

Extensión de la quiebra a la controlante dentro de un grupo de sociedades (art. 161 inc. 2 de la LCQ)

¿Opera la extensión de la quiebra a la controlante frente a su actuación diligente y en protección del interés general del grupo empresario?

¿Es necesaria la presencia de dolo o la culpa para que opere la extensión de la quiebra prevista en el art. 161 inc. 2?

María Graciela Suarez Bocca

I. Introducción [arriba] -

Es importante comenzar el presente análisis resaltando que, si bien la extensión de la quiebra y la responsabilidad del sujeto dominante son dos institutos distintos, al mismo tiempo se encuentran íntimamente vinculados.-

Ello debido a que, mientras las acciones de responsabilidad previstas, tanto en la ley de concursos y quiebras (arts. 173 y ss.) como en la ley de sociedades comerciales (arts. 274 cc. y ss.), pueden ser ejercitadas sin necesidad de que se decrete la extensión de quiebra de la controlada hacia la controlante, por otro lado, la extensión de quiebra operada hacia la controlante probablemente vendrá de la mano de acciones de responsabilidad.-

Pero frente a ello, surge el interrogante acerca de si ante la inexistencia de dolo o culpa, se puede o no habilitar el supuesto de extensión quiebra previsto en el inc. 2 del art. 161 LCQ.

Por otro lado, resulta oportuno aclarar que la extensión de la quiebra a miembros del grupo es la excepción a la regla. El principio general que rige en la materia es la diversa personalidad jurídica, esto significa, que la persona jurídica constituye un ente distinto a los miembros que la integran y como consecuencia de ello no se hace extensible la quiebra sino ante supuestos excepcionales. Asimismo, en algunos casos, como explica Manovil[1], incluso resulta más conveniente acudir a otras figuras antes que a la extensión de quiebra.

Actualmente, nuestra legislación concursal limita la extensión de la quiebra a cuatro casos expresamente previstos. El primero de ellos, en el art. 160 LCQ (socio con responsabilidad ilimitada) y los tres supuestos restantes en el art. 161 LCQ (quiebra por actuación en “interés personal” inc. 1, “control abusivo” inc. 2 y “confusión patrimonial inescindible” inc. 3).

Dicho esto, se puede afirmar que la extensión de la quiebra no opera como principio sino por el contrario como excepción es por ello que su aplicación se da en los supuestos expresamente mencionados en la ley atento a que se trata de un remedio excepcional cuyo

fin es el de proteger a los acreedores de la fallida. Del mismo modo, es importante destacar que la sola existencia de agrupamiento empresario no es causal suficiente para hacer operativa la extensión de la quiebra conforme el art 172 LCQ salvo que se de alguno de los supuestos previstos en la legislación concursal.-

Realizada esta breve aclaración, destacamos que el presente trabajo va a limitarse a la determinación de si corresponde o no extensión de la quiebra conforme lo prevé el inc. 2 del art. 161 LCQ, en el supuesto de una conducción diligente por parte de la controlante respecto de la quiebra de la fallida controlada. Es decir, analizaremos la situación del controlante que interviene en los negocios de la controlada mediante un actuar diligente, en otras palabras, siguiendo la conducta de un buen hombre de negocios (art. 59 LSC), esto es, cuando pese a su desenvolvimiento ausente de dolo y culpa igualmente ha operado la quiebra de la controlada.

II. Análisis del inc. 2 del art. 161 ¿Queda fuera de la extensión de la quiebra el actuar diligente de la controlante? Diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales [arriba] -

Tal como se mencionó, es oportuno aclarar que la mera existencia de grupo de sociedades no hace operativa la extensión sino que es necesario que se den los presupuestos de hecho y de derecho tipificantes.

Conforme ello, se puede explicar que la existencia de un grupo económico supone, en la absoluta mayoría de los casos, la actuación de una o más personas que someten a los integrantes del grupo "a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte" (art. 161 inc. 2° LCQ)[2].

Por otro lado, y ya adentrándonos a un análisis más pormenorizado del tema es necesario detallar los presupuestos necesarios para que se configure la extensión prevista en el inc. 2. Los mismos pueden resumirse en: a) existencia de quiebra de una sociedad controlada; b) existencia de control interno, de hecho o derecho conf. art 33 LSC; c) existencia de una persona controlante, física o jurídica; d) que el control se hubiera ejercido abusivamente, esto es, produciendo un desvío indebido del interés social de la controlada; e) que el control abusivo se hubiera ejercido bajo una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo; f) que hubiera relación de causalidad entre la conducta abusiva y la quiebra de la controlada[3].

Del mismo modo lo ha entendido nuestra Jurisprudencia nacional al expresar en autos "La Perla Estibajes S.R.L. s/quiebra s/inc. de extensión de quiebra" CNCom. Sala C,6-7-1994 (dict. n° 70.507) que para que opere la extensión de quiebra conforme al art. 161, inc. 2° se requiere: a) que exista una persona controlante, que puede ser de existencia física o ideal; b) que exista una sociedad controlada fallida; c) que exista una dirección unificada que se traduce en el control jurídico o económico; d) que utilizando ese control se haya desviado indebidamente el interés social de la controlada en perjuicio de ella; y e) que la desviación del interés social de la controlada lo haya sido en el interés de la controlante.-

Pero algunos de estos presupuestos son susceptibles de críticas. En primer lugar, al decir de Dasso[4], no corresponde hablar de desvío indebido porque todo desvío resulta indebido. Y por otro lado, menciona que se hubiera actuado bajo una dirección unificada, pero dicha dirección unificada resulta ser una característica propia de los grupos de sociedades por lo cual se pone en tela de juicio su procedencia y aplicabilidad.

En cuanto al interés social este puede cuestionarse porque en muchos casos el interés de la sociedad controlada puede coincidir con el interés de la controlante y a su vez con el interés del grupo, siendo por lo tanto coincidentes y habiendo por tanto ausencia de desvío del interés social de la controlada.-

Es por ello que coincido con Lorente cuando el mismo expresa que: "... creemos que para poder disponer la extensión de la quiebra entre los integrantes de un agrupamiento económico, además de la mera existencia de una dirección unificada, será necesario que esta dirección unificada del grupo provea un control TORPE o ABUSIVO, y ello no sólo ocurrirá cuando se desvíe "indebidamente" el "interés social" (por lo obscuro de ambas expresiones), sino cuando ello suponga una actuación en fraude o perjuicio a los acreedores de la fallida (art. 161 inc. 1° LCQ y art. 54 tercer párrafo LSC)..."[5].

Es decir, que no bastarían los presupuestos de hecho enumerados por el inc. 2 del art. 161 LCQ, sino que además se requiere la configuración de una conducta dolosa o en fraude a la ley que generen responsabilidad y que por lo tanto justifique la extensión de la quiebra a la controlante in bonis; o bien al menos una conducta culposa consecuencia de una actuación negligente por parte de la controlante. Por lo cual, conforme a ello si la controlante hubiera desviado el interés de la controlada pero de manera diligente y actuando como lo exige el art. 59 LS, esto es, como un buen hombre de negocios, entendemos que mal podría entonces hablarse de extensión quiebra hacia la controlante que no solo tiene en miras el interés social de la controlada sino el de todo el grupo. Por ello, conforme nuestro criterio no cabría la extensión de la quiebra a la controlante incluso habiéndose producido un desvío si el mismo no se ha efectuado con dolo ni de forma negligente sino por el contrario llevando a cabo todos los recaudos y diligencias que se exigían para el manejo de la controlada.-

Miguens[6] por su parte haciendo referencia al derecho americano explica que la administración llevada a cabo por la sociedad dominante respecto de los negocios de la subordinada y que sólo benefician a aquella constituye una violación a sus obligaciones, igualmente cuando ha habido ilegalidad o ilegitimidad, fraude o mala fe y transacciones desmedidas o irrazonables. Pero luego agrega que si este tipo de mala administración ha sido cometida de buena fe, sin negligencia y sin un interés exclusivamente propio no constituye un supuesto de responsabilidad de la dominante.

Por nuestra parte compartimos nuevamente la postura de Lorente cuando el mismo en relación a autos CNCom., sala D, 16-3-90, "Celcar S.A. s/quiebra", LL 1990-D, 242, con nota de Mariano Gagliardo expresa: "...el abuso de la controlante en el manejo del grupo, revelado a través del desvío del interés social de cada sociedad en beneficio del grupo, de manera tal que no se requiere precisamente un actuar fraudulento, salvo en el sentido calificante de mencionar ese abuso como una de las formas en que se concreta el concepto

genérico de fraude”. Es por ello, que creemos que es necesario algo más: el control torpe o abusivo, generador de fraude o perjuicio para los acreedores de la controlada fallida.

Asimismo, explica Lorente que: “...la sola declaración de quiebra de la controlada no servirá para demostrar la existencia de fraude o perjuicio para sus acreedores. Será un indicio, claro está, pero la quiebra bien pudo ocurrir como consecuencia de factores o causas no atribuibles al control torpe o abusivo, y en ese caso NO deberá disponerse la extensión de la quiebra so pena de caer en la situación que el art. 172 LCQ quiere, precisamente, evitar: declarar la quiebra sólo porque existe grupo económico...”[7].-

Por el contrario, autores como Martorell, Otaegui, Dobson, Vaiser entre otros sostienen una postura contraria ya que entienden que la extensión de la quiebra a una controlada supone la existencia de un único centro de poder o decisión o unidad de dirección.

Por otro lado, encontramos jurisprudencia[8], la cual apoyamos, que entiende que: “... no cualquier acto abusivo, utilización de fondos, empleo de bienes o del crédito de la sociedad llevan inexorablemente a la extensión de la falencia, ya que la LC: 165 presenta una forma típica, cuyos extremos deben cumplimentarse (En igual sentido: Sala C, 3.11.97, "Hoja S.A. s/ inc. de extensión de quiebra por la sindicatura" -dict. Fiscal 77910-; Inapro SA S/ Quiebra (JA 18.9.96), CNCom., Sala B, 27.02.95).

Al decir de Manóvil,[9] la ley deja de lado la extensión de la quiebra para supuestos meramente objetivos siguiendo los lineamientos establecidos por el art. 172 LCQ.

Agrega dicho autor que: “... el sometimiento a una dirección unificada no puede concebirse de otro modo que en interés de quien ejerce control sobre esa dirección y tiene el poder como para forzar ese sometimiento. Así, la dirección unificada no puede entenderse de otro modo distinto que no sea en interés de la controlante, o... del conjunto del grupo” “... Tal actuación siempre será consecuencia de un obrar doloso o negligente” a lo que agrega: “no es concebible que el desvío del interés social haya ocurrido en forma casual...”[10].

De ello entonces podría inferirse que de darse el supuesto del art. 161 inc. 2 sin dolo y sin culpa podría invocarse el rechazo a un pedido de extensión de quiebra por ausencia de responsabilidad tanto dolosa como lo prevé 173 como culposa.

III. Conclusión [arriba] -

Claro es que estamos ante un tema complejo sobre todo a la hora de resolver por parte de los jueces quienes tendrán que decidir luego de un arduo análisis si el actuar de la controlante fue realizado conforme a derecho o se ejerció abusivamente y sin escrúpulos perjudicando a la controlada. Es decir, que no bastarían los presupuestos de hecho enumerados por el inc 2 del art. 161 LCQ, sino que además se requiere la configuración de una conducta dolosa o en fraude a la ley que generen responsabilidad y que por lo tanto justifique la extensión de la quiebra a la controlante in bonis; o bien al menos una conducta

culposa consecuencia de una actuación negligente por parte de la controlante. Por lo cual, conforme a ello si la controlante hubiera desviado el interés de la controlada pero de manera diligente y actuando como lo exige el art. 59 LS, esto es, como un buen hombre de negocios, entendemos que mal podría entonces hablarse de extensión quiebra hacia la controlante que no solo tiene en miras el interés social de la controlada sino el de todo el grupo. Por ello, conforme nuestro criterio no cabría la extensión de la quiebra a la controlante incluso habiéndose producido un desvío si el mismo no se ha efectuado con dolo ni de forma negligente sino por el contrario llevando a cabo todos los recaudos y diligencias que se exigían para el manejo de la controlada.

Notas [arriba] -

[1] En muchos casos, es más apropiado, más eficaz y de resultado jurídico más seguro, que la masa de acreedores (en definitiva, el síndico concursal) ejerza acciones de responsabilidad, o eventualmente la inoponibilidad de la persona jurídica, contra el sujeto controlante (Manóvil, Rafael M., Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 1060).

[2] Cfr. Lorente, Javier Armando, Grupo Económico y Extensión de la Quiebra Comentario al fallo "Castelar SA s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra", Revista Electrónica de Derecho Societario N° 5 (Mayo 2001).

[3] Zunino, Jorge Osvaldo, Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550 - 24 Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 274 (Nota al artículo 161, inc. 2° LCQ).

[4] Dasso, Ángel Ariel, Las causales de la extensión de la quiebra, Revista IJ Editores (2010 - IJ-XXXVIII-114).

[5] Cfr. Lorente, Javier Armando, Grupo Económico y Extensión de la Quiebra Comentario al fallo "Castelar SA s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra", Revista Electrónica de Derecho Societario N° 5 (Mayo 2001).

[6] Miguens, Héctor José, El grupo societario insolvente, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 108 y ss.

[7] Cfr. Lorente, Javier Armando, Grupo Económico y Extensión de la Quiebra Comentario al fallo "Castelar SA s/ quiebra s/ inc. de extensión de quiebra", Revista Electrónica de Derecho Societario N° 5 (Mayo 2001).

[8] Cfr. CNCom., Sala D, Converques SRL s/ quiebra s/ incidente de extensión, 12/9/2007.

[9] Criterio seguido por la CSJN en el caso quiebra a Ingenio La Esperanza SA posterior al caso Swift y también Papelera Paysandú c/ Lanín SA por lo que el juez deberá estar al caso concreto para determinar si se dan o no los presupuestos. (Manóvil, 1059).

[10] Cfr. Manóvil, 1110.

Publicación: Revista Argentina de Derecho Concursal

Número 11 - Septiembre 2015

Fecha: 30-09-2015 Cita: IJ-XCII-524