

PROPUESTA DE REFORMA DE ASPECTOS PARCIALES DEL RÉGIMEN DE EXTENSIÓN DE QUIEBRA POR ABUSO DE CONTROL

Adolfo A. N. Rouillón

I. Aunque algún supuesto de extensión de quiebra puede darse (en teoría más que en la práctica) cuando la fallida principal es una persona física, es certero que el ámbito de aplicación más frecuente, fecundo e importante de la extensión falencial es el campo societario. La experiencia de la institución muestra que ella ha sido fructífera en el terreno de las quiebras de personas jurídicas.

Parece oportuno, entonces, en un Congreso de Derecho Societario, repensar algunos aspectos de la extensión de quiebra de las personas jurídicas, con miras a lograr un mejor funcionamiento de este sistema que en nuestro país se viene perfeccionando -en la legislación y en la jurisprudencia- en los últimos veinte años.

La evolución legislativa concursal argentina ha ido sumando, bajo el rótulo común de la *extensión de quiebra*, casos que exhiben notables diferencias en sus presupuestos y en sus consecuencias.

Sumariamente, hoy podemos distinguir:

- 1) La extensión de quiebra social al socio ilimitadamente responsable de una sociedad (fallida principal): L.C., 164;
- 2) La extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible: L.C., 165, inc. 1^ª;
- 3) La extensión de quiebra por abuso de situaciones de control; de la controlada (fallida principal) al controlante que incurrió en conductas abusivas tipificadas en L.C., 165, incs. 1^ª y 2^ª.

II. El primer caso de extensión falencial (L.C., 184) tiene como *presupuestos*: la existencia de la sociedad en quiebra (fallida principal), y socios de ella con responsabilidad ilimitada. La responsabilidad de estos socios por las deudas de la sociedad no es creada por la ley concursal ni surge en razón de que la sociedad esté en quiebra. Estos socios son ya responsables -por las deudas sociales- según la legislación societaria común; la novedad que aporta la ley concursal es la

desaparición de toda subsidiaridad en caso de quiebra social.

El *punto de partida* es la preexistencia de una responsabilidad que viene del derecho común (socio responsable por las deudas sociales, en ciertos tipos societarios y en ciertos casos), que ante la quiebra de la sociedad cambia solamente en cuanto se hace más drástica la vía de cobro forzado (no ya subsidiaridad, ni excursión previa de bienes sociales, sino liquidación simultánea por quiebra extendida al socio).

La *consecuencia* de la extensión de quiebra es la participación de los acreedores sociales junto a los acreedores particulares de los socios (*pari passu* aunque con la graduación correspondiente) en las masas de cada una de las quiebras extendidas.

III. El segundo caso de extensión falencial (L.C., 165, inc. 3º) tiene como *presupuesto*: una muy relevante promiscuidad en el manejo de los negocios de dos o más personas (habitualmente personas jurídicas), de tal modo que sea imposible, o al menos muy difícil, establecer quien se ha obligado y quien ha sido el destinatario final de los beneficios. Ese manejo negocial, harto promiscuo, indica que bajo la ostensible separación de patrimonios (y personalidades), se encubre una realidad unitaria subyacente que supera la aparente diversidad formal.

Más que un caso de extensión de quiebra es un supuesto de identificación del verdadero sujeto de ella, o de la real composición del patrimonio fallido, aparentemente atribuido (en verdaderos *segmentos* de una sola unidad) a plurales sujetos de derecho. Para poder someter a liquidación todo el patrimonio segmentado, es menester poner bajo el rigor falencial a todos quienes lucen como titulares de las distintas fracciones. Sólo de esta manera -declarando en quiebra a todos los sujetos- se consigue extender el desapoderamiento sobre todos los bienes del patrimonio único, y liquidar éste en su verdadera dimensión.

El *punto de partida* es una situación aparente -pluralidad de patrimonios y de sujetos titulares de ellos- que ante la quiebra de uno obliga a identificar la real dimensión del patrimonio fallido y la inexistencia de las personalidades separadas.

La *consecuencia* es clara: todos los bienes reunidos conformarán un solo activo liquidable, sobre el cual concurrirán sumados (*pari passu* aunque con la graduación correspondiente) todos los acreedores (cualquiera fuere el sujeto obligado -de entre los quebrados por extensión-, que figurare en los títulos).

IV. El tercer caso de extensión falencial (L.C., 165, incs. 1º y 2º) -sobre el cual versará mi propuesta- agrupa varios supuestos de abuso de control: el control societario (en sentido técnico) interno, de derecho y de hecho (inc. 2º, cit.); o un *control* (en sentido amplio, no técnico) que deriva de la comprobada circunstancia

de que un sujeto puede hacer que otro disponga de sus propios bienes en interés personal del primero y en fraude de los acreedores del segundo, todo bajo la apariencia de una actuación regular del sujeto perjudicado (inc. 1º, cit.).

En los dos casos el *presupuesto* básico es la presencia de la noción de *abuso* de una situación de poder -fáctica o jurídica- que permite incidir determinadamente a un sujeto (el abusador) sobre la conducta de otro sujeto (el abusado y quebrado principal).

El *punto de partida* es un obrar antijurídico, reprochable, ilícito en sentido lato, legalmente tipificado en las descripciones que hacen los incs. 1º y 2º, citados, en las que subyace la idea de *abuso de poder*.

En estos casos campea la noción de ilicitud (en el obrar del sujeto abusador), que explica la responsabilidad -extensión de quiebra- atribuida como consecuencia.

Sin duda estamos frente a un supuesto de *responsabilidad civil* y, como tal debieran perfilarse más adecuadamente las reglas en funcionamiento de ésta, que en la actual legislación concursal lucen todavía algo desdibujadas.

A mejorar el sistema apunta la propuesta que pasa a desarrollarse.

a) En primer lugar, el *obrar antijurídico* descrito en el tipo legal del inc. 2º, citado, padece un exceso de reglamentarismo. Hay en él -en el mismo plano- demasiados presupuestos de operatividad de la consecuencia, lo que en la práctica conspira con su puesta en funcionamiento (repásense los repertorios jurisprudenciales, cumplida casi una década de la consagración legislativa del inciso de marras, y se advertirá que la extensión de quiebra por abuso de control societario interno sin confusión patrimonial inescindible, es una rareza).

Si lo que se reprocha -la conducta ilícita- es el abuso de control, basta con dejar así definido el presupuesto de la extensión falencial (o seguir refiriéndolo al *desvío del interés social de la controlada*, sin más aditamentos), eliminando las actuales referencias a la *dirección unificada* (medio usual del control abusivo, pero que no debe excluir otros supuestos de abuso a través de medios diferentes) y al *interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte* (destino habitual de los resultados del desvío, que tampoco debiera ser determinante para la configuración del abuso en sí).

b) En segundo término, el *daño* que justifica la actuación de las reglas de esta responsabilidad civil (tan severa que conduce directamente a la quiebra del sujeto responsable), tendría que estar definido en el texto legal.

Es obvio que aun hoy -sin referencia alguna al tema- sería absurdo pronunciar una extensión de quiebra por mero castigo y sin propósito reparador; y es igualmente evidente que el perjuicio a reparar es el déficit (insuficiencia de activo que provoca la falta de pago de la integridad del pasivo) con el que se enfrentan

-casi siempre- los acreedores de la fallida principal. Sólo la existencia de dicha insuficiencia, y el consiguiente perjuicio a los acreedores de la quebrada principal, explica y justifica que para su reparación se haga responsable a quien lo causó o contribuyó a causarlo. La inexistencia del perjuicio, ya por no quedar saldos insolutos en la quiebra principal (caso de laboratorio), ya porque el sujeto imputado del obrar ilícito lo solventa adecuadamente, tomaría innecesaria e injusta la propagación falencial.

Por experiencia judicial es claro que la *insuficiencia de activo* es la regla en situaciones de insolvencia; debería entonces presumirse. Pero siempre ha de quedar al imputado la posibilidad de probar -él- la inexistencia de perjuicio a los acreedores de la fallida principal (cuando los bienes de ésta alcanzan para pagar todas sus deudas, o cuando aquél solventa el déficit que no ha sido pagado con el activo liquidado).

c) En tercer lugar, la *relación de causalidad* entre el *daño* y el *obrar antijurídico*, debe ser presupuesto ineludible en este caso de extensión falencial.

Esa relación ha de referir a la incidencia, directa o indirecta, del obrar ilícito (el abuso de control) sobre la producción, facilitación, agravación o prolongación indebida de la insolvencia de la quebrada principal.

También debiera presumirse esa relación de causalidad frente a la demostración del obrar ilícito, pero tendría que reconocerse al imputado la posibilidad de probar que la actuación que se le reprocha -aun demostrada- no tuvo influencia alguna en la insolvencia de la fallida principal; y, así, lograr el rechazo de la pretensión de extensión falencial.

d) Por fin, las *consecuencias* de este caso de responsabilidad por quiebra debieran ser más tangibles para los supuestos beneficiarios de la extensión (los acreedores de la fallida principal, perjudicados por el déficit de activo en ésta a raíz del obrar abusivo del quebrado por extensión que condujo directa o indirectamente a ello).

Adviértase que hoy, por aplicación del sistema de L.C., 165-7, todo el esfuerzo de la extensión falencial por abuso de control recompensa a los acreedores de la fallida principal con la esperanza (*rectius*: ilusión) de cobro sobre el eventual remanente de activo en la quiebra extendida; una suerte de reconocimiento de su carácter de acreedores del sujeto abusador, pero con categoría suquirografía (postergados por todos los acreedores *originarios de éste*).

La solución actual conspira contra la eficacia del caso analizado, y es injusta. Lo primero, porque el premio al esfuerzo de la extensión falencial intentada por el más difícil de sus casos, es demasiado etéreo para correr los riesgos implícitos en el intento; lo segundo, porque no hay razón para subcategorizar así a estos acreedores cuyo crédito proviene de fuente extracontractual (el obrar ilícito del

sujeto que abusó de la quiebra principal disminuyendo la garantía común con que aquéllos contaban), pero no por eso menos valedera y, a la vez, con la fuerte presunción de que el abuso mentado (y perjuicio para los acreedores de la fallida principal) habrá reportado beneficios al abusado (y consiguiente mejora de la garantía común de los acreedores de la quiebra por extensión).

Pero ello parece más equitativo y coherente con los propósitos de la extensión de quiebra y con su encuadre dentro de las reglas de la responsabilidad civil (o responsabilidad por daños), consagrar una norma que haga responsable al fallido por extensión de los saldos insolutos en la quiebra principal, y permita a estos saldos impagos participar en la quiebra extendida *pari passu* (aunque con la graduación correspondiente) con los acreedores originarios del sujeto que abusó de su poder de control.

PROPUESTA

Debe considerarse la posibilidad de adecuar la legislación concursal referida a la extensión de quiebra por ejercicio abusivo de situaciones de control, para conciliarla con los principios y reglas comunes en materia de responsabilidad civil por daños, explicitando en los textos positivos dichos principios que, en buena medida, están ya implícitos en las normas vigentes.

A título ejemplificativo, sugiérese la siguiente redacción para textos a reformar:

Art. 165.- (Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial).- 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) A toda persona controlante de la sociedad fallida cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada.

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 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 descripta en el primer párrafo de este inciso.
- 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.

En los casos de los incisos 1º y 2º precedentes, no se extenderá la quiebra si la persona imputada: prueba que su conducta no tuvo influencia directa o indirecta en la producción, facilitación, agravación o prolongación indebida de la insolvencia de la quebrada principal; o prueba que no hay insuficiencia de activo en la quiebra principal; o solventa adecuadamente el déficit resultante.

Art. 165-7.- (Masas separadas). En los casos no previstos en el artículo anterior, se consideran separadamente los bienes y créditos pertenecientes a cada fallido.

El pasivo de las quiebras extendidas comprende, además de sus deudas personales, los saldos insatisfechos en la quiebra principal, con los correspondientes privilegios.