

## **CONTROL EXTERNO Y EXTENSIÓN DE QUIEBRA EN LA CONCENTRACIÓN SOCIETARIA**

**CARLOS A. MOLINA SANDOVAL**

### **PONENCIA:**

La presente ponencia tiene como objeto determinar si el ejercicio del “control externo de hecho” por parte de un sujeto (persona controlante) constituye presupuesto suficiente a los fines de la extensión de la quiebra del sujeto controlado.

Lo interesante del planteo del problema radica en el hecho de que la ley falimentaria en su art. 161, inc. 2, efectúa una conceptualización legal o “calificación” de lo que debe entenderse “persona controlante”, omitiendo referencia alguna respecto del control externo de hecho. Ello así, dicha norma (art. 161, inc. 2, LC) sólo hace referencia -al menos de manera explícita- al control interno. De otro lado, agudiza las aristas conflictivas de la hipótesis sub-estudio, la regulación -inclusión expresa- de la LS del control externo de hecho, esto es, los “especiales vínculos existentes entre las sociedades” (art. 33, LS).

A los efectos del presente, cuando se haga referencia al mencionado “control externo de hecho” se hará alusión a una especie de dominación que brota de los “especiales vínculos existentes” (art. 33, inc. 2, LS) entre dos sujetos que permiten una influencia considerable

en las decisiones que debe tomar el órgano administrador de la persona jurídica, sin que ello habilite al controlante a impartir directamente órdenes al administrador societario. Ejemplos de esta clase de control, pueden darse mediante el contrato de management o algunos contratos de distribución como la agencia, concesión, distribución o franquicia<sup>1</sup>.

Para un adecuado desarrollo del presente, primeramente se tomarán pautas conceptualizantes esbozadas por la doctrina y jurisprudencia relacionadas con el fenómeno del control, con las distintas variantes de control y con el incipiente tópico denominado “grupo de sociedades”<sup>2</sup>, como así también referentes a la extensión de quiebra (arts. 160 y 161, LC). Luego de esta caracterización, se analizará, dentro del objetivo específico del ensayo, los “argumentos” sustentados -o sustentables- para avalar una u otra posición. Finalmente, se esbozará una pequeña crítica a dichos argumentos, para llegar a las conclusiones generales sobre el tema.

La posición que sustentamos es la que hemos denominado “intermedia”, que sostiene que si bien la hipótesis de control externo no puede, por los argumentos que avalarán nuestra tesis, “encuadrar” jurídicamente en la hipótesis del art. 161, inc. 2, LC, sí encaja en las previsiones del art. 161, inc. 1, LC. En tal cometido, se analizarán dentro de la tesis “restrictiva”, razones basadas en la interpretación literal, en la llamada argumentación genética, en el clásico y conservador “ubi lex non distinguit ...”, en el rechazo de la interpretación analógica dado el carácter sancionatorio y el argumento de carácter económico. Al enunciar la llamada posición “amplia” se tomarán en cuenta, entre otras cosas, el real propósito del legislador, la procedencia de la aplicación analógica, la argumentación a fortiori, argumento a coherencia y, finalmente, la legitimidad de la diferenciación.

## I. INTRODUCCIÓN.

<sup>1</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El franchising y el derecho laboral. Su relación a través del art. 30 de la ley de contrato de trabajo*, E.D. del 20/11/2.000, pág. 1.

<sup>2</sup> Define Miguens al grupo de sociedades como “una estructura empresarial multiarticulada constituida por dos o más sujetos de derecho (de cualquier tipo, pero generalmente sociedades) en el que hay una política empresarial unificada o unitaria al servicio de un interés social del grupo, política que se ejerce mediante un conjunto de relaciones de subordinación o control jurídico-económico de los sujetos dominantes (o madres o incorporantes) respecto de la existencia y funcionamiento de otros sujetos denominados dependientes (o subordinados o subsidiarios o incorporados o filiales o hijos), interés social que prima sobre todos los demás intereses sociales de toso los integrantes del grupo, sean dominantes o dominados, con una vocación empresarial común” (MIGUENS, Héctor José, *La consolidación concursal en el derecho norteamericano de grupos de sociedades*, R.D.C.O. 1.998, p. 517).

El derecho concursal argentino, como muchos otros sistemas concursales foráneos, estructura, aún hoy -y a pesar de sus excepciones-, el esquema de su ordenamiento mediante un presupuesto objetivo: el estado de cesación de pagos (art. 1, LC). Este estado de insolvencia o cesación de pagos, que en nuestro sistema vernáculo, a diferencia de otros ordenamientos, carece de diferencias normativas<sup>3</sup>, -caracterizado “como un estado de impotencia patrimonial no transitorio que impide al deudor cumplir regularmente con sus obligaciones líquidas y exigibles a través de recursos genuinos”<sup>4</sup>- reconoce algunas excepciones<sup>5</sup>.

Una de ellas es la extensión de la quiebra prevista en la LC en los arts. 160 a 171 y ha sido entendida como “la declaración en estado de quiebra de otro sujeto, distinto jurídicamente del fallido, no deudor de las obligaciones de éste”<sup>6</sup>. Es decir, que la ley falimentaria prescinde del requisito de la “impotencia”<sup>7</sup> para autorizar la declaración de la falencia refleja, constituyéndose en una verdadera excepción al art. 1, LC.

Desde otro ángulo visual, y teniendo como válido la premisa de que “*el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores*”, la integridad patrimonial de la ley falimentaria se estructura mediante tres institutos. Ellos son: a) ineficacia; b) extensión de responsabilidad; y c) extensión de quiebra.

Tales institutos tienden a tutelar, o garantizar, a los acreedores de los efectos de la insolvencia del fallido. La extensión de quiebra aparece, entonces, como una “alternativa” para aumentar el activo a liquidarse entre los acreedores; como una forma de buscar nuevos patrimonios -de sujetos distintos, aunque relacionados- y acoplarlos a aquella “*prenda común*” a que se refiere el adagio romano.

## II. DESARROLLO CONCEPTUAL.

¿Cuales son los conceptos imbricados en el planteo del proble-

<sup>3</sup> Al respecto: FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, Compañía Impresora Argentina, Bs. As., 1.937, p. 215. En sentido similar MAFFÍA, Osvaldo J., *Manual de concursos*, La Rocca, Bs. As., 1.997, tomo 1, p. 30.

<sup>4</sup> GRILLO, Horacio Augusto, *Período de sospecha en la ley de concursos*, Astrea, Bs. As., 1.988, p. 2.

<sup>5</sup> Ver las excepciones al presupuesto basilar objetivo en: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Concurso preventivo del garante. Ley 24.522. Teoría y práctica.*, Depalma, Bs. As., 2.000, p. 10.

<sup>6</sup> RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal Culzoni, 1.997, tomo 2, p. 279.

<sup>7</sup> Con tono gráfico y magistral pulcritud conceptual nos dice Maffía: “No quiebra quien no paga, sino quien no puede pagar.” (MAFFÍA, *Manual de concursos* cit., p. 31)

ma? ¿Existe acuerdo doctrinario sobre el tema? ¿Cual es el basamento jurídico de tales conceptualizaciones? Todos éstos son interrogantes que trataremos de resolver a lo largo de estas líneas.

**a. Noción de control.** Debido a la pluralidad de definiciones del control (de una sociedad o de una empresa), la noción de control es una noción compleja<sup>8</sup>. Es, además, como correctamente lo señalara Ernesto Abril, un término “ambiguo” y “vago”<sup>9</sup>.

Aún en materia societaria y concursal, el término “control” puede responder a distintos y dispares significados. Sin perjuicio de ello, cuando se alude a “control” en la interrelación del instituto de la extensión falencial y el derecho societario se hace alusión a nexo (pues para que haya control debe haber por lo menos dos sujetos -controlado y controlante-) de “*dominio, mando, gobierno o dirección*”. Hasta aquí, una noción corriente o usual de la palabra control.

Sin perjuicio de ello y dentro de la esfera societaria, la doctrina -la referencia es a Champaud<sup>10</sup>- ha caracterizado el control como “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”; como el “derecho de disponer de los bienes de otro como propietario”. Y especifica: “controlar una empresa es tener el control de los bienes que están afectados a ella (derecho de disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de dirigir su actividad económica”, o sea que “controlar una sociedad es tener el control de los bienes sociales (derecho a disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de la actividad económica de la empresa social”.

<sup>8</sup> La complejidad también es pregonada en el derecho italiano. Por todos ver: MARCHETTI, P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, en “Rivista delle Società” (fondada da Tullio Ascarelli), 1.992, dott. A. Giuffrè editore, Milano, p. 1 y ss. Señala Spolidoro: “La pluralità delle definizioni di “controllo” di una società o di un’impresa nelle recente legislazione commercialistica italiana è di per sé sufficiente a rendere estremamente arduo qualunque tentativo di trattare unitariamente la fattispecie in questione” (SPOLIDORO, Marco Saverio, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge anti-trust*, en: “Rivista delle Società” (fondada da Tullio Ascarelli), 1.995, dott. A. Giuffrè editore, Milano, p. 456.)

<sup>9</sup> Dice Ross: “En resumen, los siguientes axiomas se aplican a las palabras de uso cotidiano: 1) El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido. 2) La mayor parte de las palabras son ambiguas. 3) El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinanda expresión. 4) El significado de una expresión -y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma- se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión -expresión, contexto, situación- en la palabra que aparece” (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Bs. AS., 1.963, p. 112.)

<sup>10</sup> CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, París, 1.962, p. 107 y 161 citado por Alegría en un magistral ensayo que aún hoy tiene vigencia casi absoluta (ALEGRÍA, Héctor, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control*, R.D.C.O. 1.978, p. 303).

Este mismo autor, en otro importante aporte<sup>11</sup>, ha expresado que el control patrimonial es “a la vez el resultado de la unidad de decisión y el mejor medio -si no el único- de asegurar la solidez, la constancia y la duración de esta unidad. Puede definirse como un señorío organizado por medios del derecho, que transfieren a los detenedores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario” Y Agrega: “Por lo que el control es un medio de realizar o conservar la unidad de decisión”<sup>12</sup>.

**b. Sentido dinámico.** Así entendido el control<sup>13</sup>, el mismo pierde significación si no se lo interpreta en un entorno adecuado, en un sentido activo o vivaz. El control es, por definición, un concepto esencialmente “dinámico”. Una persona controlante que no ejerce dicho control, aunque “potencialmente” mantiene tal condición de controlante, deja de serlo, “suspende” su condición a la deriva de otros sujetos, que “en concreto” pueden ejecutarlo. El control, si no es concebido dinámicamente, no es control; es una *mera* posibilidad, pero sólo posibilidad. Es tan sólo una sombra que incesantemente persigue la vida de la sociedad, pero carece de cuerpo.

Entonces, el control, embebido de *pura relación*, vincula a dos partícipes; es una institución que, ejercida por un sujeto sobre otro, debe canalizarse -y así se hace- mediante diversas maneras, algunas típicamente societarias, otras de corte contractual.

**c. Clases de control.** Así visto, y atendiendo a una caracterización “clásica”, el control, cual “poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social”<sup>14</sup>, puede ser interno (societario) o externo (contractual), el que puede ejercerse de una manera ‘directa’ o también ‘indirecta’.

Desde otra óptica, puede ser *de hecho* o *de derecho*.

**c.1. Control interno.** En este orden, el “control interno” es

<sup>11</sup> CHAMPAUD, Claude, *Los métodos de agrupación de sociedades* (trad. de Isaac Halperín), R.D.C.O. 1.969, p. 121.

<sup>12</sup> El italiano Spolidoro, desde otra óptica y aludiendo a un tipo de control específico, agrega: “Questa caratterizzazione, se da un lato sospinge fuori dal significato tipico di controllo le fattispecie in cui vi sia un soggetto in grado (da solo o con altri) di decidere solo su aspetti settoriali dell'attività dell'impresa, dall'altro lato finisce con l'identificare il controllo con la generica idea di svolgimento dell'attività imprenditoriale e specificamente con la direzione dell'impresa” (SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust* cit., p. 465.)

<sup>13</sup> Dice Manóvil: “El elemento que caracteriza por excelencia la materia en estudio -se refiera a los grupos de sociedades- es la relación de dominio que ejerce un sujeto (o varios) sobre una sociedad, la cual será dependiente de aquel. El binomio dominio-dependencia refleja el presupuesto básico para toda la regulación grupal conocida en la materia en el Derecho universal” (MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1.998, p. 251).

<sup>14</sup> RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* cit., tomo 2, p. 279.

aquel en el que el socio, según su capacidad de voto, puede imponer la voluntad social. Vale decir, que es sujeto controlante aquel accionista -en las sociedades anónimas- que posee la participación accionarios "necesaria" para manejar de la decisión social<sup>15</sup>. Debe enfatizarse que el vocablo que se utilizó ("necesaria") es un término que en su extensión abarca, como veremos, tanto el control minoritario (de hecho) o mayoritario (de derecho).

Este control, el interno, puede ser de derecho o de hecho.

(i) *Control de derecho*. Llámase *control interno de derecho* -o mayoritario- al que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo (asamblea en las sociedades anónimas o reunión de socios en las sociedades de responsabilidad limitada). Es decir: cuando quien lo ejerce tiene la mayoría de los votos, calculado sobre la totalidad de los votos posibles según la clase de la sociedad y su contrato o estatuto. Es decir, se trata de una mayoría absoluta y de derecho, que se computa *in abstracto* y sobre la totalidad de los votos posibles<sup>16</sup>.

El control mayoritario depende, como se dijo, del tipo de sociedad y de lo pactado en el estatuto. Así, si para determinados supuestos se hubiese pactado algún sistema de mayoría agravada, sólo tendrá el control de derecho aquel socio que tenga los votos que se requieren para tal decisión colegial. Dependerá, entonces, del caso concreto y del esquema societario planteado al efecto.

No obstante ello, en la doctrina especializada mayoritaria ha predominado el criterio que es suficiente, para hablar de control de derecho -interno, por supuesto-, con que el socio pueda predominar, por su participación accionaria, en las asambleas ordinarias (o equivalente para otros tipos de sociedad).

<sup>15</sup> Expresa Martínez de Petrazzini que el control interno "implica la tenencia de una participación accionaria suficiente para obtener el manejo de la voluntad social, es decir, el quórum requerido estatutariamente en las Asambleas, para aprobar las distintas cuestiones" (MARTÍNEZ DE PETRAZZINI, Verónica F., *Ley de concursos y quiebras N° 24.522*, Macchi, Bs. As., 1.997, p. 199). Alegria: "Éste sería el caso de un accionista (o socio, en otras sociedades diferentes de la anónima) que por la importancia de sus votos, se impone en las decisiones sociales" (ALEGRÍA, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante ... cit.*, p. 304). Otaegui: "La disponibilidad de participaciones societarias que permitan formar la mayoría para la toma de acuerdos colegiales" (OTAEGUI, Julio C., *La extensión de la quiebra*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1.998, p. 110) y mejor: "Es el ejercido mediante participaciones societarias que confieren la certeza de contar con el quórum y la mayoría absoluta en las asambleas u órgano de gobierno o de disposición de la sociedad controlada, con prescindencia del presentismo o ausentismo de los restantes socios, y en virtud de las cuales se elige la mayoría de los miembros del directorio o del órgano de administración de la sociedad, y en su caso del consejo de vigilancia" (OTAEGUI, Julio C., *Concentración societaria. El control externo.*, R.D.C.O. 1.987, p. 79).

<sup>16</sup> ALEGRIA, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante ... cit.*, p. 305.

(ii) *Control de hecho*. Con respecto al *control de hecho*, Manóvil ha dicho que “se configura la relación de dominación cuando el controlante no posee la mayoría de capital o de los votos, pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones”<sup>17</sup>.

O, lo que es lo mismo, aquel que se ejerce “de hecho” por la efectiva concurrencia y votación en las asambleas o reuniones a las cuales se toman las decisiones<sup>18</sup>. Este control fáctico depende, como se ha dicho, del *ausentismo en las asambleas*. Debido a este fenómeno, casi universal, una minoría -aun sin las mayorías necesarias- puede ejercer el dominio sobre la asamblea de la sociedad. También se ha discutido la extensión temporal que debe contener dicha situación. Concretamente la doctrina se ha cuestionado si se requiere “permanencia” en tal situación fáctica de control o es menester algunos actos aislados de “dominación”, cuestión ésta que deberá -y así se expide la doctrina- resolverse en el caso concreto.

(iii) *Control directo e indirecto*. El control interno, a su vez, puede ser directo o indirecto, según como -o mejor: mediante quien se ejecute. Si se ejerce directamente por el sujeto controlante será, valga de redundancia, directo; si se concreta mediante personas interpuestas, también controladas, será indirecto. El control indirecto, puede ejercerse a través de otros sujetos contralados -por poseer, por ejemplo, las mayorías para determinar su voluntad social-.

Estas consideraciones son aplicables todo tipo de control: de hecho o de derecho, interno o externo.

**c.2. Control externo.** Este tipo de control, también nominado *contractual*, tiene como fuente principal -aunque no exclusiva- los ligámenes contractuales. Se hizo la aclaración (“aunque no exclusiva”), pues, si bien en la gran mayoría de los casos el control se ejercerá mediante vínculos contractuales, también puede configurarse mediante otro tipo de relaciones<sup>19</sup>. Resulta “emergente de relaciones

<sup>17</sup> MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el derecho comparado* cit., p. 305.

En sentido similar, Otaegui: “Es el ejercicio mediante participaciones societarias que confieren la posibilidad de contar con el quórum y la mayoría antes citados, pero de mediar un ausentismo habitual de los restantes socios” (OTAEGUI, *Concentración societaria. El control externo* cit., p. 80.)

<sup>18</sup> ALEGRÍA, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante ...* cit., p. 305 y cita en su apoyo: FANELLI, Giuseppe, *Considerazioni in tema di controllo reciproco fra società per azioni*, en “Rivista delle Società”, 1.956-I, p. 665; CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions* cit., p. 113; LIBONATI, Bernardino,  *Holding e investment trust*, Giuffrè, Milán, 1.959, p. 127 y 151.

<sup>19</sup> Ver los ejemplos ilustrados por Manóvil (MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el derecho comparado* cit., p. 305, punto 2.8.2. “Algunos supuestos que encuadran en los “especiales vínculos”. ¿Relaciones de derecho público?”)

contractuales y otros vínculos ejercidos por una sociedad directamente sobre otra o a través de otras sociedad interpósita<sup>20</sup>.

Este tipo de dominación se diferencia notablemente del “interno”, ya que la participación accionaria no juega ningún papel preponderante y es más difícil determinar la existencia de control.

Así, en esta hipótesis “externa”, resulta necesario que se genere el preordenamiento de la actividad del órgano de gestión de la sociedad controlada en lo concerniente a la actividad principal de su objeto. Además, esta situación fáctica deberá ser duradera y completa, pudiéndose probar por cualquier medio la influencia dominante sobre la administración de la sociedad controlada<sup>21</sup>.

A su vez, al igual que en el caso del control interno, éste -el externo- puede ser de hecho o de derecho.

(i) *Control de derecho*. Este último, también llamado “jurídico”, ha sido definido correctamente por Otaegui: “Es el ejercido en virtud de contratos celebrados entre la sociedad controlante y una sociedad controlada que faculta a la sociedad controlante para impartir instrucciones al directorio u órgano de administración de la sociedad controlada, instrucciones que deben ser acatadas<sup>22</sup>; cuando tiene como “causa-fin<sup>23</sup> el establecimiento del control. Es decir, que se dicho supuesto se da cuando las sociedades integrantes han celebrado un “contrato” con el objeto de constituir un grupo<sup>24</sup>.

Pero es importante destacar que esta forma de dominación no es lícita en nuestro ordenamiento. No así en Brasil y Alemania<sup>25</sup>.

(ii) *Control de hecho*. El control es de hecho cuando surge de vinculaciones -contractuales o no- que unen al controlante y al controlado, y que, si bien no autorizan al primero (sujeto controlante) 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<sup>26</sup>. Estas vinculación no tienen como

<sup>20</sup> RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Astrea, Bs. As., 1.997, p. 717.

<sup>21</sup> RICHARD y MUIÑO, *Derecho societario* cit., p. 718.

<sup>22</sup> OTAEGUI, *Concentración societaria. El control externo* cit., p. 80.

<sup>23</sup> OTAEGUI, Julio César, *Concentración societaria*, Ábaco, Bs. As., 1.984, p. 244.

<sup>24</sup> JAMBRINA, Alberto, CRISTÓBAL, Norma y TSANIS, José, *Los grupos societarios en nuestra legislación*, en: “I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. V Congreso de Derecho Societario. Derecho Societario y de la Empresa”, Córdoba, Advocatus, 1.992, p. 455.

<sup>25</sup> Las referencias son de: MARTORELL, *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?* cit., p. 712; OTAEGUI, *Concentración societaria. El control externo* cit., p. 80 y en *Concentración societaria* cit., p. 244; JAMBRINA, CRISTÓBAL y TSANIS, *Los grupos societarios en nuestra legislación* cit., p. 455.

<sup>26</sup> Ilustra Otaegui: “cuando es la consecuencia directa de un contrato que no tiene por fin el establecimiento de dicho control pero que integra las actividades de las actividades de la so-



objeto directo el ejercicio del *control*, pero surgen relaciones intersocietarias que subordinan algunos sujetos a otros<sup>27</sup>.

### III. LA RECEPCIÓN NORMATIVA DEL CONTROL.

*a. Liminar.* Hecha esta introducción conceptual de las distintas variantes de control, conviene analizar la inserción de tales figuras en la legislación argentina, ora societario, ora concursal.

Pero antes, una leve e importante acotación: el concepto de control, en nuestro ordenamiento jurídico es una noción "tendencialmente" neutra<sup>28</sup>, no es ni bueno, ni malo. La prohibición no es al control propiamente dicho, sino al ejercicio abusivo del mismo. La ley solo proscribire la ejecución abusiva del control.

El año 1983 marcó un hito en la regulación del control. En efecto, en ese año, tanto en la LS, como en la LC, se incorpora con ímpetu la figura del control, como así también las sanciones al control abusivo.

*b. Ley de sociedades.* Entonces, la LS, ve en el año 83 (ley 22.903) un punto de partida para problemática del control.

El art. 33, inc. 1, LS, incorpora el control interno de derecho: cuando se posean "participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias". La hipótesis legal hace referencia a los votos "necesarios", independientemente del vocablo "acciones", pues existen algunas sin derecho a voto (art. 217, LS). De otro costado, la norma sub-análisis alude a la formación de la voluntad social en asambleas "ordinarias" (art. 234 y 243, LS). Con esta calificación se excluye, lógicamente, a las mayorías necesarias en las asambleas extraordinarias (art. 235 y 244, LS), sobre todo en aquellos supuestos especiales (art. 244, 4º párr., LS).

El *control interno de hecho* luce en el art. 33, inc. 2, LS: cuando "*ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones,*

---

ciudad controlada con las de la controlante, supeditando fácticamente las decisiones de aquélla a las de ésta" OTAEGUI, *Concentración societaria* cit., p. 244.

<sup>27</sup> En un sentido similar: JAMBRINA, CRISTÓBAL y TSANIS, *Los grupos societarios en nuestra legislación* cit., p. 456. Señala Manóvil: "El contrato de dominación es un contrato cuya finalidad principal es redistribuir las competencias orgánicas de la sociedad dependiente, asignando una parte -generalmente substancial- de las mismas a la empresa dominante. La materia de la distribución de competencias se traslada así de la esfera interna de un sujeto societario, a una relación que deja de ser intrasubjetiva para convertirse en intersubjetiva" (MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el derecho comparado* cit., p. 423)

<sup>28</sup> Correctamente acota Abril: "La noción de "control" no es neutra. No existen palabras neutras, salvo aquellas que, como los números, se refieren a entidades ideales". Al decir "tendencialmente" neutra, admitimos la constructiva crítica de Abril y queremos significar que dicho término no tiene la carga emotiva de otros términos. Además, nuestra intención es enfatizar que lo prohibido por el ordenamiento es el control "con finalidad espuria".

*cuotas o partes de interés poseídas*". Ya no se requiere los votos necesarios, sólo es suficiente que la dominación -influencia dominante-provenga de participación societaria, aunque no sea in abstracto mayoritaria.

Por otra parte, la variantes "directo" e "indirecto" hayan razón jurídica en el art. 33, 1º párr., LS, cuando expresa dicha modalidad puede ser "*en forma -sic- directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada*". Ambas modalidades son aplicables a todas las formas posibles de control.

Por último, nuestra ley prevé el *control externo de hecho*. Art. 33, inc. 2, LS: "*ejerza una influencia dominante ... por los especiales vínculos existentes entre las sociedades*". El hecho que la legislación se refiera a "especiales vínculos" independiza la figura de relaciones exclusivamente contractuales. Sólo es menester una vinculación, que puede no derivar de un pacto (art. 1.137, Cód. Civil); que puede no ser un "particolari vincoli contrattuali" que exige la legislación italiana (art. 2.359). Y, por supuesto, la influencia "dominante"<sup>29</sup>.

La LS, como ya se advirtió anteriormente, no contempla el control externo de derecho.

Desde otra óptica visual, la LS contiene normas sancionadoras del control abusivo. En palabras de Otaegui, "normas punitivas"<sup>30</sup>. La norma punitiva por excelencia es el art. 54, LS, y regula supuestos de responsabilidad del controlante y la inoponibilidad de la persona jurídica -¿o del tipo societario?<sup>31</sup>-.

**c. Ley de concursos.** La nueva LC, al regular el instituto<sup>32</sup> extensión de la falencia, fija también algunos ejes conceptuales en torno al control. El nuevo texto normativo no es más que una reedición, con suaves modificaciones, de la reforma ordenada en el año 1.983 (ley 22.917). Así, puede vislumbrarse en el art. 161, inc. 2, LC.

De tal dispositivo se vislumbra la naturaleza "sancionatoria"<sup>33</sup>

<sup>29</sup> En la doctrina italiana se distingue la influencia "dominante" de la "determinante". (CERRAL, Alessandro, *La impresa editoriale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G. B. Portale, vol. 8, Torino, 1.992, p. 489; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust* cit., p. 465)

<sup>30</sup> OTAEGUI, *Concentración societaria* cit., p. 444. Este último autor, discrimina entre normas "preventivas" y "punitivas". Dentro de ésta última categoría ubica la responsabilidad del art. 54, LS, y los supuestos de extensión de quiebra (art. 160 y 161, LC).

<sup>31</sup> Ver el interesante debate doctrinario en: JUNYENT BAS, Francisco, *Responsabilidad de los administradores societarios*, Advocatus, Córdoba, 1.998, p. 238.

<sup>32</sup> En el sentido que Maffia le asigna al término. MAFFIA, Osvaldo J., *Acerca de la entidad procesal o sustantiva del concurso*, E.D. 76, p. 797; *Verificación de créditos*, Depalma, Bs. As., 1.999, pág. 60.

<sup>33</sup> Escuti (h) y Junyent Bas: "La ley concursal penetra en la formulación del abuso del derecho estableciendo un régimen sancionatorio fundado en el mismo." (ESCUTI (H), Ignacio y JUNYENT BAS, Francisco, *Instituciones de Derecho Concursal*. Ley 24.522, Alveroni, Córdo-

de la norma: tiende a castigar el desvío indebido del interés social de la controlada. ¿Con que reprime? Nada menos que con la falencia. Una segunda -provisional- reflexión: la caracterización que la norma citada (art. 161, inc. 2, LC) efectúa del control (o mejor: del sujeto controlante) ha omitido toda referencia al control externo de hecho -y con mayor razón el de derecho-. Ha recortado el art. 33, LS, dejando de lado la alusión a los “*especiales vínculos existentes*”.

Como es lógico<sup>34</sup>, para que proceda la extensión falencial al controlante no es suficiente la mera existencia de control. Se exigen otros requisitos o presupuestos que configuren el tipo previsto en el art. 161, inc. 2, LC. Ellos han sido correctamente sistematizados por la doctrina<sup>35</sup>: **i)** sociedad fallida (controlada); **ii)** sujeto controlante (persona física o jurídica); **iii)** control (interno -¿y el externo?-) ; **iv)** desvío indebido del interés social de la controlada, adjudicable a la controlante; **v)** dirección unificada; **vi)** interés de la propia controlante o del grupo.

El estudio se enriquece con lo ordenado por el art. 161, inc. 1, LC, que regula el caso de la extensión de quiebra a la persona que opera bajo la apariencia de la actuación de la fallida y en interés personal.

Hacer un análisis exhaustivo de tales presupuestos excedería con creces los objetivos del presente, razón por la cual el examen se puntualizará en el tema del control.

#### IV. EXTENSIÓN DE QUIEBRA Y OPINIÓN DE LA DOCTRINA.

**a. Planteo preliminar.** Ahora bien, en nuestro sistema jurídico, ¿Puede extenderse la quiebra al sujeto controlante externo de hecho? ¿Que ha dicho la doctrina? ¿Cuáles son los fundamentos que avalan sus opiniones?

Existen, como en la mayoría de las discusiones jurídicas, dos posiciones. Una que “no” admite que la falencia pueda extenderse al controlante externo (tesis restrictiva); y otra, contrapuesta, que sí lo admite (tesis amplia).

**b. Tesis restrictiva.** En primer lugar, Rivera<sup>36</sup> se muestra parti-

ba, 1.996, p. 319) También ha puesto de manifiesto la vinculación de este tipo de extensión con el abuso del derecho (art. 1.071, Cód. Civil): ROITMAN, Horacio, *Extensión de quiebra por abuso de control dominante*, R.D.P.C. N° 16 (abuso del derecho), Rubinzal-Culzoni, 1.998, p. 182.

<sup>34</sup> Pues, como hemos dicho, el control es un vocablo “neutro”, desprovisto de contenido axiológico.

<sup>35</sup> ROITMAN, *Extensión de quiebra por abuso de control dominante* cit., p. 179 y ss..

<sup>36</sup> RIVERA, *Instituciones de Derecho Concursal* cit., tomo 2, p. 303.

dario de la primera postura: “Siendo claro que el inciso 2º del artículo 161 de la LC se refiere exclusivamente al control interno, el debate se centra en una sola cuestión: si comprobado el control externo, la conducta del controlante puede quedar subsumida en el inciso 1º de ese artículo 161”. Y agrega: “Desde nuestro punto de vista la respuesta debe ser negativa. La cuestión del control, o mejor del abuso del control, está prevista en el inciso 2º que se refiere exclusivamente al control interno. Es casi superfluo señalar que cuando se sanciona ese inciso 2º -con la ley 22.917- ya existía el artículo 33 de la LS que contempla el control externo y la LC no lo tomó en consideración como un hecho relevante a los efectos de la extensión de la quiebra”.

Sus argumentos son: “(i) La extensión de la quiebra es una solución excepcional, de interpretación restrictiva, que no puede ser aplicada por analogía a situaciones no contempladas por la ley; (ii) la regla sancionatoria en el marco del Derecho Privado es la atribución de una responsabilidad que deriva en la imposición de una indemnización; si el control externo se ha ejercido abusivamente, corresponde ejercer las acciones de responsabilidad de terceros y no declarar la quiebra por extensión, pues la ley no prevé este efecto”.

Y a ello adiciona uno de carácter realista, ya que alentar esta solución puede ser desalentadora de la puesta en marcha de negocios que suponen el control externo. Por último, expresa que la extensión de la quiebra también perjudica a los acreedores del sujeto extendido, que tienen vínculos con el deudor solvente<sup>37</sup>.

En idéntico sentido Roitman<sup>38</sup> y un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.

Este último precedente ha dispuesto que no puede extenderse la falencia de una agencia al concedente o principal del negocio, pues “un elemento caracterizante de este contrato es la independencia que, aunque puede verse limitada por su inserción en la organización del principal, está siempre presente, ya que se trata de una verdadera empresa, titular de un fondo de comercio (el agente)”<sup>39</sup>.

En una línea similar Alberti. Éste último afirma que la hipótesis de “control externo” no ha sido contemplada en el texto legal, a raíz

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Señala al respecto Roitman: “Excluye por ende el *control de hecho o externo*, incluso el derivado de los “especiales vínculos”, pues estas circunstancias no tienen su origen en el carácter de socio, sino en otras vinculaciones, contractuales o de hecho, que pueden traer aparejada responsabilidad por “daños y perjuicios”, pero nunca configurar el extremo de la extensión”. ROITMAN, *Extensión de quiebra por abuso de control dominante* cit., p. 186.

<sup>39</sup> C. Apel. Civ. y Com. de Rosario, Sala IV, “Macrini Hnos. SRL s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra”, 19-5-93. Este fallo mereció dos destacados comentarios: OTAEGUI, Julio C., *Algunos aspectos de la extensión de la quiebra*, E.D. 153, p. 655 y PAOLANTONIO, Martín Esteban, *Distribución comercial, control externo y quiebra*, J.A. 1.993-III, p. 571.

de lo cual -y siendo aquel concepto de tal latitud- usarlo de presupuesto para la extensión falencial podría llevar a ésta a producir situaciones verdaderamente disvaliosas<sup>40</sup>.

**c. Tesis amplia.** Montesi<sup>41</sup> expresa que de “su interpretación literal no resulta admisible el control externo o económico como determinante de la extensión de la quiebra”. Sin embargo, si se quiere “una interpretación sistemática del instituto y su finalidad”, debe concluirse “por aceptar que el control económico no es excluido por la ley concursal y, siendo idóneo para producir cesación de pagos, su efecto es el de generar una comunicación de responsabilidad por la conexidad causa-efecto”. Agrega, entre otras cosas, que la Comisión reformadora -se refiere a la que dio origen a la ley 22.917- se pronuncia por la admisión del control externo<sup>42</sup>.

En idéntico sentido, Martorell<sup>43</sup> entiende que, si se demuestra que entre dos sujetos se ha dado una hipótesis de control de tipo analizado y que el ejercicio abusivo de derechos brindados al controlante por las cláusulas de dominación convenidas en su momento ha tenido una incidencia directa en la cesación de pagos del controlado, puede extenderse la quiebra si su conducta “calzara” en las previsiones del art. 165 (actual 161, LC).

Y se funda en las siguientes consideraciones:

“Primero: la sola introducción de la norma en cuestión dentro del texto legal bajo análisis, nos está indicando la voluntad del legislador de sancionar el control -en todas sus formas- cuando produce derivaciones patológicas”.

Segundo: interpretar lo contrario es reprochable, “no sólo por desvirtuar la propia noción del derecho “como orden coactivo”, en la cual el mismo asienta sus reales, sino porque de esa manera impide concretar uno de sus fines esenciales (quizás el más), como es sancionar al responsable de haber causado un daño al derecho subjetivo ajeno”<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Alberti, Edgardo, en la conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, 1.985, dentro del Curso de Posgrado en “Derecho Concursal” citado por ROULLÓN, Adolfo A. N., *Reformas a la ley de concursos*, Astrea, Bs. As., 1.985, p. 250; MARTORELL, *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?* cit., p. 715.

<sup>41</sup> MONTESI, *Extensión de quiebra*, p. 71.

<sup>42</sup> Así, se pronunció dicha Comisión diciendo que “la desviación de la finalidad propia de la personalidad moral, como la confusión patrimonial inescindible, son los determinantes básicos del tratamiento concursal común. Además, debería incluirse el supuesto de sociedades cuya vinculación -sea interna o externa- provoca la situación concursal necesariamente derivada de unas a otras”

<sup>43</sup> MARTORELL, *Breves estudios sobre concursos y quiebras: ¿Procede la extensión de quiebra por abuso de control contractual?* cit., p. 716.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

**d. Un grupo intermedio.** Rouillón<sup>45</sup>, cuando analiza los presupuestos que dan lugar a la extensión falencial por aplicación del art. 161, inc. 2, LC, expresa que se requiere “control interno de hecho o de derecho, en el sentido del art. 33 de la ley 19.550, aproximadamente coincidente con la descripción de *persona controlante*, hecho en los dos subincisos de este art. 161 de la LCQ, estando excluido el control externo.” No obstante ello, en una obra anterior<sup>46</sup>, señaló que pese a ser “verdad que el controlante externo no está contemplado en el inc. 2º del art. 165 de la LC”, “la extensión falencial de la controlada a aquél puede lograrse cuando su actuación sea subsumible en el inc. 1º del art. 165”.

Por su parte, Otaegui<sup>47</sup> estima que “la sub-quebra del art. 161, inc. 2º, LCQ, es una sanción o pena civil, y como tal, es de interpretación estricta” y que, para subquebrar, tendría, además, que ser el negociante oculto del art. 161, inc. 1º, LC, o el controlante participacionista del art. 161, inc. 2º, LC, o el comunero oculto del art. 161, inc. 3º, LC.

## V. LOS ARGUMENTOS EN JUEGO.

¿Cuáles son los fundamentos que avalan las distintas posiciones? Incumbe, entonces, abocarse al análisis de los argumentos que posicionan las tesis encontradas.

**a. Tesis restrictiva.** En apoyo de la tesis restrictiva, pueden esbozarse:

i) En primer lugar, la interpretación literal de la norma. El art. 161, inc. 2, LC, no sólo se refiere al control, sino que lo define; y, en tal definición -la de los subincisos a) y b)- no se encuentran contempladas hipótesis de “control externo”. Por tal motivo, y teniendo en cuenta que los supuestos descriptos por el art. 161, LC, están fuertemente constreñidos por el “principio de legalidad”, para que la extensión falencial por este motivo fuera procedente sería menester inclusión expresa del supuesto.

ii) Dos: la llamada argumentación “genética”. En este sentido, puede decirse que el legislador, al conceptualizar las noción de control, ha omitido intencionalmente incorporar el “control externo”. Es decir, que si el legislador hubiese querido aceptar en su conceptualización tal tipología de dominación, lo debería haber plasmado en el

<sup>45</sup> ROUILLÓN, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.522, Astrea, Bs. As., 7ª edic., 1.997, p. 198.

<sup>46</sup> ROUILLÓN, *Reformas a la ley de concursos* cit., p. 250.

<sup>47</sup> OTAEGUI, *La extensión de la quiebra*, p. 119.

texto legal. Para avalar tal argumentación; debe considerarse que el *control societario* se incluyó en el ordenamiento argentino en el año 1.983 en las leyes de 22.903 y 22.917. Y que, si en una de ellas se incorporó el *control externo* (art. 33, LS), y en otra no (art. 165-2, LC), la intención del legislador no puede ser más patente.

iii) De la mano de ello, se debe decir que donde la ley no distingue, no se debe distinguir. Pero, si la norma discrimina (elige el control interno), pues entonces distingámos. Resulta claro que en el supuesto del art. 161, inc., LC, la ley falimentaria ha receptado un caso de interpretación "auténtica".

iv) Además se sostiene que, atento ser la extensión de la falencia tener carácter "sancionatorio", la interpretación analógica debe desecharse. Según esta postura argumental, este tipo de razonamiento analógico -en el cual, la pauta resolutoria dada a un primer caso, se aplica a otro, no contemplado expresamente en ella, por considerarlo *semejante* al primero- no puede invocarse para incorporar el control externo, pues la extensión de quiebra tiene carácter *excepcional*. Ante la duda, no debe extenderse.

v) Que acaecido un supuesto fáctico de abuso de dominio económico (o externo) por parte de un sujeto (obviamente controlante) deben ejercerse solamente las acciones de responsabilidad de terceros y no la extensión falencial, pues esta última solución, no sólo perjudica al controlante, sino también a los acreedores del mismo. No es encomiable tal solución -extensión-, pues dichos acreedores tuvieron en vista el patrimonio del controlante, independientemente de los acreedores del controlado.

vi) Otro argumento es de carácter económico: extender la quiebra por este motivo -control externo- desanima o deprime la inversión en asuntos, por ejemplo de tipo contractual, en los cuales exista algún tipo de dominio por parte de los inversores.

**b. Tesis amplia.** La tesis amplia, es decir aquella que permite la extensión de la falencia por causa del control abusivo "económico", reconoce las siguientes líneas argumentales:

i) Si bien una exégesis estricta de la fría letra de ley parecería indicar que el control externo está excluido, ello no ha sido el real propósito del legislador. En efecto, la Comisión reformadora -que dio origen a la ley 22.917- no discriminó entre control interno y externo; es más, los menciona a ambos expresamente como inclusivos dentro de la futura norma a regular (art. 165-2, LC derogada).

ii) En derecho falimentario, al igual que en otros sectores del ordenamiento comercial, la interpretación analógica tiene cabal apli-

cación. Como derecho comercial que es, y en virtud de una técnica interpretativa correcta, debe aplicarse -en lo que fuera pertinente- las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil. El art. 16, Cód. Civil expresa que si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas. La ley análoga en este caso es la legislación societaria. Concretamente el art. 33, LS, que define el control.

iii) También puede acudir a una argumentación “a fortiori”: *prohibido lo menos, prohibido lo más* (Ph - p -> Ph > p). El escollo radica en determinar que es lo “más” y que lo “menos”. Pues bien, la forma natural de control societario es la interna; se trata de una manera de dominio que no fuerza -salvo casos de abuso- la estructura básica sobre la que se apoya los principios societarios. Y por ello, es lo menos.

Ahora bien, lo “más” es el control externo. Es una variante de control que es ejercido por un tercero *independiente* al recurso técnico societario. El control externo *de derecho* está prohibido en nuestro ordenamiento y el *de hecho* no hace más que forzar un vínculo contractual -o de otra índole- para transformarlo en una herramienta de dominio; entonces, esta forma de control es lo más.

Obviamente que el “nexo relacional” entre ambos extremos tiene que ver con el carácter *sancionatorio* que la legislación le asigna a la extensión de quiebra y con el matiz que la legislación, en general, le asigna a dichas formas de dominio. En ello, coincide con la tendencia de derecho comparado.

iv) Por otro lado, incluir esta forma de control (externo) resulta coherente (argumento a coherencia) con el ordenamiento general y con el “sistema normativo de pertenencia”. En este caso, resulta palpable que no se contraponen con otras normas; se complementa con ellas. Y es claro que la ley concursal en su espíritu muestra una tendencia a castigar toda forma de control abusivo.

v) Una última línea argumental se basa en la legitimidad de la diferenciación. Radica en la razón tenida en cuenta para discriminar entre el dominio “externo” y el “interno” y expresa que no teniendo fundamento alguna sancionar de manera diferente -o incluso no sancionar- el ejercicio de un modo externo, no puede interpretarse nunca que dicha modalidad está excluida.

## VII. NUESTRA OPINIÓN.

Habiendo analizado las posiciones y sus argumentos principales sobre el tema objeto de la presente “mono” -grafía, deben emitirse



nuestras conclusiones sobre al respecto. Voluntariamente se omitió analizar la postura que se llamó “*un grupo intermedio*” (punto IV.d), pues, en líneas generales, se coincide con tal posición. En efecto, si bien las hipótesis de control externo no “calzan” en el supuesto regulado por el art. 161, inc. 2, LC, si encuentra cauce normativo en el art. 161, inc. 2, LC.

*a. Análisis de los argumentos.* Pero, previamente se efectuará un estudio de validez de los argumentos reseñados.

El argumento basado en la interpretación literal es el más fuerte de la tesis restrictiva. Resulta claro que la ley al mencionar la “persona controlante”, quiso conceptualizar -de manera especial- dicho giro lexicográfico, diferenciarlo de otros conceptos que quedaban igualmente incluidos.

Con respecto a la argumentación “genética” quedan fuertes dudas respecto de la verdadera intención del legislador y de la extensión dada a dicha “intención”. Que hubo intención de excluir el control externo del art. 161, inc. 2, LC, no quedan dudas, pero no puede afirmarse lo mismo respecto de si fue su “intención” de excluirlo del supuesto incluido en el art. 161, inc. 1, LC.

En relación al razonamiento mencionado por la tesis restrictiva que dice que frente a una situación de control externo abusiva debe acudirse a la vía resarcitoria pues los acreedores del controlante se vería perjudicados. Esta solución no nos convence.

En efecto, es una alternativa (alter: otra) más, que no necesariamente excluye la extensión falencial. Deberá verse en el caso concreto si se han cumplimentado los recaudos necesarios para que proceda tal o cual vía; pero, si se dan los recaudos para que pueda extenderse la quiebra al controlante, no se entiende porque debe desecharse tal “alternativa”. Si bien es cierto que los acreedores pueden haber tenido en vista el patrimonio del controlante, ello también ocurre en casi todos los supuestos de extensión de quiebra, sin que pueda alegarse tal circunstancia.

El argumento de carácter económico tampoco convence. El inversor sabe -o debería saberlo- que, en cualquier ordenamiento serio, si utiliza el control de manera abusiva es pasible de una sanción, cualquiera fuera la forma de control. Además, tanto la represión del dominio externo como el interno encajaría en la razón económica. Pero no por ello, debe excluirse también el control interno.

El punto fuerte de la tesis amplia radica en acudir a la coherencia del ordenamiento y a la ilegitimidad de la exclusión. El ordenamiento concursal, como sistema jurídico, debe castigar el control abusivo sin distinguir -al menos de manera razonable- la fuente de la cual

provenga. A la ley concursal no debe interesarle si el dominio proviene de la tenencia accionaria, o si a la asamblea de ese ente societario no concurre la mayoría de los socios, o si existen una vinculación contractual con un tercero que coarta la independencia del controlado; a la ley falimentaria -y a su espíritu, por supuesto- le interesa sancionar toda situación abusiva de dominio.

**b. La solución.** Por otro lado, pensamos que si bien la hipótesis de control externo no puede, por las razones esbozadas, “calzar” en la hipótesis del art. 161, inc. 2, LC, si encuadra en las previsiones del art. 161, inc. 1, LC.

Dicha norma expresa que debe extenderse la quiebra 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 derechos”.

Este tipo legal (cuya consecuencia jurídica es la extensión) abarca ambas formas de control y, por ello, consideramos que incluye la situación del controlante externo.

¿Cuales son las razones en las que fundamos tal aseveración?

i) En primer término, la noción de control. Entendido éste último como el “poder efectivo de dirección de los negocios sociales” y como el “derecho de disponer de los bienes de otro como propietario” (Champaud), se vislumbra que esta conceptualización encuadra de una manera asombrosa en este inciso, el 1º (art. 161, LC).

ii) El control externo, en si mismo, no es un concepto proscripto por nuestro ordenamiento. Sólo está prohibido aquel que reviste una forma abusiva. Aquel que efectúa “actos” en “interés personal” del controlante y que, en consecuencia, “dispone” de bienes como si fueran propios. A la ley (art. 161, inc. 1, LC) no le interesa el modo, la manera o la forma en que estas conductas se realizan; sólo busca sancionar cuando se realizan de manera abusiva. Prescinde de si se realiza mediante control u otras formas.

No obstante ello, el control es uno de los medios por excelencia a los fines de llevar a cabo la conducta sancionada.

iii) Además, se toman algunos argumentos de la tesis amplia. Tal el de la interpretación sistémica y a coherencia de la norma. La sanción del control económico abusivo debe enmarcarse necesaria y jurídicamente a los fines de su sanción necesariamente en algún supuesto legal. También se aplica a la teoría sub-examine el argumento de la diferenciación ilegítima.

Pero, antes de concluir es menester una aclaración: si bien se considera que el art. 161, inc. 1, LC, sanciona el control externo, solo lo castiga en cuanto se complementa con las conductas prescriptas por

tal norma. De otro modo, la extensión de la quiebra no puede proceder. Deben cumplirse los requisitos de tal precepto normativo, que difieren de los requeridos por el art. 161, inc. 2, LC.

## VIII. CONCLUSIÓN.

Luego de haber efectuado un análisis de las razones que avalan las distintas tesis, se ha concluido que la más adecuada es la intermedia.

Ello nos llevó a aceptar que el tantas veces mencionado "control externo" (abusivo) puede constituir un supuesto que conlleve la extensión de la falencia del sujeto controlado (fallido) al controlante. Pero, es un supuesto más que debe integrarse -sumarse- a los demás requisitos que exige el art. 161, inc. 1, LC. Sólo así se podrá comunicar la quiebra del controlado.

Por otro lado, se considera correcto que quien, a través de cualquier medio (control), se beneficie indebidamente, se enriquezca sin causa legítima o directamente perjudique a terceros, sea sancionado.

En definitiva, el fundamento último que contiene nuestra *conclusión* no es otro que el evitar el "ejercicio abusivo de un derecho" (art. 1.071, Cód. Civil), que nuestro ordenamiento jurídico no ampara.

Además las ventajas prácticas de nuestra postura son evidentes: permite extender la falencia al sujeto controlante por situaciones que pueden tener gran aplicación en la realidad. Muchas figuras, tales como el *management* o los *contratos de distribución* -de aceptarse la interpretación estricta- quedarían al margen de la comunicación de la quiebra, a pesar de haber producido un perjuicio a la controlada y sus acreedores.

Entonces, con la interpretación propiciada se amplía el espectro de posibilidades que den basamento a la extensión falencial, guardando la coherencia lógica que se requiere de las interpretaciones jurídicas.