

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: CONTROL SOCIETARIO

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: DALLA VIA, Tomás
TELLEZ, Daniel Saúl
QUEVEDO, Nahuel Jonatan

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Comercial I

Encargado del curso Prof.: LOPEZ LAVOINE, Federico

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2021

INDICE

1. <u>INTRODUCCIÓN</u>	2
2. <u>SOCIEDADES</u>	3
2.1 NOCIÓN DE SOCIEDADES	3
2.1.1 Ley General de Sociedades	4
2.1.2 El Affectio Societatis	5
2.1.3 Deber de Lealtad de los Socios	6
2.1.4 Interés Social	6
2.1.5 Voluntad Social	7
3. <u>CONTROL SOCIETARIO</u>	9
3.1 VINCULO SOCIETARIO	10
3.2 PARTICIPACIONES SOCIETARIAS	10
3.2.1 Acción y “Paquete de Acciones”	11
3.3 SOCIEDADES CONTROLADAS Y SOCIEDADES CONTROLANTES	11
3.4 CONTROL DE DERECHO Y DE HECHO – INTERNO Y EXTERNO	12
3.5 SOCIEDADES VINCULADAS	14
3.6 ANALISIS DE CONTROL INTERNO	14
3.6.1 Supuesto de Control Interno “Mayoritario”	15
3.6.2 Posibilidad de Abuso por parte del Socio “Minoritario”	16
3.7 ANALISIS DEL CONTROL EXTERNO	17
4. <u>CONTROL SOCIETARIO EN EL RESTO DEL ORDEMIENTO JURÍDICO</u>	18
4.1 CONTROL Y SUPUESTOS DE EXTENCIÓN DE QUIEBRA (art. 161 LCQ)	19
4.2 CONTROL Y SUPUESTOS DE CONCURSO DE GRUPO (art. 67 LCQ)	19
4.3 CONTROL Y SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE VOTO (art. 45 LCQ)	20
4.4 CRAMDOWN (Art. 48 LCQ)	20
4.4.1 Naturaleza Jurídica	23
4.4.2 Atribuciones Inconstitucionales	24
4.4.3 Cuestión de la “Empresa en marcha”	24
4.5 SITUACIONES DE CONTROL EN LEY CONTRATO DE TRABAJO - 20.744	26
5. <u>CONCLUSIÓN</u>	27
6. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	28

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, gira en torno al análisis el fenómeno del control societario en la normativa argentina, es decir, en su ejercicio acorde a la ley, y por otro lado, el control ajeno a la ley que deviene en abusivo, producto del devenir de la realidad societaria.

Buscaremos introducir al lector en el desarrollo de algunos de los elementos que componen la voluntad social, de que forma se manifiesta dicha voluntad y de que manera el legislador a través del ordenamiento jurídico busca proteger la realidad societaria de los posibles ejercicios de control antijurídicos.

Para ello, traeremos a estudio doctrina y jurisprudencia, para poder explicar en qué consisten las técnicas de control interno y externo, y otros fenómenos que surgen de diferentes prácticas o a partir del juego legal del control societario.

2. SOCIEDADES

A modo de introducirnos en el amplio y complejo universo de las sociedades, analizaremos el marco que nos circunscribe en relación a la temática de sociedades en la Ley General de Sociedades – ley 19.550 – y el control de las mismas. Revisaremos algunos de los elementos que se relacionan con el control de ellas, sin tener como objeto primordial, o mejor dicho, detenernos minuciosamente a realizar un análisis detallado de las sociedades y su composición, lo que podría ser un trabajo individual y autónomo por la extensión que eso conlleva.

2.1 NOCIÓN DE SOCIEDADES

En nuestra sociedad, la vida cotidiana se ve atravesada diariamente por la interacción de los sujetos o personas con organizaciones, incluso durante diferentes etapas de nuestra vida indudablemente entraremos en contacto con algún tipo de organización, desde nuestro nacimiento como sujetos, educación, ejercicio de la vida profesional, atención médica, y demás.

Las organizaciones permiten satisfacer de manera más eficiente y eficaz necesidades de la sociedad en general, desde organizaciones formales, hasta organizaciones que surgen del comportamiento natural del ser humano y su necesidad y capacidad de agruparse para conseguir objetivos o satisfacer intereses que por si solo no se podrían conseguir.

Ahora bien, conceptual y operativamente, *una organización es un sistema social, en el que se coordinan racionalmente las actividades que realizan un cierto número de personas, con la finalidad de alcanzar objetivos comunes y explícitos, mediante la división de funciones y del trabajo y con una jerarquización de la autoridad y la responsabilidad.*¹

El derecho, surge a través de la historia para satisfacer la regulación de situaciones fácticas que surgen de la vida en sociedad, estas organizaciones, o la necesidad del ser

¹ DEI, Daniel; MENNA, Norma; PARSAJUK, Daniel; SANZ, Sebastián, 1995, Recursos Humanos en las Organizaciones, pág. 27. Ed. Docencia – Bs. As.

humano de agruparse no es ajeno al derecho, y por lo tanto a través de la historia ha buscado dar respuesta y reglamentación a estas organizaciones para mantener reglas de juego claras, y posibilitar una “realidad societaria” acorde a las necesidades del ser humano de hoy en día.

Nuestro ordenamiento jurídico, regula las organizaciones, principalmente comerciales, porque allí nace en la realidad la mayor parte de supuestos donde los sujetos se agrupan para realizar objetivos en conjunto, sin dejar afuera otros supuestos por fuera de la realidad comercial, y su principal texto normativo es la denominada Ley General de Sociedades número 19.550.

2.1.1 Ley General de Sociedades

La ley general de sociedades (en adelante LGS) define en su artículo primero a las sociedades de la siguiente forma: *“Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previsto en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”*.²

Un análisis general de la definición que precedentemente citamos, permite descubrir o vislumbrar diferentes conceptos de cierta relevancia para el trabajo que nos convoca.

Entre ellos podemos identificar por ejemplo, la mención de “una o más personas” que se obliguen, esto toma relevancia debido a que nos permite diferenciar, éstos supuestos, de los contratos reales, ya que destaca un carácter consensual DOS (2), salvo en las sociedades informales o residuales (antes de hecho) encuadradas en la Sección IV de la ley 19550 modificadas por el Código Civil y Comercial de la Nación.

“*Sociedad*” es un concepto jurídico, que denota por un lado la relación entre las partes, que la doctrina suele llamar, “plurilateralidad de organización”, diferenciándolo de los contratos bilaterales, ya que no estamos frente a dos partes con intereses enfrentados, sino con sujetos con la intención de agruparse en un fin racionalmente común, ya que si bien hay diferentes sujetos, estos no tienen prestaciones contrapuestas, sino que realizan u otorgan prestaciones en relación a un tercer sujeto o fondo común, la sociedad.

² Ley 19550, Artículo N° 1.

Esto juega con las modificaciones que trae consigo la sanción del Código Civil y Comercial, que introduce la posibilidad de que las sociedades puedan nacer sin la existencia de un contrato plurilateral de organización, ya que se admite que pueda existir sociedad sin asociación, y con origen - exclusivamente- en una declaración unilateral de voluntad, ya sea que ocurra esto desde el inicio (art. 1) o por vía derivativa (nuevo art. 94 bis).

Otra importante novedad es la de reservar el instituto de la sociedad para aquellas organizaciones en las cuales exista una empresa subyacente, de modo de descartar la posibilidad de que, bajo la figura societaria, se puedan cobijar proyectos que solo persigan obtener una utilidad apreciable en dinero a distribuirse entre los partícipes del mismo, con origen en el empleo de lo que cada uno hubiera aportado, y en las cuales no exista una verdadera empresa. (tipología contractual asociativa regulada por los artículos 1442 a 1478 del CCC).³

Otra característica o requisito que toma relevancia en relación al tema de este trabajo, es la obligación de realizar aportes para la formación, la realización de los aportes constituye requisito de existencia misma del contrato de sociedad, de modo tal que sin aportes no puede haber socios y, por ende, tampoco sociedad, pues ésta es onerosa por naturaleza. El aporte es la contribución de cada socio al fondo común que debe constituirse para el desarrollo del objeto social, y el conjunto de los aportes, en dinero o en especie, estimados en una cifra, que forman el capital social, esto tomará relevancia más adelante en el trabajo, ya que la conformación del capital, por los aportes nos permite determinar la participación del socio, en las sociedades de mayor uso en la realidad societaria, y cómo ésta afecta la toma de decisiones dentro de la sociedad, en relación a la conjugación, o juego de mayorías que se realiza dentro de los órganos de toma de decisiones en la sociedad y como algunos socios podrán imponer o no, dentro de éstos sus intereses.

2.1.2 El Affectio Societatis

Este elemento es también de suma importancia en el análisis que procederemos posteriormente a realizar. Una sociedad, como ya se dijo, no deja de ser una forma compartida de hacer algo en común, entre sujetos que buscan satisfacer necesidades

³ VITOLLO, Daniel Roque, 2015. "Reformas a la Ley General de Sociedades 19550" T.I. Rubinzal - Culzoni Edit. Bs. As

ajenas a ellos mismos. En este sentido, el afecto (affectio), es la natural consecuencia de la sociabilidad del ser humano, es el elemento unificador en las sociedades, que en numerosas ocasiones permite superar las inevitables diferencias, que normalmente surgen en todos los grupos de personas que trabajan en pos de un objetivo.

Este elemento tiene relación con el llamado “Deber de lealtad”.

2.1.3 Deber de lealtad de los socios

La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran que los socios tienen un deber de lealtad con los demás socios y con la propia sociedad. El deber de lealtad surge en relación al principio de buena fe que se puede evidenciar tanto en las regulaciones de derecho común, como del derecho societario.

El deber de lealtad dentro del Derecho Societario ha sido reconducido especialmente a la relación que tiene los administradores respecto de la Sociedad. Sin embargo, modernamente se entiende que este deber también pesa respecto de los socios, tanto en el caso de que se ostente una posición mayoritaria como minoritaria. Así, los deberes de lealtad se presentan en el marco de una relación societaria con diversa intensidad dependiendo del sujeto sobre el cual recae dicho deber. Una de las funciones que tiene el deber de lealtad es poder servir de parámetro para la determinación de si un derecho, en el marco de la relación societaria, ha sido ejercido de manera regular.

Esto toma importante relevancia, debido a que en la toma de decisiones, el ejercicio de el derecho de voto, en los órganos de gobierno de la sociedad, deberá corresponder con un ejercicio acorde a derecho, porque como podremos ver más adelante, en la realidad se evidencia el ejercicio abusivo, o contrario a derecho de esta facultad para imponer la voluntad de alguno o algunos socios por sobre el resto, más allá de los fines societarios, en pos de un interés propio, o de otra sociedad, reduciendo a la sociedad a una herramienta sin voluntad.

2.1.4 Interés Social

Es importante determinar entonces, qué es lo que da el marco para determinar cual será un actuar acorde al deber de lealtad, o cuando estamos dentro de lo que sería una actividad social acorde a los intereses de la sociedad, y más importante aún saber si el interés social, es el mismo que el interés de los socios, porque a fin de cuentas son los

socios los que toman las decisiones sociales, y como se suele ver en la práctica, no siempre se hace en pos de este interés social.

GALGANO ⁴ sostiene que en toda sociedad comercial hay pluralidad de intereses de los socios coordinados entre sí, que pueden calificarse como «intereses sociales» y así distingue entre el interés social preliminar, que es el interés en que el patrimonio social sea utilizado para ejercer la actividad productiva que constituye el objeto de la sociedad, el intermedio, que es el interés en que la actividad productiva esté dirigida a la obtención de beneficios, y el final, que es el interés en que esos beneficios sean repartidos entre los socios.

MANÓVIL ⁵, ha seguido esta postura de pluralidad de intereses al distinguir el interés social interno de la corporación del interés social externo de la sociedad. Éste autor distingue, así, el «interés de la sociedad» y el «interés de los socios».

NISSEN ⁶, considera que «el interés social es el que decida la mayoría, único intérprete del interés social»

La sociedad, por tanto, «como entidad jurídicamente independiente, también exhibe intereses que le son propios». Así, podemos concluir que es en éste sentido que se habla en la literatura jurídica del «interés social», entendido como el «común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad».

Entonces, habiendo determinado en términos generales el interés social, diferenciándolo del interés particular de los socios, podemos analizar la Voluntad Social, ya teniendo en cuenta que si bien se forma por el ejercicio de los derechos de los socios, no debe ser una expresión de sus propio intereses, o al menos sin apartarse o dejar de tener en vista el “interés social”.

2.1.5 Voluntad Social

Dentro de toda organización es necesario definir una función de gobierno que tendrá a su cargo las grandes decisiones - trascendentales para la vida de la sociedad-, habrá una función de administración, propia de los negocios de todos los días, una función de representación, relativa a la cuestión de expresar la voluntad social respecto de terceros

⁴ GALGANO, La società per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative, p. 157.

⁵ MANÓVIL, Grupos de sociedades, p.576.

⁶ NISSEN, Impugnación judicial de los actos y decisiones asamblearios, p. 84, criterio seguido por GARIBOTO en fallo de CNCom, Sala E, 23/6/1995, LL, 1996-D-425.

y una función de fiscalización interna, o sea, la posibilidad de controlar cómo se administra por parte de quienes no administran.

En acotada síntesis, podemos decir que el gobierno de la sociedad colectiva, está en manos de los socios, en la sociedad anónima en manos de las asambleas, que requieren de la presencia física de los socios o sus representantes y sujetas a un régimen especial, con particularidades tales como que hay socios que no votan, etc. En las sociedades de responsabilidad limitada, el gobierno está en manos de la “reunión de socios”.

En este sentido, hay una importante corriente doctrinaria que sostiene que el legislador ha querido diferenciar a las “asambleas” (término usado para las S.A.) de la “reunión de socios” (usado para las S.R.L.). Mientras que en las primeras es necesario la presencia física de los accionistas (por sí o por intermedio de sus apoderados o representantes), en las segundas no sería necesario este requisito y en consecuencia sería posible una reunión “virtual” (un socio aquí y otro en un lugar distinto, incluso en otro continente) mediante el uso de los actuales medios de comunicación satelitales.

Ahora bien, la funcionalidad de los órganos de gobierno y de administración serán los que evidencien la voluntad de la sociedad, para lo cual la ley general de sociedades determinará diferentes formas para el accionar, pero es relevante principalmente en relación al control de las sociedades, al menos sobre el supuesto de control interno, evidenciar que éste tiene relación con la toma de decisiones en el ámbito del gobierno de la sociedad, donde los socios, por ejercicio de su derecho a voto, participarán en la toma de decisiones que determinarán el proceder de la sociedad en los aspectos mas fundamentales e importantes, dejando las decisiones diarias a la administración.

Uno de los temas que analizamos en este trabajo, es entonces, la formación de una voluntad social, que resulta contraria al interés social, cuando la dirección de una sociedad no se adecua al interés social que establece su estatuto, o cuando la autonomía de la sociedad se convierte en una ficción caracterizada por la degradación del funcionamiento de los órganos societarios, o cuando el desvío se produce en interés de una persona o grupo económico, el ordenamiento jurídico prevé determinadas consecuencias.

Por su parte, es importante evidenciar que el órgano de decisión y el de administración de la sociedad será el marco dentro del cual se da uno de los aspectos del control societario que analizaremos, donde podemos ver el poder efectivo de

dirección de los negocios sociales por parte de quienes pueden llevar hacia un destino u otro la voluntad social.

Cuando un órgano social adopte una decisión por la sociedad, bajo el respeto de los límites a que se sujeta la autonomía de la voluntad, de conformidad con el procedimiento previsto y exigible, y bajo la cobertura de la competencia que tiene atribuida, habrá formado la voluntad social, de modo que esa decisión, el acto derivado de ella y la responsabilidad que pudiera exigirse, recaerán sobre la sociedad y el patrimonio social, sin que ello suponga afección, de por sí, de las personas naturales que participaran en el órgano.

Evidentemente, cuando hablamos de la conformación de la voluntad social, deberemos tener en cuenta entonces, si el ejercicio del derecho de los socios a participar dentro de la toma de decisiones es ejercido de manera acorde a la buena fe, el deber de lealtad, en relación a la *affectio societatis*, pero como pasaremos a analizar a continuación, la voluntad social, podrá verse controlada de diferentes maneras, desde el mundo “interno” de la sociedad que no siempre será abusivo ni contrario a derecho, o incluso desde influencias pertenecientes al mundo “externo”.

3. CONTROL SOCIETARIO:

En el ámbito jurídico se considera al control una forma de “poder”.

Dentro de la materia societaria se lo ha caracterizado como “un medio de ejercer o conservar la unidad de decisión” o bien “un señorío organizado por los medios del derecho, que transfiere a los tenedores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario”. También se ha dicho que es “el poder de determinar la voluntad social con rasgos de continuidad y permanencia”.

El control de la sociedad se evidencia con mayor nitidez desde las posiciones mayoritarias en el capital social, a través del derecho de voto, o de la capacidad para la designación de los representantes sociales. El sistema plutocrático que rige la toma de decisiones en las Asambleas, permite que en la sociedad aparezcan estructuras de poder en función de la participación de los socios y de los derechos que les otorga y, con ellas, situaciones de control por un socio o un grupo de socios.

La intermediación de la sociedad, en su formación orgánica, sitúa a los socios en una posición que, según los derechos que su condición les confiere, únicamente les

permite obtener una determinada participación en la vida social. Pero al mismo tiempo, el control modifica el criterio de consensos en la adopción de decisiones en los órganos sociales, el cual, a su vez, garantiza la autonomía de la voluntad, como persona jurídica.

En todo caso, el criterio rector del control ha de partir de la posibilidad de incidir -aún en forma mediata-, en la formación de la voluntad de los órganos sociales. Este fenómeno se traslada desde la Junta general o Asambleas, al órgano de administración de la sociedad en virtud de la competencia atribuida ex lege a aquélla para el nombramiento o separación de los administradores sociales.

En este orden de ideas, no son pocas las ocasiones en las que las tensiones en el seno de la sociedad, derivadas de enfrentamientos entre socios con diversas posiciones, no se resuelven satisfactoriamente a través de las instituciones predispuestas por el legislador al efecto.

De esta manera, se advierte la aparición de un juego especulativo que desborda el ámbito societario e impide -entre otras cuestiones-, la adopción de acuerdos sociales necesarios para la vida social y la marcha de los negocios, con miras a la obtención de intereses diversos que en nada se relacionan con el ejercicio de los derechos societarios indicados. Ello se presenta en tres posiciones concretas: la del socio controlador mayoritario oprimiendo a la parte más débil, la del minoritario, capaz de impedir o cuestionar infundadamente la adopción de acuerdos sociales, y finalmente la de los socios en situación de igualdad, a través del bloqueo sistemático a la toma de decisiones, lo que puede derivar en una paralización del ente societario.

3.1 VINCULO SOCIETARIO

Como se hizo mención anteriormente, cuando hablamos de socios que integran una sociedad, los mismos pueden ser tanto personas físicas como jurídicas. Estas últimas son de nuestro interés en el presente trabajo por las relaciones jurídicas que se establecen entre las sociedades comerciales.

3.2 PARTICIPACIONES SOCIETARIAS

Las participaciones societarias, y haciendo referencia a las personas jurídicas, se dan en los casos en que una sociedad es titular de una porción del capital social de otra sociedad (partes de interés, cuotas o acciones), sea por haber concurrido al acto de su constitución o por haberlo adquirido con posterioridad.

3.2.1 Acción y “paquete de acciones”.

La acción puede ser definida desde dos puntos de vista, se puede decir que representa la cuota parte del capital social de las sociedades accionarias, permitiéndole a su titular ejercer determinados derechos y cumplir con determinadas obligaciones; asimismo, se la puede definir como el título valor que instrumenta ese derecho.

La acción como cuota parte acredita la posición de accionista a quien la ostenta, y fija su estatus de socio, y considerada como título, se caracteriza porque no incorpora un derecho de crédito, sino un complejo de derechos, facultades y obligaciones que son inherentes a la calidad de socio. Sin embargo, el estado de socio no se adquiere con la emisión y entrega de los títulos representativos, sino desde el momento mismo de la suscripción del capital.

En tal sentido, podemos remarcar que la jurisprudencia ha dicho: *“la acción incorpora en sí la condición de socio, título que puede no existir o emitirse porque desde antes se es accionista (...) la calidad de socio nace desde el momento mismo de la suscripción del capital (...) la documentación del derecho no es por consiguiente concomitante con el nacimiento del derecho documentado, sino posterior.”*

Sin embargo, cuando uno adquiere un “paquete de acciones” lo que busca es el control.

Se puede considerar que “paquete” es el conjunto de títulos representativos de una cantidad tal de acciones emitidas por una misma sociedad anónima que permite a su tenedor aspirar razonablemente - porque es una cuestión de hecho que ha de medirse en cada caso - a una participación activa en el gobierno de la compañía.

3.3 SOCIEDADES CONTROLADAS Y SOCIEDADES CONTROLANTES

La Ley de Sociedades trata específicamente la materia del control entre sociedades, en términos de definiciones, límites cuantitativos respecto del patrimonio social, la exposición en los estados contables, la prohibición de participaciones recíprocas y la responsabilidad genérica del socio o sociedad controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada en situaciones objetivas de control societario.

Así mismo, es preciso mencionar otro límite que impone la LGS en su art. 30 ⁷ siendo éste de carácter cualitativo, al restringir a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte sólo de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

3.4 CONTROL DE DERECHO Y DE HECHO - INTERNO Y EXTERNO

La ley GS en su art. 33 ⁸ establece los tipos de control que pueden darse de manera directa entre dos sociedades, una controlada y otra controlante, o bien mediante la interposición de otra sociedad, controlada a su vez por la sociedad controlante.

En el primer supuesto de control contemplado en el inc. a) de dicho artículo, es que tradicionalmente se lo ha llamado *control de derecho* entendido como tal a la facultad de determinar la voluntad de la sociedad controlada, por contar la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las decisiones sociales. Este control se denomina también control *interno*, puesto que opera incidiendo internamente en la formación de la voluntad social, mediante el ejercicio del derecho a voto en los órganos pertinentes de la sociedad controlada.

Lo que reza el inc. b) refiere al *control de hecho*, y se presenta en aquellos supuestos en los que la sociedad controlante ejerce una influencia dominante sobre la sociedad controlada. Ésta influencia dominante puede obedecer a dos cuestiones:

- i) la titularidad de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad controlada o;
- ii) la existencia de especiales vínculos entre sociedad controlante y controlada.

En tanto que el control *externo*, se ejerce en virtud de los “especiales vínculos” existentes entre las sociedades, a su vez, este tipo de control puede hacerse efectivo mediante distintos tipos de modalidades:

⁷ Ley 19550, ARTICULO 30. — Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo.

⁸ Ley 19550, ARTICULO 33. — Se consideran sociedades controladas aquellas 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.

Sociedades vinculadas.

Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en mas del diez por ciento (10%) del capital de otra.

La sociedad que participe en mas del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho.

Contractual. La influencia dominante se genera por contratos entre las empresas que permiten a una de ellas preponderar en las decisiones operativas de la otra. Básicamente se trata de contratos de colaboración empresarial.

No contractual. El control se configura, en la mayoría de los casos, por vínculos personales entre las personas que ocupan posiciones relevantes en las sociedades involucradas.

Contables. Las normas atinentes a la claridad de los estados contables requieren la información separada, en el activo, de los créditos con sociedades controlantes o controladas (art. 63 inc. 1 b. de la LGS) y, en el pasivo, de las deudas existentes con sociedades controlantes o controladas (art. 63 inc. 2. I. a. de la LGS), para lo que, a la fecha de cierre de ejercicio deben coexistir la situación de control, los créditos y las deudas.

Responsabilidad. La sociedad controlante debe indemnizar a la sociedad controlada por los daños que le hubiere ocasionado con dolo o culpa, sin que pueda alegar compensación con el lucro que su actuación le haya proporcionado en otros negocios (art. 54, 1º párr. de la LGS).

Participaciones recíprocas. La sociedad controlada no puede participar en la controlante, ni en sociedad controlada por ésta, por un monto superior, según balance, al de sus reservas excluida la legal (conf. art. 32 LGS). Las participaciones recíprocas quedan de esta manera reducidas para proteger la integridad del capital social y evitar el aguamiento de capital que se produciría si en el activo de la controlada participada hubiera acciones de la controlante participante por un monto superior a las reservas libres.

Quiebra. La quiebra de la sociedad controlada se extenderá a la controlante cuando ésta haya desviado indebidamente el interés social de la primera sometiéndola a una dirección unificada en interés propio o del grupo económico del que forma parte (conf. art. 161 de la Ley de Concursos y Quiebras).

Fiscalización. No puede ejercer funciones de síndico quien es director, gerente o empleado de la sociedad controlada o controlante (conf. art. 286 inc. 2º de la LGS).

Conflictos de interés. En el control interno, los actos jurídicos resueltos por los órganos de la sociedad controlada a favor del interés de la sociedad controlante y en contra del interés de la sociedad controlada están viciados en su causa-fin ya que suponen alteración del deber de lealtad del administrador (v.gr. artículos 59 y 274 de la LGS) y del socio (v.gr. art. 248 de la LGS). En el control externo, los actos jurídicos

realizados por los órganos de la sociedad controlada a favor del interés de la sociedad controlante y en contra del interés de la sociedad controlada están viciados en sentido amplio por intimidación (v.gr. arts. 937 y 954 del Código Civil) en la voluntad de los integrantes de dichos órganos.

3.5 SOCIEDADES VINCULADAS

Para terminar con el análisis del art. 33 de la ley 19550 diremos que éste, en su última parte, menciona a las sociedades vinculadas y las define como aquéllas en las que una participe en más del 10% del capital de otra. Las operaciones entre sociedades vinculadas, a los efectos documentales y contables, deben cumplir con las mismas pautas correspondientes a las que se realizan entre sociedades controlantes y controladas (arts. 63 inc. 1 b.; 63 inc. 2 l. a.; 64 l b.; 65 1 g.; 65 inc. 2 c. y 66 inc. 6 de la LGS).

La vinculación se regula para salvaguardar la claridad de los estados contables que podrían inducir a conclusiones erróneas si no reflejaran la existencia de operaciones entre sociedades vinculadas, pues ellas se realizan con pautas diversas a las de plaza.

Finalmente el art. 33 establece que “la sociedad que participe en más del veinticinco por ciento del capital de otra deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho”. Dado que dicha participación no constituye una minoría bloqueante ni tiene incidencia en caso de participaciones recíprocas, esta previsión legal resulta oscura dentro de nuestro ordenamiento.

3.6 ANALISIS DE CONTROL INTERNO

Hay que aclarar en primer lugar que el control societario interno es un derecho lícito derivado del derecho de voto, es por ello que puede decirse en muchos casos, que el contar con un control societario hegemónico brinda una conducción empresaria generalmente más eficiente que en casos donde se carece de tal.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el ámbito específico de los socios y del «control interno», el llamado socio de control, desde su posición respecto del capital social en relación con los derechos de voto, y por la concentración de acciones o participaciones, está investido de una particular facultad para el ejercicio de una influencia dominante o decisiva, a punto tal, que éste socio mayoritario, puede ejercer un poder arbitrario sobre los órganos societarios, y provocar así, la exclusión del minoritario, o la retribución injustificada de los administradores a él vinculados, entre diversas otras cuestiones.

3.6.1 Supuesto de control interno “mayoritario”

Recientemente, con fecha 30 de agosto de 2016, en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial ha debido resolver un caso, en que el socio minoritario planteó la impugnación de la resolución asamblearia que resolvió aumentar el capital social de la compañía, y en consecuencia, redujo su participación a menos de ochocientos veintitresavos partes (1/823,5), ya que del 49% pasó al 0.0595% de participación accionaria.⁹

El fallo mencionado, confirmó la sentencia del aquo, al sostener que la arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa del aumento de capital, torna palmaria, y consecuentemente censurable, por cuanto no resultó acreditada la razonabilidad de la medida.

Así, la indicada resolución, posa nuevamente la vista sobre el instituto del abuso del derecho, al hacer ver que se configura cuando en decisiones asamblearias la mayoría responde a un interés personal y la decisión persigue ese interés en perjuicio del interés social o de los demás socios. Y agrega: que luce abusivo que la mayoría obligue a una parcialidad a suscribir un porcentaje de capital que no responde, por ejemplo, no ya a sus propios objetivos, sino ni siquiera, al interés social. No caben dudas pues, que en los casos sus precedentes reseñados, nos encontramos frente a un comportamiento disvalioso y antifuncional por parte de las mayorías societarias. No obstante ello, no puede dejar de advertirse que tal instituto ha de ser ponderado con extrema prudencia y cautela.

Es que, desde el siglo pasado se viene afianzando en todo el derecho comparado, la doctrina que asigna a las mayorías internas de los entes asociativos, la encarnación de la voluntad social; lo que constituye, en definitiva, una categoría específica del abuso de derecho, caracterizado por el CCyC, a través de los arts. 9, 10, 279, 332, y 1061, entre otros.

La LGS, inspirada en esa idea, concede a la mayoría el poder de gobierno de la sociedad, acudiendo a un sucedáneo necesario y eligiendo la menor de las injusticias. Ese principio de necesidad, ese carácter instrumental del poder asignado a las mayorías, nos lleva a considerar con extrema prudencia, todo lo referente al ejercicio de ese poder,

⁹ Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, 30/8/2016, «Bosio Marcelo Enrique c/ Huarte Guillermo, S.A. s/ Ordinario».

susceptible de devenir abusivo, cuando no se ajusta a su finalidad específica, consistente en la preservación del interés social.

3.6.2 Posibilidad de abuso por parte del socio “minoritario”

En cuanto a la posibilidad de existir abuso por parte del socio minoritario, a quien la ley le otorga ciertos derechos por el hecho de ser tal, para Reyes Villamizar, “...*el abuso del derecho por parte de la minoría, se presenta cuando los socios minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobaciones de determinaciones cruciales para la marcha de la sociedad, con el único propósito de favorecer sus propios intereses...*”.

Los derechos que la LGS acuerda a esta categoría de socios, no son pocos. Entre ellos, el socio minoritario tiene los siguientes derechos: a) derecho a ejercer, aunque de modo limitado, el derecho de información, a efectos de considerar convenientemente los estados contables en asamblea respectiva (art. 55, de la LGS); b) el derecho a solicitar la intervención judicial de la sociedad (arts. 113 y s.s., de la LGS), en cualesquiera de los grados (veedor, coadministrador o interventor); c) el derecho a la exigencia de un quórum calificado para resoluciones trascendentales en la vida de la sociedad (art. 244, de la LGS); d) el derecho de preferencia de suscripción de acciones (art. 194, de la LGS); e) el derecho de receso para el caso de los accionistas disconformes con eventuales modificaciones sociales (art. 245, de la LGS); f) el derecho de impugnación de las resoluciones asamblearias, y solicitar la suspensión cautelar de su ejecución (arts. 251 y 252, de la LGS); g) el derecho de convocatoria a asambleas (art. 236 y 237, de la LGS); h) ejercitar acciones sociales de responsabilidad *uti singuli* contra los administradores sociales (art. 279, de la LGS).

De esta manera, comenzó a preguntarse alguna doctrina nacional, acerca de si pueden existir en nuestro régimen jurídico, situaciones abusivas por parte de las minorías. La respuesta es rotunda en sentido afirmativo. Se da con mayor frecuencia en las sociedades denominadas cerradas o de familia, en donde no existen los controladores del art. 299, de la LGS. Ejemplos en la práctica encontramos muchos, entre los cuales, y sin ánimo de abarcarlos todos, se podrán mencionar: a) los sindicatos de bloqueo; b) la iniciación constante de acciones de impugnación de las decisiones de asambleas, que aún cuando con posterioridad resulten rechazadas, ponen a la sociedad en una situación de inseguridad jurídica; c) el impedimento en la adopción de decisiones válidas, con el simple mecanismo de restar quórum o votar sistemáticamente en sentido negativo; d) solicitar, y en ocasiones obtener la designación de un interventor, con fines

extorsivos, a los efectos de obtener un mejor precio o recompensa económica por la transacción de su participación societaria, o e) perseguir simplemente objetivos personales o familiares, trasladando las divergencias que se puedan dar en el marco familiar al ámbito societario, más allá de cualquier beneficio económico.

De dicho modo, se verifica ostensiblemente que esta clase de socios puede también actuar de modo desviado o antifuncional comprometiendo gravemente el funcionamiento del ente social y de sus órganos. Se presenta así, la contra-cara del ejercicio abusivo del mayoritario, con igual o mayor intensidad, pero ejercido ahora por el socio minoritario.

Debe admitirse que en ocasiones, al minoritario no le queda otro camino que el iniciar acciones en contra de la sociedad o sus administradores, para forzar por ejemplo, el pago de las utilidades que le correspondan, cuando aquella parte disponga retenerlos y no distribuirlos injustificadamente. Es por ello, que resulta indispensable un impulso serio y decidido por parte del legislador, tendiente a evitar el nacimiento o robustecimiento de este conflicto social.

3.7 ANÁLISIS DE CONTROL EXTERNO

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.

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 controlada¹⁰.

Dicho control, es el ejercicio en virtud de vínculos existentes entre la sociedad controlante y la sociedad controlada que posibilitan el predominio de la primera sobre las decisiones del directorio u órgano de administración de la segunda.

El ejercicio indebido del control externo está sujeto a la regulación punitiva de la Ley de Sociedades.

¹⁰ ORLANDO MANUEL “CONTROL INTERNO Y EXTERNO” - VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995).

Para realizar un análisis de este supuesto, mencionaremos una clasificación ya referenciada anteriormente:

- *Contractuales*. La influencia dominante se genera por contratos entre las empresas que permiten a una de ellas preponderar en las decisiones operativas de la otra. Básicamente se trata de contratos de colaboración empresarial que, en la práctica, devienen de “dominación” cuando: la controlante orienta de manera estable y continuada la gestión de la controlada, o cuando la actividad de la controlada se desenvuelve dentro de los instrumentos que le provee la controlante y que sean indispensables o determinantes de su actividad.

- *No contractuales*. El control se configura, en la mayoría de los casos, por vínculos personales entre las personas que ocupan posiciones relevantes en las sociedades involucradas. En tal sentido podemos mencionar los interlocking directories, o directorios entrecruzados, los cuales, por presencia y participación recíproca en los órganos sociales de administración, permiten la ejecución de una política común. Asimismo puede darse el supuesto de prevalencia de accionistas que hayan convenido actuar de común acuerdo en la dirección de las sociedades.

El *control externo de hecho* supone la sujeción de la sociedad al poder económico de un sujeto que no cuenta con una participación que le otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. La L.G.S. alude a este tipo de control con los términos influencia dominante y especiales vínculos (art. 33 inc. 2º), que presuponen una situación de hegemonía o predominio tal, usualmente verificado a través de contratos de concesión, agencia, distribución o franquicia con cláusulas de exclusividad que coloca a un ente en situación de subordinación o dependencia respecto de otro¹¹.

Ello por cuanto el verdadero poder así ejercido no radica en la estructura formal de las asambleas u órganos de administración, sino en quienes tienen la concreta posibilidad de orientar la política societaria¹².

4. CONTROL SOCIETARIO EN EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

¹¹ Cfr. López Raffo F., *El corrimiento del Velo Societario, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2005, p. 133.

¹² 5Bergel S., *Extensión de la quiebra por abuso*, LL 1984 D, p. 972; Verón A., *Sociedades Comerciales...*, t. I, págs. 24 y 297.

Algunos de los supuestos que a continuación se mencionan provienen de Ley de Concursos y Quiebras, donde particularmente haremos énfasis en un Instituto en particular, como lo es el CRAMDOWNS, y que oportunamente explicaremos la razón de su desarrollo, para el tema de interés principal en el presente trabajo.

4.1 CONTROL Y SUPUESTOS DE EXTENSIÓN DE QUIEBRA (art. 161 LCQ)

El art. 161 inc. 2º LCQ prevé la extensión de la quiebra para toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando aquella hubiere 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.

La propia ley prevé los alcances de tal control, y que sólo se verifica respecto de sociedades 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" (art. 161, ult. párr. inc. a) LCQ. Se trata, entonces, de un control de hecho o de derecho, de tipo interno. Tal control interno, según ya apuntamos, entraña un poder efectivo en la conducción de los negocios sociales, permitiendo a quien lo ejerce ostentar el control de la actividad de la sociedad por medio del voto.

A este tipo de control alude la LCQ cuando refiere a "participación... que otorgue los votos". Por tanto, la subordinación a que somete al ente el sujeto controlante interno es de carácter jurídico y no económico, gozando dicho control de características que le son propias, no sólo por el hecho de que la voluntad de la sociedad controlante integra la voluntad de la sociedad dominada, sino también porque la subordinación jurídica comprende sólo una parte (mayoritaria o minoritaria) de la sociedad ¹³.

4.2 CONTROL Y SUPUESTOS DE CONCURSO DE GRUPO (art. 67 LCQ)

En el caso de concurso de grupo, los créditos entre los integrantes del agrupamiento –o sus cesionarios dentro de los dos años anteriores a la presentación– no tienen derecho a voto respecto de la propuesta (arts. 65 y 67 LCQ). Si bien la ratio de tal prohibición se encuentra –parcialmente– en que, producto de las relaciones de control propias y características de todo grupo económico, la voluntad del controlado es determinada por su controlante, en el supuesto del último párrafo del art. 67 LCQ la

¹³ 14Cfr. Ferro Astray, *Empresas Controladas*, Abeledo Perrot, 1961, p. 51 y 55, citado por Verón A. en *Sociedades Comerciales...*, t. Actualización, p. 24.

circunstancia del control se independiza: basta para la exclusión con que sólo sea acreedor.

4.3 CONTROL Y SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE VOTO (art. 45 LCQ)

El carácter de controlante también guarda relación con las exclusiones del voto consignadas en el art. 45 LCQ, el que dispone que "...tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores... la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma." La ratio legis de esta prohibición se funda en la presunción iure et de iure de que la controlante sólo habrá de hacer coincidir sus intereses con los de la deudora en perjuicio de la masa acreedora ¹⁴.

El control societario que inhibe el voto es necesariamente directo, razón por la cual la prohibición no alcanza al controlante indirecto o por interpósita persona. Dicho extremo se verifica a poco que se repare en que la exclusión de voto requiere de dos condiciones: i) que el acreedor excluido sea un accionista; y ii) que, a la vez, sea un controlante; condiciones –ambas- que únicamente se dan en el caso del control directo, en donde la relación de control es ejercida sin intermediarios por el accionista (en el caso de control indirecto el controlante no es accionista de la controlada, sino que es accionista o socio de otra sociedad a través de la cual ejerce su control). En palabras de Maffía¹⁵, "*los controlantes excluidos de pronunciarse sobre la propuesta de arreglo deben ser no sólo controlantes, sino también accionistas de la concursada... para ser excluido del derecho a voto, no basta con ser controlante. Es necesario que se trate de acreedores que sean accionistas de la concursada...*".

4.4 CRAMDOWN (Art. 48 LCQ)

A esta altura se impone traer a colación una figura jurídica perteneciente a otra normativa como es la Ley de Concursos y Quiebras, donde contempla en su art. 48 el CRAMDOWN o SALVATAJE de Empresas.

¹⁴ Dasso A., "La exclusión de la base de cómputo de las conformidades y la regla de la mayoría concursal", en la obra colectiva *El Voto en las Sociedades y los Concursos*, Legis, Buenos Aires, 2007, p. 116; Heredia P., *Tratado Exegético...*, t. 2, p. 111

¹⁵ Maffia O., "¿Fundamentos o fachada...", ED 220-865.

La creación de dicho instituto tiene por finalidad ser una alternativa más de las empresas que de no lograr un acuerdo entre la deudora y sus acreedores culmine en la quiebra.

Conceptualmente podemos decir que se trata de una transferencia de activos con previo arreglo del pasivo, o mejor dicho, una "venta forzada de capital social. Fundamentalmente, porque el interesado en la adquisición de la empresa no tiene el deber de indicar cómo continuará con la explotación de la misma, ni tampoco se le requiere que presente un plan de reorganización a tal fin.

Esta herramienta fue incorporada por una norma en el año 1995 durante la crisis del 2001, fue derogado para determinados sujetos porque se creyó que su objetivo en ese contexto económico anómalo era proveer una herramienta a grupos empresarios poderosos y a inversores internacionales para poder apropiarse de empresas e industrias del país que se encontraban debilitadas.

Ésta hipótesis, genera nuestro interés en la introducción del Cramdown entendiéndolo como mecanismo útil para adquirir acciones de empresas deficitarias financieramente no solo con el interés de reflotarlas sino, de tener un control sobre las mismas.

Antes de profundizar en el análisis del *Cramdown* o *Salvataje*, creemos conveniente situarlo dentro del proceso concursal.

El derecho concursal como derecho de fondo regula los efectos de la *insolvencia* sobre los distintos sujetos y sobre las relaciones jurídicas crediticias. Sin embargo, se desarrolla en un proceso jurisdiccional, por lo que, contiene también normas procesales propias de esta materia que dan al instituto características propias.

Al hablar de insolvencia hacemos referencia a que el sujeto se encuentra en *cesación de pago*¹⁶, tal como lo expresa la LCQ en su artículo 1. Presupuesto suficiente para la apertura del Concurso Preventivo o la Quiebra.

Para el caso de optar el fallido por la vía del Concurso Preventivo, lo que se busca es finalizar el mismo de manera favorable obteniendo conformidad sobre un acuerdo con sus acreedores que derive en su homologación judicial y posteriormente su cumplimiento. Cuando no se obtiene tal acuerdo, el juez decretará la Quiebra del fallido.

¹⁶ La cesación de pagos es el estado en que se encuentra un patrimonio que se revela impotente para hacer frente por medios normales a las obligaciones que lo gravan.

Es aquí donde se hace posible la aplicación del art. 48 de la LCQ – pero solo en determinados procesos, en base a los sujetos concursados que admite dicho artículo – ya que implica una posición intermedia entre el Concurso Preventivo y la Quiebra, dándose previa a ésta última, en la cual se permite tanto a acreedores como a terceros interesados, acceder al salvataje de la empresa, ofreciendo un acuerdo a los acreedores, asumiendo el riesgo empresario y pagando un precio real por el valor de la empresa consiguiendo adquirir la misma.

Además de la posibilidad de tramitar las eventuales propuestas de terceros mencionada anteriormente, es decir, si al finalizar el *período de exclusividad* no tiene éxito la fallida en lograr el acuerdo, también cabe mencionar el caso en el que el juez admite una impugnación formulada al acuerdo donde sí había logrado conformidad la concursada.

Una vez ubicado dentro del proceso concursal y de expresar sintéticamente su propósito, pasaremos a explicar la forma en que opera dicho instituto.

Primeramente hay que tener en cuenta que dicho instituto se va a poder utilizar en la medida que el fracaso del concurso preventivo provenga de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, sociedades cooperativas y aquellas sociedades en el Estado nacional, provincial o municipal sea parte con exclusión de las personas reguladas por leyes 20.091, 20.321, 24.241 y las excluidas por leyes especiales.

Ésta nueva etapa de negociación – a la que se puede llegar luego de finalizar el período de exclusividad sin acuerdo alguno entre la fallida y sus acreedores o bien, luego de admitida judicialmente una impugnación al acuerdo aprobado por los acreedores durante el mencionado período – se abre para terceros, ya sean acreedores o no de la concursada, y/o la cooperativa de trabajo formada o en formación por los trabajadores de la misma empresa, para que éstos puedan ofrecer, negociar y acordar propuestas de acuerdo preventivo con sus acreedores y eventualmente, también con los socios de la deudora.

Luego de su incorporación en 1995 por la Ley 24.522, el Cramdown a sufrido modificaciones que se debieron en gran medida al engorroso artículo 48 originario generando arduas discusiones doctrinarias.

Como así lo expresara Graziabile¹⁷, podemos mencionar como algunos puntos de conflictos los siguientes:

- La valuación a valor libro.
- La imposibilidad de que el concursado pueda volver a proponer acuerdo en la etapa del Salvataje.
- La escasa publicidad de la apertura del Cramdown.
- Las oportunidades en que se modificaba la propuesta del tercero, etcétera.
- La cuestión de la “Empresa en marcha”.

Algunas de dichas cuestiones controvertidas, supieron suplirse con buen atino por la jurisprudencia y otros con la provechosa oportunidad que tuvo el legislador al restituir la figura con la Ley 25.589 – con la cual lo conocemos al Cramdown en la actualidad – tras haber sido derogado de forma inexplicable por la ley 25.563.

Al poco tiempo de la errónea derogación se reincorporó como dijimos anteriormente, con algunas reformas que tomaron en consideración reclamos de la doctrina y otros sectores.

4.4.1 Naturaleza Jurídica

Si bien hoy existe consenso en que el Cramdown fue una incorporación acertada en nuestro régimen concursal, en el momento de su incorporación recibió una ola de críticas que han ido desde su nomenclatura hasta incluso recibir ataques de inconstitucionalidad, y claro sobre la naturaleza del mismo, entre otras.

Sin embargo, a nuestro entender compartimos la expresión de *Dasso* quien sostiene que el Cramdown es un negocio jurídico indirecto y forzoso, para el sujeto concursado que se concreta por medio de la transferencia ex lege del control social jurídico interno, transfiriendo la titularidad de las participaciones sociales que otorgan el poder societario y el manejo de la hacienda comercial .

Éste es uno de los aspectos mas importantes del instituto, modificando solo internamente a la sociedad concursada al transferirse la titularidad de las participaciones de los socios o accionistas, ya que la sociedad no desaparece ni se crea una nueva, continuando la misma personería jurídica.

¹⁷ GRAZIABILE, Dario J, “Régimen Concursal ley 24.522 Actualizada y comentada”. Abeledoperrot 2014 pág. 382.

En este sentido es admitida una injerencia lícita en la esfera jurídica ajena perseguida por la idea de utilidad y solidaridad social por lo que no deja de ser una figura típica de la normativa concursal.

4.4.2 Atribuciones Inconstitucionales

Hubo quienes sostuvieron en su momento que el art. 48 de la LCQ era inconstitucional por violentar el art. 17 de la Constitución Nacional por ir en desmedro de la propiedad privada.

Sin lugar a dudas dicha atribución carecía de fundamentos serios por lo cual se la podía contrarrestar sencillamente diciendo¹⁸ :

- a) Que el deudor se somete voluntariamente a un régimen legal.
- b) Voluntad social ratificada por asamblea o reunión de socios.
- c) Los socios desapropiados no sufren ningún daño patrimonial, pues reciben un precio fijado por un procedimiento legal, entre otros argumentos.

4.4.3 Cuestión de la “Empresa en marcha”

El originario art. 48 de la LCQ disponía que los acreedores o terceros que se inscribiesen en el registro, debieran ser los interesados en la adquisición de la “*empresa en marcha*”. Éste término y su interpretación distorsionada generó posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia a punto tal que hubo fallos totalmente contradictorios.

Desde nuestro punto de vista y siguiendo la línea de Ariel Dasso¹⁹ entendemos que el Salvataje apunta a la mera transferencia forzosa del activo con previo arreglo del pasivo de la deudora que no aseguraba la continuidad empresarial.

Por lo contrario, es dable destacar que entendiendo como indispensable el requisito de empresa en marcha para la procedencia del art.48, ello importaría aventurarnos en una conceptualización precisa del término “*Empresa*”.

Esta postura fue expresada en fallos “Cagna S.A.”²⁰ y “Automundo S.A.”²¹ donde se decide que no es óbice para la apertura del Cramdown la inactividad de la

¹⁸ RIVERA Julio César, “La cuestión de la constitucionalidad” en Instituciones del derecho concursal 2° ed. Actualizada Rubinzal-Culzoni T.I Pág. 449.

¹⁹ DASSO Ariel, “La transferencia forzosa de la empresa insolvente” LL 1994 –E- 1227.

concurada explicando que luego de la reforma se suprimió la referencia a “la empresa en marcha” y que “aún cuando la empresa no se encontrare actualmente funcionando, tiene una cantidad de elementos intangibles que pueden despertar interés en el mercado, que será lo que determine la viabilidad o no de aquel instituto”. Considera que el objetivo del procedimiento es la transferencia de las cuotas o acciones representativas del capital social, sin que exista en la ley ningún recaudo vinculado con el destino de la reorganización productiva que puede estar temporalmente sin funcionamiento. Hay que remarcar que a la luz de éste último fallo ya se encontraba vigente la modificación incorporada por Ley 25.589, en cambio, en “Cagna S.A.” el art. 48 de la ley 24.522 mantenía el agregado “*empresa en marcha*”.

En oposición a ésta corriente podemos mencionar el fallo del Juez de Primera instancia en “Correo Argentino S.A.” donde el juzgador entendió que ante el fracaso de la obtención de las mayorías por parte del deudor no correspondía la apertura del Cramdown por cuanto:

1) la totalidad del personal fue transferido al Estado Nacional con motivo de la rescisión del contrato de concesión, por lo cual el gran concurso pasó a ser un pequeño concurso;

2) no se acreditó el cambio de objeto social ni un aporte de bienes que sustituyesen a los desapoderados por el Estado Nacional;

3) de admitir el Cramdown se violaría la ratio del Salvataje pues la concursada no mantendría potencialidad de reactivación;

4) el activo de la concursada estaría conformado principalmente con créditos litigiosos contra el Estado Nacional por lo que la transferencia constituiría una llamada a la especulación de terceros mediante mínima oferta sin utilidad social.

El juzgador encuentra diferencias que hacen inaplicable la doctrina del caso “Automundo S.A.” No obstante, dicha resolución mereció la revocación de la Cámara ²².

En suma, entendemos, en sentido concordante con la postura jurisprudencial y doctrinaria que se expide en favor de la apertura del procedimiento previsto en el art. 48 de la LCQ, que no corresponde a los jueces evaluar la potencialidad de una empresa, y

²⁰ GRAZIABILE, Dario J, “Régimen Concursal ley 24.522 Actualizada y comentada” Tomo III; Abeledoperrot 2014 pág. 389.

²¹ DASSO Ariel A. “El cramdown del art. 48 LCQ. Una norma imperativa” en IJ-XXXIX-860 01-12-2015.

²² DASSO Ariel A. “El cramdown del art. 48 LCQ. Una norma imperativa” en IJ-XXXIX-860 01-12-2015

ni siquiera su existencia, en razón de no constituir ella, un requisito previsto por la normativa concursal ²³.

4.5 SITUACIONES DE CONTROL EN LEY DE CONTRATO DE TRABAJO - 20.744

La ley de contrato de trabajo también recepta en su desarrollo, reglas relacionadas con situaciones de control de sociedades, así en especiales supuestos, podrá extenderse la responsabilidad por las obligaciones que no son propias a sociedades enlazadas en un esquema de control.

La extensión que se realiza en la LCT, de la responsabilidad a una sociedad, por el incumplimiento de obligaciones frente a los trabajadores, u organismos de seguridad social de otra tiene ciertos requisitos:

- Que haya situación de control interno o externo.
- Que haya deuda para con los trabajadores o con los organismos de seguridad social.
- Que hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.
 - Que exista relación de causalidad entre estas maniobras o conducción, y las deudas anteriormente nombradas.

²³ ARENAS Pablo, “La empresa como presupuesto de apertura del proceso de salvataje previsto en el art. 48 de la LCQ, en relación con el caso Correo Argentino” en MJ-DOC-10718-AR | MJD10718 - 9-may-2017.

5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo, propone dejar en evidencia, que el control societario como fenómeno existente en el mundo de las sociedades, lícito y práctico en razón de las ventajas que este otorga, es considerado en igual por el legislador al regularlo por su importancia jurídica en la Ley General de Sociedades (LGS).

Claro está, que parados en la perspectiva opuesta podemos ver al control societario como un fenómeno riesgoso y necesario de regular por las consecuencias desleales que puede llegar a generar su ejercicio abusivo, es por ello, que se puede apreciar como hemos dejado de manifiesto al desarrollar el tema, algunos de los diferentes supuestos donde se ha regulado cierto límite al control societario, principalmente para poder asegurar reglas de juego claras, no solo dentro del mundo societario, sino también, para todos aquellos sujetos que de algún modo interactúan en el mercado con éstas sociedades. El fin buscado, no es otro que lograr la transparencia suficiente como para determinar efectivamente en cabeza de quien recaen la toma de decisiones y de políticas a seguir por las sociedades.

De igual modo, se puede observar que el derecho en general, y aún fuera de la LGS sigue ésta lógica, y al solo efecto argumentativo en ésta conclusión podemos mencionar *la extensión de quiebra*, donde se busca hacer extensible las consecuencias de la quiebra a quienes realmente fueron los causantes de la misma. Esto también es posible apreciarlo en la *exclusión del voto* de las sociedades controlantes, donde el legislador para evitar una desviación de los principios, del espíritu de la norma y de los fines del concurso, se busca dar seguridad jurídica en éste caso a los deudores con imposibilidad de pago, no sea desviado y utilizado como un medio de defraudación de los acreedores, mediante la manipulación de la votación que pueda afectar el interés de la masa acreedora.

Por lo expuesto, podemos inferir que si bien el control societario posee dos caras según la intencionalidad de su uso, no deja de ser un fenómeno práctico, lícito y beneficioso, surgido de la interacción misma de las sociedades en el mercado, tendiente a permitir unidad de criterios y enfoques económicamente favorables en pos de una mayor simplicidad social, tendiente a la búsqueda de generar un desarrollo constante que no hace mas que repercutir los aspectos económicos y sociales de los individuos con los que de una manera u otra se relacionan.

6. BIBLIOGRAFÍA

- DEI, Daniel; MENNA, Norma; PARSAJUK, Daniel; SANZ, Sebastián, 1995, Recursos Humanos en las Organizaciones, pág. 27. Ed. Docencia – Bs. As.
- GALGANO, La societa per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative, p. 157.
- MANÓVIL, Grupos de sociedades, p.576.
- NISSEN, Impugnación judicial de los actos y decisiones asamblearios, p. 84, criterio seguido por GARIBOTO en fallo de CNCom, Sala E, 23/6/1995, LL, 1996-D-425.
- Ley General de Sociedades N° 19950.
- Ley de Concursos y Quiebras N° 24522.
- 14Cfr. Ferro Astray, Empresas Controladas, Abeledo Perrot, 1961, p. 51 y 55, citado por Verón A. en Sociedades Comerciales..., t. Actualización, p. 24.
- ORLANDO MANUEL “CONTROL INTERNO Y EXTERNO” - VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 1995.
- Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, 30/8/2016, «Bosio Marcelo Enrique c/ Huarte Guillermo, S.A. s/ Ordinario».
-
- ARENAS Pablo, “La empresa como presupuesto de apertura del proceso de salvataje previsto en el art. 48 de la LCQ, en relación con el caso Correo Argentino” en MJ-DOC-10718-AR
- DASSO Ariel A. “El cramdown del art. 48 LCQ. Una norma imperativa” en IJ-XXXIX-860
- DASSO Ariel A., “Naturaleza jurídica del Cramdown. Su conductio juris: la mejor oferta” LL 02/11/96.
- DASSO Ariel, “La transferencia forzosa de la empresa insolvente” LL 1994 –E- 1227
- GRAZIABILE, Darío – Régimen Concursal – T.III - Ley 24.522 comentada y actualizada
- RIVERA, Julio César – Instituciones de derecho – Tomo I
- ROULLION, Adolfo – Régimen de Concursos y Quiebras 16° edición actualizada y ampliada
- www.concursosuba.com.ar
- www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0002-N06-PARDUCCI