

1. Las restricciones existentes en nuestro derecho positivo sobre la amplitud del objeto social o su pluralidad se extienden, a través de la norma del art. 31 de la Ley de Sociedades, a un campo que les debiera ser ajeno. En efecto, dicho artículo establece una limitación a la capacidad de obrar de las personas jurídicas, originada en su objeto social, que implica una valla para la formación de grupos económicos que integren todas las etapas del proceso productivo. (Ver, entre otros: "The Modern Corporation and Private Property", A. Berke, Macmillan, 1944; "Premisa", en "Il contratto de Joint Venture", A. Astolfi, Riv. Diritto Società, 1977, 5, p. 809).

Es así que únicamente en cuatro supuestos una sociedad podrá tomar o mantener participaciones en otra u otras sociedades por un monto superior al de sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales:

- I) Cuando su objeto "sea exclusivamente financiero o de inversión" (se trata de sociedades no reguladas por la Ley 21.526, conclusión a la que se llega en razón de lo dispuesto en el 2º párrafo del art. 31 —ver punto III—, infra);
- II) Cuando el exceso en la participación sea consecuencia del pago de dividendos en acciones o de la capitalización de reservas;
- III) Si la sociedad participante es una entidad comprendida y regulada por las normas de la Ley de Entidades Financieras (Ley 21.526); o
- IV) Si la sociedad cuenta con la autorización del Poder Ejecutivo Nacional para ello. Este la otorga en casos concretos (ver párrafo II, infra).

2. Entendemos que el objeto social es el conjunto de "actos económicos que la sociedad se propone cumplir para la obtención de su fin..." (G. Spatazza, "La Società per azioni", Torino, 1972, I, 27). No tenemos dudas de que para las sociedades comerciales este fin representa la obtención de ganancias para sus socios.

A través de la jurisprudencia administrativa, se ha ido paulatinamente reduciendo la posibilidad de constituir una sociedad como objeto plural y diversificado. No desconocemos el fin perseguido por los redactores de la Ley 19.550, quienes, en la Exposición de Motivos de dicha Ley, manifestaron claramente su convicción de que el objeto social "constituye el medio convenido para lograr el cumplimiento de las actividades económicas a que el ente está destinado". Pero disintimos en cuanto se sostiene que la exclusividad del objeto tiene una finalidad o un propósito económico. Si el ente logra el cumplimiento de sus actividades económicas a través de la delimitación "precisa y determinada" de su objeto, obviamente no podrá hacerlo cuando la realización de cierta actividad —como la participación en otras sociedades en exceso de límite fijado por el artículo bajo análisis— deba ser desarrollada con exclusión de toda otra actividad posible.

3. Por su parte, el objeto social —básicamente— delimita la capacidad del ente, la esfera de actuación de los administradores y las actividades a las que se deberá destinar el capital social. Estas afirmaciones son aplicables también a una sociedad cuyo objeto sea "exclusivamente financiero o inversión" y que participe en otras sociedades cuyos objetos incluyan las más variadas actividades del quehacer económico. Es indudable que la sociedad participante podrá —a través de sus participados— construir edificios, diques, automóviles, tornillos, exportar juguetes, tiatar aviones, buques, etc., así también como realizar actividades agropecuarias, mineras y comerciales de todo tipo.

4. Nos preguntamos, en el caso del artículo 31 de la Ley de Sociedades, cuál es el interés que la norma tutela. En la exposición de Motivos de la citada Ley se expresa que: "... la Comisión adoptó este temperamento (objeto exclusivo) porque está persuadida que las participaciones en otras sociedades deben ser limitadas cuando el objeto social no es financiero ni de inversión. Fijó tal límite en atención a que las participaciones que lo excedan importarian una deformación de las actividades que realmente deberían cumplirse en consonancia con un objeto no exclusivamente

financiero o de inversión. Ello, además de desnaturalizar el objeto social, implicaría que tal actividad fuera prevalente en la consecución del mismo, **y, por ende, que solamente pudiera ser cumplida por sociedades especialmente estructuradas con ese objeto, y, por ello, controladas en esa actividad**".

Como lo sostuviéramos anteriormente, cuando la norma se refiere a la "exclusividad" del objeto no lo hace con relación a las sociedades comprendidas por la Ley 21.526, pues, de ser así, no tendría sentido el segundo párrafo que exceptúa de esta limitación a las sociedades reguladas por la Ley de Entidades Financieras.

Concretamente, la limitación del artículo 31 de la Ley de Sociedades tiene por fin el de impedir que la sociedad cambie o distorsione su objeto social a través de participaciones en otras sociedades sin tener en cuenta para nada el objeto social de las participadas.

5. Suponiendo que las participaciones impliquen una relación de control —situación no considerada por el artículo 31 de la Ley de Sociedades—, nos preguntamos si se produce con ello un perjuicio a terceros con los que la sociedad participante contrate o a los accionistas de la misma. Es obvio que, por su relación de control, la sociedad participante podrá aplicar sus recursos a las diversas actividades que las controladas prevean en sus objetos sociales, no ocasionando con ello perjuicio alguno por el sólo hecho de participar en las mismas.

Es evidente que la noción jurídica del control no es la misma que la de la participación. Así, pues, podrá haber sociedades participadas, pero no controladas, y sociedades participadas y controladas, sin que, por ello, en ninguno de dichos casos, se vulneren los límites del art. 31, o sea necesaria la "exclusividad".

6. Para el hipotético caso que la autoridad de contralor conformara el acta constitutiva y estatuto de una sociedad con objeto diversificado que incluya, entre otras, actividades de inversión —lo que no implica imprecisión e indeterminación del mismo—, el ente en cuestión podrá realizar los actos enumerados en su objeto y, por vía indirecta, aquellos contenidos en los objetos de las sociedades en que participa sin exceder el límite del artículo 31 de la Ley de Sociedades.

Entendemos que la diferencia es solamente cuantitativa; en el primer caso, la sociedad podrá destinar, en concepto de participaciones, montos que excedan el 100% de su capital y de sus reservas libres y legales, y en el segundo, deberá respetar el límite en cuestión o solicitar la autorización del Poder Ejecutivo para vulnerarlo.

7. Nótese que la legislación italiana, a través del artículo 2361 del Código Civil de 1942, contiene una prohibición similar, pero no sujeta a la limitación estricta del artículo 31 de la Ley 19.550 establecida a través del requisito de exclusividad. Según el comentario de Messineo al artículo 2361, la participación en otra sociedad estará limitada cuando, por la importancia de dicha participación, o por el objeto de ella, haya de resultar modificado el objeto social (Messineo, "Derecho Civil y Comercial", V.421, N° 23 d). Pero, según el mismo autor (Messineo, op.cit., V.507, N° 56), nada impide que la modificación del objeto social tenga lugar por voluntad directa de la asamblea extraordinaria, aun cuando consista en la asunción de participaciones, y aunque la medida y el objeto de ellas se comprendan en la prohibición del artículo 2361.

8. Si el concepto de imputación diferida que dio origen a la sociedad nació como consecuencia de las necesidades económicas, parece lógico admitir que estas mismas necesidades sean quienes rijan la latitud y la extensión de las normas que las amparan. En nuestra opinión, las exigencias del art. 31 de la Ley de Sociedades, son una barrera al proceso económico. Téngase en cuenta, por ejemplo, bajo el derecho americano, la flexibilidad de ciertas normas (Model Business Corporation Act, para. 54.2), que llegan a permitir la formación de sociedades sin necesidad de especificar un objeto en particular. Y ése es un ejemplo de estructura económica donde la sociedad anónima ha marchado a la cabeza del desenvolvimiento mercantil. Fletcher ("Cyclopaedia of the law of Private Corporations", Cap. 5, N° 95) comenta que, si

bien en el pasado la participación en otras sociedades estaba prohibida en algunas jurisdicciones, en la actualidad se incluye esa autorización entre los poderes que se acuerdan a todas las sociedades. En numerosos fallos de Tribunales Federales citados por el autor (Id. Cap. 33, N° 2825), en los Estados Unidos, la adquisición de participaciones se permitió, en un principio, cuando dicha transacción era un medio razonable y necesario para llevar a cabo el objeto social (Fletcher, op.cit. Cap. 33, N° 2825). En la actualidad, dicha autorización tiene origen legal, y pocas restricciones existen. Estas se limitan a prohibir las operaciones efectuadas en contra de la buena fe, o especulativamente. La latitud de la legislación americana llega al extremo de declarar que la posibilidad de adquirir participaciones en otras sociedades no debe constituirse en un fin en sí misma (Ballantine, "Law of Corporations", pp. 236-238), lo que parece ser precisamente lo opuesto de lo buscado por nuestro artículo 31.

9. En Inglaterra y Canadá, está firmemente establecido que la participación en otras sociedades es lícita. La legislación canadiense (Dominion Companies Act, 14. (1)(e)) permite la participación en sociedades con objetos total o parcialmente similares, o que desarrollen actividades que, directa o indirectamente, beneficien a la controlante.

10. En el campo del derecho continental, una norma similar está contenida en el artículo 2, tercer párrafo, de la nueva Ley Brasileña de Sociedades: "La sociedad puede tener por objeto el participar en otras sociedades, aun cuando no estuviese previsto en el estatuto, la participación se permite como medio de realizar el objeto social o para beneficiarse con incentivos fiscales". Ni siquiera se requiere disposición estatutaria alguna para el caso de la compañía que posee una "subsidiaria integral" (artículo 251). (La "subsidiaria integral" es aquella sociedad en la que su controlante posee el 100% de las acciones). En el artículo 265 de la Ley que comentamos se establecen (inciso 1º) los requisitos que debe cumplir la sociedad controlante. Nada se dice allí de la "exclusividad" de su objeto.

Volviendo al tema de la sociedad como medio de consecución de objetivos económicos, acotemos el fantástico crecimiento del Brasil de los últimos años. Allí, la norma acompaña el proceso, y no a la inversa.

11. Con relación a la norma contenida en la legislación brasileña, se advierte en el régimen de Promoción Industrial, que la Secretaría de Estado de Desarrollo Industrial, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 21.608, está facultada para "proponer" al Poder Ejecutivo Nacional, en casos concretos, el apartamiento de los límites previstos en el artículo 31 de la Ley de Sociedades (artículo 15 Ley citada). Ello obedece a la necesidad por parte de las sociedades que participan en empresas promocionadas de aumentar sus participaciones y aportes de capital de manera considerable a efectos de implementar y desarrollar los proyectos industriales y; consecuentemente, cumplir con los compromisos asumidos en tal sentido ante la autoridad de aplicación.

Si bien en el caso argentino la autorización del Poder Ejecutivo es previa a la asunción de la participación, resulta sugestivo que se trate, en ambos casos, de una necesidad económica que obliga a obviar el recaudo. Por qué hacerlo mediante un régimen de excepción, y no a través de una norma de aplicación general? Este régimen, implementado a través de la Secretaría de Desarrollo Industrial tiene, como es obvio, un cierto costo burocrático que podría ser eliminado.

12. El tema de las autorizaciones administrativas nos lleva a replantearnos la necesidad de revisar la infraestructura existente hoy en Argentina en materia de control societario.

La constitución de una sociedad exige el cumplimiento de una serie de requisitos administrativos de control, control que se extiende —en casi todos los casos— durante la existencia del ente. Estos varían de acuerdo al tipo de actividad desarrollada, o al capital social. Es así que encontramos controles tales como la Inspección General de Personas Jurídicas, el Registro Público de Comercio, la Bolsa de Comercio, la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central de la República

Argentina, la Superintendencia de Seguros, etc. No dudamos de que en ciertas circunstancias estos controles serán necesarios, siempre que no se superpongan o constituyan un obstáculo insalvable al desarrollo económico (o no encarezcan, a través de costos burocráticos, los productos o servicios que las sociedades ofrecen).

Pero es paradójico que un acto jurídico como es la participación de una sociedad en otra —que, en definitiva, constituye una actividad normal, lógica y cotidiana en el quehacer empresario— se vea afectada por la necesidad de contar con una autorización administrativa previa, mientras que actividades trascendentales para una gran mayoría de nuestra población —comerciantes y no comerciantes—, como la compra de la vivienda propia, no está tutelada por el Estado en la misma proporción o con el mismo halo con que se controla el acto mencionado (que presumimos se lleva a cabo entre personas que poseen cierto grado de profesionalidad).

Los argumentos esgrimidos en nuestro país y expuestos en la Exposición de Motivos de la Ley 19.550, no resultan del todo convincentes y nos llevan a las consideraciones adicionales que siguen:

- a) que, por vía de la asunción de participaciones en sociedades de objetos absolutamente disimiles, una sociedad de "objeto exclusivo financiero o de inversión" podría llegar a realizar todo tipo de actividades, que conviertan a su objeto en impreciso e indeterminado, dando por tierra con el propósito buscado por los redactores del art. 31.
- b) que, por vía de la latitud del art. 1 de la Ley 21.526 (de Entidades Financieras), se consideran comprendidas en dicha norma cantidad de sociedades que los redactores de la Ley 19.550 no tuvieron en cuenta al enumerar las excepciones al art. 31. (Nótese la amplia redacción de dicho art. 1 en cuanto describe el ámbito de aplicación de la Ley 21.526).
- c) que las sociedades con un objeto social amplio —incluyendo inversiones— que participen y, al mismo tiempo, controlen otras sociedades, sin exceder el límite del artículo 31, podrían realizar todos los actos previstos en su objeto y, además, válidamente aquellos incluidos en los objetos de las participadas.
- d) que la necesidad de autorización previa del Poder Ejecutivo para exceder los límites del artículo 31 crea un freno burocrático a la concreción de objetivos económicos lícitos.
- e) que, si el bien jurídico tutelado en el artículo 31 es la protección de los accionistas y de los terceros, parece excesivo que se añada, por vía de la "exclusividad" un nuevo recaudo precautorio, a los restantes medios que la ley ya ha puesto en manos de dichos accionistas y terceros, sobre todo cuando éste tiene serias desventajas económicas y un alto costo burocrático.
- f) que, si fuera admisible libremente la participación en otras sociedades, el accionista gozaría del mismo grado de protección que aquel que posee acciones en una sociedad cuyo objeto social incluye, por ejemplo, "actividades agrícolas y ganaderas, de representación, mandatos y comisiones", puesto que a éste nadie le garantiza que la sociedad participará en una, dos o todas esas actividades. En ambos casos, el conocimiento previo sobre el riesgo empresario será, prácticamente, el mismo.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, concluimos que la limitación a la capacidad del ente societario prevista en el art. 31 de la Ley de Sociedades debe ser derogada, pues:

- 1) constituye una valla al régimen de concentración empresaria y a una eficiente economía de escala;
- 2) no condice con los objetivos buscados por la libertad económica;
- 3) carece de un fundamento jurídico fuerte;
- 4) produce más inconvenientes que los soluciones;
- 5) no quita ni añade a los mecanismos de protección a terceros y accionistas; y
- 6) produce la burocratización del derecho.

La sociedad sujeto de derecho (LS. arts. 2, 125, 134, 141, 146, 163, 308, 315, C.C. art. 33) en razón de su capacidad (C.C. art. 41) puede asumir el estado de socia (LS. arts. 30, 31, 32, 33, 63-1-b, 63-2-l-b-8, 65-2-c, 66 inc. 6, 286 inc. 2, 299 inc. 6) sea como negocio jurídico directo (v.g. LS. art. 1) o indirecto (v.g. LS. arts. 3, 33).

La utilización del acto jurídico (C.C. art. 944) o negocio jurídico societario en forma directa, o sea, cuando la causa fin procurada por la parte (C.C. art. 500) al celebrar un negocio jurídico nominado es la misma que el legislador ha tenido en mira al regular el instituto, nos lleva a la figura de la sociedad consocia.

La utilización del referido negocio en forma indirecta, o sea, cuando la causa fin procurada por la parte (C.C. art. 500) difiere de la prevista por el legislador, nos lleva a las figuras de la sociedad asociada, la sociedad controlante y la sociedad matriz.

Todas las figuras citadas son instrumentos provechosos para el proceso de concentración societaria moderno, sin perjuicio de otras fórmulas, tales como convenios no societarios entre sociedades, convenios entre los socios controlantes de sociedades o de institutos típicos, tales como la fusión y la escisión.

En el presente se procura formular un esquema de las principales cuestiones que, a nuestro entender, plantea el ordenamiento vigente sobre el empleo, por parte de una sociedad, del negocio jurídico societario.

Algunas de las conclusiones reiteran lo sostenido en las Jornadas de Derecho Societario realizadas en Buenos Aires en Noviembre de 1978 por la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

De intento dejamos de lado los problemas que pudiera plantear la participación de la sociedad irregular (LS. art. 21) y de la sociedad en liquidación (LS. art. 101) en el acto social constitutivo (LS. art. 1).

La sociedad consocia

En la normativa del negocio societario mercantil el legislador ha distinguido entre la sociedad duradera destinada a realizar actividades (LS. arts. 11 inc. 3, 63-1-b-c, 64-1-a, 66) y la sociedad transitoria destinada a realizar operaciones determinadas (LS. art. 361).

Ambos negocios jurídicos son de singular utilidad para la concentración societaria, en el campo de la coparticipación que puede ser permanente o accidental.

La coparticipación permanente lleva a la constitución de la sociedad de sociedades o filial común, a cuyo respecto el ordenamiento de la LS. no requiere modificaciones, puesto que la cortapisa de la LS. art. 30 no constituye, para el caso, un inconveniente significativo.

Empero, en la coparticipación accidental, la LS. veda a las sociedades por acciones la posibilidad de recurrir a la sociedad accidental o en participación (LS. art. 30), lo que, a nuestro entender, es disvalioso.

Es cierto que la coparticipación puede estructurarse bajo negocio parciario diverso del negocio societario y, por tanto, excluido de la prohibición de la LS. art. 30, pero debe tenerse en cuenta que la calificación que las partes atribuyen a un acto jurídico no modifica la naturaleza del mismo (arg. C.Civil art. 1326).

Esto significa que si en un caso de coparticipación accidental entre sociedades por acciones se dan los tres elementos de fondo común, participación en utilidades y pérdidas y "affectio societatis", se configurará una sociedad de hecho (LS. art. 21) con riesgosas consecuencias (LS. art. 22, ley 19.551 art. 164).

Si, por el contrario, se trata de un verdadero negocio parciario, no habrá gestión común, gestión común que puede ser indispensable en el caso.

El camino que la LS. art. 30 deja a las sociedades por acciones, es recurrir a la sociedad duradera (LS. art. 11 inc. 5, 163, 315) como negocio jurídico indirecto, ya que el objeto de la sociedad duradera está constituido por actividades (LS. art. 11 inc. 3 y conc.), cuando lo que se pretende cumplir es un objeto configurado por operaciones determinadas y transitorias (LS. art. 361).

Empero, esta vía presenta los inconvenientes de los complejos procedimientos de constitución y fiscalización de la sociedad por acciones (LS. arts. 53, 167, 299 y 300), frente a la simplicidad permitida para la sociedad accidental o en participación (LS. art. 361), así como de la interposición de un sujeto de derecho (LS. art. 2) distinto de los socios, lo que puede convertirse en un obstáculo en ciertos supuestos.

Dicha situación ha motivado una derogación parcial de la LS. art. 30 en el régimen de exploración y explotación de hidrocarburos (Ley 21.778 art. 24).

Todo lo expuesto, así como la sustancial diferencia entre la actividad propia de la sociedad duradera y las operaciones determinadas y transitorias propias de la sociedad accidental (supuesto, este último, en que se desvanecen las razones que abonan la solución de la LS. art. 30), nos mantienen en el convencimiento de que es necesario derogar la LS. art. 30, al menos en lo referente a las sociedades accidentales o en participación.

En su defecto, se impone adoptar una regulación especial para la coparticipación accidental, o sea, no permanente, cuestión sobre la que hay modelos en el derecho comparado (v.g. ley española de agrupaciones temporales de empresas, ordenamiento brasileño del consorcio en la ley de sociedades por acciones de 1976 arts. 278/279).

La sociedad asociada

La LS. art. 3 permite a las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, adoptar la forma de sociedad.

Es decir, que la ley acepta explícitamente la posibilidad de utilizar el negocio societario como negocio jurídico indirecto, ya que en la asociación (al menos en el criterio tradicional de los derechos latinos) la causa fin (C.C. art. 500) no consiste en la obtención de un beneficio en común mediante una gestión común para repartirlo, lo que caracteriza a la sociedad (LS. art. 1, 11 incs. 6/7, 13 incs. 1/4), sino en el cumplimiento de una gestión común desinteresada, esto sin mengua de que los asociados individualmente obtengan beneficios.

Sobre esta última posibilidad es claro el Código Civil, que diferencia entre las asociaciones personas jurídicas de carácter privado que tengan por principal objeto el bien común (CC. art. 33) y las asociaciones sujetos de derecho, cuyo principal objeto no tiene por qué ser el bien común (C.C. art. 46).

Asimismo, son ilustrativos al respecto los regímenes sobre cooperativas (ley 20.337, ello sin perjuicio de que parte de la doctrina les asigna carácter societario y no asociativo) y mutuales (Ley 20.321).

La posibilidad de asociarse para lograr, mediante servicios comunes, beneficios individuales, configura otro de los campos en que se exterioriza la concentración societaria contemporánea.

En el derecho comparado cabe señalar como modelos a los consorcios italianos del Código Civil de 1942 art. 2602 y ss., concebidos como un régimen de regulación de la concurrencia y, posteriormente, ceñidos, en 1976, a la finalidad asociativa indicada, y a los grupos de interés económico del derecho francés de 1967 que, con idéntica finalidad, abrieron una brecha en la restrictiva legislación gala sobre asociaciones.

La capacidad de las sociedades sujetos de derecho (LS. art. 2, C. Civil art. 41) y la amplitud de nuestras normas en materia de asociaciones (C. Civil art. 46) nos llevan al convencimiento de que las sociedades dichas pueden asociarse no solamente bajo un negocio jurídico indirecto (LS. art. 2), sino derechamente.

En cuanto a la prohibición de la LS. art. 30, cabe entender que la misma no es aplicable a las asociaciones, porque: 1º) el texto se refiere al socio y no al asociado, tratándose de dos negocios jurídicos distintos, uno la sociedad (C.C. art. 33 parte 2ª inc. 2º) y otro la asociación (C.C. art. 46); 2º) la LS. art. 30 impone una incapacidad de derecho que, como tal, debe interpretarse restrictivamente; 3º) en el régimen de cooperativa se reconoce expresamente el derecho de la sociedad por acciones a asociarse (ley 20.337 art. 17), sin que exista razón para discriminar, en el caso de las asociaciones de C. Civil art. 46.

Sentada la posibilidad de asociarse por parte de las sociedades por acciones en los términos del C. Civil art. 46, es de notar que en las asociaciones sujetos de derecho rigen supletoriamente las reglas de la sociedad civil (C.C. art. 46 "in fine").

Esto significa un régimen de responsabilidad simplemente mancomunada (C.C. arts. 1747, 1751), que descarta la extensión de la quiebra (ley 19.551 arts. 164, 310) y un régimen de administración amplio (C.C. art. 1677).

Desde este punto de vista, revisamos el criterio sustentado en las Jornadas de Derecho Societario antes citadas.

Bajo este enfoque, concluimos que la cooperación entre sociedades encuentra en nuestro derecho positivo una vasta gama de soluciones, sea por la vía de la sociedad (LS. art. 3), sea por la vía de la asociación (C.C. art. 46).

La sociedad controlante

Si se admite —como lo hacemos— que es viable la constitución y funcionamiento de una filial de acuerdo a las pautas del negocio jurídico indirecto y del negocio simulado lícito, resulta evidente que lo que se brinda a la sociedad matriz por este camino es la posibilidad de la gestión de un patrimonio autónomo para su beneficio.

Este patrimonio autónomo es administrado por los directores de la referida filial o subsidiaria, y estos directores son, en un sentido amplio, dependientes de dicha sociedad matriz, ya que la filial es, en sustancia, una estructura de la sociedad matriz utilizada con fines de descentralización.

Si la administración del patrimonio de la filial es correcta, no habrá perjuicio para terceros, pero sí puede haberlo, en caso contrario, para el supuesto de que los directores de la filial se aparten de las pautas de la LS. arts. 59, 274 y concs. Esto es, obviamente, sin perjuicio de que corresponda la desestimación de la personalidad, para el caso de confusión de patrimonios, o de la aplicación de otras soluciones especiales si se reúnen los presupuestos de cada caso v.g. ley 19.551 art. 165.

Para el supuesto de administración separada, pero incorrecta del patrimonio de la filial por parte de sus directores dependientes de la sociedad matriz, es aplicable, en primer lugar, la responsabilidad extracontractual de dichos directores respecto de terceros (LS. arts. 59, 274, 279), pero esta solución puede ser insuficiente ante la solvencia limitada de dichos directores.

Empero, la situación se clarifica si se recurre al Código Civil arts. 43 y 1113 que, en el campo de la responsabilidad extracontractual, asigna a las personas jurídicas la reparación de los daños causados por sus dependientes.

Vale decir que, según nuestro criterio, y a la luz del derecho vigente, la sociedad matriz debe responder por los daños que causen los directores de la filial, directa o indirectamente, a terceros, en los términos de la LS. arts. 59, 274, 279, por aplicación del C. Civil arts. 43, 1113.

Esta solución es más amplia que la propuesta respecto de la sociedad controlante.

En el caso de la sociedad controlante, entendemos que su responsabilidad está limitada a los daños causados por los directores de la controlada por violación al deber de lealtad (LS. arts. 59, 272, C. Civil art. 1082), mientras que en el supuesto de la sociedad matriz, pensamos que debe afrontar la reparación de cualquier daño originado por los directores de la filial (LS. arts. 59, 274, 279, C.C. art. 1113), salvo los supuestos de simulación ilícita de la filial en los que corresponde la desestimación de la personalidad de la misma.

Consideramos que esta solución, extraída de nuestro Código Civil, concilia la realidad de las filiales con la tutela del interés de terceros.

La toma de participación societaria por parte de una sociedad con fines de control, importa un negocio jurídico diverso del de la incorporación de una sociedad como socia.

En el primer caso, el negocio jurídico tiene como fin la constitución de un grupo de sociedades bajo la dirección de la sociedad controlante, lo que implica la supeditación del interés de las sociedades controladas al interés del grupo, mientras que en el segundo, el fin del negocio jurídico es la ya mentada obtención de una ganancia mediante una gestión común para repartirla (LS. art. 1), lo que conlleva la prevalencia del interés de la sociedad en cuestión (LS. arts. 59, 197, 248, 271, 272, 273, 274 y concs.).

La agrupación de sociedades subordinadas a la sociedad controlante en razón de la participación societaria de la misma, importa un fenómeno jurídico en el que

confluyen la agrupación y el control, pero que no agota la temática de la agrupación y del control.

En efecto, la agrupación de sociedades puede tener lugar tanto mediante la fórmula de participaciones societarias que configura el llamado control interno de derecho (cuando la controlante cuenta con mayoría absoluta) o de hecho (cuando la controlante cuenta con mayoría simple en razón del ausentismo asambleario de los accionistas inversores), como a través de la fórmula de convenios entre las sociedades, lo que caracteriza el denominado control externo, y, además, también cabe la fórmula de convenios entre los accionistas controlantes de las sociedades, o sea, tres vías que hemos calificado respectivamente como fórmula intrasocietaria, correspondiente al control interno, fórmula intersocietaria, atinente al control externo y fórmula extrasocietaria, consistente en los pactos entre los controlantes.

A todo esto cabe añadir que las agrupaciones esquematizadas quedan configuradas de hecho pero que no existen ordenamientos que admiten el pacto de agrupación, o sea, los grupos de derecho, tales como las leyes de sociedades por acciones alemana de 1965 art. 291 y brasileña de 1976 art. 265.

Por su parte, el control se presenta con o sin agrupación de sociedades, puesto que el controlante o tiene por qué ser una sociedad. Así, la ley brasileña de sociedades por acciones de 1976 regula separadamente al accionista controlador (art. 116), a la sociedad controlante (art. 243) y a la alienación y adquisición del control (arts. 254, 257).

En la LS. el control se ciñe al control de una sociedad por otra mediante participaciones sociales, o sea, un control interno (LS. art. 33), controvirtiéndose si este control es de derecho, como v.g. se explicita en el supuesto de la LS. art. 308, o de hecho.

La regulación sobre control societario apunta a la claridad de los estados contables (LS. arts. 63-1-b, 63-2-1-a, 65-2-c, 66), la debida integración del capital (LS. art. 32) y la efectividad de la fiscalización privada (LS. art. 286 inc. 2) y estatal (LS. art. 299 inc. 6), pero no regula especialmente a la responsabilidad de la sociedad controlante, tal como sucede en los regímenes alemán (Aktengesetz de 1965 arts. 17, 311) y brasileño (lei das sociedades por ações de 1976 art. 246).

Esto es sin perjuicio de que existen soluciones especiales v.g. en la Ley de Régimen de Contrato de Trabajo art. 31 t.o. decreto 390/76, en la ley 19.551 art. 165 y en el derecho fiscal el principio del conjunto económico, pero, para atender los peculiares intereses que motivan la existencia de los respectivos regímenes, tales como la tutela del trabajador, la tutela del crédito y la tutela del fisco, lo que significa que, en el caso de las agrupaciones societarias, cabe indagar cuál es la situación de los terceros y de los socios externos o ajenos a la agrupación, fuera de los supuestos previstos por los regímenes dichos.

Para abordar el tema, nos limitaremos al caso de control entre sociedades anónimas.

Así planteado, consideraremos las consecuencias de la influencia de la sociedad controlante en los órganos de gobierno o disposición, de fiscalización y de administración, de la sociedad controlada.

Como anteriormente se dijo, en la agrupación de sociedades se presenta el problema de que, en caso de divergencia entre el interés de la agrupación y el interés de una determinada sociedad controlada, la sociedad controlante haga prevalecer el interés del grupo.

Desde este enfoque, resulta claro que si la sociedad controlante impone el interés de la agrupación en contra del interés de la sociedad controlada, en la asamblea u órgano de gobierno o disposición deberá responder por los daños y perjuicios, de acuerdo a la LS. art. 248.

Respecto de la sindicatura, la LS. cierra el paso a la influencia de la controlante mediante la incompatibilidad del art. 286 inc. 6, ello sin perjuicio de las consideraciones que más adelante formularemos con relación al consejo de vigilancia.

En cuanto al directorio u órgano de administración, la LS. no puede impedir, tal como en la sindicatura, que la sociedad controlante designe personas de su confianza, porque ello implicaría quebrar el principio mayoritario, pero los administradores nombrados por la sociedad controlante deben respetar el deber de lealtad (LS. art. 59, 272), y si así no lo hicieran, por preferir el interés de la agrupa-

ción al interés de la sociedad administrada, incurrirían en responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes de su acción u omisión (LS. arts. 59, 272).

Esta responsabilidad, según nuestro punto de vista, es, en todo caso, de naturaleza extracontractual, tal como hemos sostenido en otro lugar (arg. LS. arts. 1, 17, 59, 255, 264 inc. 3, 274, C.C. art. 1112) y, por tanto, sujeta a las pautas del C.C. arts. 1072, 1081, 1109 y concs.

Dicha conclusión implica que, tanto el director infiel (LS. arts. 59, 272) como sus coautores, consejeros o cómplices, deben responder solidariamente por los daños causados, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (C.C. art. 1081).

La doctrina civilista considera autor principal al que presta al ejecutor la ayuda necesaria para su consumación o determina al ejecutor, por medio del orden, consejo, comisión, promesa, recomendación o violencia, a ejecutar el delito (Machado, José Olegario, Exposición y Comentario del Código Civil Argentino, t. III, p 362, ed. 1915).

A nuestro entender, dicha configuración alcanza a la sociedad controlante cuando los directores elegidos por la misma violan el deber de lealtad y posponen el interés de la sociedad que administran al interés de la agrupación dirigida por la sociedad controlante.

En este caso, la sociedad controlante responde solidariamente (C.C. art. 1081) por los daños causados por los referidos directores (LS. art. 272).

Respecto de los consejeros, cabe la misma solución, ya que les es aplicable la LS. art. 272 (LS. art. 280).

Vale decir que, según este enfoque, la sociedad controlante, en definitiva, responde por los daños causados en virtud de decisiones tomadas en conflicto de intereses, sea en la asamblea, sea en el directorio de la sociedad controlada, ante la sociedad controlada, los accionistas y terceros, solución más amplia que las de los derechos alemán y brasileño, en los que la indemnización sólo se acuerda a la sociedad controlada (ley alemana de 1965 art. 311, ley brasileña de 1976 art. 246, sin perjuicio de que esta última amplíe la legitimación procesal).

No podemos dejar de señalar que las relaciones entre sociedad controlante y controlada plantean, también, el problema del cruzamiento de votos, no previsto en la LS. art. 239, y al que procuró resolver la minirreforma italiana de 1974, con una modificación del Código Civil art. 2372 criticada por la doctrina.

La sociedad matriz

La constitución de una sociedad por parte de una sociedad, implica un negocio jurídico indirecto en el que se recurre al negocio societario para descentralizar una organización empresarial mediante la creación de sociedades filiales, según el lenguaje continental, o subsidiarias, según el vocabulario angloamericano.

Ciertamente que no es el único negocio jurídico utilizable al efecto, puesto la escisión (LS. art. 88) también sirve para la descentralización, pero su empleo es frecuente.

La filial o subsidiaria importa, sustancialmente, el funcionamiento de una sociedad de accionista único, lo que aún suscita fuertes resistencias doctrinarias, a pesar de que se ha abierto paso en los derechos angloamericano y germánico y han cedido las barreras de algunos ordenamientos de honda raigambre contractualista (ley española de sociedades anónimas de 1951 art. 150; ley francesa de sociedades comerciales de 1966 art. 240).

En nuestro medio se emplea la filial como negocio jurídico indirecto de descentralización por múltiples razones, y se soslaya la pluralidad de socios en el acto constitutivo mediante un consocio aparente, lo que implica, asimismo, un negocio simulado.

Aunque la misma LS. admite la utilización del negocio societario como negocio jurídico indirecto (LS. art. 3) y como negocio simulado (LS. art. 34 - socio aparente), tal procedimiento es mirado con disfavor, mas debe tenerse en cuenta que, en definitiva, se trata de cuestiones opinables.

Sin embargo, la cuestión se complica en nuestro derecho, porque no sólo está

cerrada formalmente la constitución de una sociedad unipersonal, sino que la ulterior reducción de los socios a uno conduce a la responsabilidad solidaria del socio único en una solución más severa que la del C.C. italiano art. 2362 y similar a la de la Companies Act inglesa de 1948 s. 31, por aplicación de la L.S. art. 94 inc. 8.

Paradójicamente, es de notar que, siendo la existencia de filiales o subsidiarias notoria en nuestra plaza, e inclusive se jactan de ello en avisos periodísticos, la autoridad de contralor está facultada para solicitar la intervención de una sociedad en resguardo del interés público para remediar las causas y, si no fuere ello posible, se proceda a la disolución y liquidación (L.S. art. 303 inc. 2 in fine, art. 301 inc. 2), no ha tomado tales medidas.

Esto nos ratifica, en nuestro criterio, que es viable la constitución y funcionamiento de una filial en virtud de los institutos del negocio jurídico indirecto y del negocio simulado lícito (C.C. arts. 501, 957; L.S. arts. 3, 34), sin que ello afecte al interés público.

A ello añadimos el reconocimiento expreso de la filial en determinados ordenamientos v.g. ley de impuesto a las ganancias t.o. 1977 art. 77, ley de inversiones extranjeras 21.383 art. 20 y ley de transferencia de tecnología 21.617 art. 9.

Bajo este supuesto de la viabilidad de la filial, analizaremos la situación de la sociedad matriz en nuestro derecho positivo.

En primer lugar, es obvio que las normas de la L.S. sobre la sociedad controlante son aplicables a la sociedad matriz, así como las normas sobre la sociedad controlada son aplicables a la sociedad filial o subsidiaria, por mediar la misma ratio legis respecto de la claridad de los estados contables, la integración del capital y la efectividad de la fiscalización.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que si la sociedad matriz confunde su patrimonio con el de la sociedad filial, se daría un supuesto de desestimación de personalidad de la filial, en caso de perjuicio de terceros, o de solidaridad entre la sociedad matriz y la sociedad filial, por aplicación de la L.S. art. 21.

En tercer lugar, también es de notar que, en caso de quiebra de la sociedad filial, sólo procedería la aplicación de la extensión de la quiebra (ley 19.551 art. 165) si se reunieran las notas de dicha norma, que no se agotan en la apariencia. Sentado lo expuesto, o sea, admitida la vigencia de la filial, y tratándose de casos en los que no media confusión patrimonial entre la matriz y la filial, ni quiebra fraudulenta de la filial, procederemos a ubicar la solución aplicable. Con ello, descartamos la responsabilidad total de la matriz por la filial, sea por la vía de la desestimación, sea por el camino de la solidaridad, salvo los supuestos especiales antes indicados.

La carencia de un régimen expreso, tal como existe en los ordenamientos alemán y brasileño, nos impone la utilización de normas análogas (C. Civil art. 16).