

La ausencia de compensación como requisito adicional para la extensión de la quiebra a la controlante (art. 161, inc. 2 de la Ley N° 24.522)

Amelia Foiguel Borci

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Si bien el inc. 2° del art. 161 LCQ no exige para la extensión de la quiebra la ausencia de contraprestaciones efectuadas por la controlante a la controlada, la jurisprudencia y la doctrina han señalado, razonablemente, su importancia como requisito para la extensión de la quiebra.

En el presente trabajo, se intenta abordar la temática de la compensación como elemento adicional a los previstos en el inc. 2° del art. 161 LCQ.

II. La extensión de la quiebra a la controlante. El supuesto del inc. 2 art. 161 LCQ [\[arriba\]](#)

El art. 161 establece tres supuestos de extensión de quiebra; en su segundo inciso prevé la hipótesis de la sociedad controlante que, en ejercicio abusivo de su control sobre la controlada, desvía el interés social de la misma, sometiéndola a una dirección unificada en beneficio propio o del grupo.

Conforme lo ha expresado cierta doctrina, los requisitos que la ley exige son: 1) Que la controlante detente control sobre la ya fallida; 2) Que la fallida sea parte del grupo económico de la controlante; 3) Que, mediante el abuso del control, la controlante hubiese desviado indebidamente el interés social de la quebrada; 4) Que tal acto hubiera producido, mantenido, agravado o prolongado el estado de cesación de pagos; 5) Que existiese una dirección unificada de la controlante o grupo económico[1]. De manera análoga, se ha expresado la jurisprudencia[2].

Sin perjuicio de esto, antes de extender la quiebra de la fallida a la sociedad controlante, alguna jurisprudencia ha tenido en cuenta un elemento adicional, tomado de la regulación de los grupos de sociedades del derecho comparado.

III. Los grupos de sociedades [\[arriba\]](#)

El fenómeno del grupo de sociedades ha surgido, espontáneamente, como resultado de la evolución de la economía y del mercado, en conjunción con la libertad de contratación y el derecho de propiedad. El derecho los ha encontrado ya funcionando y, en algunos casos, los ha regulado, dictando para ellos una legislación particular. Se trata de una unidad compuesta de varias personas jurídicas, que interactúan entre sí mediante relaciones de dirección y coordinación empresaria, por las que existe una relación de dominación o de dependencia entre ellas[3].

Los elementos esenciales del grupo de sociedades son: (i) la dirección unitaria de un sujeto de derecho sobre una o varias sociedades; y (ii) un mecanismo de dependencia a través del cual se manifiesta la dirección unitaria. Ambos elementos deben estar presentes para que exista un grupo de sociedades[4].

El mecanismo jurídico a través del cual se configura dicha dependencia es el ya mencionado control. Puede decirse que existe control cuando "...alguien (persona

física o jurídica) está en condiciones de imponerle las directivas para su gestión, con cierta continuidad o permanencia"[5].

Ahora bien, la doctrina ha considerado de manera unánime que la existencia del vínculo de un grupo de sociedades no implica, necesariamente, que cada ente carezca de autonomía jurídica y patrimonial: cada sociedad es independiente y responde por sus propias obligaciones. "La circunstancia de que una sociedad sea controlada, interna o externamente, de derecho o de hecho, directa o indirectamente (a través de otra sociedad vinculada o dominada), no conduce por sí a negar su autonomía jurídica y patrimonial. La sociedad controlante responde no por toda la gestión de los administradores de la controlada sino solamente por la gestión de los administradores de la controlada en conflicto de intereses con la controlante y en detrimento de la controlada"[6].

En otras palabras, en principio, ni el control ni la posición dominante son -en sí mismos- generadores de responsabilidad, en tanto no constituyan el medio para la obtención de beneficios, a través de la violación de las reglas para perjudicar o burlar derechos de terceros[7].

De hecho, esta es la postura que ha seguido la LCQ ante los grupos económicos y el supuesto de extensión de quiebra: para que proceda el art. 172 LCQ exige la configuración de alguno de los supuestos del art. 161. Del análisis de estas normas se deduce que: "i) La norma [la LCQ] establece la legalidad del fenómeno de los grupos económicos. ii) Aun cuando se haya declarado la quiebra de un miembro del agrupamiento económico, ésta no se extiende a los demás integrantes, siempre que no se configuren los supuestos desarrollados en los arts. 160 y 161 LCQ [...]. iii) Aunque la ley no lo menciona, el control entre los integrantes tampoco debe ser abusivo, pues puede dar sustento a otras acciones recompositorias como la desestimación de la personalidad jurídica o incluso la de responsabilidad civil..."[8].

La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, sosteniendo que las vinculaciones, agrupamiento, unidad de decisiones o unidad económica entre varios sujetos de derecho no son suficientes para desconocer la autonomía de cada sujeto, en tanto no se alegue y pruebe que se hayan instrumentado las formas jurídicas para perjudicar a los terceros[9]. Asimismo, se ha resuelto en sentido contrario cuando el control fue utilizado para violentar derechos de terceros, para la consecución de fines extrasocietarios o cuando constituyó un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe[10].

Para que genere responsabilidad, el control debe haber sido ilícito. Recientemente, la Cámara ha definido control abusivo y desvío indebido: "La mera existencia de control es insuficiente para extender la quiebra al sujeto controlante, ya que él debe haberse ejercitado de manera abusiva. A su vez, el abuso se configura por el desvío indebido del interés social de la sociedad controlada. Constituye desvío del interés social de la controlada, aquella actividad, impuesta por la controlante que no se encuentre dirigida a alcanzar el objeto social de la sociedad controlada[11].

En síntesis, la mera presencia de control entre sociedades de un grupo societario no implica, en sí, ilicitud alguna. "Lo ilícito es el control torpe: es decir, el desvío indebido del interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección

unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte"[12].

IV. La compensación [\[arriba\]](#)

La compensación[13] se refiere a cualquier contraprestación que la sociedad dominante otorgue a favor de la sociedad dominada en compensación por las desventajas que hubiera sufrido por la actuación de la controlante, desviando su interés en beneficio de ésta o del grupo. Su fin es neutralizar los efectos nocivos de los negocios y medidas, inducidos por la empresa dominante, para que la dependiente pueda producir utilidades equiparables a las que hubiera generado sin esas medidas perjudiciales[14].

Si bien el hecho de pertenecer a un grupo trae aparejados para la controlada ciertos beneficios (ej. el branding de pertenecer al grupo, facilidad para obtener financiación, asegurarse la venta a otras sociedades del grupo, etc), generalmente, ésta sufre las desventajas, por el ejercicio del control, en beneficio de la controlante o del grupo[15]. Estos beneficios y perjuicios deberían ser evaluados desde una perspectiva general, para determinar en qué proporción la sociedad perjudicada debería ser compensada por los daños ocasionados.

Con ese propósito, surge la "Teoría de las Ventajas Compensativas" o "Doctrina Rozemblum", nombre que toma del fallo dictado por la Corte de Casación francesa que constituye uno de los leading cases en la materia. Esta teoría sostiene la legitimidad de que la sociedad controlante -en ejercicio de su poder de dominación- cause cierto perjuicio a una controlada, siempre que lo haga en ejecución de una "política o interés del grupo" y sin afectar la autonomía patrimonial de sus controladas[16].

Esta doctrina no ha sido receptada en la legislación nacional, pero sí se encuentra presente en el derecho positivo comparado.

El derecho italiano dispone que la holding no debe responder por el daño causado a la controlada cuando: a) la holding ejerza su poder de dirección unitaria; b) dicho ejercicio se adecue a los principios de correcta gestión societaria y empresarial; c) el daño resulte compensado -el artículo dice "inexistente"- a la luz del resultado global de las actividades de dirección y coordinación. El derecho alemán sólo se limita a disponer que la sociedad controlante no puede causar un daño a la controlada, sin habérselo compensado. La ley brasilera, inspirada en la alemana, dispone que los administradores de la dominante no pueden favorecer a otra sociedad del grupo -controlante o controlada- en perjuicio de una controlada. Tal como sostiene la doctrina aquí citada, pareciera que la ley italiana - muy posterior a la alemana- es la más completa y minuciosa sobre el tema de la compensación entre los miembros de un mismo grupo[17].

Es claro que la obligación de compensar surge de la conducta nociva de la sociedad dominante. Pero lo que resulta complejo es cómo probar esa conducta y cómo determinar el daño producido.

Como afirma la más calificada doctrina en esta materia, "el acto de determinar o inducir, de causar que la sociedad realice un determinado negocio jurídico, que adopte una medida u omita hacerlo, ese impulso que parte de la dominante para que la sociedad dependiente actúe o no actúe, es lo que hace que se le impute a

aquella el deber jurídico de compensar"[18]. El derecho positivo alemán, al regular este tema, no exige ninguna formalidad particular para tener por configurada esa inducción: puede consistir en cualquier tipo de expresión verbal o escrita, que surja -de manera directa o indirecta- de la actuación de la sociedad o de una convención del grupo. Lo fundamental es que el resultado de la influencia ejercida constituya una desventaja para la controlada[19].

De lo expuesto hasta aquí, surgen varios interrogantes: ¿cómo puede realizarse la compensación?, ¿qué cualidad esencial deben cumplir dichos actos para poder ser tomados como contraprestaciones?, ¿cómo efectuar la valuación patrimonial de los mismos?

Si bien la legislación local carece de normas que regulen tales supuestos, los tribunales han aplicado, de manera parcial, el derecho comparado antes mencionado.

V. Jurisprudencia [\[arriba\]](#)

Antes de decretar la extensión de una quiebra, en varios casos los tribunales nacionales han verificado la inexistencia de actos que pudieran haber compensado los perjuicios ocasionados por la sociedad controlante. En esos casos, los tribunales han declarado la extensión de la quiebra al no encontrar dichas compensaciones.

"El desvío indebido del interés social acaece cuando la actividad económica de la controlada es desfavorecida para satisfacer el interés del grupo sin que exista reciprocidad. Tal desvío importa la transferencia de beneficios a favor de terceros sin contraprestación adecuada o insuficiente (Otaegui Julio, "La extensión de la quiebra", pag. 122, Abaco, 1998), como ocurre en el caso"[20].

En otro caso, la Cámara ha confirmado la extensión de la quiebra decretada en la instancia anterior al comprobar que la controlante, en ejercicio de su posición dominante, había obligado a la controlada a otorgar avales a su favor, para el mantenimiento de créditos, sin concederle nada a cambio[21].

En suma, si bien la LCQ no menciona como requisito para la extensión de la quiebra prevista en el art. 161, inc. 2 a la inexistencia de compensaciones por el daño sufrido, la tendencia del derecho comparado y la doctrina y jurisprudencia locales han señalado su razonabilidad e importancia, casi constituyéndolo en un requisito para semejante sanción. La razón es clara: de no hacerlo podría darse lugar a soluciones injustas e inequitativas.

VI. Conclusión [\[arriba\]](#)

El inc. 2 del art. 161 LCQ sanciona, con la extensión de la quiebra de la controlada a la controlante, el fraude que ésta ha realizado por el desvío indebido de su posición dominante, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus accionistas, de los acreedores y de terceros.

Pero se ha visto que, no sólo resultan necesarios los requisitos que prevé la LCQ; es decir, el control "torpe" utilizado indebidamente, la dirección unificada y el agravamiento del estado de insolvencia de la controlada, sino que -además- los

tribunales han requerido la ausencia de contraprestaciones suficientes, que compensen el perjuicio ocasionado.

Tales contraprestaciones resultan de difícil calificación y prueba. Si ya es compleja la tarea de identificar las acciones dañosas que la controlante realiza respecto de la controlada, lo es más aún el determinar qué actos neutralizaron dichos daños y compensaron las pérdidas que le habían sido ocasionadas por su posición de control. A pesar de que la prueba resulta ardua, es evidente que los tribunales prestan atención a dichas compensaciones y sólo en su ausencia dictan una sanción tan gravosa como la extensión de la quiebra.

Más allá de esto, es evidente que lo aquí planteado reclama una reforma normativa que prevea el fenómeno de los grupos de sociedades como un todo integral, de modo que tengan un tratamiento diferenciado y no se le apliquen normas genéricas dictadas para sociedades simples, como se hace actualmente. El derecho comparado ya ha avanzado en esta temática y se nota -en la ley local- la necesidad de una evolución normativa en esta materia.

Sin intención de ser exhaustivo, se considera que esta regulación específica de los grupos debería receptor, entre otras: la Teoría de las Ventajas Compensativas; soluciones respecto a la valuación de las compensaciones entre las sociedades de un mismo grupo; un régimen especial de responsabilidad de los administradores y miembros de órganos de control de la sociedad controlada (que los resguarde de actos nocivos, cuando éstos hubieran sido realizados por "imposición" de la dominante); una redefinición del concepto de interés social del grupo (que diferirá del interés social individual de una simple sociedad).

Estas cuestiones deberán ser tratadas, adecuadamente, en una legislación "hecha a medida" de este fenómeno de los grupos de sociedades.

[1] conf. GRISPO, JORGE D. y BALBÍN, SEBASTIÁN. Extensión de la Quiebra. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 117 y ss.

[2] CÁN. NAC. COM., en autos "ENSINCK, JORGE (SU SUCESION) s/QUIEBRA" 23/9/1991. Id Infojus: SUN0005092.

[3] conf. Roitman, Horacio y Aguirre, Hugo "Grupo de sociedades, Coordinación y dirección empresaria". 2010. Abeledo Perrot digital, disponible al 21/07/13.

[4] conf. Roitman, Horacio y Aguirre, Hugo. Op. Cit.

[5] Villegas, Carlos. Sociedades comerciales, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 639.

[6] Otaegui, Julio C., Concentración Societaria. Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1984. págs. 718/9.

[7] Caputo, Leandro J. "Responsabilidad de la sociedad controlante" publicado en JA 2001-II-936. 2001 (Disponible en Abeledo Perrot digital al 21/07/13).

[8] Junyent Bas, Francisco. Ley DE CONCURSOS Y QUIEBRAS - Comentada. Ed. Abeledo Perrot. 2009. art. 172 y cctes.

[9] C. Nac. Com., sala A, "Chausovsky, Rubachik v. CATYC S.A.", del 8/4/1987.

[10] C. Nac. Com., sala B, "Jabif, Ricardo v. Bonino y Tomasini S.A. s/ordinario", del 20/5/1987; sala A, "Chausovsky, Rubachik v. CATYC S.A.", del 8/4/1987; sala B, "Papelera Paysandú v. Lanín S.A.", del 8/3/1984) Disponible al 27/07/13 en <http://federacionuniversitaria34.blogspot.com.ar>.

[11] CCom. Sala F. en autos "Jorge Fischetti S.A. s/quiebra, pedido de extensión de

quiebra a Fischetti y Cía. SRL" 2/08/2012. Citado en Microjuris: MJ-JU-M-75387-AR | MJJ75387.

[12] *Ibídem*.

[13] No me refiero aquí a la compensación como modo de extinción de las obligaciones prevista en el art. 818 y sptes. del Cód. Civ., sino como contraprestación que contrarresta los perjuicios sufridos por la sociedad controlada. Como explica Manóvil en la obra citada en este trabajo "La compensación es distinta de la reparación de perjuicios porque, a diferencia de esta última, no conlleva una restitución en especie o el pago de una suma de dinero que cubra integralmente los daños, sino solamente el otorgamiento de una ventaja que importe equivalencia con el detrimento derivado de la desventaja, y que puede consistir en cualquier clase de prestación patrimonial. O sea, deberá ser susceptible de apreciación en dinero y activable en el balance".

[14] Manóvil, Rafael Mariano. Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998, pág. 518.

[15] Roitman, Horacio y Aguirre, Hugo, Op. Cit.

[16] *Ibídem*.

[17] *conf. Ibídem*.

[18] Manóvil, Rafael Mariano. Op. Cit. Pág. 515.

[19] *Ibídem*. Pág. 515 y ss.

[20] CÁN. NAC. COM., Sala A. en autos "Castelar S.A. s/Quiebra s/inc. de Extensión de Quiebra". 29 de diciembre de 1999. Disponible en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/jurisp/principal.htm> al 20/08/13.

[21] En igual sentido CNCom, Sala B "Fibrasur s/Quiebra s/Extensión de quiebra" 18/12/1998, y dictamen del Ministerio Fiscal en autos "Envasadora del Norte SA s. quiebra s. incidente de extensión de quiebra. Cám. Nac. Com., Sala B, 10/09/2010, disponibles en <http://www.societario.com>.