

Sobre la exclusión del voto de la controlante

Comentario al fallo "Cablevisión S.A. s/Acuerdo preventivo extrajudicial" - Sala D de la Cámara Nacional Comercial - 31 de marzo de 2008.

Por Sebastián Balbín

I.- Introducción [\[arriba\]](#)

El fallo transcrito trata en profundidad diversas materias de importancia, cuyo análisis aquí habremos de obviar, por lo que sugerimos su previa e íntegra lectura. Sólo nos ocuparemos con algún detalle de la cuestión referida a la pertinencia -o no- de la exclusión del votante de la propuesta de acuerdo preventivo (en este caso, de un APE), cuando se tratara de sociedades acreedoras controlantes indirectas de la peticionante (arts. 45 y 73 LCQ)[1].

II.- Las distintas acepciones del término control en la LS y la LCQ [\[arriba\]](#)

II.1.- Control en la LS

En términos de la LS, *controlante* es aquella sociedad que en forma directa -o por intermedio de otra sociedad- posee participación en la sociedad *controlada*, por cualquier título que le otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social de esta en las reuniones sociales o asambleas ordinarias[2]. También se considera controlante a la sociedad que ejerce una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés en la otra poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre ambas (art. 33 LS).

Habida cuenta el carácter bifronte del término *control*, que combina aspectos tanto económicos como jurídicos, obtener su definición acabada resulta improbable. No obstante, mayormente se entiende que aquel puede ser calificado (de manera simplificada) de dos formas, externo o interno, y según el modo de ejercicio, de hecho o de derecho.

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 LS 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[3]- que coloca a un ente en situación de subordinación o dependencia respecto de otro[4].

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 societaria[5].

El *control interno de derecho* supone un dominio efectivo en la conducción de los negocios sociales, que permite a quienes lo ejercen ostentar el control de la actividad de la sociedad por medio del voto, en razón de la porción mayoritaria del capital social que detentan[6]. El control interno también puede ser *de hecho*, modo con el que la doctrina califica la situación que se da cuando la mayoría en las reuniones sociales se alcanza no en razón de la porción del capital detentado, sino del ausentismo de los otros votantes.

El control puede ser a su vez resumirse en dos modos de ejercicio, directo e indirecto. *i.*- El control *directo* se ejerce por la participación que en la controlada la controlante posea; *ii.*- el control *indirecto* se ejerce a través o por intermedio de otra sociedad que es a su vez controlada (control por interpósita persona)[7].

En ningún caso la sola relación entre sujetos, la existencia de un efectivo control o la pertenencia a un mismo grupo económico, acarrea, *per se*, sanciones[8]. Para que estas se apliquen será necesario el desvío del interés de la controlada en beneficio de la controlante y la ocasión de daño a aquella por tal desvío. En concordancia con esta regla de carácter general, el art. 54 LS, además de imponer solidariamente la reparación a quienes "...la [sociedad] controlen..." los priva de "...alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero, está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva".

II.1.2.- Control en el decreto 677/2001

En procura de dotar a la Comisión Nacional de Valores de mayores y mejores herramientas que garanticen la transparencia del mercado de capitales, el decreto 677/01 abordó de manera directa -y complementaria de la LS- el tema del control societario.

Para ello se procuró definir al *controlante*, al *grupo controlante* o a los *grupos de control*, y que resultan ser aquellas personas físicas o jurídicas que poseen en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, ya sea de derecho o de hecho[9], les otorguen los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia (art. 2° párr. 4). En concordancia, el decreto reglamenta las formas de adquisición de *participaciones significativas* que conlleven el control de la sociedad y el régimen de contratación con partes relacionadas (arts. 23 y 73). También incorpora una nueva categoría, la del *control casi total*, cuya existencia habilita tanto a los accionistas minoritarios a forzar a la persona controlante a ofertar por la compra de sus tenencias como al controlante a emitir una declaración unilateral de voluntad de adquisición del capital remanente (art. 25 inc. a y b). Esta variedad -control casi total- se verifica cuando un sujeto, de manera directa o a través de controladas, detenta el noventa y cinco por ciento o más del capital suscrito (art. 26 inc. a).

II.2. Control en la LCQ

La LCQ se ocupa del tema del control con algún detalle en al menos tres oportunidades; *i.*-) al sancionar a ciertos sujetos controlantes de la fallida, en razón de su actuación relacionada, extendiéndoles la quiebra, *ii.*-) al referirse a los créditos entre concursados, en caso de agrupamiento, y *iii.*-) al tratar las exclusiones a los votantes de la propuesta de acuerdo.

II.2.1. Control y supuestos de extensión de quiebra (art. 161 LCQ)

El art. 161 inc. 2° 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[10].

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[11]). Se trata, entonces, de un control de hecho o de derecho, de tipo interno[12]. 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.[13]

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.[14]

II.2.2. 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[15], en el supuesto del último párrafo del art. 67 LCQ la circunstancia del control se independiza: basta para la exclusión con que sólo sea acreedor.

II.2.3. 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[16].

Para la Sala D, con la que coincidimos, 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)[17].

En consecuencia, puede concluirse -como lo hace la Sala D- que “faltando la condición de “accionista”, la exclusión del voto no es admisible”.

La Sala D también hace notar que la jurisprudencia de los Tribunales ha acompañado mayoritariamente el criterio de que el término “accionista” limita el alcance de la prohibición, que no comprende los casos de participación dominante en el capital social distintos de la vía accionaria ni contempla el caso de control indirecto, circunscribiéndose el art. 45 LCQ al control emergente de la aptitud de voto del acreedor en el seno de la asamblea de la deudora[18].

Tal tesitura -control directo único como razón exclusiva de la prohibición de voto- es asimismo seguida por calificada doctrina, para la cual la solución del art. 45 LCQ explícitamente excluye del cómputo sólo a los accionistas controlantes de la sociedad, vedando su aplicación extensiva a cualquier otra hipótesis[19], ya que si “el legislador hubiese querido extender la exclusión al control indirecto debió ampliar la excepción de la misma manera que lo hace con los acreedores parientes de los socios o administradores y respecto a los cesionarios de cónyuge y parientes”[20]. O, en palabras de Maffía, “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...”[21].

II.2.2.1. Taxatividad del elenco de sujetos excluidos

La Sala D también concluye que el art. 45 LCQ propone un elenco taxativo de supuestos de acreedores cuyo voto no es permitido, de interpretación restrictiva, lo que hace inviable efectuar aplicaciones analógicas de las que se deriven nuevas prohibiciones no previstas por el legislador[22]. La posición es coincidente con la de calificada doctrina, para la cual no existe posibilidad por vía de interpretación extensiva o analógica de ampliar el elenco de prohibiciones de voto que prevé el art. 45 LCQ[23], el que no resulta una mera enunciación de supuestos, pudiendo incorporarse, a lo sumo ciertos supuestos que deben ser considerados comprendidos *in genere* en ella por su identidad conceptual con la hipótesis de exclusión establecida por el legislador, producto de una adecuada integración de todo el ordenamiento jurídico[24].

Notas:

[1] Omitimos en este comentario, ex profeso, que como señalara la Sala D, la petición de exclusión involucraba exclusivamente a titulares de obligaciones negociables, por lo que aquella solo resultaba viable en el marco del cómputo de los concurrentes a la asamblea de obligacionistas, y no directamente para el de las mayorías reguladas por el art. 73, LCQ.

[2] Si bien el texto legal omite las asambleas extraordinarias, estas se encontrarían incluidas en razón de la pauta interpretativa referida al respecto en la Exposición de Motivos de la ley 22.903, Capítulo I, Sección VI, ap. 1. En contra, Otaegui J., *Administración Societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 429.

[3] Cfr. Bergel S.D. y Paolantonio M., “Los límites de la responsabilidad del controlante en los supuestos de los contratos de distribución comercial”, ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario publicada en *Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, 1992, t. II, p. 673.

[4] Cfr. López Raffo F., *El corrimiento del Velo Societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 133; Odriozola C. S., “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, *LL*, 1986-E, 1115 y ss.; Verón A.V., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 -comentada, anotada y concordada-*, t. *Actualización*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 22. La influencia dominante, para ser tal, debe ser *i.-) duradera*, porque una situación transitoria no podría tener incidencia efectiva en la continuada administración de los negocios o de la actividad de la parte débil, y, además, *ii.-) completa* y no parcial sobre algunos aspectos de la actividad de la sociedad débil, porque lo esencial consiste en que esta última se vea condicionada en la administración de sus negocios. Cfr. Otaegui J., *Administración Societaria...*, p. 432.

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

[6] Un supuesto de control interno de derecho estricto es el requerido por la SA de participación estatal mayoritaria (“...acciones que representen por lo menos el 51 % del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias...” (art. 308 LS). Cfr. Otaegui J., *Administración Societaria*, p. 427.

[7] Cfr. Manóvil, R., *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 389; Otaegui, J., *Administración Societaria...*, p. 435, n° 266; Roitman H., *Ley de Sociedades Comerciales - comentada y anotada-*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 542y 543; Bergel S., *Extensión de la...*, p. 975.

[8] Cfr. Otaegui J., *Invalidez de Actos Societarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 293; Miguens H., *Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 199.

[9] En el caso del control de hecho el decreto exige, además, que este sea ejercido de forma estable.

[10] Además, se requiere que *i.-)* la fallida sea parte controlante en el grupo económico de la futura extendida; *ii.-)* que el control ejercido hubiere tenido por finalidad desviar el interés social, dando primacía a los intereses de la controlante o de quien ésta, dentro del grupo, indicare; *iii.-)* que tal conducta haya

producido, mantenido, agravado o prolongado en forma indebida el presupuesto material de la cesación de pagos; iv.-) y que exista dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico (art. 161 LCQ).

[11] Además, cada una de las personas que actuando conjuntamente posean tal participación, y aquellas cuyos patrimonios se confundan de manera inescindible con los de la fallida (art. 161 incs. 2 y 3 LCQ).

[12] “En cuanto al alcance de la calificación de la persona controlante, la noma se limita a incluir en el inciso 2º los supuestos de control jurídico o interno, tanto de derecho como de hecho, ejercido por una sola persona o por una pluralidad de ellas, ya sea directo o indirecto”, Manóvil R., *Grupos ...*, p. .; Rouillón A., *Régimen de Concursos y Quiebras -ley 24.522-*, 14º ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 216. Dejo aquí nuevamente expuesto mi cambio de opinión; el control externo no habilita la extensión de quiebra (art. 161 LCQ), como sostuviera anteriormente (vid. *Extensión de la Quiebra*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000).

[13] Verón A., *Sociedades Comerciales...*, t. 1, p. 297; Bergel S., *Extensión de la...*, p. 972.

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

[15] Cfr. Heredia P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, t. 2, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 473.

[16] Cfr. 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.

[17] Del voto de la Sala D, con apoyo en Maffia O., “¿Fundamentos o fachada de justificación?-El fallo ‘IEBA’-”, ED 220-865 y del mismo autor: *La ley de Concursos Comentada*, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 185; Dasso A., “La exclusión de la base de cómputo...”, p. 95, espec. p. 117, texto y nota n° 54.

[18] CNCom. Sala A, 28/6/01, “Fermodyl S.A. s/ conc. preventivo”; CNCom. Sala A, 10.12.98, “Summun S.A. s/ concurso preventivo”; CNCom. Sala D, 29/4/05, “Alpargatas S.A. s/ concurso preventivo”; Juzg. Nac. 1ª. Inst. Comercial, n° 15, sec. 29, 26/12/02, “Aerolíneas Argentinas S.A. s/ concurso preventivo”; Juzg. 1ª. Inst. Civ. Com. n° 7, La Matanza, 16/2/06, “Cooperativa de Crédito Sloga Ltda.”. Por todos, véase el fallo que se comenta.

[19] Cfr. Rivera J., *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 294, quien lista dentro de las así excluidas a “sociedades vinculadas, sociedad controlada en el concurso de la controlante, sociedades controladas por un accionista común”. En idéntico sentido véase Heredia, para quien el art. 45 LCQ no comprende “situaciones de control externo, así como de participación dominante en el capital por una vía distinta que la accionaria; el supuesto máximo de control -la *holding* pura-; el control indirecto; los contratos de dominación, en los que el controlante, incluso a nivel de grupo, puede no ser controlante vía capital -accionario o no-, etcétera”. Heredia P., *Tratado Exegético...*, t. 2, págs. 111 y 112. Id. Dasso A., “La exclusión de la base...”, p. 117.

[20] Graziabile D., “El APE de Cablevisión. Cómputo de las mayorías y exclusión del voto”, LL 28 de abril de 2008, año LXXII, n° 81.

[21] Maffia O., “¿Fundamentos o fachada...”, ED 220-865.

[22] Como ya lo había sostenido la Cámara en la causa 19051/2006, “Farjat, Carlos s/ concurso preventivo”, sentencia del 14/11/2007.

[23] Constituyen especiales supuestos de excepción al régimen general de concurrencia a la formación de la voluntad que decide la suerte del concurso y son, además, de interpretación estricta. Cfr. Heredia P., *Tratado Exegético...*, t. 2, págs. 109 y 112

[24] Cfr. Barreiro M., en artículo incluido en este número de la RADE, a cuya lectura remitimos y sugerimos. El mismo ha sido publicado originalmente en ERREPAR, *Doctrina Societaria y Concursal* (XVII-210, Buenos Aires, 2005, págs. 503 a 527) con el título “¿Estan todos los que son o son todos los que estan? (sobre la exclusión de voto)”. Revista Argentina de Derecho Empresario (RADE) agradece a Doctrina Societaria y Concursal la aprobación de su publicación. Id. Maffia O., “¿Fundamentos o fachada...”, ED 220-865.