

CONTROL INTERNO Y EXTERNO

ORLANDO MANUEL MUIÑO

PONENCIA

¿Los incisos 1º y 2º del art. 33 de la ley societaria, regulan respectivamente hipótesis de control interno y externo?

FUNDAMENTOS

1: *Exposición temática*

Constituye un lugar común en la literatura jurídica nacional, el sostener que las hipótesis contenidas en los incisos 1º y 2º del art. 33 de la ley societaria, refieren cada uno de ellos a los denominados "control interno" y "control externo".¹

La ley 22.903 reformativa del régimen societario regulado por el dec.-ley 19.550, produjo al modificar el contenido del art. 33, una variación de su contenido normativo. En la propia exposición de motivos que acompañara el proyecto de ley, el legislador expresaba en este sentido: "Sabido es que la ley 19.550 implicó un adelanto sustancial en orden a la regulación del arduo problema de las sociedades controladas y de los atinentes a la vinculación. En tal sentido el art. 33 comportó un avance que, por lo demás, era propiciado o ya recibido por las legislaciones de los países con más alto grado de evolución económica. Sin embargo la norma vigente presenta dos problemas que es necesario solucionar. El primero de ellos lo constituye la referencia a la prevalencia para formar la voluntad social, sin distinguir en qué tipo de reuniones o asambleas. La Comisión considera conveniente dejar establecido en la normativa que

¹ Vid., por todos, VILLEGAS, C.G.: *Derecho de las sociedades comerciales*, p. 575, quien expresa: Concepto de control: en la forma que ha quedado ahora redactado el art. 33 comprende tanto la noción de control interno como la de control externo... De esta forma se ha completado el concepto de control, que en su anterior redacción (limitada al control "interno", resultaba insuficiente.

esa prevalencia es suficiente que se alcance en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, habida cuenta que éstas son de obligatoria celebración y, por lo demás, que hacen a la marcha normal de la sociedad, sin perjuicio de que la situación también se denote, con mayor razón, por vía de reuniones o asambleas extraordinarias. *La otra cuestión se origina en que la ley 19.550 construyó la noción al control jurídico o interno*, es decir, el derivado de la titularidad de partes de interés, cuotas o acciones. Si bien es cierto que no han faltado voces que propician extenderla a través de una interpretación lata de esta formulación, parece propio a diez años de vigencia de la ley y habida cuenta de lo sucedido en legislaciones que contenían pautas similares a las nuestras, *incorporar expresamente la noción de control externo* o económico en la forma en que lo concreta el inc. 2º del nuevo texto del art. 33".²

Conforme la posición aludida, una de las modalidades de control societario el denominado "interno" (art. 33 inc. 1º), se ejerce por la tenencia de votos suficientes para prevalecer en las reuniones de socios o asambleas de accionistas. Es decir, esta participación tiene que otorgar la cantidad de votos necesarios para imponer decisiones en las asambleas o reuniones regulares de la sociedad. Dicho en términos concretos —y como lo expresa Otaegui³— requiere para su configuración la disposición de la mayoría de acciones con derecho a voto (quórum en primer convocatoria de la asamblea ordinaria, LS, art. 243, párr. 1º) y la mayoría absoluta de los votos o el mayor número exigido por el estatuto (LS, art. 243 último párr.).

La otra modalidad de control societario, denominado "externo", —correspondiente al inc. 2º del art. 33—, deriva de una situación de "hegemonía o predominio", es decir, de una "posición dominante" que coloca a la sociedad en relación de subordinación económica. Ello en virtud de vínculos de naturaleza contractual —v. gr. agencia, suministro, concesión— u otros "vínculos especiales", que el legislador no ha precisado.

En otros términos la relación de influencia dominante se configurará cuando una sociedad esté predeterminada —es decir, que la sociedad esté compelida a tomar decisiones en el sentido que lo desea la persona controlante— en su actividad principal por otra, esto es, cuando la sociedad controlante puede decidir los destinos de la controlada, por una vinculación jurídica o económica, que no es el ejercicio estable del derecho de voto.

² Sociedades controladas. Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por medio de otra sociedad a su vez controlada: 1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

³ Otaegui, Julio C.: *Concentración Societaria*, p. 427, Abaco, Bs. Aires, 1984.

2. Otra interpretación

Sin embargo otra interpretación podría formularse, en la cual la descripción de las modalidades de control societario, no se corresponde puntualmente con la clasificación en dos incisos que contiene el art. 33, a saber:

2.1. Control de derecho

Es la hipótesis contenida en el art. 33, inciso 1° de la LS, en tanto expresa: “posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias”

Obviamente esta hipótesis refiere exclusivamente al control de derecho que podemos denominar “interno”, que se ejercita por la titularidad de tenencias accionarias, cuotas o de partes de interés autosuficientes para la formación de la voluntad social.

Se corresponde a que nuestro derecho —a diferencia de ordenamientos como el alemán o el brasileño— no recepta la posibilidad de control de derecho “externo”, que deviene resultante de una contratación cuya finalidad manifiesta es la creación de un grupo de sociedades.

2.2. Control de hecho

Es el resultante de la “influencia dominante” a que alude el art. 33, inciso 2°, empero en él es necesario diferenciar:

2.2.1. EL CONTROL DE HECHO “INTERNO”

Contenido en el inciso 2°, 1ª parte cuando expresa: “ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas”...

En este caso, el control de hecho “interno” (33, inc. 2°, 1ª parte), puede ser ejercido por la minoría aprovechando el ausentismo en la asamblea; es la hipótesis del controlante que detenta una cantidad de votos que resultarían insuficientes en el caso de concurrencia de todas las tenencias accionarias (*working control*). Se ejerce también a través de los *proxi-fight* cuando los administradores adquieren el control empresarial obteniendo la representación de los accionistas dispersos, y se perpetúan en él en la medida que sigan consiguiéndola (*management control*).⁴

Bajo este supuesto pueden efectuarse subdivisiones:

a) que de ello resulte una prevalescencia de hecho, generando mayoría en las asambleas ordinarias o reuniones sociales, por ausentismos o representaciones, lo que posibilitaría el ejercicio de “influencia dominante” merced a la designación de los administradores.

⁴ Cfme. PIAGGI, Ana I.: *Control Societario y supuestos concursales*, DC. n° 7, p. 172.

b) que sin tener esa mayoría, la posición de bloqueo en decisiones u otras formas de realizar acuerdos para obtener decisiones. Lleven por ese medio a ejercer influencia dominante.

2.2.2. EL CONTROL DE HECHO "EXTERNO"

Contenido en el inciso 2º, 2ª parte cuando expresa: "ejerce una influencia dominante...por los especiales vínculos existentes"...

El control de hecho "externo" resulta emergente de relaciones contractuales y otros vínculos ejercidos por una sociedad directamente sobre otra o a través de otra sociedad interpósita. Aquí es donde la detección del control deviene más difícil.

Finalmente para la procedencia de este supuesto resulta necesario que se genere preordenamiento de la actividad del órgano de gestión de la sociedad controlada en lo concerniente a la actividad principal de su objeto. Además esta situación fáctica deberá ser duradera y completa, pudiéndose probar por cualquier medio la influencia dominante sobre la administración de la sociedad controlada.

3. *A modo de comunicación*

Desde nuestra particular óptica, estimamos que esta última interpretación formulada se corresponde con la diversas hipótesis contenidas en la norma, tratando de ahondar en las expresiones de una parte importante de nuestra doctrina que vincula la situación de influencia dominante exclusivamente a la idea de control externo o económico o contractual, conforme la cual –nos parece– se podría excluir la posibilidad de su configuración en la hipótesis del llamado control interno, al que nosotros preferimos nomimar "de hecho – interno"