

21

IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SOCIETARIO
PONENCIA PARA LA COMISION II

TEMA: Necesidad de unificar las expresiones legales acerca de la noción de control, en materia de sociedades y concursos.

Por el Dr. Juan Luis MIQUEL.

El art. 165 inc. 11º de la ley 19.551, reformada por ley 22.917, prescribe que cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control, pero sin las características previstas en el artículo 165, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes.

El tema es de relevante importancia, sobre todo en lo referente a la extensión automática de la quiebra de la controlada a la controlante. Tal cuestión dio lugar a encontradas posiciones doctrinarias en nuestro medio (recuérdese la polémica generada con relación al art. 168 del anteproyecto de ley de Concursos mercantiles y las opiniones vertidas entre otros por Odriozola C, "La Extensión de la quiebra y la sociedad controlante", Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, pág. 233, nº 23).-

La gestión de la comisión reformadora no quedó reducida a la mera inclusión del art. 165 inc. 11º en lo concerniente a esta materia. La labor ^{se} completó con las reglas relativas a la extensión de la quiebra, incluyendo una hipótesis expresa para determinar cuándo la extensión de la quiebra de la controlada genera la quiebra de la controlante. De este modo el legislador de 1983 // dispuso que la quiebra se extiende: 2) a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección -agrega el art. 165 L.C. en su / actual redacción- se entiende por persona controlante: "Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los / votos necesarios para formar la voluntad social; b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la / ~~277~~proporción indicada en al párrafo a) precedente y sean responsable de la conducta descripta en el primer párrafo de este inciso".

La Comisión reformadora no ha hecho sino receptar la opinión prevaleciente en el derecho comparado, que se manifiesta en la necesidad de declarar entre sociedades agrupadas la solidaridad /

///

por el pasivo. Constituye un ejemplo de tal criterio el proyecto de sociedad anónima europea, el proyecto Cousté y el proyecto Fontanarrosa para Nicaragua, que consagran la responsabilidad de la / controlante (véase Bergel, S, "La Extensión de Quiebra en la Reforma a la Ley de Concursos, L.L. 1983-D, pág. 1110).-

Por su parte la comisión reformadora de la ley 19.550 con sideró necesario completar la noción de control societario con normas relativas al "control externo" que había sido omitido en el texto referido por el legislador de 1972. De este modo la Comisión reformadora de la ley 22.903 reconociendo los méritos de la Ley 19.550 en cuanto significó un adelanto sustancial en orden a la regulación del arduo problema de las sociedades controladas, advirtió que la norma contenida en el art. 33 presentaba dos problemas que se hacía necesario solucionar. El primero de ellos constituido por la referencia a la prevalencia para formar la voluntad social, sin / distinguir en qué tipo de reuniones o asambleas. En tal sentido se consideró conveniente dejar establecido normativamente que la prevalencia es suficiente que se alcance en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, habida cuenta de que éstas son de obligatoria celebración y, por lo demás, que hacen a la marcha normal de / la sociedad. Dijo también el legislador de 1983 que la otra cuestión que justificaba una reforma se originaba en que la ley 19.550 restringió la noción de control al "control jurídico" o "interno", es decir, el derivado de la titularidad de partes de interés, cuotas o acciones.

Por esa razón, admitiendo la existencia de sectores de / opinión que propiciaron extender la noción de control a través de una interpretación lata de esta formulación, consideró apropiado, 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.

De este modo el art. 33 de la Ley de Sociedades luego de su reforma por ley 22.903 prescribe: "Se consideran sociedades controladas aquéllas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio 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) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades..."

Al referirse al concepto de control, la ley 22.917 que fue elaborada casi simultáneamente con la ley 22.903, aún cuando se sancionó poco tiempo después, ignoró por completo las reformas que se habían dispuesto en materia societaria, generándose una dicotomía legislativa que no sólo genera dificultades interpretativas, sino que constituye un factor de conflicto de leyes que debe ser subsanado en la forma más inmediata que resulte posible.

La cuestión es grave si se advierte que en este aspecto, las leyes de Quiebras y de Sociedades, son necesariamente complementarias y que la determinación de la noción de control tiene una // virtualidad específica que concierne exclusivamente a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la controlante por el pasivo de la controlada, cuando se haya producido el desvío indebido del interés social de esta última (sobre el tema pueden consultarse Santillán J.M, "Las Sociedades Controladas y la Reforma de la ley 22.903", en R.D.C.O. oct.1984 pág.731 y Salvador Bergel, ob.cit.).-

La interpretación lata de las normas relativas introducidas por la ley 22.917 para considerar incluida en la fórmula legal la hipótesis de "control externo" es imposible. Así lo dispone el Art. 165 Inc. 11º. La alternativa de deducir acciones específicas de responsabilidad (art. 54 de la Ley de Sociedades) no es solución en el mundo empresario actual que requiere respuestas inmediatas en materia de responsabilidad patrimonial. Es menester, en consecuencia, modificar la ley 19.551 nuevamente, para establecer soluciones uniformes con las que se establecen en la materia por el art. 33 de la ley 19.550, luego de la reforma introducida por ley 22.903.-

Si por "control" se entiende el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, según el concepto expresado por / Claude CRAMPAUD ~~777~~ ("Le pouvoir de concentration de la société par action", Paris, 1962, pág.,150), de tal modo que controlar una / sociedad significa tener el manejo de los bienes sociales, el derecho a disponer de ellos como un auténtico propietario, a la manera de dueño de la actividad económica de la empresa social, mediando desvío indebido del interés social, resulta indudable que la perso

///nalidad societaria ha sido utilizada por la controlante con una finalidad extraña a la prevista por el orden jurídico al conferirle dicho medio instrumental para el ejercicio de una actividad económica. Adoptado el criterio de extender la quiebra de la controlada a la controlante en caso de desvío indebido del interés social, las reformas introducidas por la ley 22.903 en materia societaria revisten significativa importancia en el régimen falencial.

La reforma del inc.1º del art. 33 Ley de Sociedades, está vinculada a una situación específica: se concreta en que los votos necesarios para formar la voluntad social están referidos a las reuniones sociales o asambleas ordinarias. En este aspecto el legislador societario acogió la interpretación que había efectuado la doctrina alrededor del texto derogado, para evitar las dudas que / se habían generado sobre el tema.

Las dudas que dieron lugar a la reforma legal del inc.1º del art. 33 Ley de Sociedades podrían quedar disipadas en materia concursal, adoptando una interpretación uniforme y estimando en consecuencia que, cuando la ley de concursos menciona la persona controlante, alude a aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada posea participación, por cualquier título, que le otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; y que tal participación consiste en los votos necesarios / para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, tal como lo expresa el art. 33 de la Ley de Sociedades luego de la reforma de la ley 22.903. Esta interpretación encontraría respaldo en la exposición de motivos de la ley 22.917/ que "incongruentemente" con su texto expresa: "Tras la descripción genérica de la situación (se refiere al fenómeno de desviación del interés de la entidad controlada) se apela a la identificación de la noción de control, tomándose en primer término la tipificación que efectúa la ley de sociedades comerciales y generalizándolo a / toda persona controlante, para después señalar el caso de control ejercitado por un grupo de personas...". Digo "incongruentemente", porque pese a la intención del legislador de coordinar los conceptos de control en materia societaria y concursal, deja de lado la reforma específica introducida en la especie por la ley 22.903.

Pero tampoco es posible esta interpretación analógica, / porque ello comprometería la adopción de similar criterio en mate-

///

/// ría de interpretación del alcance de la noción de control, autorizando la inclusión del "control externo", tema sobre el cual la ley Concursal guarda un silencio incomprensible.

En definitiva, se hace necesario introducir a la brevedad una reforma legislativa que permita la uniformidad de ambos textos legales, sin perjuicio de mantener alguna diferencia específica en lo que concierne al régimen concursal con exclusividad.

En efecto, debe advertirse que tanto el texto derogado como el actual, en materia societaria, establecen con toda claridad/ que el control únicamente puede ser ejercido por otra sociedad, no resultando por ello pertinente entender que el control mencionado en el art. 33 pueda ser ejercido por otra clase de personas (físicas o jurídicas). En cambio, en materia concursal las características con que ha sido regulado el fenómeno de extensión de la quiebra autorizan una mayor extensión de la noción de control, incluyendo la posibilidad contenida en el inc.2º, párrafo b) del art. 165 en su redacción actual.

R E S U M E N

La Ley 22.917 de reformas a la Ley 19.551 modificó el / art. 165, estableciendo que la quiebra de la sociedad controlada se extiende a la controlante cuando se haya producido el desvío indebido del interés social de la primera y su sometimiento a una dirección unificada en interés de la controlante, sin tener en cuenta / las reformas introducidas por la Ley 22.903 a la Ley 19.550 en cuanto concierne a la noción de control, generándose una disparidad de soluciones en tema tan delicado que constituye grave factor de conflicto. Se propicia en la ponencia, de lege ferenda, la necesidad de unificar las expresiones legales acerca de la noción de control, en materia de sociedades y concursos.

* * * * *