



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE TUCUMÁN



FACULTAD DE
CIENCIAS ECONOMICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL TUCUMAN

EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA POR ABUSO DE CONTROL SOCIETARIO EXTERNO

Autores: Di Lella, Corina María
Kancyper, Bárbara
Yanotti, María Laura

Director: Macció Décima, E. Facundo

2013

Trabajo de Seminario: Contador Público Nacional

PRÓLOGO

Dentro de la gran cantidad de temas que pueden abordarse en el ámbito del derecho concursal, creemos nosotras que la extensión de la quiebra por abuso de control societario externo es un instituto muy interesante para analizar, debido a su impacto en la economía moderna y a la falta de acuerdo respecto a la procedencia de este instituto.

La doctrina no llegó a un acuerdo en cuanto al encuadramiento o no de éste dentro de la normativa concursal, por lo que se plantean diversas posturas a saber. Nuestro trabajo busca analizar los distintos enfoques, explicando en primer lugar como se llega a la quiebra, la importancia de la extensión, los supuestos de procedencia, y su importancia en la realidad negocial.

Para ello analizaremos todo lo que hace a su marco teórico considerando dentro de este su encuadre jurídico, antecedentes, sucesivas reformas, aportes de la jurisprudencia y doctrina.

Agradecemos al Contador Facundo Maccio (integrante de la Cátedra de Concursos y Práctica Judicial de la Facultad de Ciencias

Económicas, Universidad Nacional de Tucumán) por orientar nuestros esfuerzos y siempre estar atento a darnos nuevos paradigmas para mejorar nuestra óptica sobre los temas tratados. También al Profesor Eliseo Blas Pérez por su entusiasmo y actitud de colaboración, como a los docentes de Seminario por sembrar en nosotros la semilla de la investigación de tipo científica y por estar a nuestra disposición para evacuar todo tipo de dudas acerca de cómo llevar adelante este trabajo.

RESÚMEN

Actualmente se desarrollan diversas formas de concentración empresarial para obtener ventajas comparativas de su posición en el mercado, una mejor utilización de los recursos técnicos, humanos, económicos y financieros y complementarse mutuamente, dando lugar a la formación de “grupos empresarios” y a relaciones de control, dependencia o dominación societaria.

El control social puede conceptualizarse como el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, ya sea mediante la posibilidad de gobernar la voluntad social-control interno- como así también de ejercer influencia decisiva por los especiales vínculos intersocietarios -control externo-. Ello no deriva responsabilidad alguna para la sociedad controlante *per se*, pero sí se derivará responsabilidad, en aquellos casos en el que tal control sea ejercido de manera abusiva, más aun cuando generó la quiebra de la sociedad controlada.

No cabe duda de que el ejercicio abusivo del control societario interno es una causal de extensión de la quiebra de la sociedad controlada a la controlante, al contemplarlo expresamente la LCQ. El problema, consiste en determinar si el ejercicio abusivo de control externo - aquel que surge de relaciones contractuales o no, que unen al controlante y controlado y que si bien no autorizan al primero a ordenar directamente al órgano de administración del controlado, habilitan la dirección o mando en algunas decisiones que debe tomar el administrador del ente societario- encuadra dentro de la normativa concursal como causal de su procedencia. Para esto analizaremos las distintas posturas doctrinarias al respecto y concluiremos con nuestra opinión formada al respecto.

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES

Sumario: 1.- Cómo se llega a la quiebra. 2.- Concepto de quiebra. 3.- Principios. 4.- Realidad Actual. 5.- Reintegración patrimonial. 6.- Medidas de resarcimiento.

1.- Cómo se llega a la quiebra:

Todo vínculo jurídico, mediante el cual dos partes quedan ligadas, genera dos órdenes de relaciones: una de crédito – debito, y la otra de responsabilidad.¹

“Cuando al deudor se le otorga crédito, es decir recibe la prestación querida y difiere en el tiempo la prestación debida es porque se confía en él. Esa confianza desde el punto de vista económico significa que el acreedor no solamente cree que el deudor pagará, sino que sabe, de

¹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, obligaciones, Perrot, (Buenos Aires, 1978), T.I, pág.17.

manera objetiva, que si no paga voluntariamente, podrá cobrarse ejecutando los bienes del mismo”.²

El ordenamiento legal le concede a este acreedor la posibilidad de recurrir a la justicia para la satisfacción de su crédito, previo reconocimiento de su legítimo derecho, mediante el producido de los bienes del patrimonio que se hubieran embargado y posteriormente subastado. Dicho proceso, se lleva a cabo a través de las denominadas acciones individuales.³

Desde otro punto de vista, si este deudor tuviera varios acreedores, cuyos créditos resultan exigibles, y el patrimonio no es suficiente para cumplir con las obligaciones, la multiplicidad de ejecuciones individuales provocara una evidente desigualdad económica entre los acreedores, donde regirá el principio “primero en el tiempo, primero en el derecho”.

“Mientras el activo de un patrimonio excede al pasivo, el legislador puede dejar que cada acreedor ejerza separadamente su propio derecho. Pero cuando el patrimonio no basta para todos, la libertad de las ejecuciones individuales supone un premio a favor de los acreedores más avisados, más cercanos, menos escrupulosos, y en daño de los demás condescendientes o de los más alejados, que llegarán, la mayoría de las veces, cuando el patrimonio del deudor ya está agotado. Un deber de justicia social impone entonces al legislador la obligación de constituir una masa con la totalidad de los bienes del deudor, a fin de que se repartan entre todos sus acreedores en la misma medida y sean estos compañeros en las pérdidas, como lo fueron en la confianza que pusieron en el deudor común”.⁴

2 FERRARIO, Carlos, Ley de Concursos y Quiebras comentada y anotada, Errepar, (Buenos Aires, 2012), pág. 1.

3 MONTESI, Víctor L, MONTESI, Pablo G., Extensión de la Quiebra, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea (Buenos Aires, 1997), pág. 1.

4 HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Abaco, (Buenos Aires, 2000), Tomo III, passim.

2.- Concepto de Quiebra:

La quiebra constituye un proceso universal cuya finalidad es liquidar los bienes que integran el patrimonio del deudor común y distribuir el producido de esa liquidación entre los acreedores de acuerdo al orden de privilegios y a prorrata de sus créditos cuando se trata de acreedores quirografarios.

Como procedimiento, es aquel que a pedido del propio deudor o de algún acreedor habilita a un juez competente a reconocer y declarar que el primero se encuentra en estado de cesación de pagos y, en consecuencia de ello, lo separa de la administración de sus bienes (salvo las exclusiones legales), para proceder a la venta de ellos bajo las reglas de la preferencia legal, de la igualdad y la prorrata⁵.

Además del incumplimiento mencionado, el deudor deberá encontrarse en “estado de cesación de pagos”. Este es definido como “*el grado de impotencia patrimonial que exterioriza, mediante determinados hechos reveladores, que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ella y las causas que lo generen*”.⁶

3. Principios:

Igualdad (par condicio creditorium), según el cual todos los acreedores concurrirán al proceso en igualdad de condiciones, pero no se trata de una igualdad absoluta, sino de una igualdad entre los acreedores que pertenezcan a una misma categoría, soportando a prorrata, a través del

⁵ FERRARIO, Carlos, op. cit. pág. 7.

⁶ MARTORELL, Ernesto E, ESPARZA, Gustavo A., Tratado de Derecho Comercial, T. XII, Concursos y Quiebras, La Ley, (Buenos Aires, 2010), tomo. 1, pág. 312.

sacrificio proporcional que a cada uno corresponda, la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacerlos en su totalidad.⁷

Colectividad de acreedores, mediante el cual todos los acreedores del deudor de causa o título anterior a la declaración de quiebra, y sus garantes, quedan sometidos al proceso, deben presentarse a verificar, cumpliendo así con el concepto de justicia distributiva.

Universalidad o Integridad Patrimonial, todos los bienes del deudor quedan afectados al proceso “*salvo exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados*”.⁸

4. Realidad Actual:

Existen en la actualidad gran cantidad de procesos de quiebras que revisten la particularidad de inexistencia de bienes del deudor a los fines de la liquidación y su consiguiente ineficacia desde el punto de vista económico, ya que todo proceso genera costos que deben ser afrontados, como por ejemplo, tasas de justicia, honorarios de sindicatura, etc., sin que se cumpla el objetivo real del instituto.

El proceso falencial posee una finalidad liquidativa, consecuentemente es inoperante y abusivo la apertura de dichos procesos cuando no existen bienes a liquidar.

⁷ VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, Rubinzal-Culzoni, (Buenos Aires-Santa Fe, 2003), pág 13.

⁸ Art. 1, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

“No hay datos estadísticos oficiales, pero los juzgados comerciales exhiben datos alarmantes acerca del altísimo porcentaje de quiebras que, al menos en el ámbito de la Capital Federal, se clausuran por falta de activos. Que una quiebra termine de ese modo significa que en el patrimonio del fallido no pudieron ni siquiera hallarse fondos para solventar, al menos parcialmente, los gastos judiciales”.⁹

La clausura del procedimiento de quiebra, sólo suspende el procedimiento. Es un cierre transitorio del mismo cuando no se hubiesen logrado pagar íntegramente los créditos. Si ingresan bienes en el patrimonio del fallido se produce la reapertura del procedimiento. En este caso, subsiste la quiebra y todos sus efectos; distinto a la conclusión de la quiebra que pone fin a la misma y sus efectos, la quiebra finaliza y no hay posibilidad de reapertura.

Transcurridos dos años desde la resolución que dispone la clausura, sin que se produzca la reapertura de la quiebra, el juez puede disponer la conclusión de la misma de oficio.

A fin de evitar tales circunstancias desfavorables, y en resguardo de la integridad patrimonial del fallido, la legislación instrumentó determinadas herramientas de recomposición del patrimonio del deudor, que permiten neutralizar y prevenir las situaciones antes descriptas garantizando la reconstrucción de la integridad patrimonial del fallido, la confianza del crédito y la prenda común, permitiendo el cumplimiento de los objetivos últimos de la quiebra.

5. Reintegración Patrimonial:

⁹ VILLANUEVA, Julia, *op. cit.*, pág. 144.

Acciones de Ineficacia Concursal:

Existen dos tipos de actos que hubiera podido efectuar el deudor, que podrían considerarse susceptibles de ser revocados por haber originado perjuicio a los acreedores:

- Actos ineficaces de pleno derecho

“Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consisten en:

”1°) Actos a título gratuito.

”2°) Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad.

”3°) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.

”La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación. La resolución es apelable y recurrible por vía incidental”.¹⁰

- Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos:

“Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio”.¹¹

El fallido pudo haber realizado actos en beneficio de ciertos acreedores que tenían conocimiento del estado de cesación de pagos, tratando de obtener ventajas o cubrirse de alguna manera para no verse

¹⁰ Art. 118, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

¹¹ Art. 119, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

perjudicados por el futuro concurso, que ya visualizan como probable, actuando en detrimento de los restantes acreedores.¹²

Desapoderamiento del fallido:

El fallido queda automáticamente desapoderado de los bienes que son de su propiedad, se encuentren los mismos en su poder o en poder de terceros.

El síndico es quien administra y dispone de los bienes según la ley y con las autorizaciones judiciales necesarias, actuando como mandatario y con su responsabilidad.

Si el fallido dispone de alguno de los bienes objeto de desapoderamiento o recibe pagos, esos actos son declarados ineficaces y por lo tanto inoponibles a la masa concursal.¹³

Suspensión de Intereses:

La declaración de quiebra suspende el curso de intereses, contribuyendo a la cristalización del pasivo. Los únicos intereses que continúan devengándose son los compensatorios correspondientes a créditos garantizados con prenda o hipoteca y los que benefician a los créditos laborales. De esta manera se evita que siga acrecentándose el endeudamiento del patrimonio del fallido.

Suspensión del ejercicio del Derecho de Retención:

¹² HURTADO, Emilio E., Régimen Concursal, Ediciones La Rocca, (Buenos Aires, 2001), pág. 620.

¹³ FERRARIO, Carlos, op. cit., pág. 283.

*“El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que es debido por razón de esa misma cosa”.*¹⁴

La quiebra suspende el ejercicio de este derecho, el acreedor queda obligado a devolver el bien al síndico, sin perjuicio de que éste verifique y gradúe su privilegio y lo respete al distribuir el producido de éstos.¹⁵

Restitución de Bienes de Terceros:

La petición de restitución de un bien efectuada por un tercero, que invoque su propiedad, es atendible si da cumplimiento a ciertos recaudos y transita el procedimiento previsto al efecto.

Depende si el tercero entregó un bien al fallido por un título destinado a transferir el dominio o no. En el primer caso, éste puede pedir al juez la restitución del mismo, previa acreditación de su derecho, mientras tramite el pedido puede solicitar medidas conservatorias del bien. En el segundo caso no hay derecho de restitución y el tercero pasa a tener un crédito contra el concurso; sólo podrá recobrar la posesión si se cumplen los requisitos del art. 139 LCQ.

6.- Medidas de Resarcimiento:

No obstante los mecanismos expuestos, se reconoce la existencia de ciertas medidas de resarcimiento, a través de las cuales se pretende

¹⁴ Art. 3939, Código Civil.

¹⁵ HURTADO, Emilio E., op. cit., pág. 449.

hallar a otros sujetos jurídicamente distintos del fallido, a fin de atribuirle alguna responsabilidad como consecuencia de la quiebra.

De esta manera, estos sujetos que no se hallan a título personal en cesación de pagos, poseen responsabilidad, dolosa o culposa, en lo que le ha ocurrido al deudor. Se destacan a modo enunciativo:

Acciones de Responsabilidad:

“Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.

Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de la quiebra, deben reintegrar los bienes que aun tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”¹⁶.

Apunta a las personas o sociedades que no pueden ser alcanzadas por la extensión de la quiebra, pero que han contribuido con el deudor para que arribe a su situación actual. Reconoce su origen en que existen conductas antijurídicas, no llevadas a cabo por el fallido sino por terceros, que han provocado daños al patrimonio de aquel. La misma procura la recuperación de los bienes sacados dolosamente de poder del fallido y/o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a su patrimonio¹⁷.

Acciones Societarias:

¹⁶ Art. 173, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

¹⁷ HURTADO, Emilio E., op. cit., pág. 524.

“El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico”¹⁸.

Estas acciones se basan en el estándar objetivo de responsabilidad, que refiere a que los administradores deben actuar con lealtad con la prudencia de un buen hombre de negocios, sin violar la ley ni el contrato y sin abusar de sus facultades¹⁹.

Las acciones de responsabilidad como las societarias, tratan los actos cumplidos hasta un año antes del inicio del estado de cesación de pagos, por los administradores y representantes de hecho como de derecho, los socios y otros terceros, y que han ocasionado daños a una persona de existencia visible o a una persona de existencia ideal.

Tales daños podrán ser objeto de resarcimiento, es decir que se podrá reclamar la correspondiente indemnización por los perjuicios ocasionados.

El resarcimiento previsto en este instituto no es excluyente de otras responsabilidades que pueden corresponder, incluso la penal.

Acciones de Extensión de la Quiebra:

Éste es otro medio de incrementar el activo liquidable para su reparto entre los acreedores, generalmente insatisfechos debido a la insolvencia del deudor, incrementando sus expectativas de cobro al incrementarse bienes liquidables sobre los cuales concurrirán.

La quiebra preexistente, llamada quiebra “principal”, se extiende a otro sujeto, a quien se declara en quiebra “refleja” o por “extensión”.

La extensión de la quiebra es también un modo de declarar la quiebra que se caracteriza porque sus presupuestos son diferentes de los demás casos. La principal distinción radica en la indiferencia del estado de

¹⁸ Art. 175, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

¹⁹ FERRARIO, Carlos, op. cit., pág. 375.

cesación de pagos del patrimonio del sujeto al que se declara en quiebra por extensión, ni es necesario que esté en insolvencia.²⁰

“En consecuencia, a fin de salvaguardar los derechos de los acreedores y el cumplimiento de los fines del proceso concursal, el patrimonio del sujeto fallido no estará exclusivamente conformado por aquellos activos que aparecen, a *prima facie*, como propios de aquel, sino, además, por todos aquellos que puedan ser reintegrados a él a través de las medidas, mecanismos y acciones anteriormente mencionadas, aspirando así a la satisfacción íntegra de los créditos en cabeza del deudor y a la protección de la seguridad en el tráfico mercantil.”²¹

²⁰ ROUILLON, Adolfo A. N., Regimen de Concursos y Quiebras, Astrea, (Buenos Aires, 2007), pág. 265.

²¹ DI LELLA, Nicolás J., Extensión de la quiebra por abuso de control societario, La Ley, (Buenos Aires, 2011), pág. 15.

CAPÍTULO II

EXTENSION DE LA QUIEBRA

Sumario: 1.- Concepto. 2.- Clases. 3.-
Jurisprudencia: caso “Swift-Deltec”. 4.- Análisis del Art.
172, LCQ.

1.- Concepto:

“Es un instituto concursal concomitante con otro proceso concursal de naturaleza excepcional, que consiste en la declaración del concurso de un sujeto diverso o distinto del previamente concursado, siempre dentro del proceso de quiebra liquidatoria, una vez comprobado el acaecimiento del Factum de la respectiva norma que la establece, como sanción resarcitoria frente a una conducta típica, antijurídica e imputable a título de dolo o culpa y con el fin de proteger el crédito de los acreedores concursales que de otro modo se vería injustamente disminuido por esa conducta antijurídica y también asegurar la vigencia de instituciones de orden público concursal.”²²

²² MIGUENS, Héctor José, Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades, Lexis Nexis, (Buenos Aires, 2006), pág. 9.

Para entender mejor este concepto mencionaremos las ideas más relevantes sobre la explicación dada por el autor:

1- Solo se da en los procesos de quiebra y no en el resto de los procesos concursales que rige la Ley 24522.

2- Concomitante con la declaración de quiebra: siempre está junto a ella. No hay extensión sin quiebra.

3- Excepcional: por el hecho de acarrear el estado concursal a un sujeto jurídico que no necesariamente se encuentra en estado de cesación de pagos.

4- Sujeto diverso o distinto del fallido principal: el sujeto pasivo de la extensión de la quiebra es un tercero, distinto del ya concursado.

5- Una vez comprobado el “Factum” de la respectiva norma que la establece: es decir, el hecho o conjunto de hechos que el legislador establece para que ocurra la consecuencia jurídica. Respecto del “factum”, según Héctor Miguens, por tratarse de una institución netamente excepcional, es conveniente establecer la tipicidad y legalidad y prohibir la analogía y la creación jurisprudencial, incluso por razones de economía procesal y de seguridad jurídica. Un segundo asunto que plantea el autor es: “¿la extensión es obligatoria o facultativa para el juez? Es decir: ¿es necesaria o contingente? ¿Comprobado el Factum puede el juez rechazarla por motivos prudenciales?²³ Al respecto manifiesta que “debe establecerse la no obligatoriedad o no necesaria automaticidad, con la consiguiente facultad judicial de rechazarla, aun cuando se verifique el factum, cuando la prudencia así lo exija o aconseje.

Ello en nada deja sin protección el crédito concursal verificado, ya que, en nuestra opinión, una vez comprobado el factum de la extensión, aun cuando no justificara ella, siempre tiene el juez la posibilidad de declarar la

²³ Ibidem, pág. 10.

responsabilidad civil o patrimonial del tercero causante o agravante de la quiebra, a petición del síndico o de los acreedores.”²⁴

6- Como sanción resarcitoria frente a una conducta típica, antijurídica e imputable a título de dolo o culpa: “este instituto tiene un carácter sancionatorio en el sentido genérico de la expresión, impuesto al sujeto pasivo de la extensión, bien que en la esfera patrimonial, no en la represiva o penal. Esta sanción reside en su obrar. No puede existir una extensión de quiebra por causas o de modo objetivo, es decir, con independencia del análisis del obrar del sujeto concursado, por el solo hecho de estar en ese estado. Por eso se sostiene la necesidad de demostración fehaciente de ese obrar y de su carácter subjetivamente atribuible a la persona física o jurídica operante”²⁵

7- Resarcitorio, es decir con el fin de proteger el crédito de los acreedores concursales: “la causa final del instituto es la defensa del pasivo concursal, frente a conductas que entrañan una cierta antijuridicidad (en el ámbito civil o patrimonial, no en el ámbito penal) y que normalmente tiende a mejorar la situación patrimonial de los acreedores concursales por motivos de justicia, como respuesta del derecho a dicha antijuridicidad.”²⁶

8- Ejecutivo o Liquidatorio: “la causa eficiente del instituto radica en la ejecución o liquidación del activo patrimonial del sujeto pasivo de la extensión, medio por el cual se logra la antedicha finalidad.”²⁷

9- Extremo: “es un remedio último que como tal, merece que los operadores jurídicos (especialmente el legislador) no hagan uso de él de manera ordinaria, usual, común, normal y frecuente, pues ya su carácter excepcional soslaya diversas instituciones jurídicas básicas”²⁸

²⁴ Ibídem, pág. 10-11.

²⁵ Ibídem, pág. 11.

²⁶ Ibídem, pág. 12.

²⁷ Ibídem, pág. 12.

²⁸ Ibídem, pág.13.

10- Con independencia o indiferencia de la existencia del estado de cesación de pagos del patrimonio del sujeto pasivo de la extensión: “es una excepción a la regla de que toda quiebra implica necesariamente un estado de insolvencia o cesación de pagos. Este carácter deriva de su esencia sancionatoria, como ya dijimos y da una idea de las gravísimas consecuencias que trae aparejada la extensión concursal. De ahí, pues el carácter restrictivo con que debe ser utilizada la prohibición de la interpretación analógica y, finalmente, la tipicidad de sus elementos o requisitos esenciales para aplicarla”²⁹

11- Con independencia de la posibilidad de aplicación simultánea de otros institutos de protección del crédito en su sede concursal: “ ejemplos de éstos son las acciones autónomas de responsabilidad patrimonial o civil que regulan las leyes civiles, concursales y societarias; las acciones civiles paulianas ; las acciones civiles de nulidad; las acciones revocatorias civiles o concursales; los sistemas de inoponibilidades concursales declaradas *ipso iure* durante el periodo de sospecha; y , finalmente, la acción de simulación del derecho civil en los concursos.”³⁰

2.- Clases:

Bajo la denominación de extensión de quiebra, la ley agrupa cuatro casos diferentes (socios con responsabilidad ilimitada, aplicación de la teoría de la apariencia, abuso de control societario, confusión patrimonial inescindible) cuyo común denominador es la propagación de una quiebra, la quiebra principal, a otra u otras personas a quienes también se declara en quiebra, sin que estas deban necesariamente hallarse en estado de cesación de pagos.

²⁹ Ibídem, pág. 14.

³⁰ Ibídem, pág. 14.

I. Extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables:

“La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”³¹

Este artículo reglamenta el supuesto en el cual la quiebra de una sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. Se incorporan nuevos patrimonios para responder a la deuda de un primer sujeto al que se le ha decretado la quiebra.

“Si bien el artículo 160 de la Ley de Concursos y Quiebras, dispone que la quiebra de la sociedad también implica la de los socios, la predicada automaticidad no puede vulnerar el derecho de defensa en juicio.

La Constitución Nacional en su artículo 18 establece expresamente que es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos.”³²

Presupuestos de este caso de extensión son:

- 1- la quiebra de una sociedad (quiebra principal);
- 2- la existencia de socios de ella con responsabilidad ilimitada.

“La doctrina discrepa sobre el alcance de este caso de extensión”³³

Teniendo en consideración las posturas doctrinarias, los sujetos pasivos alcanzados automáticamente por la propagación de los efectos falenciales de la quiebra principal serían los siguientes casos contemplados en la LSC, a saber³⁴:

³¹ Art. 160, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

³² FERRARIO, Carlos, op. cit., pág. 361.

³³ ROUILLON, Adolfo, A.N., op. cit., pág. 267.

³⁴ Expuestos por DI LELLA, Nicolás J., op. cit., pág. 31.

- socio colectivo (art. 125)
- socio capitalista (art. 141)
- socio comanditado (art. 134)
- socio comanditado en la sociedad en comandita por acciones (art. 315);
- socio comanditario que se inmiscuya habitualmente en la administración societaria de la sociedad en comandita simple (art. 137, párrs. 1 y 2);
- socio aparente (art. 34, párr. 1), en los casos en que el socio real fuera ilimitadamente responsable *strictu sensu*;
- socio oculto (art. 34, párr.2);
- integrante de sociedad irregular o de hecho (art. 23, párr. 1);
- socio atípico (art. 17);
- socio único (art.94, inc. 8);
- socio de sociedad con objeto ilícito (art. 18);
- socio de sociedad de objeto licito con actividad ilícita de mala fe (art.19);
- sociedad entre conyugues que no sea sociedad por acciones y de responsabilidad limitada (art 27, párr.1) que no se transforme o cuya cuota no se ceda en el plazo de 6 meses (art 29);
- socios en sociedad en formación (art. 183) en relación a actos no necesarios para la constitución social o no autorizados (art. 184);
- socios de sociedad transformada que originalmente tenia responsabilidad ilimitada *strictu sensu* (art. 75);
- miembro de asociación civil (art. 46 CCiv.).

En la extensión de quiebra al socio ilimitadamente responsable de la sociedad fallida principal, se formaran masas separadas. Una masa integrada por activo y pasivo de la sociedad, y tantas masas como socios

ilimitadamente responsables fueran declarados quebrados por extensión. En éstas últimas, sobre el activo personal de cada socio concurren sus acreedores particulares más los acreedores de la sociedad que, así, repiten su concurrencia en todas las masas.³⁵ Pero los acreedores de los socios no concurren contra el activo de la sociedad.

“La extensión alcanza a los socios con responsabilidad ilimitada que se retiraron de la sociedad dentro del periodo comprendido entre la fecha inicial del estado de cesación de pagos y el decreto de quiebra, pero está limitada a las deudas que existían a la fecha en que se inscribió el retiro en el Registro Público de Comercio”³⁶

Es decir que ante la situación de un socio con responsabilidad ilimitada que se retiró o fue excluido de la sociedad, la quiebra de la sociedad sólo se le extiende cuando la fecha de inicio del estado de cesación de pagos fuera anterior al retiro o exclusión del socio. Pero no responde por todas las deudas de la sociedad sino por las que existían a la fecha de inscripción del retiro o exclusión en el Registro Público de Comercio. Si el retiro no se inscribió, responde por todas.

Por el contrario, aunque se declare la quiebra de todos los socios con responsabilidad ilimitada, ello no implica la extensión de la quiebra a la sociedad.

II. Extensión de quiebra por aplicación de la teoría de la apariencia:

“La quiebra se extiende:

1- *A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores*

2- *[...]*

35 ROUILLON, Adolfo, A.N., op. cit., pág. 268.

36 HURTADO, Emilio E., op. cit. pág. 503.

3- [...]”.³⁷

Son presupuestos de este caso de extensión:

a) quiebra principal de una persona física o jurídica, aunque lo corriente será que se trate de una persona de esta última índole.

b) otra persona – física o jurídica – que ha inducido la actuación de la fallida, y lo ha hecho de determinada manera legalmente tipificada por la realización de actos de disposición de bienes, en interés personal (lo que no necesariamente debe haberse traducido en un engrosamiento patrimonial para él; basta el desvío del resultado del acto de disposición) y en fraude de los acreedores de la quebrada principal. Aunque el texto legal no lo señala tal conducta debe haber tenido relación de causalidad con la insolvencia de la quebrada principal.³⁸

Bajo esta figura se incluyen las denominadas sociedades de fachada, fantasmas, vacías, pantalla, ocultas. Son socios ocultos porque en general operan como si fueran socios, pero no aparecen en el contrato social, lo hacen por medio de testaferros o bajo otras apariencias tales como arrendatario, comisionista, empleado, etc.³⁹

III. Extensión de la quiebra por abuso de control societario:

“La quiebra se extiende:

1- [...]

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, se entiende por persona controlante:

³⁷ Art. 161, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

³⁸ ROUILLON, Adolfo A.N., op. cit., pág. 269.

³⁹ HURTADO, Emilio E., op. cit., pág. 504.

a) *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 proporción indicada en el párrafo “a” precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.*

3- [...]”.⁴⁰

Este inc. 2º puntualiza los casos alcanzados por la norma, que resumimos:

- controlantes de la sociedad fallida;
- con desvío indebido del interés social de la controlada;
- sometimiento a una dirección unificada;
- en beneficio propio o del grupo que integra.

Esta extensión se aplica cualquiera sea la forma de control: de persona a sociedad, de sociedad a sociedad; de grupo de personas a personas o sociedades. Si bien el control es una causal, aunque la ley de concursos no lo dice, sería necesario, en este inciso, el mismo aditamento que en el inc. 1º o sea “en fraude a sus acreedores”.

El desvío indebido del interés social debe configurarse en interés de la controlante o del grupo de la que la misma forma parte.

El controlante no actúa generalmente en forma encubierta u oculta, pero lo hace dañando a la controlada en beneficio de aquel o su grupo. Indudablemente, habrá que probar las desvinculaciones y la forma sobre cómo se ha configurado a favor de la controlante el beneficio de la quiebra de la controlada.⁴¹

“El denominado control interno puede configurarse de derecho como de hecho, dado que el recaudo legal no manda a contar- por si o a

⁴⁰ Art. 161, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

⁴¹ HURTADO, Emilio E., op. cit., pág. 505.

través de una controlante- con la cantidad de votos que permitan formar la voluntad social como única hipótesis.

El tema es más aparente que real, pues evidentemente si el controlante externo bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores, igual quedará en situación de serle extendida la falencia”⁴².

IV. Extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible:

“La quiebra se extiende:

1- [...]

2- [...]

3- *A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.*⁴³

Se trata de la consecuencia de una cierta situación de hecho -a la que se podrá haber llegado por culpa o negligencia- pero no parece que sea necesario, en la generalidad invocar tales vicios, bastando con la constatación de que, en el caso concreto, existe entre un quebrado y algún otro una confusión patrimonial inescindible.

El ámbito subjetivo es amplísimo, no es necesario que se trate de sociedades pero resulta indispensable que la confusión se dé respecto de activos como de pasivos⁴⁴.

La confusión puede tomar distintas formas, que podríamos ejemplificar con los siguientes casos:

⁴² FERRARIO, Carlos, op. cit., pág. 364.

⁴³ Art. 161, Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522.

⁴⁴ FERRARIO, Carlos, op. cit., pág. 364.

- Un mismo activo sirve para constituir varias sociedades, que actúan separadamente ante terceros, siempre que no existan bienes registrables.

- Una central genera una filial, bajo otra razón social, y la capitaliza en forma insuficiente.

- Sin premeditación, varias sociedades intercambian cheques y/o pagarés, para ser negociados en forma individual con distintos bancos y los fondos obtenidos son destinados a gastos, inversiones o pago de deudas de sujetos distintos al que consiguió el dinero.

En consecuencia, la confusión patrimonial puede ser total o parcial, pero debe tener el atributo de impedir trazar una línea demarcatoria entre los activos de los distintos sujetos entre sí y de éstos, respecto de los pasivos, también confundidos.⁴⁵

3.- Jurisprudencia: caso “Swift – Deltec”:

Uno de los precedentes jurisprudenciales que sirvieron como antecedentes para la construcción normativa de la reforma del año 1983- mediante la cual se incorporó los incisos 1 y 2 del artículo 161 LCQ- fue el caso *Swift S.A.* por la trascendencia económica y jurídica que revistió este proceso falencial, al tratarse de una empresa perteneciente a un importante grupo económico. En el mismo hay una mezcla de situaciones que hacen que el mismo no sea definidamente de uno o de otro inciso del art. 161 de LCQ. En este caso se tramitó su concurso y posterior quiebra bajo leyes que no contemplaban el supuesto de la extensión de la quiebra.

De todos modos su análisis nos parece importante para enmarcar el tema del instituto de la extensión de la quiebra.

⁴⁵ HURTADO, Emilio E., op. cit., pág. 506.

“Swift S.A. era una sociedad argentina que explotaba la actividad frigorífica, formando parte de un grupo Internacional llamado *Deltec*, con sede en Bahamas. Swift S.A. Solicito la formación de su Concurso Preventivo y durante su tramitación se comprobó, que el pasivo de Swift se había agravado por distintas decisiones del grupo: había sido fusionada con otra sociedad que estaba muy endeudada, vendía sus productos a otras empresas del grupo a precios inferiores a los de mercado, financiaba a otras sociedades del grupo a tasas de interés desventajosas, etc. En otras palabras Swift S.A. era la sociedad cenicienta del grupo, a la cual confluían las circunstancias negativas que pesaban sobre las demás sociedades que lo integraban”.⁴⁶

El juez de la causa, doctor Salvador María Lozada, declaro en quiebra la compañía Swift y designo liquidador al Estado Nacional quien debía continuar con la empresa.

Por lo investigado en artículos de la época la quiebra de Swift genero mucha preocupación a nivel nacional.

“El acreedor R. Zurdo, que había promovido un incidente de impugnación de créditos, interpone un pedido de aclaratoria de la sentencia, sobre los fundamentos de la misma, solicitando se aclare la sentencia en su parte dispositiva, y se dicte pronunciamiento expreso, estableciendo que la declaración de la quiebra comprende y se extiende al grupo “Deltec”, como titular real de la estructura unificada, ya que la deudora es fundamental e indistintamente el grupo “Deltec”⁴⁷.

“El doctor Lozada dicto una sentencia aclaratoria de la pronunciada extendiendo la responsabilidad a la totalidad de las empresas del grupo Deltec”⁴⁸.

⁴⁶ RIVERA, Julio Cesar, Instituciones de derecho concursal, (Buenos Aires, 1997), Tomo II, pág. 290.

⁴⁷ AZERRAD, Rafael, Extensión de la Quiebra, (Buenos Aires, 1979), pág. 134

⁴⁸ Ibidem, pág. 135.

Pero luego la Cámara declaró nula la referida resolución, “por considerar que lo decidido en ella escapa totalmente de los límites y carácter de una resolución meramente aclaratoria, tanto por la naturaleza de lo decidido, como por los sujetos a que hace referencia”⁴⁹ y “carece de los más elementales requisitos con respecto a la individualización de las partes condenadas”⁵⁰.

“Agrega que se han transgredido las más fundamentales garantías de la defensa en juicio, pues ninguna de las sociedades del grupo ha sido notificada ni oída en autos, lo que afecta de insanable nulidad el procedimiento, habida cuenta que en ésta se pretende condenar a la totalidad de las empresas del grupo”⁵¹

“El caso fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso extraordinario de José R. Zurdo respecto de la extensión de la quiebra a las empresas que integraban el grupo Deltec.⁵² En esa oportunidad la CSJN argumentó que “ el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros.”⁵³

“Estos principios cobran mayor énfasis en cuanto aparece en juego el concepto de orden económico nacional, gravemente comprometido por los intereses y actividades que la misma sentencia pone de manifiesto, al demostrar que las políticas económicas y financieras seguidas por el grupo controlante obedecen a pautas no sólo gravosas para el interés comercial si no para el de la colectividad toda.

Consiguientemente, los efectos de la quiebra decretada a Swift. S.A.F. deben también imputarse a Deltec International Limited, como

⁴⁹ C. COM. CAP. Sala C, 06/06/72, J.A., 15- 1972-369.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ AZERRAD, Rafael, op. cit., pág. 135.

⁵² Ibídem, pág. 136.

⁵³ C.S.J.N., 4/9/73, J.A., 19-1973-575.

deudora real y responsable de las obligaciones de la fallida aparente, cuya propiedad y respectivo control le pertenecen.”⁵⁴

Finalmente, el alto Tribunal resolvió revocar la sentencia de la Cámara, “en cuanto no se hizo extensivo a Deltec International Limited y a Deltec Argentina S.A.F y H. la responsabilidad por la quiebra decretada a Cía. Swift de La Plata S.A.F.”⁵⁵

“El 6 de Septiembre el doctor Lozada, después del fallo de la Corte, dictó una sentencia declarando la quiebra de las empresas del grupo Deltec, y entre los considerandos dice: “Debe extenderse a todas las empresas integrantes pertenecientes al grupo Deltec el auto de quiebra. Supuesta, como ahora ocurre en autos luego de esa tan terminante información, la inequívoca identificación de esas empresas dominadas por la matriz Deltec International Limited (...), al descorrerse el velo de la personalidad jurídico-formal y verificar la existencia de una única personalidad material, descubriendo que aquella diversidad es un mero disimulo de la unidad sustancial, todo el patrimonio de la persona real responsable debe ser integrado a la masa. No puede haber una parte en quiebra y otra parte en pleno ejercicio del comercio (...)”⁵⁶

En torno a lo analizado anteriormente la Corte Suprema de Justicia, en conclusión argumentó:

- Dado un grupo de sociedades, estructuralmente unificadas, no se puede producir el efecto de que una parte formalmente diferenciada, sea la única afectada por la declaración de quiebra;
- La consideración del fondo real de una persona jurídica viene dada por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales y por la dimensión creciente de

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ Ibídem.

⁵⁶ AZERRAD, Rafael, op. cit., pág. 142.

numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea;

- El régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros;

- Las formas jurídicas que la ley argentina prevé para actividades lícitas y conformes a su derecho objetivo, no pueden legitimar políticas económicas y financieras contrarias a las necesidades de la sociedad.⁵⁷

4.- Análisis del Art. 172, LCQ.

Analizando el art. 161 de la LCQ, quedaría abierta la posibilidad de que la extensión falencial no sólo proceda en aquellas hipótesis previstas por los incisos del mismo artículo, sino también ante circunstancias fácticas distintas, según el caso en particular.

Al respecto cabe mencionar la importancia del art. 172, LCQ que establece:

“Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el art. 161, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes.”

Es decir que, a partir de tal disposición legal, la pertenencia a un grupo no sugiere, por sí misma, la existencia de maniobras de fraude en perjuicio de los acreedores, por lo que la extensión de quiebra sólo se podrá decretar en la medida en que se den las condiciones previstas en el art. 161, LCQ.

De ese modo, no podría contemplarse la posibilidad de extender la falencia aplicando la analogía, o buscando la armonización de las normas a

⁵⁷ CSJN, 04/09/1973, “Cía. Swift de la Plata SA s/quiebra”, con nota de LAQUIS, ED 51-223.

casos no previstos expresamente en la ley concursal, ley ésta de carácter especial, con particularidades propias y con una regulación específica, a los efectos de alcanzar sus fines y propósitos.

Por lo tanto la apreciación del juez, en cada caso concreto debe ser rigurosa, ya que se está frente a un supuesto cuya procedencia es de una interpretación sumamente restrictiva.

CAPÍTULO III
EXTENSION DE LA QUIEBRA POR
ABUSO DE CONTROL SOCIETARIO

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Marco regulatorio: Art.161, inc. 2, LCQ. 3.- Recaudos de procedencia. 4.- Análisis de cada recaudo.

1.- Introducción:

En los tiempos modernos se han desarrollado diversas formas empresariales y una de ellas y quizás la más común haya sido la explotación de la empresa a través de diversas personas- físicas y jurídicas- organizadas de las más variadas formas. A partir de ello nace en el derecho societario el estudio doctrinario sobre los grupos de sociedades y los diversos tipos de control.

El grupo de sociedades, y sus relaciones de control, se utilizan como medios técnicos lícitos para el cumplimiento de objetivos que exceden el ámbito profesional, favoreciéndose por conveniencia económica, mayor

eficacia, perfeccionamiento de la producción, búsqueda de un mayor poder económico, reducción de costos, mejor manejo empresario, entre otras justificaciones.

La ley concursal no sanciona con la extensión de quiebra la existencia de un grupo de sociedades sino que la réplica legal va dirigida al abuso de control, para extender la quiebra a los integrantes del grupo, que se debe haber configurado alguna de las hipótesis del art. 161, LCQ. La extensión automática de responsabilidad dejaría de lado la autonomía jurídica de las sociedades, pues el hecho de que la controlada deba seguir las directivas de la controlante en beneficio del grupo no la identifica con la otra controlante, que mantiene su autonomía e individualidad.⁵⁸

2.- Marco Regulatorio: Art. 161 inc. 2, LCQ:

“La quiebra se extiende:

1) *[...]*

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, se entiende por persona controlante:

a) *Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquiera título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.*

b) *Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables por la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.”*

⁵⁸ GRAZIABILE, Darío J., Declaración de Quiebra, Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2008), passim.

Se contempla aquí el supuesto de la sociedad o persona controlante que ha desviado indebidamente el interés de la sociedad controlada en beneficio de la controlante o del grupo al que pertenece, subordinando el interés de la controlada al interés de la controlante o grupo económico que forma parte.

Se sanciona el abuso de la personalidad, producido a través del control, que genera daños, a veces remediables por los medios ordinarios de extensión de responsabilidad y otras por la quiebra por extensión cuando ese abuso ha sido causa de la cesación de pagos de la controlada.

3.- Recaudos de procedencia:

Para comprender el supuesto de extensión falencial en examen, se requiere necesariamente analizar los presupuestos *específicos* que el ordenamiento concursal ha previsto para su procedencia, los cuales suponen la existencia de⁵⁹:

- la quiebra principal de una sociedad controlada.
- el sometimiento de la fallida a control societario por parte de otro sujeto.
- el control puede ser ejercido por una persona física o jurídica.
- la mera existencia del control es insuficiente, ya que este debe haberse ejercido de manera irregular o abusiva.
- tal abuso, se configura, desviando el interés social de la sociedad controlada y sometiéndola a una dirección unificada en beneficio de la controlante.
- aunque la norma no lo indique expresamente, resulta necesario que la actuación abusiva reprochada deba guardar relación de

⁵⁹ (Cfr.) ROUILLON (Dir.) – ALONSO (Coord.), op. cit., pág. 382.

causalidad con el devenir insolvente de la sociedad fallida.

4.- Análisis de cada recaudo:

A- El control en la ley de sociedades comerciales.

- **Control Societario**

Como ya vimos, es necesario, para el supuesto de extensión falencial, que la sociedad fallida haya estado sujeta a control societario. Analizaremos entonces el ordenamiento societario, y los distintos tipos de control, ya que el control pudo haberse ejercido de distintas maneras, derivando esto en el interrogante de si adquiere o no relevancia jurídica a los efectos de generar responsabilidad de la sociedad controlante y, en caso de insolvencia, de la procedencia o no de la extensión de la quiebra por abuso de control externo.

- **Conceptualización General**

El control social podría conceptualizarse como el *poder efectivo de dirección de los negocios sociales*⁶⁰, ya sea mediante la posibilidad de gobernar la voluntad social, como así también de ejercer influencia decisiva por los especiales vínculos intersocietarios⁶¹.

El art. 33 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que: “*se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:*

⁶⁰ CHAMPAUD, Claude, Le pouvoir de concentración de la société por acciones, Sirey, (Paris, 1962), pág. 1; citado por ALEGRIA, Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control., Ed. Depalma, (Buenos Aires, 1978), pág. 302.

⁶¹JUNYENT Bas, Abuso de control. Acciones sociales y concursales de responsabilidad y extensión de la quiebra; La Ley, 2005-D, 1442.

1) *Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;*

2) *Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.*

Se consideran sociedades vinculadas cuando una participe en más del diez por ciento (10%) del capital de otra. La sociedad que participe en más del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho.”

En este escenario, el ordenamiento societario ha definido expresamente los siguientes tipos de control social⁶²:

- Control Interno (De DERECHO): es aquel que implica el *manejo de la voluntad social*, ya que se cimienta principalmente en el hecho de tener el poder de voto para imponerse en las reuniones sociales o asambleas (art. 33 inc 1).

- Control Interno (De HECHO): definido por la circunstancia de ejercer una *influencia dominante* como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés, situación que implica una dispersión accionaria que le da prevalencia a la relación de dominio (art. 33, inc 2, primera parte).

- Control Externo (De HECHO): es aquel ejercido sobre una sociedad a través de particulares relaciones económicas o contractuales o, tal como lo establece la normativa societaria, mediante especiales vínculos existentes entre las sociedades, en el cual la participación accionaria no juega ningún papel preponderante (art. 33, inc 2, parte final).

⁶² Véase a DI LELLA, op. cit.

Existe además, solo en ordenamientos que expresamente lo admiten -no así en nuestra legislación- un contrato que tiene como finalidad y como causa establecer el control, denominado Control Externo de DERECHO.

Control Externo:

El control externo, con génesis fuera de los órganos sociales, es aquél que se desarrolla a través de relaciones contractuales de índole económico- empresariales que le otorga al controlante una posición dominante sobre una sociedad o dentro de un grupo de sociedades. Se configura el control externo a través de especiales vínculos existentes entre el controlante y la controlada.

La Ley de Sociedades 19550, en el art. 33, mencionado anteriormente, legisla sobre las sociedades controladas y, específicamente en su inc. 2, trata el caso del control externo previendo que se considerarán sociedades controladas aquéllas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre dichas sociedades.

Este tipo de control no tiene vinculación jurídica, sino más bien económica y se refiere a los contratos cuyo objeto consiste en la subordinación de la actividad empresarial de una sociedad a la de otra.

Pero no sólo ello, sino que también el control externo puede darse por otro tipo de vinculaciones no contractuales que habilitan la dirección o el mando en algunas decisiones que debe tomar el administrador del ente societario controlado;⁶³ buscando las empresas que se agrupan, la obtención de ventajas comparativas de su posición en el mercado, una mejor utilización de los recursos técnicos, humanos, económicos y financieros, y

⁶³ GRAZIABILE, Dario J., op. cit., pág. 228.

complementarse –mutuamente- en el ejercicio de la propia actividad o de actividades afines.⁶⁴

Control Interno:

En cambio, este tipo de control se desarrolla en el seno de la sociedad, se dará cuando un accionista o socio, en atención a la magnitud o importancia de su participación en el capital social, se encuentra en condiciones de formar la voluntad social.

El inc. 1 del art. 33 antes mencionado, refiere a este supuesto indicando que habrá tal control cuando se posea participación, por cualquier tipo, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.

Dentro de este tipo de control podemos encontrar uno mayoritario o de derecho, que importa la mayoría absoluta, sobre la totalidad de los votos posibles para asambleas ordinarias, considerados abstractamente, es decir, que se da cuando el sujeto resulta autosuficiente y tiene la mayoría necesaria, conforme surge del tipo social y el estatuto, para tomar las decisiones en el seno del órgano social de gobierno; y otro minoritario fáctico, el cual se configura por la efectiva concurrencia y votación en la asamblea o reunión de socios, el controlante puede tomar las decisiones sociales, seguramente porque los demás socios o accionistas no concurren a las convocatorias del órgano de gobierno, o porque la polarización de los demás socios, impide que se vuelquen por una determinada política social.

- Licitud del control societario e ilicitud de su ejercicio abusivo

Cuando el grupo es utilizado para fines reprobados por la ley, se comete el abuso del derecho y no sólo pierde protección legal, sino que el

⁶⁴ VITOLO, Daniel R., Concurso de grupos y otras responsabilidades falenciales, publicado en NISSEN, Ricardo A. – PARDINI, Marta – VITOLO, Daniel R. (Coords.), Responsabilidad y abuso en la actuación societaria, (Buenos Aires, 2002), pág. 117.

efecto sancionatorio de la desviación de sus fines es la fijación de responsabilidades. Por lo tanto, lo ilícito y lo que lleva a la subquiebra, es el desvío indebido del interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en favor de la controlante o del grupo económico del que forma parte, constituyéndose la sociedad controlada en ejecutora de decisiones que ponen atención al interés que no es el propio- sino de la controlante o del grupo que esta integra- por lo que corresponderá, extender la quiebra.

- La legislación argentina actual

En 1972 se sanciona la Ley de Sociedades Comerciales 19550, en la cual en su art. 33 preveía el control societario, y establecía que ese control quedaba configurado por la titularidad de acciones que conformaban la mayoría de votos en las asambleas societarias mayoría absoluta de “derecho”, y a la mayoría de “hecho” en las reuniones, cuando esa mayoría interna de hecho lo fuera en una manera estable.

Con el pasar del tiempo, la doctrina propuso la necesidad de una reforma en dicho artículo fundada en que éste sólo regulaba el control societario a un control de tipo interno o participacional, desconociendo formas actuales de control suscitadas en la práctica de la realidad.

Es así, que en 1982, se consagra la incorporación expresa de la noción de control externo o económico, y en consecuencia se incorpora el actual art. 33 inc. 2, completando así el concepto legal en esta materia.

Asimismo, se ha integrado el concepto de control societario, estableciéndose el supuesto de control externo, en el caso de existir entre las sociedades una influencia dominante derivada de vínculos existentes entre ellas, advirtiéndose que con ello, no se limita a enunciar una determinada

vinculación entre las sociedades, sino que puede ser de índole contractual o no.⁶⁵

- Reseña conceptual de la figura. Supuestos

Ante el vacío legal, encontramos dentro de la doctrina una serie de supuestos de control por especiales vínculos. Algunos de ellos son:

- ❖ Provisión de materiales o materias primas de alta sofisticación que requieren una enorme inversión,
- ❖ Titularidad de patentes, de inventos industriales, que permitan a terceros utilizar la prestación de tecnologías avanzadas,
- ❖ Suministro de una marca comercial de gran difusión,
- ❖ Cuando una sociedad depende exclusivamente de un insumo que le es provisto por otra, o su producción se destina exclusivamente a un sujeto (proveedor o comprador monopólico),
- ❖ Mutuo que impone condiciones de ejercicio para la actividad futura del beneficiario (diagramación de la política financiera de la empresa que recibirá el crédito; reorganizaciones administradas de la misma; imposición de directivos, etc.),
- ❖ Contratos de duración prolongada extensamente en el tiempo, tales como el franchising, agencia, concesión, *managment*, suministro, entre otros,
- ❖ Importante acreedor que puede amenazar con la ejecución y así imponer determinadas políticas de gestión, nuevos sistemas de comercialización de servicios.

Tales situaciones surgen como consecuencia natural del desenvolvimiento propio de los negocios, por lo que la mera existencia de

⁶⁵ ALEGRIA, Héctor, La sociedad dependiente. Abuso de dependencia económica y control societario externo, en "Revista de derecho de daños", (Buenos Aires, 2008).

vinculaciones societarias no son de por sí generadores de responsabilidad. Es por ello, que en la doctrina se utiliza una serie de índices a los efectos de determinar el dominio o el control por estos vínculos especiales, como ser: la globalidad que tiene el control sobre el negocio, la permanencia, la duración, la estabilidad, la naturaleza, las características, los medios de integración vertical y las circunstancias fácticas de cada contrato. Es decir que, la configuración o no de la misma, deberá ser determinada ante cada caso en particular.

La actividad empresaria y grupal permite advertir casos de descapitalización de las sociedades en beneficio de terceros ajenos a la sociedad pero pertenecientes al grupo de control; limitación de actuación en ciertos mercados; imposición de políticas de ventas o de compras perjudiciales; negocios entre sociedades del grupo que excedan las condiciones normales de mercado⁶⁶; la constitución de garantías prendarias o hipotecarias o el otorgamiento de fianzas a favor de otras sociedades del grupo; prestamos de dineros a sociedades del grupo a tasas inferiores a las de captación con el consecuente quebranto que ello implica; el retiro de mercado de ciertos productos o bienes de su actividad mercantil que eclipsan productos similares de otras sociedades del agrupamiento, así como la transmisión de utilidades⁶⁷. Dichos supuestos constituyen un proceder abusivo por parte de la sociedad controlante, generando perjuicios a aquella y pueden provocar la quiebra de la sociedad controlada.

B- Desvío del interés social.

⁶⁶ BERGEL, Salvador, La extensión de la quiebra en la reforma de la ley de concursos por la ley 22.917; Le Ley 1983-D, 1097.

⁶⁷ JUNYENT Bas, op. cit., passim.

En el desvío del interés social de la controlada es donde reside el matiz reprochable de la conducta de la controlante que justifica la extensión falencial, no así en el ejercicio del control en sí mismo.

En este sentido, el controlante debe haber desviado indebidamente el interés social de la controlada, en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

Este desvío tiene lugar cuando la actividad económica de la misma es desfavorecida para satisfacer el interés del controlante o del grupo, sin mediar reciprocidad. Este desvío indebido del interés de la sociedad controlada importa la transferencia indirecta de beneficios a favor del controlante sin haber contraprestaciones adecuadas o contraprestaciones insuficientes para la controlada.⁶⁸

En esta línea, se sostiene que el interés social del ente se identifica con todo aquello que resulte idóneo para alcanzar el objeto social, o tendiente a alcanzarlo. Por tal motivo, consideran que cualquier actividad impuesta por la controlante que no se encuentre orientada a la consecución del objeto social de la controlada, ha de entenderse como un desvío del interés de esta última.

En este sentido, concluyen que el mentado “desvío” consistirá en un perjuicio, menoscabo o daño en el cumplimiento del objeto social de la sociedad controlada, con directa repercusión en los derechos patrimoniales del socio.

- ¿Desvío Indebido?

Parte de la doctrina ha sostenido que la calificación del desvío como de “indebido”, es en sí misma, una expresión que sobra y genera

⁶⁸ Ibidem, pág. 122.

confusión, ya que parece indicar la necesidad de acreditar que el desvío fue, además, indebido, cuando lo que en realidad corresponde es simplemente verificar la existencia del desvío de interés social, y en todo caso, deberá probar que no fue indebido la controlante que resista la pretensión de extensión de quiebra.

- ¿Desvío en beneficio de quién?

La norma en análisis dispone que el desvío del interés social de la controlada debe estar orientado en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

Tal expresión suscitó planteos doctrinarios, que se analizarán más adelante, en torno a si la procedencia de la causal de extensión excluye aquellos casos en los que el desvío del interés social de la controlada beneficiare a un sujeto ajeno a la controlante, es que tal accionar resulte provechoso a un tercero.

Por un lado se sostiene que, de la interpretación gramatical de la norma en análisis, surge claramente que las conductas reprochadas indefectiblemente deben haberse producido “en interés de la controlante o del grupo del que forma parte”, por lo que de no ser así, la extensión no se produciría.

Una posición contraria, ha señalado que la extensión de quiebra procede aun en los casos en los que el desvío del interés social favorezca a un tercero, pues la controlante al apartar a la controlada de la consecución de su interés social, está haciendo prevalecer un interés ajeno, valiéndose de su poder de control, ya que lo reprochado en la norma es tal desviación.

En virtud de ello, resulta lógico entender que, cuando el sujeto controlante realiza la conducta reprochada por la norma bajo estudio, lo hace porque supone que tal accionar le generará siempre un beneficio, ya sea

cuando surge patente el desvío en su propio interés o en interés del grupo que controla, o bien, lo hace en beneficio de un tercero con el que tiene algún tipo de relación, cualquiera fuera su índole, obteniendo por ello un beneficio igual o mayor de parte de éste. Por tal motivo, desde una visión pragmática, deviene abstracta la consideración del sujeto beneficiario del mentado desvío, ya que, como se dijo, la persona controlante al ejecutar la conducta reprochada, lo hará siempre esperando obtener un beneficio, ya sea al corto, mediano o largo plazo.

C- Dirección unificada.

La norma exige la existencia de una dirección unificada, lo que importa reconocer la existencia de un grupo societario, pues si bien tal tipo de unificación en la dirección no es elemento necesario del control, si lo es del agrupamiento societario.

No es necesaria una central burocrática de operaciones, y es suficiente la emisión de instrucciones comunes a los administradores de las diversas sociedades que conforman el grupo, entonces quedará configurada la dirección unificada, puede ser a través de la administración única o por intermedio de una unidad de decisiones.

En caso de no existir tal unión de dirección, no existe este tipo de organización grupal, por lo que no podrá extenderse la quiebra, aunque puede considerarse injusto eximir de la extensión falencial al controlante abusivo que desvía el interés social pero no comporta una dirección unificada. Pero ello no es así ya que, si bien no se configura la hipótesis de

extensión de quiebra, podrá recaerse sobre la controlante a través de las acciones de responsabilidad.⁶⁹

D- Relación de causalidad.

La conducta abusiva del controlante debe guardar una relación de causalidad con la insolvencia de la controlada, aunque hay opinión divergente sosteniendo que basta la desviación indebida del interés social de la controlada, conducta que no es necesariamente productora de su falencia.

Al igual que el autor, compartimos la primera opinión, porque si la quiebra de la controlada no se hubiera debido a la desviación indebida de su interés social por parte del controlante, sería irrazonable responsabilizar a éste por la quiebra de aquella, máxime con la gravísima sanción de su propia subquiebra.

Ello no obsta a que el controlante abusador, aunque no subquiebra por no haber causado la quiebra de la controlada, deba responder por los daños causados a dicha sociedad.⁷⁰

⁶⁹ GRAZIABILE, Dario J., op. cit., pág. 234.

⁷⁰ OTAEGUI, Julio C., op. cit., pág. 123.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DE DIFERENTES POSTURAS
DOCTRINARIAS

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Análisis sobre la procedencia de la extensión de la quiebra por abuso de control externo. 3.- Postura Restrictiva. 4.- Postura Amplia. 5.- Postura Intermedia. 6.- Nuestra Postura.

1.- Introducción:

Habiendo analizado lo normado por la legislación concursal acerca de la extensión falencial por abuso de control societario, pasaremos a estudiar diversas cuestiones atinentes al tema bajo estudio controvertidas en la doctrina.

Examinaremos si a la hora de hacer procedente la extensión de la quiebra por esta causal, la ley de concursos y quiebras además de considerar relevante al control interno, ha contemplado al abuso en el ejercicio del control societario externo – por especiales vínculos-.

2.- Análisis sobre la procedencia de la extensión de la quiebra por abuso de control externo:

El punto central a resolver consiste en discernir si el ejercicio irregular del control societario externo— omitida por la ley de concursos y quiebras y considerada expresamente por la ley de sociedades comerciales - constituiría causal independiente de la extensión falencial.

En efecto se han desarrollado diversas posturas⁷¹ a fin de interpretar la diferencia, en la redacción legal, entre lo normado por la ley de sociedades comerciales (art. 33) y la ley de concursos y quiebras (art. 161 inc.2).

Existen dos posiciones contrapuestas, una que niega toda posibilidad de extensión de la quiebra al controlante externo por la causal de abuso de control a través del art. 161 inc. 2 de la LCQ, y otra que si lo admite. Frente a ellas dos surge también una posición intermedia.

3.- Postura Restrictiva

Esta corriente de opinión no admite que la quiebra pueda extenderse, en virtud del presupuesto de abuso de control externo por especiales vínculos, al no estar contemplado este supuesto en el art. 161 inc. 2 de la LCQ.

En apoyo de esta tesis, la doctrina⁷² ha elaborado las siguientes argumentaciones:

⁷¹ Expuestas y analizadas en detalle en DI LELLA, Nicolás J., *Extensión de la quiebra por abuso de control societario*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁷² Adhieren a esta postura: ALEGRIA, Héctor, “Extensión de Quiebra en caso de Control Societario Externo (por Especiales Vínculos)”, publicado en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-3, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 471; HEREDIA, “Efectos del concurso preventivo y la quiebra...”, p. 286; DI LELLA, Nicolas J., *op. cit.*, *passim*; RIVERA –

3.1. Literalidad del ordenamiento concursal: sostienen estos autores que de la simple lectura del art. 161 inc. 2 de la LCQ surge que la misma brinda una definición clara y precisa acerca del control societario que da lugar a la extensión de la quiebra; concluyendo que la LCQ al definir el control, solo contempla expresamente la hipótesis de control interno, excluyendo el control externo, puesto que los supuestos descriptos en este art. son de carácter restrictivo debido al principio de legalidad.

3.2. Interpretación restrictiva del instituto: consideran que el art. 172 establece un principio de delimitación en la aplicación de este instituto, eliminándose toda posibilidad de ampliar los casos de extensión de quiebra a otros supuestos no contemplados dentro de la normativa concursal, que no puede ser aplicada por analogía a situaciones no contempladas por la ley.

Postulan que, al tratarse la extensión de la quiebra de un remedio excepcional, por las graves consecuencias que le acarrea al sujeto al que se le extiende, no existe posibilidad de interpretación extensiva.

ROITMAN - VÍTOLO, T. IV, p. 40; PAOLANTONIO, Martín E., "Distribución Comercial, Control Externo y Extensión de Quiebra", JA 1993-III,-576; MANÓVIL, Rafael M., "El control económico externo, fenómeno ajeno al derecho societario y concursal: crítica a un obiter dictum en una extensión de quiebra y reflexiones sobre el interés social", publicado en *Suplemento de Concursos y Quiebras*, La ley, Buenos Aires, 28/11/2004; RUBÍN, Miguel Eduardo, "Tipificación y alcance de la responsabilidad concursal del control externo", publicado en *III Congreso Argentino de Derecho Concursal – I Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997; SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Reflexiones sobre derecho bancario moderno", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, "Contratos Bancarios", Rubinzal-Culzoni, 2005-3; MAFFÍA, Osvaldo J., *Ley de concursos comentada*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 84; OTAEGUI, Julio C., *La extensión de la quiebra*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 119; DASSO, Ariel A. – DASSO, Ariel G. – DASSO, Javier, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, T. I., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 481; MATTA Y TREJO, Guillermo E., "Algunas consideraciones de actualidad en torno al contrato de concesión comercial", LL, 1991-A, 730.

Consecuentemente, concluyen que este es un instituto que debe ser analizado con cautela, y en caso de duda se impone su no aplicación⁷³, en tanto constituye excepción al principio general según el cual no hay quiebra sin insolvencia⁷⁴.

3.3. Antecedentes legislativos: los autores que se enrolan en esta corriente de opinión consideran, además, que del *iter* de reformas a la LCQ, se advierte la intención del legislador de excluir al abuso de control externo como causal de procedencia de esta figura concursal, ya que en la configuración de sus supuestos en 1983 (con la ley 22.917), teniendo en consideración la normativa societaria vigente desde 1982 (con la ley 22.903), dispuso conscientemente la incorporación del abuso del control interno como causal de procedencia del instituto y excluyó elocuentemente al control externo por especiales vínculos.

3.4. Consecuencias económicas desfavorables: finalmente, para sostener esta posición, los autores consideran que extender la quiebra al controlante externo abusivo provocaría una fuerte repercusión en la economía del mercado, generando efectos sustancialmente perjudiciales. Consecuentemente, de admitirse tal posibilidad se desanimaría la inversión en asuntos y negocios para los que resulta necesaria tal vinculación.

Concluyendo, sostienen que resultaría prácticamente impensable, el funcionamiento de una economía de mercado, en la que los distribuidores,

⁷³ CCiv. Y Com., Sala IV, Rosario, 19/05/1993, "Macrini Hnos. SRL s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra", JA 1993-III-571.

⁷⁴ CNCom., Sala C, 09/09/2003, "Manufacturas de Calzado SRL (quiebra) c/Denirgian de Khadjoyan, Josefa y otros", JA 2004-I; RSC 25/26-219, n:80; CCiv y Com., Rosario, Sala III, 20/04/2005, "Machian, Edgardo Raul s/ quiebra", DSE XVII-1306, n° 227; CCiv. Y Com., Rosario, Sala IV, "Sosa, Ramon T. Construcciones SRL s/quiebra", La Ley 1998-E, 794; CNCom., Sala C, 04/03/2005, "Difiomar SA s/Quiebra c/Dimar y otros SA s/Ordinario".

agentes, concedentes o franquiciantes se vean expuestos a que, con alguna interpretación amplia de la norma, se les pretende extender la quiebra de sus agentes, distribuidos, concesionarios o franquiciados.

3.5. En la jurisprudencia, entre los fallos que se enrojan en esta corriente de opinión, se analizará seguidamente un interesante precedente dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.

Fallo Macrini Hnos. S.R.L

El presente caso trata de una sociedad que integraba una red de agentes oficiales que comercializaban planes de ahorros de productos electro-domésticos en la que Círculos Integrados S.A. administraba los planes de ahorro y Electrodomésticos Aurora S.A. se dedicaba a la fabricación y comercialización de artículos para el hogar, como así también proveía a Círculos Integrados S.A. los productos necesarios para que ésta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba, no existiendo vinculación contractual alguna entre Macrini Hnos S.R.L. y Electrodomésticos Aurora S.A. Se decreta la quiebra de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y la sindicatura promueve incidente de extensión de quiebra-con fundamento en el art. 165 inc. 1 ley 19551- a los otros dos entes sociales, solución que es acogida por el Juez de primera instancia y desechada por la Cámara De Apelaciones. en lo Civil y Comercial de Rosario, sala 4ª, quien concluye que es improcedente la extensión de la quiebra, si las empresas se hallaban vinculadas por un contrato de agencia.

Para el presente análisis haremos mención sobre los sistemas de distribución. Actualmente los productores de bienes y servicios colocan sus productos en el mercado en un contexto de una economía en permanente expansión y excesivamente competitiva. “Las vías que puede utilizar el

empresario para alcanzar su objetivo, bien pueden ser directas o integradas por terceros”⁷⁵.

En el primer supuesto, el productor contrata directamente con el público; mientras que en el segundo caso se vale de un tercero que contrata frente al consumidor a riesgo propio.

Entre las principales formas de distribución en el derecho argentino encontramos, la agencia, concesión comercial, distribución y *franchising*, los cuales si bien no tienen una disciplina propia legal la misma le viene dada de acuerdo a la costumbre y práctica negocial.

Las características más destacables de estos contratos son la existencia de subordinación técnica y económica por parte del distribuidor al productor, verificándose el sometimiento del primero a las directivas del segundo para lograr mayor eficiencia en la distribución del producto o prestación del servicio. Por ello los sistemas de distribución se instrumentan con contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas por el productor, con lo cual este logra ejercer un control sobre la ejecución de la prestación contractual a cargo del distribuidor (logrando integración vertical de empresas con unidad de decisión centralizada)⁷⁶.

Puntualmente el caso “Macrini Hnos. S.R.L.”, comprende dentro de los contratos de distribución al contrato de agencia, ya que se pretendió extender la quiebra sobre la base de éste.

El contrato de agencia es un contrato en virtud del cual una persona-comitente- encarga a otra –agente- la promoción de negocios por su cuenta en una zona determinada y de manera estable, el mismo puede ser con o sin representación. No hay transmisión de propiedad de las cosas a vender entre las partes, ya que el agente actúa en nombre del principal o, sin

⁷⁵ FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, (Buenos Aires, 1993), pág. 36.

⁷⁶LORENZETTI, Ricardo L, Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, (Santa Fé, 1999), passim.

representarlo, promueve negocios para su beneficio. Si bien el agente sigue instrucciones impartidas por el principal respecto de los negocios, es un comerciante independiente que actúa con autonomía asumiendo los riesgos. No hay relación laboral y el lucro consiste en una comisión.

No habiendo duda de que el inciso 2 del art. 161 de LCQ contempla exclusivamente el caso de control interno, el interrogante que plantea el caso bajo análisis es si constatada la existencia de una relación de control externo se permite subsumir la conducta del controlante en el inc. 1 del art 161 LCQ.

En el caso comentado, en primera instancia, el juez extendió la Quiebra de “Macrini Hnos. S.R.L.” a “Círculos Integrados S.A.” y a “Electrodomésticos Aurora S.A.”, con base en el art. 161 inc. 1 ley 24522, argumentando la ausencia de autonomía jurídica de la quebrada respecto de los otros dos sujetos de derecho. Esta carencia se habría verificado en el caso de “Círculos Integrados S.A” en virtud del contrato de agencia celebrado con la fallida, mientras que respecto de “Electrodomésticos Aurora S.A”, y pese a no tener vínculo comercial directo con “Macrini Hnos. S.R.L”, por ser la que proveía a “Círculos Integrados S.A. los productos necesarios para que ésta los entregara a los suscriptores de los planes de ahorro que administraba; siendo la comercializadora de éstos planes, la quebrada “Macrini Hnos. S.R.L”.

Es así que lo resuelto por el Juez de primera Instancia implicó tomar partido por la tesis que admite el “abuso de control externo” -con base en el art. 161 inc. 1 LCQ- como causal de extensión al controlante.

En segunda instancia se revoca la sentencia por entender que la ley no recepta el “control externo” como causal de extensión de quiebra argumentando también que los supuestos de extensión son de interpretación restrictiva. Además se cuestiona el hecho de que realmente haya existido una relación de control abusivo entre los dos sujetos a quienes se pretendió extender la quiebra y la propia fallida.

Así, esta postura jurisprudencial se aparta de la tesis que admite el control externo como fundamento de la comunicación falencial, atribuyendo una responsabilidad que deriva en la imposición de una indemnización. Por lo tanto si el control se ejerce abusivamente corresponde aplicar acciones de responsabilidad contempladas en el art. 173 y siguientes de la LCQ y no declarar la quiebra por extensión, pues la ley concursal no prevé ese efecto⁷⁷.

4.- Postura Amplia.

La tesis amplia, parte de la base que la extensión falencial como consecuencia del ejercicio abusivo del control externo procede -siquiera implícitamente o por analogía-

En apoyo de esta tesis, la doctrina⁷⁸ ha elaborado las siguientes argumentaciones:

4.1. *La exclusión del control externo no fue la intención real del legislador:* sostienen que si bien de la literalidad del texto legal en cuestión podría excluirse al control externo, tal situación no surge de los fundamentos y consideraciones tenidas en cuenta por la Comisión Reformadora que dio origen a la ley al momento de debatir el tema, siendo una mera omisión en la legislación concursal, lo que debe ser saldado con una adecuada interpretación con remisión al art. 33 de la LSC.

⁷⁷ RIVERA, Julio C., op. cit., pág. 302.

⁷⁸ Adhieren a esta posición doctrinaria: MARTORELL, Ernesto E., "Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?", LL, 1993-E, 708; MONTESI, Víctor L., *Extensión de la Quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 1/4; FARINA – FARINA, T. II, p. 549; GEBHARDT, Marcelo, *Ley de Concursos y Quiebras*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 239; BARBIERI, Pablo C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 324; CHOMER, Héctor O. – SICOLI, Jorge S., *Ley de concursos y quiebras*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012; GRISPO, Jorge D., *Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras*, T. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 275.

4.2. Interpretación coherente del instituto. Una interpretación sistemática del instituto y su finalidad, llevaría a aceptar que el control externo no ha sido excluido de la legislación concursal, y siendo el mismo idóneo para producir la cesación de pagos, su efecto será generar una comunicación de la responsabilidad.

Así concluyen, sosteniendo que la sola introducción del fenómeno del control, indica claramente la intención del legislador de sancionar al mismo-en todas sus formas- cuando produce derivaciones disvaliosas.

4.3. Interpretación analógica, al considerar que las hipótesis de procedencia del instituto de la extensión falencial son necesariamente abiertas a una interpretación amplia y consecuentemente se admite la aplicación de la analogía.

4.4. Sanción a toda clase de abuso de control: sostienen que el ordenamiento concursal, como sistema jurídico, debe castigar el control abusivo sin distinguir la fuente del cual provenga, es decir el origen del cual emana la situación de control, ya que a la ley le interesa sancionar toda situación abusiva de dominio.

4.5. En la jurisprudencia se advierten dos precedentes⁷⁹ en los cuales se falló siguiendo a esta corriente de opinión.

Seguidamente, se analizará aquél que tuvo más trascendencia en nuestro derecho concursal.

⁷⁹ CNCom., Sala C, 05/03/2004, "Tascar S.A. c/ Nuevo Banco Santurce", LL 08/09/04, 13; CNCom., Sala A, 03/03/2011, "Dismo SA s/ Quiebra s/ Incidente de extensión de quiebra", MJJ 63011.

Fallo Tascar S.A. c/Nuevo Banco Santurce

Mediante sentencia el a quo dispuso extender la quiebra de la sociedad de Tascar SA a otros entes, Nuevo Banco Santurce SA, Indelcar SA e Industrias del Salado SA.

En el caso, se estuvo en presencia de un verdadero grupo económico en el que la aquí fallida era una de las sociedades controladas por el Nuevo Banco Santurce S.A., que en efecto éste era el sujeto de derecho que desviaba el interés social de las empresas del grupo con la finalidad directa de traspasar activos y, así, eludir los controles y límites de encaje impuestos por el BCRA, en su propio beneficio; no se trató sólo de dichos, se corroboró cierta mecánica en el otorgamiento de préstamos por parte de dicha entidad financiera a algunas sociedades, quienes luego desviaban los fondos a otras del mismo grupo; finalmente, dichos activos líquidos eran volcados hacia la propia entidad, en forma irregular, para modificar fraudulentamente las relaciones técnicas sometidas al control del BCRA, Tascar SA era una de esas empresas, a ello deben sumarse las constancias derivadas de las causas penales, que el juez también valoró en su sentencia.

Esto permite, en el caso considerar que la situación resulta abarcada por la regla del art 161 inc 2 de la norma concursal; al verificar la más estrecha relación jurídica existente entre Tascar S.A. (aquí quebrada), Indelcar S.A. y el Nuevo Banco Santurce S.A., aunque de carácter externa, lo que lo llevó a concluir desacertadamente que el control al que se refiere esta norma debe ser considerado a la luz de lo previsto por el art. 33 de la ley 19550, es decir no limitado al control interno o jurídico, que es el que resultará de los votos necesarios para tomar decisiones en asambleas, sino también comprensivo del control económico o externo al que se refiere el 2° inciso de la disposición en materia societaria citada, en cuanto contempla el

control que puede resultar de las particulares relaciones comerciales o contractuales que existan entre los sujetos.

5.- Postura Intermedia.

Esta corriente de opinión adopta algunos fundamentos de la tesis amplia, como la interpretación sistemática y la coherencia de la norma en orden a sus fines que son sancionar la conducta abusiva y proteger el interés de los acreedores.

Así sostienen que la hipótesis de control externo, si bien no encuadraría en el art 161 inc. 2, sí puede configurar la previsión del inc. 1, ya que la noción de abuso de control externo, configura un acto en interés personal del controlante y permite la disposición de bienes como si fueran propios⁸⁰.

Dentro de ésta postura, la mayoría de los autores sostienen que, si bien el art. 161 LCQ, sanciona cualquier clase de control abusivo, entre ellos al control externo por especiales vinculaciones, sólo lo castiga en cuanto se complementa con las conductas previstas por tal norma, ya que de otro modo la extensión no puede proceder⁸¹.

En tal entendimiento, se puso de manifiesto, que si bien el control externo por sí solo no es causal de extensión de quiebra, si puede serlo en la medida que el caso concreto encuadre íntegramente en los recaudos previstos en el inc. 1 del art. 161 de LCQ⁸².

⁸⁰ JUNYENT, Bas, op. cit., passim.

⁸¹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit., passim.

⁸² OTAEGUI, Julio C., op. cit., passim.

6.- Nuestra Postura

Luego del análisis realizado sobre el tema bajo estudio, concluimos que el art. 161 inc. 2 de la LCQ contempla la subquiebra de una determinada clase de controlante, el interno o participacional tanto de derecho como de hecho, que ha causado la quiebra de la sociedad controlada por haber desviado indebidamente su interés social. A contrario y atento a lo prescripto por el art. 172 de la LCQ, queda excluido el controlante vincular o externo, sin perjuicio de que pueda subquebrar por aplicación del art.161 inc.1 LCQ.

A continuación analizaremos resumidamente los fundamentos que sostienen dicha conclusión.

Claramente la LCQ en su art.161 inc. 2 no ha contemplado el tipo de control que resulta de la influencia dominante derivada de los especiales vínculos existentes entre los sujetos. Esta posición surge de la *literalidad* de la norma en cuestión. El inciso en análisis contempla exclusivamente la situación de abuso por parte de un sujeto controlante que despliega un control de tipo interno respecto de la sociedad controlada.

Ambas formas de control societario son de distinta naturaleza existiendo así una marcada diferencia en la estructura del vínculo del control. Por lo tanto resulta inadmisibles realizar una interpretación integradora de los conceptos de control societario argumentando que la ley pretende sancionar todas las formas de control abusivas acudiendo a la legislación societaria.

No nos parece que exista motivo alguno para suponer que la configuración del fenómeno de control haya sido como sostiene la tesis amplia, consecuencia de un error o una omisión del legislador concursal al estructurar el instituto de la extensión de la quiebra. Tal como lo sostiene la posición restrictiva, el legislador ha querido conscientemente excluir el control externo de los supuestos en que procede la extensión de quiebra, poniendo énfasis en dicha exclusión mediante el art. 172 que elimina toda posibilidad

de ampliar las hipótesis de extensión de la quiebra a supuestos no previstos expresamente.

Otro punto sobre el cual basamos nuestra opinión consiste en el *carácter excepcional* de instituto y su *interpretación restrictiva*.

Al momento de analizar la procedencia de la extensión, el presupuesto objetivo de los concursos –el estado de cesación de pagos – no solo es indiferente si no que ni siquiera se lo analiza, por lo que solo debe verificarse, si el sujeto al cual se pretende extender la quiebra se encuentra respecto de la fallida en alguna de las relaciones o situaciones legalmente tipificadas para habilitar su procedencia.

Las soluciones previstas por la LCQ no deben armonizarse con las circunstancias regladas por la ley societaria, ya que siendo ordenamientos diferentes, con finalidades distintas, el hecho que no exista entre ambos una absoluta exactitud no importa incoherencia alguna. La legislación societaria, claramente ha previsto el control externo por especiales vinculaciones, mientras que el ordenamiento concursal no lo hizo, pudiendo haberlo hecho en cualquiera de sus sucesivas reformas.

En tercer fundamento para nuestra conclusión se basa en las *consecuencias económicas disvaliosas* de la extensión de la quiebra en el caso estudiado.

Admitir la procedencia del control externo como causal de extensión de quiebra por abuso de control, acarrearía graves consecuencias, no solo de índole jurídica, ya que vulneraría el art.172 de la LCQ, sino también de orden económica, por la inseguridad que entrañaría al momento de engendrarse las relaciones comerciales. Tal admisión, desencadenaría graves repercusiones en el funcionamiento de la economía de mercado y de la puesta en marcha de negocios que suponen tales especiales vinculaciones, provocando una fuerte inseguridad jurídica, perjudicando así la fluidez y motivación en transacciones y relaciones comerciales, por parte de franquiciantes o concedentes, que se verían frente a la gravosa

posibilidad de que se le extienda la quiebra de sus franquiciados o concesionarios. Más aun todos los acreedores del controlante externo también se verían afectados, encontrándose en un gran dilema a la hora de realizar inversiones, pues existiría la posibilidad de que teniendo vínculos estables con un deudor solvente, por actos de aquel sobre su controlada, de un momento a otro, se encuentren sometidos a su quiebra refleja.

Ahora bien, cabe poner de manifiesto que con la postura que adoptamos, no se deja de lado la posibilidad de extender la quiebra a un controlante externo, cuando se verifiquen exactamente los supuestos del art. 161 inc. 1 de la LCQ, siendo inadmisibile su utilización con carácter residual. Se discrepa de la tesis intermedia analizada ya que en ese caso no estaríamos ante la extensión por abuso de control societario si no como consecuencia de haberse configurado alguno de los supuestos de dicho artículo.

Con nuestra opinión no pretendemos dejar impune y libre de responsabilidades al sujeto que ha ejercido abusivamente el control que poseía a través de especiales vinculaciones, y que, como consecuencia de ellos ha causado un perjuicio al controlado. No obstante el mecanismo para reprochar tal acto ilícito no es el instituto de la extensión de la quiebra, ya que consideramos que existen remedios más eficientes, expresamente contemplados por la ley, que son las acciones de responsabilidad del art. 173 LCQ, acciones societarias como la del art. 54 LSC y los mecanismos indemnizatorios del derecho civil.

A través de este mecanismo se acota la responsabilidad a su justo límite, la satisfacción del daño causado siempre económicamente menor al valor de todo su pasivo, o al valor del pasivo del grupo societario del que forma parte, permitiendo resarcir el perjuicio ocasionado sin necesidad de producir la muerte de la sociedad controlante.

Consideramos importante recalcar que, de extenderse la quiebra el fallido por extensión, no solo incorporaría sus activos sino también

extendería sus pasivos, lo cual no siempre resulta beneficioso, es más podría ser muy contraproducente.

Coincidimos con el autor ALEGRIA⁸³ quien opta la reserva de la admisión del instituto de la extensión de la quiebra para supuestos terminales y en los restantes casos admite las acciones de responsabilidad respecto de aquel que resulte con deber de indemnizar, para lo cual se deberían configurar los presupuesto de hecho y de derecho requeridos legalmente. Así en el hipotético caso que dichas acciones resulten exitosas y no se cumplan por el condenado, luego de haber sido emplazado al afecto y de darse un adecuado derecho de defensa, incumplido el mismo, quedaría demostrada fehacientemente la situación de falencia del responsable, dejando expedita su declaración de quiebra, con causa en el estado de cesación de pagos que se verifica en el incumplimiento de tal imposición judicial.

⁸³ ALEGRIA, Héctor, op. cit., passim.

CONCLUSIÓN

En la economía actual, como consecuencia de la permanente evolución de las relaciones económicas, la ampliación de los mercados y las necesidades del tráfico mercantil, los fenómenos grupales se multiplican y las figuras comprendidas adoptan formas diversas y novedosas.

La agrupación de empresas permite a cada una de ellas disponer de fuerzas económicas de las que carecería trabajando aisladamente, logrando objetivos como ser aumentar la producción, abaratar los costos, desarrollar la tecnificación, lo que le permite establecerse en el mercado, pudiendo competir con los restantes miembros.

Esta concentración de sociedades se caracteriza por la presencia de vinculaciones patrimoniales, entrecruzamientos de capital y manejo de la voluntad a través de relaciones de control. La sola pertenencia a un grupo económico o el ejercicio regular del control societario en sus diversas variantes, por sí mismo, no se encuentran prohibidos. Pero la ejecución de prácticas desviadoras del interés social de la controlada y generadora de

perjuicios a aquélla, por parte de la controlante, se considera abusivo y puede llevar incluso a la quiebra de la controlada.

En este entendimiento, el ordenamiento concursal permite la aplicación de una serie de herramientas cuyo fin es preservar la integridad patrimonial del quebrado. Entre éstos se encuentra el instituto de la extensión de la quiebra cuya finalidad es adjudicar efectos falenciales a quienes tuvieron incidencia en la misma, aumentando la expectativa de cobro de los acreedores.

El ordenamiento concursal ha regulado de manera expresa cuatro supuestos en los cuales procede la extensión falencial, siendo éstos taxativos, por lo tanto queda excluida toda posibilidad de extender los efectos de la quiebra principal más allá de los casos establecidos por la norma (art. 172 LCQ).

En el inc. 2 de la LCQ, se regula específicamente el supuesto de extensión de quiebra por abuso de control societario, sancionando a aquél sujeto que ejerció el control de la fallida desviando su interés social en su propio beneficio, sometiéndola a la dirección unificada. En este caso, la ley se circunscribe al ejercicio del control abusivo interno, dejando fuera al externo o por especiales vínculos. Esta exclusión, ha sido conscientemente realizada por el legislador, no se trata de un vacío legal ni puede incluirse por analogía debido a la literalidad y criterio restrictivo de la norma.

Negar la procedencia de la extensión de quiebra por este motivo no implica desproteger a los acreedores ante ésta situación, ni dejar impune al controlante externo que actuó indebidamente; tal como lo resuelve el fallo “Macrini Hnos. S.R.L”, se aplicarán otro tipo de sanciones que brindan soluciones eficaces, como ser las acciones de responsabilidad previstas en la LCQ, la reparación de daños previstos en la LSC y el pago de indemnizaciones. Estas soluciones resultan mucho más proporcionadas, ya que se reparará el daño efectivamente causado a la controlante, sin generar

la desaparición de la sociedad controlada ni su nulidad, y sin afectar los vínculos internos o externos.

Con esta postura, no se deja de lado la posibilidad de extender la quiebra a un controlante externo, cuando se verifiquen exactamente los supuestos del art. 161 inc. 1 del ordenamiento concursal. Pero en este caso, no estaríamos ante la extensión por abuso de control societario, sino como consecuencia de haberse configurado los extremos del inciso, sin importar el vínculo entre sujeto activo y pasivo.

Resulta imperiosa la necesidad de un efectivo régimen de responsabilidad a fin de sancionar los distintos tipos de conductas abusivas analizadas, por lo cual han surgido importantes proyectos de reforma al respecto que deben ser tenidos en cuenta por los miembros de las comisiones reformadoras.

Hasta que ello suceda, la decisión para llegar a la finalidad propuesta por el legislador involucra el análisis de detalles fácticos y jurídicos de cada caso concreto y un cuidadoso análisis judicial. Para esto debe tenerse siempre en consideración la excepcionalidad de los supuestos de la extensión de la quiebra, la literalidad de la norma, su interpretación restrictiva, las consecuencias económicas que traería aparejada la extensión, la razonabilidad y la seguridad jurídica, evitando apartarse de los pilares básicos del ordenamiento legal.

ANEXO

CSJN, 04/09/1973, “Cía. Swift de la Plata SA s/Quiebra”, ED, 51-223.

“Las medidas cautelares decretadas en resguardo de las costas no requieren regulación de honorarios ni condena.”

“Si la sentencia de primera instancia declara que los efectos de la quiebra de una sociedad alcanzan a otra sociedad controlante, es contradictorio que se acuerde el beneficio de excusión de los bienes de aquella y por tanto debe dejarse sin efecto ese aspecto de la decisión.”

“La existencia de mandato otorgado a los fines de actuación en juicio con las facultades usuales y la efectiva presentación del mandatario, descalifica, por exceso ritual, la resolución que, no obstante ello, impone la notificación al mandante en el extranjero del traslado de la demanda “

“Las personas visibles o jurídicas que resulten integrantes del grupo de empresas a quienes se declara extensiva la quiebra declarada a una sociedad, pueden ejercer los derechos que les asistan mediante acciones de exclusión o restitución de bienes.”

“Es improcedente el recurso extraordinario interpuesto en subsidio de otro recurso.”

“El régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los superiores intereses de la sociedad ni de los derechos de terceros. El uso meramente instrumental de las formas societarias cede ante la consideración de la realidad económica y la supremacía del derecho objetivo.”

“Los efectos de la quiebra decretada a una sociedad deben imputarse como deudora real y responsable de las deudas de la fallida a la sociedad controlante a quien pertenecen en propiedad los bienes de aquella, comprendiendo en fusión patrimonial los bienes en cabeza de otros titulares aparentes que se establezcan en el respectivo procedimiento y que se han determinado en el informe de la sindicatura.”

“Debe dejarse sin efecto la sentencia, que con exceso ritual manifiesto contradice en sus conclusiones terminantes manifestaciones del mismo fallo.”

“Si ha mediado rechazo total de los créditos que cuestionó, el incidentista recurrente, importa arbitrariedad la liberación de costas al acreedor impugnado y vencido, comprobado cómo ha sido que éste, en conducta connivente, vulneró los principios de la persona jurídica e incurrió en actos de simulación repudiados por la ley.”

“No acredita la arbitrariedad alegada de la sentencia la argumentación que se limita a exponer discrepancias con la interpretación que los jueces de la causa hicieron respecto del derecho común aplicable y con las conclusiones que llegaron en ejercicio de sus facultades privativas.”

“La garantía de defensa queda resguardada si se da al interesado la oportunidad para hacer valer derechos, sin que corresponda extenderla al amparo de la negligencia de los litigantes, ni menos para dilatar el trámite de los pleitos.”

“No es admisible la impugnación de arbitrariedad si no media inequívoco apartamiento que la ley prevé para el caso, ni existe omisión de cuestiones pues los jueces de la causa no están obligados a tratar todas las que exponen, si es obvio que aún analizados los temas omitidos no habrían podido variar la solución a que se arribó.”

“Las cuestiones procesales, no dan lugar al recurso extraordinario si el planteamiento no involucra ninguno de los supuestos de excepción que autorizan a apartarse de dicho principio.”

CNCom., Sala A, 03/03/2011, “Dismo SA s/ Quiebra s/ Incidente de extensión de quiebra”, MJJ 63011.

“El art. 161 de la LCQ, prevé, en lo que aquí interesa, que la quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de actuación

de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores. 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 y 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”

“El supuesto de la extensión de quiebra contemplado en el primero de los incisos del art. 161 de la ley 24522 tiene como presupuestos: a) la quiebra principal de la persona física o jurídica; b) que otra persona- física o jurídica- haya inducido la actuación de la fallida, mediante la realización de actos de disposición de bienes, en interés personal y en fraude a los acreedores; y c) que exista relación de causalidad entre la conducta reprochable que funciona como detonante de la extensión falencial y la producción, mantenimiento, agravación o prolongación indebida de la insolvencia de la fallida principal.”

“El concepto de interés personal al que se refiere el inciso 1° del art. 161 de la ley 24522 está íntimamente vinculado con otra exigencia de la ley: que se haya dispuesto de los bienes en perjuicio de terceros. La intención de defraudar a los acreedores ha de resultar objetivamente, de los propios actos realizados, sin que sea necesario probar el ánimo de defraudar, pues tal prueba casi siempre resulta imposible. ”

“El fraude a los acreedores se presume por la configuración de la quiebra antecedente, criterio que deja a salvo la posibilidad de producir prueba en contrario por parte del sujeto a quien se intenta propagar la falencia, el que deberá acreditar que su actuación ilícita puede conjurarse por medio de la reparación de daños y por no haber sido su actuación causa de la cesación de pagos de la fallida.”

“Es determinante que el sujeto al cual se pretende extender la quiebra, hubiera dispuesto de los bienes de la fallida principal, en beneficio de aquel y en fraude a los acreedores de esta. Esto indica que, posiblemente, el primer paso antes de decidir si se ha- o no – de promover una pretensión de extensión de quiebra fundada en el inciso 1° del art. 161 de la ley 24522 es esclarecer si hubo actos de disposición de bienes de la fallida principal, cuyo beneficio no lo recibió ella, sino un tercero. ”

“No procede la extensión de quiebra en el caso de no haberse demostrado que el demandado procuró satisfacer intereses personales con disposición de bienes de la sociedad en fraude a los acreedores, no quedando satisfechos tales extremos con la insinuación de meras sospechas, extraídas de conexiones de hechos contingentes, que no constituyen prueba positiva y precisa de una actuación en nombre de la fallida, pero en interés personal, o disposición de bienes de aquellas como propios.”

“Cabe dejar sentado que para considerar procedente la extensión de quiebra con base en lo dispuesto en el inciso 2° del art. 161 de la ley 24522, es menester que una persona, que hubiese ejercido el control de la fallida, lo hubiese hecho de tal modo que desvió el interés en su propio beneficio o en beneficio del grupo, sometiéndola a una dirección unificada, resultando requisitos para su aplicación los siguientes: a) Que exista declaración de la quiebra principal; b) La presencia de un sujeto controlante; c) Que el desvío sea en interés del controlante o grupo económico, y e) El sometimiento a una dirección unificada.”

“El instrumento sociedad concebido para la conjunción de voluntades, al ser reducido a una ficción, justifica la extensión de la falencia.”

“Cuando el inc. 2 del art. 161 hace referencia al control, se refiere al sentido técnico, en ese marco puede ser definido como el poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación

de la voluntad social; además debe considerarse que el control puede ser interno o externo y puede ejercerse de una manera directa o indirecta.”

“No es necesario probar que medie relación de causalidad entre el desvío del interés social y la insolvencia, pues esta se presume.”

“El control permite suponer la dirección unificada, aunque ello no constituye una regla inexorable, que si, en cambio, se configura respecto del desvío del interés a favor de la controlante, que es un recaudo insoslayable para la extensión.”

“La situación de control puede estar referida, no sólo a la dominación jurídica, sino también a la económica perfilada en el art. 33 de la ley de sociedades.”

“En torno al requisito del desvío del interés social previsto por el art. 161 inciso 2° de la ley 24522, cabe dejar sentado que la sociedad no puede anular su interés social en beneficio del interés de su controlante, ya que esa desviación importa la configuración de eventuales daños al patrimonio de la controlada.”

“Ante la existencia de dos intereses contrapuestos (interés de la controlada y de la controlante), el ordenamiento no puede hacer prevalecer el externo y ajeno a la persona jurídica. Por ello, en caso de apartamiento del interés societario de la controlada la ley procura comunicar sus consecuencias dañosas- y con ello, la extensión de la falencia.”

“Si el desvío indebido no resulta la causa de la quiebra de la controlada no procede su extensión a la controlante.”

“Sabido es que el supuesto de extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible previsto en el art. 161, inc. 3, LCQ opera cuando varios patrimonios supuestamente diferenciados son administrados como si fueran uno solo en sus relaciones con terceros, sin que exista autonomía, ni en las estructuras ni en la conducta de los sujetos involucrados.”

“La ley 24522 opta por un criterio extremo: sanciona con la extensión de la quiebra a toda persona respecto de la cual exista confusión

patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos. Esa confusión se da en consecuencia, cuando surge en forma indubitable la existencia de activos y pasivos que promiscuamente pertenezcan al fallido y a un tercero.”

“El problema más complejo se da en materia de extensión de quiebra por confusión de patrimonios dentro de un grupo económico, es decir por la existencia de sociedades jurídicamente independientes que reconocen una dependencia económica jerarquizada, en función de vínculos financieros. No obstante ello, si bien la unidad de decisión en lo que hace a las políticas fundamentales de los entes agrupados, es connatural con la idea de grupo, lo cierto es que tal unidad no tiene por qué llegar a plasmarse en un cuadro de confusión patrimonial. Ello así porque, si realmente lo querido es llegar a la unidad de empresa, el derecho ofrece otras situaciones, tales como podrían ser la fusión, la creación de agencias, la departamentalización, entre muchas otras.”

“La participación accionaria entre diversas sociedades, la integración de los directores de todas esas sociedades por las mismas personas y la coincidencia de los domicilios sociales de todas esas sociedades, permiten concluir que ellas constituían- juntamente con otras sociedades- un grupo económico.”

“La expresa solución legal contenida en el art. 172 LCQ, según la cual cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestados por relaciones de control, pero sin las características previstas en el art. 161, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes descarta expresamente que la sola existencia del grupo amerite, por sí misma, la extensión de la quiebra de uno de sus miembros a los demás. Es decir que, además de existir la situación de control, deben encontrarse presentes los restantes requisitos previstos en la normativa en cuestión.”

“El desvío del interés societario en el seno de los grupos puede manifestarse, por ejemplo, por medio de la descapitalización de la sociedad

en beneficio de terceros, o limitando su actuación en los mercados, imponiendo garantías incausadas, así como negocios con las sociedades del grupo que excedan las condiciones del mercado.”

“Para la procedencia del supuesto previsto en el art. 161, inciso 1° de la ley 24522 es necesario que el sujeto- en el caso los demandados- al cual se pretende extender la quiebra, hubiera dispuesto de los bienes de la fallida principal, en beneficio de aquél y en fraude a los acreedores de ésta.”

CNCom., Sala A, 28/06/2005, “Edivial Operaciones SA”, IJ-XXII-416.

“El actual art. 161. Inc 1° de la LCQ dispone la extensión de la quiebra con respecto a toda persona que, bajo la apariencia de actuación de la fallida, ha efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores. Requiere de la conjunción de tres requisitos: 1) existencia de una quiebra principal; 2) realización de actos imputables al sujeto a quien se pretende extender la falencia; y 3) que tales actos posean los caracteres que exige el tipo legal: actuación en interés personal y disposición de bienes de la quebrada como si fueran propios. ”

“La actuación en interés personal debe importar que el acto realizado signifique desviación del interés social, considerado como disminución de las posibilidades de la sociedad de cumplir el objeto propuesto.”

“En torno al supuesto del inc. 2, control abusivo, son presupuestos de este caso de extensión: a) Quiebra de una sociedad controlada; b) control interno de hecho o de derecho en el sentido del art. 33 LSC.; c) controlante persona física o jurídica; d) control abusivo a través del desvío indebido del interés social de la controlada; e) dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forman parte; y f) relación de causalidad entre la actuación abusiva y la insolvencia de la controlada.”

“La confusión patrimonial inescindible a que alude el inc.3° se configura cuando existe un fondo común como elemento vinculante. El fundamento de esta causa es la sanción a quienes violaron claras normas del ordenamiento legal, destinadas a mantener la diferenciación de patrimonios. La confusión debe comprender activos y pasivos, ya que lo determinante de la extensión de quiebra es la gestión común de patrimonios. Más la imposible delimitación de activos y pasivos excede la cuestión contable y puede ser advertida por medio de otros elementos apreciables por el juez.”

CNCom., Sala B, 27/6/1980, “Bazterrica, Enrique”, ED 128-428.

“Si bien no existe remisión expresa de la regla contenida en el art. 169 in fine de la ley 19551 (Adla, XXXII-B, 1847), a la situación contemplada en el art. 165 de la misma, no lo es menos que la extensión de la quiebra a toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de una sociedad, realiza actos en su interés personal disponiendo de los bienes como propios y en fraude a los acreedores, es considerada como un supuesto de responsabilidad extracontractual, razón por la cual la declaración extensiva de la falencia debe estar precedida de un proceso de conocimiento”

“A efecto de comprobar los presupuestos de la operatividad del art. 165 de la ley 19551 (Adla XXXII-B, 1847), no basta la demostración de la calidad de socio de los sujetos pasivos de la extensión, como ocurre en la dispuesta por el art. 164 de la ley citada, pues tal dato de suyo sería insuficiente y aun innecesario desde que la extensión- en la hipótesis del art. 165- puede alcanzar a quienes no son socios. Tal diversidad en los presupuestos de la extensión a que se refieren ambas reglas legales, autorizan a que en el caso del art. 165 se aplique una diversa solución respecto del trámite procesal, perfilándose como la más adecuada aquella que la asimila a situaciones que requieren una indagación exhaustiva y la

producción de una prueba con análogas dificultades, tal como ocurre en la extensión de la quiebra a una sociedad o a un socio oculto.”

“La elección de la vía de conocimiento amplio para el trámite del supuesto contemplado en el art. 165 de la ley 19551 (Adla, XXXII-B, 1847), se apoya en la regla del art. 301 de la ley concursal, que autoriza la aplicabilidad de las normas procesales del lugar del juicio, que en la especie no resultan incompatibles con la rapidez y economía típicas de los procedimientos concursales, a poco que se advierta que no es el caso de la extensión de la quiebra a los socios de responsabilidad ilimitada, supuesto éste en el que no se vislumbra- en principio- la necesidad de una investigación profunda o complicada para el esclarecimiento y ponderación de los presupuestos de la falencia individual.”

“El esclarecimiento del supuesto de hecho que se describe en el art. 165 de la ley concursal (Adla, XXXII-B, 1847), no puede resultar de las meras explicaciones que deben rendirse a tenor del art. 91 de dicho ordenamiento, sino que impone rendir una convincente prueba sobre capítulos tan dificultosos como lo son los concernientes a la demostración de la mera apariencia en la actuación de una sociedad que ha encubierto la actividad de una persona- sea o no socia- en su propio interés, la disposición de los bienes sociales por éste y el fraude consumado en perjuicio de los acreedores de la sociedad.”

CNCom., Sala C, 05/03/2004, “Tascar SA s/ Nuevo Banco Santurce”, La Ley 08/09/04, 13 – Suplemento de Concursos y Quiebras, 2004 (noviembre), 28.

“Debe extenderse la quiebra a la entidad financiera controlante de la fallida que desvió indebidamente el interés social de la controlada en su beneficio, de conformidad al art. 161, inc. 2 de la ley 24522 (Adla, LV-D, 4381), pues el control al que se refiere dicha norma debe interpretarse de

acuerdo a lo previsto por el art. 33 de la ley 19550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 119), es decir no limitado al control interno o jurídico, que es el que resultará de los votos necesarios para tomar decisiones en asamblea, sino también comprensivo del control económico o externo al que se refiere el segundo inciso de la disposición societaria mencionada, en cuanto contempla el control que puede resultar de las particulares relaciones comerciales o contractuales que existan entre los sujetos.”

“Corresponde extender la quiebra a la entidad financiera controlante de la fallida de acuerdo al art 161. 2 de la ley concursal (Adla, LV-D, 4381), toda vez que aquella desvió el interés social de las empresas del grupo económico que integraba con la finalidad directa de traspasar activos y así eludir controles y límites de encaje impuestos por el Banco Central de la República Argentina, en su propio beneficio (del dictamen del fiscal general que la cámara hace suyo.)”

CNCom., Sala C, 09/09/2003, “Manufacturas de Calzado SRL (quiebra) c/ Denirgian de Khadjoyan, Josefa y otros”, JA 2004-I; RSC 25/26-219, N° 80.

“El Art. 161 ley 24522 debe ser analizado con cautela y su procedencia debe ser admitida restrictivamente.”

“La finalidad de la extensión de la quiebra radica en proteger el crédito de los acreedores concurrentes que de otro modo se verían injustamente disminuídos.”

“No corresponde considerar en el juicio de quiebra la acción de simulación deducida contra toda operación de venta de un bien que nunca perteneció a la fallida.”

CNCom., Sala C, 20/06/2001, “Epstein, Samuel s/extensión de quiebra” en RSC 11-256.

“Es improcedente el pedido de extensión de quiebra solicitado por la sindicatura, pues si bien existe una estrecha vinculación entre el fallido y las sociedades accionadas, importando en algunos casos un verdadero control de aquél, tal circunstancia no configura necesariamente un supuesto de extensión si no ha sido acreditado ni el manejo promiscuo de la totalidad- o de gran parte- de los activos y pasivos, ni el desvío del interés de la persona jurídica controlada a la controlante, más aún teniendo en cuenta que- en el caso- sería el fallido quien habría detentado el rol dominante.”

“La procedencia del pedido de extensión de quiebra requiere, de modo ineludible, una adecuada explicación de los hechos en que se funda y la acreditación de la veracidad de los extremos invocados para sostener que se configura la causal de la norma en que se subsume el caso, por lo cual no corresponde acoger temperamentos dirigidos a mutar, en segunda instancia, el criterio-en el caso, el síndico invocó la causal del art. 161 inc. 3 y en la expresión de agravios sustentó su pedido en los tres incisos del citado artículo- con el objeto de subsanar omisiones o deficiencias que perduraron durante el trámite del litigio (Del dictamen del Fiscal que la Cámara hace suyo).”

CNCom., Sala D, 12/09/2007, “Converques SRL s/ Quiebra”, La Ley 2007-F, 327.

“Es improcedente la extensión de la quiebra de la sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima, en los términos del art. 161 inc. De la ley 24522 (Adla, LV-D, 4381) pues, la idea de que dicha sociedad anónima fuese la titular de una relación de control sobre la fallida basada en la tenencia de cuotas sociales que le dieran título para formar su voluntad social en las reuniones de socios no resulta jurídicamente sustentable, porque a ello se opone lo previsto en el art 30 de la ley 19550

(t.o. 1984)(Adla, XLIV-B, 1319) en cuanto establece que las sociedades anónimas sólo pueden formar parte en sociedades por acciones, y la fallida no lo es.”

“Corresponde revocar la sentencia que extendió la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada a una anónima, pues la cesión del boleto de compraventa referido al inmueble donde funciona la fábrica de la fallida y la posterior locación que de dicho inmueble hiciera la sociedad anónima a favor de la fallida, no revela una confusión patrimonial inescindible apta para extenderle la quiebra a la locataria, ya que no es prueba de un manejo promiscuo entre ellas ni de la comunidad amplia de activos y pasivos que califica objetivamente la causal prevista en el art. 161 inc. 3 de la ley 24522 (Adla, LV-D, 4381).”

“A los fines de la aplicación del art 161 inc. 2 de la ley 24522 (Adla, LV-D, 4381) es necesario que exista un control societario directo o indirecto - por interpósita persona-, interno o participacional de la persona controlante de existencia física o ideal- sobre la sociedad fallida, que debe tener como localización orgánica la asamblea o reunión de socios de la sociedad controlada, pues el mencionado artículo alude a la necesidad de que el sujeto controlante posea una participación, por cualquier título, que le otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social de la controlada.”

“El carácter de controlante al que se refiere el art. 161 inc 2. De la ley 24522 (Adla, LV-D, 4381) supone un control jurídico interno, tanto de derecho como de hecho, ejercido por una sola persona o por una pluralidad de ellas, ya sea directo o bien por interpósita persona, pudiendo ésta última no ser necesariamente una sociedad sino también una persona de existencia física o visible.”

“La confusión patrimonial inescindible que justifica la quiebra por extensión debe alcanzar tanto el activo como el pasivo o bien la mayor parte de éstos, por lo que resulta improcedente subsumir situaciones en las cuales la promiscuidad comprende sólo uno de esos rubros, mientras el restante se

mantiene perfectamente delimitado, o bien cuando se afectan proporciones del activo y del pasivo que cuantitativamente no involucran proporciones sustanciales.”

“La extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible requiere la existencia de un fondo común como elemento vinculante, que aparezca como la resultante de la violación de las normas del ordenamiento legal dirigidas a mantener la diferenciación de los patrimonios.”

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

a) General:

ALEGRIA, Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control., Ed. Depalma, (Buenos Aires, 1978).

AZERRAD, Rafael, Extensión de la Quiebra, (Buenos Aires, 1979).

BARACAT, Edgar J. y MICELLI, María Indiana, Declaración de Quiebra, Astrea, (s.d.).

FERRARIO, Carlos, Ley de Concursos y Quiebras comentada y anotada, Errepar, (Buenos Aires, 2012).

HURTADO, Emilio E., El Régimen Concursal (Ley 24.522), 1ª Edición, La Rocca, (Buenos Aires, 2001).

MARTORELL, Ernesto E., ESPARZA, Gustavo A., Tratado de Derecho Comercial, Concursos y Quiebras, La Ley, (Buenos Aires, 2010), T. XII.

MIGUENS, Héctor José, Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades, Lexis Nexis, (Buenos Aires, 2006).

RIVERA, Julio Cesar, ROITMAN, Horacio, VITOLO, Daniel Roque, Ley de Concursos y Quiebras, Tomo I, 1^{era} Edición (Buenos Aires, 2000).

Reformas a la Ley de Concursos y Quiebras Ley 26.086, 1era Edición, (Santa Fe, 2006).

ROUILLON, Adolfo A. N., Régimen de Concursos y Quiebras, Astrea, (Buenos Aires, 2007).

SATTA, Salvatore, Instituciones del derecho de quiebra, 1^a Edición, (Buenos Aires, 1954).

VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, Rubinzal-Culzoni, (Buenos Aires-Santa Fe, 2003).

VITOLO, Daniel R., Concurso de grupos y otras responsabilidades falenciales, publicado en NISSEN, Ricardo A. – PARDINI, Marta – VITOLO, Daniel R. (Coords.), Responsabilidad y abuso en la actuación societaria, (Buenos Aires, 2002).

b) Especial:

BERGEL, Salvador, La extensión de la quiebra en la reforma de la ley de concursos por la ley 22.917; Le Ley 1983-D, 1097.

CHAMPAUD, Claude, Le pouvoir de concentración de la société por acciones, Sirey, (Paris, 1962).

DI LELLA, Nicolás, Extensión de la quiebra por abuso de control societario, La Ley, (Buenos Aires, 2011).

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, Derecho Comercial y Económico. Contratos Parte Especial, Astrea, (Buenos Aires, 1994)

GRAZIABILE, Darío J., Declaración de Quiebra, Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2008).

GRISPO, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada, (Buenos Aires, 2005).

HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Abaco, (Buenos Aires, 2000).

JUNYENT, Bas, Abuso de control. Acciones sociales y concursales de responsabilidad y extensión de la quiebra; La Ley, 2005-D, 1442.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, obligaciones, Perrot, (Buenos Aires, 1978).

MARTORELL, Ernesto E., Los grupos económicos y de sociedades, (Buenos Aires, 1991).

_____, Legitimidad y procedencia de la extensión de quiebra por abuso de control contractual, (s.d.), 191-677.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Grupos de Sociedades: ¿el control externo es presupuesto para la extensión de quiebra?, (s.d.).

MONTESI, Víctor L. – MONTESI, Pablo G., Extensión de la Quiebra, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, (Buenos Aires, 1997).

NEGRE DE ALONSO, Liliana T., Posibilidad de extensión de quiebra por control externo, La Ley, (s.d.).

NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, Abaco, (Buenos Aires, 1996).

OTAEGUI, Julio C., Concentración Societaria, Ed. Ábaco, (Buenos Aires, 1984).

RIVERA, Julio C., Instituciones de derecho concursal, (Buenos Aires, 1997).

ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada, La Ley, (Buenos Aires, 2006).

VITOLLO, Daniel R., Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada, Rubinzal-Culzoni, (Buenos Aires-Santa Fe, 2007).

c) Otras Publicaciones:

ALEGRIA, Héctor, La sociedad dependiente. Abuso de dependencia económica y control societario externo, en “Revista de derecho de daños”, (Buenos Aires, 2008).

CCiv y Com., Rosario, Sala III, 20/04/2005, “Machian, Edgardo Raul s/ quiebra”, DSE XVII-1306, nº 227.

CCiv. Y Com., Sala IV, Rosario, 19/05/1993, “Macrini Hnos. SRL s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra”, JA 1993-III-571.

CCiv. Y Com., Rosario, Sala IV, “Sosa, Ramon T. Construcciones SRL s/quiebra”, La Ley 1998-E, 794.

CNCom., Sala A, 28/06/2005, “Evia Operaciones SA”, IJ-XXII-416.

CNCom., Sala C, 04/03/2005, “Difiomar SA s/Quiebra c/Dimar y otros SA s/Ordinario”.

CNCom., Sala C, 09/09/2003, “Manufacturas de Calzado SRL (quiebra) c/Denirgian de Khadjoyan, Josefa y otros”, JA 2004-I; RSC 25/26-219, nº 80.

CNCom., Sala C, 05/03/2004, “Tascar SA c/Nuevo Banco Santurce”, La Ley 08/09/04 Incom, Sala C, 06/06/72, J.A., 15- 1972-369.

CNCom, Sala D, 12/09/2007, “Converques SRL s/quiebra”, La Ley 2007 – F, 327.

CNCom., Sala V, 27/06/1980, “Bazterrica, Enrique”, ED 128-428.

Código de Comercio, Nº 2637, (t. o. 1889)

Consultas en Internet: www.rae.es

CSJN, 4/9/73, J.A., 19-1973-575.

CSJN, 04/09/1973, “*Cía. Swift de la Plata SA s/quiebra*”, con nota de LAQUIS, ED 51-223.

Incom, Sala B, 2/6/00, en “Revistas de las Sociedades y Concursos”, nº 7, pág. 1909, CCivCom Moron, Sala 2, 31/8/95, JA, 1997-IV-75, secc. Índice, nº 84).

Ley de Concursos y Quiebras, Nº 24522 (t. o. 1995)

SANTILLAN, Jorge M., Las sociedades controladas y la reforma de la ley 22.903, en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, año 17, Depalma, (Buenos Aires, 1984) 1984-735.

ÍNDICE

Prólogo	Pág 1
Resúmen.....	3

CAPÍTULO I NOCIONES PRELIMINARES

1. Cómo se llega a la quiebra.....	5
2. Concepto de quiebra	7
3. Principios.....	7
4. Realidad actual.....	8
5. Reintegración patrimonial.....	9
6. Medidas de resarcimiento.....	12

CAPÍTULO II EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA

1. Concepto.....	16
2. Clases.....	19
3. Jurisprudencia: caso “Swift-Deltec”.....	26
4. Análisis del art. 172, LCQ.....	30

CAPÍTULO III EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA POR ABUSO DE CONTROL SOCIETARIO

1. Introducción.....	32
2. Marco regulatorio: art. 161, inc. 2, LCQ.....	33
3. Recaudos de procedencia.....	34
4. Análisis de cada recaudo.....	35

CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE DIFERENTES POSTURAS DOCTRINARIAS

1. Introducción.....	46
2. Análisis sobre la procedencia de la extensión de la quiebra por abuso de control externo	47

3. Postura restrictiva.....	47
4. Postura amplia.....	53
5. Postura intermedia.....	56
6. Nuestra postura.....	57
Conclusión.....	61
Anexo.....	64
Índice Bibliográfico.....	78
Índice.....	83