas sobre grupos de sociedades y su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Universidad de Alcalá de Henares, p. 42.

⁷ GIRÓN TENA, J.: *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial*, Valladolid, 1965, p. 51.

⁸ SÁNCHEZ CALERO, ob. cit. p. 51.

⁹ “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, París, 1962, pp. 268 y ss.

En nuestro medio, por el contrario, se sostiene la importancia que representa la filial común dentro del derecho de grupos¹⁰—criterio que se comparte— aun cuando *strictu sensu* no configure una sociedad controlada en los términos del art. 33, ley 19.550 y, en su caso, resulten aplicables en etapas de crisis las soluciones que acerca de la responsabilidad de la controlante contiene la legislación local.¹¹

Las formas de organizar las filiales comunes son sumamente variadas y en razón de sus motivaciones se las distingue entre filiales comunes horizontales (que desarrollan la misma actividad que cumplen las sociedades participantes en la misma), filiales comunes verticales (a través de las cuales las entidades partícipes aspiran a integrar la totalidad del proceso de producción mediante las actividades complementarias a las que habían venido realizando las entidades asociadas) y filiales comunes complejas (en las que las actividades de éstas carecen de relación con la actuación de las participantes).¹²

Es que en palabras de ASCARELLI¹³ las “coparticipaciones” resultan una nota definitiva de las filiales comunes, cuya mayor o menor intensidad es el umbral de otras tantas controversias. Lo concreto es que un grupo societario puede configurarse a través de la plurificación de sociedades. Ello a través de la modalidad de descentralizar ciertos aspectos de sus respectivas sociedades o bien la realización de nuevas actividades. En una hipótesis la escisión será una respuesta organizativa que intenta la estructuración empresarial en divisiones con autonomía jurídica y patrimonial, inclusive operativa, coordinadas por un centro con funciones directivas y de control financiero.

El otro supuesto lo constituye la filial común, la que en un enfoque conceptual, provisorio y amplio, resulta un acuerdo de colaboración que celebran dos o más sociedades, en virtud del cual adquieren el control igualitario de una sociedad con el fin de alcanzar objetivos económicos estables o de cierta duración.¹⁴ O bien, precisado de un modo restringido, se trata de una sociedad en que dos o más sociedades fundan o adquieren con el propósito de desarrollar a través de las mismas actividades vinculadas con las entidades participantes y en beneficio común de las mismas.

2. La sociedad anónima simplificada: Flexibilidad funcional de la sociedad anónima

Las rígidas pautas legales que caracterizaran a la sociedad accionaria en sus orígenes denotan como un dato de la realidad y según cuestiones de política jurídica de

¹⁰ PALMERO, Juan Carlos y otros: *Agrupamiento de sociedades*. La Cumbre, Córdoba, Argentina, 1977, p. 44.

¹¹ OTAEGUI, Julio C.: *Concentración Societaria*, Abaco, Bs. Aires, 1984, p. 159.

¹² Cfr. PAILLUSSEAU, Jean: “La filiale commune moyen de colaboración entre sociétés et groupes de sociétés”, en *Rapport en la Filiale Commune*, febrero 1975, pp. 31 y ss.

¹³ *Sociedades y asociaciones comerciales*, Ediar, Bs. Aires, 1947, tomo I, p. 417.

¹⁴ PALMERO, ob. cit. p. 48.

cada ordenamiento, una mayor adaptación a las nuevas exigencias empresariales. Entre otras, el caso de la sociedad unipersonal¹⁵ o bien un amplio reconocimiento de la libertad contractual que permite la utilización de los diferentes modelos de sociedades anónimas como forma jurídica y expresión de la empresa.¹⁶

Nuevos modelos en la legislación comparada y otros criterios funcionales en vías de proyecto resultan una respuesta a los hechos económicos entre los que se distingue a la sociedad anónima simplificada (en adelante S.A.S.).

La admisión en la regulación alemana de 1965, entre otras, de la sociedad de familia y las filiales de grupos, demostró, no obstante la severidad con que se analizaba, la autonomía estatutaria.

a) En materia de reformas, el 2 de agosto de 1994 se sancionó en Alemania una ley que al modificar pautas del ordenamiento de 1965 introdujo preceptos relativos a las pequeñas sociedades por acciones, desregulando además el derecho relativo a estas entidades.

A propósito de lo expuesto se liberalizan normas respecto de lo que podría denominarse sociedad anónima cerrada y se incorporan cambios en interés de todas las sociedades; asimismo, se contemplan nuevos criterios respecto de la sociedad que cotiza en bolsa.

La desregulación, por su parte, se extiende a todas las sociedades accionarias, incrementando las facultades estatutarias.

En cuanto a la pequeña sociedad anónima, se confiere un amplio margen a la autonomía de la voluntad y se suprimen —o reducen— algunas formalidades.

b) En Francia se dictó la ley 94-1 del 3 de enero de 1994, que en escasas normas regula la sociedad anónima simplificada, lo que es un cauce revelador del nuevo marco jurídico que se asigna al modelo de la sociedad anónima, hasta entonces considerado como excesivamente rígido y reglamentarista.

El propósito de la regulación puede sintetizarse en grandes lineamientos. En primer lugar, se trata de una aspiración que tiende a impedir el desplazamiento de las filiales comunes hacia otros países a raíz del fracaso de las normas vigentes a la fecha del nuevo régimen. En segundo término, la S.A.S. configura una nueva categoría de sociedad por acciones —o cuasi-sociedad anónima, como se la calificara¹⁷— de marcada base contractual e índole *intuitu* persona que se yuxtapone con el régimen general de la sociedad anónima cuyo sustento resultante es de base legal. El tercer aspecto es la amplia libertad de funcionamiento de la sociedad donde la autonomía de la voluntad

¹⁵ Un estado actual del tema puede verse en Alegría, Héctor, "La sociedad unipersonal", *Revista Plenaria*, octubre 1994, pp. 26 y ss.

¹⁶ Cfr. ODRIOZOLA, Carlos S.: "Los diferentes modelos de sociedades anónimas y los derechos de los accionistas", Ponencia Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. Aires, 1990, vol. 2, p. 211.

¹⁷ LE CANNU, Paul: "Les dirigeants de la société par actions simplifiée", *Revue des Sociétés*, abril-junio, 1994, p. 239.

tiene un rol protagónico. En este último sentido, se prohíbe expresamente a la S.A.S. recurrir al ahorro público, garantizando de tal manera que constituye una entidad cerrada en la que la libertad estatutaria resulta un instrumento de adaptación a los socios concurrentes y donde no serán necesarias normas especiales para los pequeños socios ahorristas o inversores. En concordancia con lo expuesto, los estatutos pueden contemplar cláusulas de intransmisibilidad de las acciones o bien estipulaciones de consentimiento de toda cesión accionaria.

Una cuarta cuestión (y a los fines del presente, quizás la primera): la finalidad de la S.A.S. es la de un instrumento de cooperación interempresarial mediante la constitución de filiales comunes entre sociedades, filiales intra-grupos o sociedades *holding* comunes, excluidas las personas físicas y las sociedades pequeñas. El ejercicio de la libertad contractual en la S.A.S. no es absoluto y su recepción legal no significa desconocer el orden público societario y, en su caso, la utilización como filial común, se dice ¹⁸ que es el anticipo de conflictos potenciales. A partir del instante en que la S.A.S. sólo puede constituirse por personas jurídicas, se admite a éstas como integrantes de la administración como presidente o administrador. Esto se justifica por la función de la S.A.S. como medio de constituir filiales entre sociedades permitiendo el acceso directo de éstas a través de sus dirigentes a la gestión de la S.A.S..

- c) En otra oportunidad sostuvimos ¹⁹, a raíz de un breve comentario a ciertos aspectos de un Proyecto del Poder Ejecutivo del año 1991 (en adelante Proyecto) introduciendo algunas modificaciones al articulado de la ley 19.550 (t.o. decreto 841/84), que en el contexto de la reforma se advertían distintas especies de sociedades anónimas con rasgos comunes y otros diferenciados: a) sociedad anónima simplificada (art. 308); b) sociedad anónima abierta (art. 299); c) sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (art. 322) y; d) sociedad anónima cerrada (art. 255), todo lo cual no deja de constituir un avance en la materia denotando así una flexibilidad funcional del modelo legal.

Las Notas Explicativas que acompañan al Proyecto destacan entre otros aspectos los rasgos sobresalientes de la S.A.S., señalando que resultará una apropiada estructura formal para emprendimientos empresarios conjuntos, mas no queda limitada a las *joint venture corporations*, pues también puede servir para personas físicas. ²⁰

La funcionalidad de la figura de la S.A.S. ²¹ resulta de la primacía que asigna a la libertad contractual y además de los criterios dimensionales externos o internos, o bien la naturaleza del objeto o actividad que puede desarrollar una sociedad anónima.

¹⁸ GUYON, Yves: "Présentation générale de la société par actions simplifiée", *Revue des Sociétés*, abril-junio, 1994, p. 240.

¹⁹ GAGLIARDO, Mariano: "Reformas al directorio de la sociedad anónima" (resol. M.J. 465/91), *El Derecho*, 19/05/1994).

²⁰ En el modelo francés la S.A.S. sólo es aplicable a las personas jurídicas.

²¹ POLO DIEZ, Antonio: "Concurrencia y selección de los tipos sociales", *Derecho Mercantil de la C.E.E.*, Civitas, Madrid, 1991, p. 773.

El modelo de la S.A.S., tal como resulta proyectado, es una formulación, entre otras, de la filial común ciertamente en concordancia con las modernas legislaciones comparadas.

CONCLUSIONES

En el breve panorama reseñado, se advierte una tendencia hacia la flexibilización de las pautas y moldes clásicos sobre los que se concibiera a la sociedad anónima.

En otra perspectiva, los demorados proyectos europeos tendientes a la regulación jurídica de los grupos de derecho adquieren actualidad a propósito de ciertas iniciativas nacionales: la sociedad de responsabilidad limitada española, en cuanto admite expresamente la categoría de grupos y la sociedad anónima simplificada francesa. Esta última, en particular, a través de las filiales comunes que resultan encuadrables en los grupos de sociedades.

Referido a nuestro medio, el proyecto que contempla la S.A.S. mantiene el debate y reafirma²² el fenómeno grupal:

²² Conclusiones Sextas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal. Junín, Buenos Aires, 27 al 29 de octubre de 1994.