

CARRERA DE ESPECIALIZACION EN
SINDICATURA CONCURSAL
U.N.L.P.

Tema: EXTENSION DE LA QUIEBRA

Autor: Javier Andrés Giménez Giménez

Tutor: Dr. Miguel Telese

2013 - 2015

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el instituto de la Extensión de la Quiebra legislado en la Ley de Concursos y Quiebras Nro. 24.522 y sus actualizaciones, en los artículos 160 al 171.

Se trataran los temas relativos a:

- La extensión de quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada.
- La extensión de quiebra por actuación en interés personal, controlantes y confusión patrimonial.
- Los conceptos de masa única y masas separadas.
- Aspectos procesales de la extensión de la quiebra:
 - Competencia
 - Petición de extensión
 - Tramite – Medidas Precautorias
 - Sindicatura plural
 - Cesación de pagos
 - Créditos entre fallidos

- Fallos jurisprudenciales referidos al tema.
- Conclusión y propuesta de modificación a la Ley de Concursos y Quiebras

La extensión de la Quiebra

La Ley 24.522 de Concursos y Quiebras establece en los artículos 160 y siguientes los diferentes supuestos y mecanismos por medio de los cuales es posible extender los efectos de la Quiebra a sujetos relacionados de alguna forma con el sujeto principal que ha caído en el estado falencial.

Es decir que a fin de la factibilidad de una extensión de quiebra, aparece el primer requisito que es la necesidad de que exista un sujeto (persona jurídica o real) al que se le haya declarado la quiebra, cumpliendo todos los requisitos para ello, principalmente el presupuesto objetivo de la cesación de pagos, definido como el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial, que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles (Rivera). Es decir que sin un sujeto principal fallido, no puede existir la extensión. Pero al mismo tiempo no es requisito indispensable el estado de cesación de pagos del sujeto al que se le extiende la quiebra. En este particular caso no se haya presente el presupuesto objetivo concursal de la cesación de pagos.

El artículo 160 de la Ley 24.522 es el que define el primero de los casos, al establecer que “la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada...”

Fundamentalmente el objetivo de la extensión de la quiebra es el de incrementar el activo liquidable a fin de satisfacer (al menos en parte) a los acreedores de la fallida principal. Es decir que el interés tutelado es el de los acreedores que ven incrementado sus posibilidades de cobro por la declaración de la extensión y la incorporación de nuevos bienes liquidables.

Aunque este instituto sea mas frecuentemente utilizado en las falencias societarias, nada obsta a que se pueda extender a las quiebras de personas físicas.

Pero para que proceda la extensión de una quiebra es necesario que se den ciertas condiciones o supuestos.

Nuestro ordenamiento legal hace una distinción y divide la extensión en dos grupos:

- La declaración como consecuencia de la función de garantía asumida por el socio al constituirse en solidario e ilimitado por las obligaciones sociales.

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

- La declaración de la extensión como sanción legal a ciertos sujetos que han incurrido en conductas reprochables o contrarias a derecho.

Además la Ley de sociedades comerciales (Ley 19.550) prevé la solidaridad ilimitada y solidaria en los siguientes casos, lo que daría la factibilidad de la extensión de la quiebra:

- Omisión del uso de la sigla SA (Art. 164, segundo párrafo, LS; en la SRL solo el gerente responde por las operaciones realizadas por tal omisión (Art 147, segundo párrafo, LS)
- Participación del socio comanditario en la administración de la sociedad en comandita o la utilización de su nombre en la razón social (art 136, LS)
- Abuso de control (art 54, LS)
- Socio oculto (art 34, LS)
- Sociedad nula (art 17, LS)
- Sociedad de objeto ilícito (art 18, primer párrafo, LS)
- Sociedad con actividad ilícita (art 19, LS)
- Sociedad de objeto prohibido (art 20, LS)

No todas las hipótesis plantean una igual extensión de la responsabilidad.

Existen en nuestra doctrina diferentes teorías sobre la medida de la extensión de la quiebra:

1. Tesis de Maffia (restrictiva): sostiene que la extensión automática de quiebra prevista en el artículo mencionado solo puede alcanzar a los socios de los tipos societarios que desde el origen de la sociedad asumieron la responsabilidad ilimitada y solidaria. En los supuestos restantes, es decir en que la responsabilidad ilimitada surge como una sanción posterior a la creación de la sociedad, no procede la extensión de quiebra automática contemplada en la norma (Derecho Concursal – Maffia) Esta teoría sostiene que la responsabilidad ilimitada del socio proviene del mismo contrato social y ha sido voluntariamente asumida por aquel: una originaria y querida calidad de socio ilimitadamente responsable. Son los socios que genéticamente y contractualmente son ilimitadamente responsables.
2. Tesis de Alberti: sostiene la aplicación automática de la extensión a los socios que inicialmente acordaron la ilimitación de la responsabilidad y también entiende asimilable la extensión automática de la quiebra al socio que por alguna prescripción de la ley societaria deviniera responsable ilimitado (Concursos – Quintana Ferreyra y Alberti) Se basa en la

interpretación literal de la ley, según la cual cualquiera fuere el tipo societario, son ilimitadamente responsables, originariamente o cuando sean sancionados con la pérdida de la limitación de responsabilidad.

3. Tesis de Rouillon: sostiene una posición intermedia argumentando que la extensión de la quiebra procede cuando el socio responde con todo su patrimonio por todo el pasivo, con independencia de la Asunción originaria o devenida de la ilimitación de responsabilidad. (Reformas al régimen de los concursos – Rouillon)

Al no distinguir la norma la teoría aplicable, pueden darse casos en los que se apliquen por ejemplo la teoría intermedia y que podría incluso motivar el rechazo de la extensión de quiebra, como ocurrió en el caso “Interchange & Transport International SRL”, en el cual la Sala C de la Cámara Comercial resolvió que el solo vencimiento del plazo de vigencia de la sociedad no la convierte en “irregular”, en los términos del artículo 21 y siguientes de la Ley 19.550, y que la mera omisión de los socios de iniciar el proceso liquidatorio, tras haber vencido el plazo de vigencia del ente, no constituye en elemento que por si solo habilite inexorable y categóricamente a extenderles la quiebra de la sociedad.

Ante el rechazo de la extensión de la quiebra realizada por el Juez de Primera Instancia, el síndico interpuso recurso de apelación y la Sala se ocupó de establecer las consecuencias que correspondía atribuir a la pretendida continuación. A tales fines se enrolo en la tesis amplia para la interpretación del alcance del artículo 160 de la ley de concursos y quiebras, sosteniendo que “la tesis contraria importa... introducir distinciones que no surgen del texto de la ley, texto que se limita a indicar que la quiebra se extenderá a todo socio corresponsable ilimitado, sin diferenciar según si la responsabilidad pesa sobre el desde el inicio o pasa a pesarle en forma sobreviniente” (autos “Interchange & Transport International SRL” - CNCom. - Sala C – 4/6/2012).

A continuación, ingreso en la cuestión del pasivo por el cual debe responder el socio, aclarando que la “limitación de responsabilidad prevista en la norma tiene lugar siempre y cuando el socio responda por todas las deudas sociales (no por una o algunas) con todo su patrimonio, sin que importe si su origen es contractual o sancionatorio...”, agregando que, “en esa situación, se encuentran los socios de la sociedad disuelta que, con consentimiento de estos, omite arbitrar su liquidación y continua su actividad como si tal disolución no se hubiera producido” (autos “Interchange & Transport International SRL” - CNCom. - Sala C – 4/6/2012).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la responsabilidad ilimitada y solidaria lo es respecto de las operaciones realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, salvo que se trate de asuntos urgentes, (conf. Art 99, LSC), en el citado caso se puso de relieve que, para

aplicar dicha norma, el síndico debió probar dos cuestiones:

1. La continuación de la operatoria social tras el vencimiento del plazo de la sociedad.
2. La existencia del pasivo generado con posterioridad a dicho plazo.

De haberlo probado, hubiera procedido la extensión de la quiebra a los socios, cuya responsabilidad solidaria se hubiera limitado al pasivo generado con posterioridad al vencimiento del plazo de la sociedad, conformándose la pasa pasiva por dichas deudas sociales, con mas las deudas del socio.

Sin embargo, en dicho caso, “la acreedora peticionante de la falencia (única cuyo crédito resulto verificado en la quiebra social) derivo su acreencia de situación sucedida mucho tiempo antes de la aludida disolución social, lo cual revela que, aun cuando la operatoria posterior hubiera sido comprobada, tal acreedora no se hubiera visto beneficiada (arg. Cit. Art 160, en cuanto habilita a fraccionar el pasivo que puede concurrir a la quiebra del socio)” (autos “Interchange & Transport International SRL” - CNCom. - Sala C – 4/6/2012).

La extensión de la quiebra por responsabilidad ilimitada.

El artículo 160 legisla el caso más común de extensión, en el cual al socio ilimitadamente responsable se le extiende la falencia societaria. No ocurre en sentido inverso, es decir que la quiebra de un socio ilimitadamente responsable no acarrea la extensión de la falencia a la sociedad.

Los presupuestos para la aplicación de esta extensión son:

- La quiebra de una sociedad
- La existencia de socios de ella ilimitadamente responsables.

Asimismo es necesario que exista el supuesto de daño a los acreedores. Esto quiere decir que, aun existiendo los presupuestos para aplicar la extensión de la quiebra, ya sea automática o no, de no haber daño a los acreedores la extensión de la quiebra no es procedente. Esto podría ocurrir en el caso de que los activos liquidables de la sociedad alcanzaran para pagar a todos los acreedores o también cuando la quiebra principal concluye de forma no liquidativa.

A su vez el articulo trata el tema del socio que se retira o es excluido después de producida la cesación de pagos. Es decir que aquellos socios ilimitadamente responsables que se hubieran retirado o excluido durante la cesación de pagos deberán responder por las deudas existentes a la

fecha de su retiro. A este fin se considerara la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Publico de Comercio (en Provincia de Buenos Aires facultad delegada a la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la Inspección de Personas Jurídicas) Hache se trataría lo que se conoce como una responsabilidad ilimitada “parcial” dado que el socio se responsabilizara por una parte del pasivo principal. Pero si lo hará con todo su patrimonio. Por ende si a la fecha de la inscripción del retiro del socio no existieran deudas, la extensión de la quiebra no será procedente.

Cabe mencionar que para este caso no rige el límite temporal de retroacción previsto en el artículo 116 de la Ley de Concursos y Quiebras, es decir no rigen los dos años.

En el caso de que el retiro o exclusión del socio ilimitadamente responsable no se hubiera inscripto en el Registro correspondiente, el socio responderá por todo el pasivo social.

En la sentencia de quiebra de la sociedad se debe individualizar a los socios ilimitadamente responsables (art 88, inc 1) LCQ y según el artículo bajo análisis la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada, por lo que la sentencia de quiebra del socio con esta responsabilidad es según Rivera:

1. Integrativa de la social
2. Tiene carácter constitutivo pues sus efectos se producen a partir de la declaración
3. Acreditados los presupuestos, procede de oficio y debe admitirse la petición de interesado en su caso.
4. Tramitan ante el mismo tribunal (arts 68 y 162)
5. Por procedimientos separados y con masas activas y pasivas independientes (art 168)
6. De ser posible debe ser declarada simultáneamente con la quiebra de la sociedad.

Más allá de su carácter integrativo de la social, la quiebra del socio ilimitadamente responsable debe ser declarada por cada uno de ellos y el trámite para su declaración deberá seguir un procedimiento que garantice la defensa en juicio. Es decir que aun en los casos en que pudiéramos hallar todos los presupuestos necesarios para la extensión de la quiebra, se deberá garantizar plenamente el ejercicio de defensa, el cual quedaría suficientemente protegido mediante juicio de conocimiento pleno.

Declarada la quiebra de los socios, estos podrán impugnarla conjunta o independientemente de la sentencia de quiebra de la sociedad.

Si se impugna la quiebra de la sociedad y la misma fuera admitida, no podrá proseguirse con las quiebras de los socios dado que estas no pueden existir sin una falencia principal.

Vale recordar que aun sin existir el juicio de antequiebra, declarada la quiebra se debe citar al deudor invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho (inexistencia de la cesación de pagos, falta de legitimación del acreedor para pedir la quiebra, etc.).

Ahora bien, cuando no se cuestione la quiebra de la sociedad, las posibles defensas de la extensión solo podrán ser por:

- No ser socio
- No ser socio ilimitadamente responsable.

La forma de cuestionar la sentencia de quiebra por extensión dependerá del procedimiento por el cual se haya llegado a ella. Si fue la citación del artículo 84 de la LCQ, se interpondrá el recurso de reposición del artículo 94 y siguientes: si fue por incidente concursal, vía la apelación del artículo 285; y si se siguió un proceso de conocimiento pleno, se aplicaran los recursos que correspondan al proceso seguido según la legislación local.

Por otro lado el artículo 90 de la LCQ legisla lo relativo a la conversión de la quiebra en concurso preventivo, estableciendo que cuando el deudor se encuentre en las condiciones del art. 5, la puede solicitar dentro de los diez días contados a partir de la última publicación de los edictos. El mismo derecho les concede a los socios a los que se les extienda la quiebra por el artículo bajo análisis.

Características de la extensión:

- Extendida la quiebra al socio ilimitadamente responsable, la misma tramitara bajo lo que se conoce como masas separadas. Es decir que son dos falencias relacionadas pero independientes. A la masa pasiva de la quiebra de la sociedad solo concurren los acreedores sociales. A las masas pasivas de la quiebra de los socios concurren los acreedores particulares y los acreedores sociales, no habiendo precedencias entre ambas clases de acreedores. En la masa activa de la quiebra de los socios no se incluyen los créditos que estos tengan contra la sociedad, pero en la masa activa de la quiebra social cabe incluir el crédito de la sociedad contra los socios por los aportes no integrados.
- La sindicatura será una sola, aunque cada quiebra tramitara como proceso separado.
- Por existir masas separadas, la fecha de cesación de pagos se fija por cada fallido individualmente.
- Como se comento anteriormente la declaración de quiebra del socio supone una quiebra

social subsistente. Si la quiebra social termina por la reposición sin trámite, por reposición de la sentencia de quiebra o por conversión en concurso preventivo, cesa el estado falencial del socio.

La extensión de la quiebra como sanción.

Es el artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras el que legisla acerca de la extensión de la quiebra aplicada como sanción por conductas reprochables de personas que pudieron haber llevado al deudor principal a su estado falencial.

Se mantiene aquí el objetivo de ampliar la responsabilidad patrimonial de este último, incrementando su activo y otorgando a sus acreedores una mayor posibilidad de cobro de sus créditos.

Los supuestos de extensión que establece la actual Ley de Concursos y Quiebras son:

- a) Abuso
- b) Sociedad controlante
- c) Confusión patrimonial inescindible

a) Abuso

El régimen concursal prevé este supuesto de extensión de la quiebra por el obrar antijurídico de un tercero distinto del fallido, a quien se le hace responsable de las consecuencias patrimoniales de la quiebra declarada.

Para que se pueda dar este supuesto, se deben reunir todos los presupuestos del acto ilícito:

- Un daño (en este caso la quiebra)
- Factor de atribución (el obrar antijurídico del sujeto pasivo, o sea desvío indebido del interés social)
- Y nexo causal (por el solo hecho de ejercer el control no hay extensión sino que la falencia de la controlada es consecuencia del obrar de la controlante y de la dirección unificada)

Es decir que para que sea procedente la extensión de la quiebra por abuso o por actuación en interés personal debe configurarse:

1. Un sujeto distinto del fallido (individual o social);
2. la actuación en interés personal pero aparentando que lo hacia la fallida;
3. disponer de los bienes en su beneficio;
4. el fraude a los acreedores;
5. que esta actuación aparente haya contribuido a la cesación de pagos de la fallida.

La sola verificación de la relación o vínculo entre empresas no constituye de ninguna manera causal de quiebra refleja, sino que deben probarse rigurosamente los elementos anteriormente descriptos.

Además cabe agregar:

- La extensión de la quiebra puede hacerse contra una persona física o jurídica.
- El sujeto a quien se le extiende la quiebra puede o no ser socio de la sociedad quebrada, es decir puede ser un tercero
- Debe haber existido una disposición de los bienes como si fuesen propios, con una conducta que importe dar preeminencia al interés personal por encima del interés del fallido. Estos actos deben estar perfectamente identificados y ser causa de la falencia.

Es decir que la sociedad fallida pasa a ser una fachada y quien esta verdaderamente dirigiendo esos actos y beneficiándose con ellos es otra persona, que no resulta responsable ni le alcanzan los efectos de la insolvencia de quien aparece como deudor. La extensión tiende a reconstruir la responsabilidad patrimonial y hacer responsable a quien se beneficio con el resultado de esos actos, en perjuicio de los acreedores.

Por eso es que la extensión de la quiebra se entiende en estos casos como una sanción. Y por eso aquí no es presupuesto de la extensión de la quiebra, el estado de insolvencia o cesación de pagos del extendido, dado que este estado lo padece otro y la disminución de la prenda común de los acreedores o sea del patrimonio del fallido es consecuencia del enriquecimiento del extendido.

Por eso los supuestos para la procedencia deben ser analizados exhaustivamente. Cabe citar la siguiente jurisprudencia:

Insuficiencia de cualquier acto abusivo para la extensión

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

No corresponde hacer lugar al pedido de extensión falencial hacia un socio, en los términos del artículo 161 de la Ley 24.522, si no se han demostrado en forma concreta los actos practicados en beneficio personal, ni la disposición de los bienes sociales como propios, pues estos son requisitos esenciales para la operatividad de dicha figura legal, ya 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, pues la norma presenta una forma típica, cuyos extremos deben cumplimentarse – del dictamen del Fiscal ante la Cámara (“Hoja SA s/incidente de extensión de quiebra por la sindicatura” - CNCom – Sala C – 3/11/1997)

Rechazo por prueba insuficiente

La extensión de la quiebra por actuación en interés personal requiere prueba suficiente sobre el ocultamiento de bienes y vaciamiento patrimonial, no alcanzando, al efecto, la no contestación de la demanda por parte de dos codemandados (“Expocristal SA s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra” - CNCom – Sala B – 25/2/2000).

Improcedencia de la extensión a ex directora, afirmando que fue partícipe necesaria de las maniobras

Los recaudos legales necesarios para que proceda la declaración de quiebra, con fundamento en el artículo 161, inciso 1), de la ley 24522, son, en primer lugar, la existencia de una quiebra principal; luego, que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, haya realizado los actos en su interés personal, y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. Además, es necesario que aporten elementos concluyentes que acrediten la configuración de la aludida causal, razón por la cual no bastan las manifestaciones del síndico para justificar determinadas soluciones que, por su gravedad, deben evaluarse con criterio restrictivo.

Para extender la quiebra a la ex directora de una sociedad fallida, con base en el artículo 161, inciso 1), de la ley 24522, debe ser invocados y probados cuáles serían los actos realizados en interés personal de ella, y los bienes de la sociedad dispuestos como si le pertenecieran, resultando insuficiente haber afirmado que fue partícipe necesaria para realizar todas las maniobras decretadas en fraude de los acreedores de la sociedad (“Epstein, Samuel s/extensión de la quiebra” - CNCom. - Sala C – 20/6/2001).

Cancelación de deuda con el fallido. Improcedencia

Si el proceso de extensión de la quiebra fue interpuesto por el síndico del concurso contra una persona que ofertó cancelar una deuda que argumentó tener con el fallido, procede el rechazo de

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

la propuesta, por ser ajeno al conocimiento inherente a la causa el ofrecimiento de cancelación - del dictamen fiscal- ("Papetti SAIC s/quiebra s/incidente de extensión de quiebra a Artística Gráfica SA y a Carlos H. Barak" - CNCom. - Sala B - 11/9/2002).

Extensión de la quiebra. Socios con responsabilidad ilimitada. Fondos destinados a un fin distinto del societario

Es procedente la extensión de la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada fallida a los socios gerentes cuando emplearon los fondos obtenidos por el pago de un siniestro de la fallida a un destino distinto del anunciado al solicitar su entrega. Es decir que dispusieron de los fondos como si fueran propios, cuando debieron tener un fin societario ("Truxum SRL s/quiebra s/extensión de la quiebra a Meledy, José Luis y otro" - CNCom. - Sala E - 16/5/2002).

b) Sujeto controlante

El artículo 161 en su inciso 2) trata el caso del control por posición dominante, en el cual la controlante (persona física o jurídica) ha trasladado todos los perjuicios hacia terceros a la sociedad controlada, y preserva su patrimonio del reclamo de estos.

Por control se entiende el poder efectivo de dirección de los negocios sociales mediante la posibilidad de formación de la voluntad social. El concepto es más amplio que el contenido en la ley de sociedades comerciales (art. 33). En el ordenamiento societario, la noción de control es de una sociedad sobre la otra. El concepto del artículo 161 incluye como controlantes y, por ende, susceptibles de extensión, tanto a las personas jurídicas como a las individuales. Es decir que el control puede ser ejercido por personas jurídicas o físicas, o por la combinación de ambas.

Ya el artículo 54 de la ley de sociedades comerciales sanciona la realización de actos que encubran fines extra societarios, o violen la ley poniendo en cabeza de los socios, o de los controlantes, la responsabilidad solidaria e ilimitada. Es importante, en estos actos, el perjuicio a los terceros, o a la sociedad o a los socios, ya que si no existiera éste, el acto quedaría dentro de la esfera interna de la sociedad. Por el artículo citado, existe una extensión de la responsabilidad a los socios o a los controlantes.

El control, a los fines de este artículo, puede ser:

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 como para formar la voluntad social"

El control interno o jurídico resultará de los votos necesarios para la toma de decisiones en las reuniones sociales, o en las asambleas. Este control interno emana de la propia estructura societaria o de la forma en que los socios participan en la sociedad, mientras que el externo es un control de facto derivado de los especiales vínculos que los socios tienen con la sociedad controlada.

En la extensión de la quiebra por abuso de control, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que se trata únicamente del control interno. Es decir que el control externo, o económico no es receptado a los fines de la extensión de la quiebra por nuestra ley concursal. La Ley de Concursos y Quiebras se orienta al control que se ejerce en razón de la participación societaria, derivado de la calidad de socio y excluye el control de hecho o externo, pues estas circunstancias no tienen su origen en el carácter de socio sino en otras vinculaciones que pueden traer aparejada responsabilidad por daños y perjuicios pero nunca configurar el extremo de la extensión.

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

Este punto se refiere a que la actuación debe ser conjunta, para responsabilizar a todos los miembros de aquél, extendiéndoles la quiebra.

Cabe citar la siguiente jurisprudencia:

Control societario. Necesidad de la imposición de sacrificios sin que el grupo asuma el pasivo

Los elementos objetivos del tipo descrito por el artículo 161, inciso 2), de la ley 24522 presuponen imponer sacrificios injustificados a una sociedad que la conduzcan a la extinción en beneficio del grupo que integra y que no asume el pasivo que le corresponde, aplicar el patrimonio de una sociedad a la consecución de fines extra societarios en beneficio de otras empresas o sujetos del grupo, desviar las utilidades o ganancias dirigidas a satisfacer el pasivo social -y a

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

redituar beneficios a sus integrantes, sometiendo el ente, y asignando esos beneficios a otros integrantes del grupo, provocando un traspaso de créditos e ingresos en perjuicio de los acreedores-, y la existencia de una dirección unificada que ejerza el control en el interés del grupo, en perjuicio de la sociedad controlada.

No es procedente la extensión de la quiebra si no existe prueba suficiente de que la deudora haya ocultado bienes y realizado un vaciamiento patrimonial de una empresa en beneficio de la otra, integrada por personas comunes a ambas, que habrían aprovechado los velos estructurales de las personas jurídicas comprendidas para perjudicar a los acreedores de la fallida ("Epstein, Samuel s/extensión de la quiebra" - CNCom. - Sala C - 20/6/2001).

Confusión patrimonial

Si la confusión parcial de un patrimonio se consumó a través de la mesa de compensación, a la cual confluían fondos y créditos que se distribuían entre las sociedades quebradas allí intervinientes, en función de un interés del grupo, con el consiguiente perjuicio o beneficio -según el caso- para una u otra, dicho manejo financiero unificado repercute en el interés de los acreedores de cada una de las sociedades, en tanto el patrimonio de las mismas se ve incrementado o disminuido indebidamente con tales manejos.

Abuso de control

El abuso de control es una de las formas en la que se concreta el concepto jurídico de fraude.

Trasvasamiento de bienes

Corresponde disponer la extensión de la quiebra si se ha probado que un mismo grupo económico realizó manipulaciones legales, cuya consecuencia principal ha sido el trasvasamiento de bienes de una sociedad a favor de la otra, con perjuicio para los terceros.

Para la procedencia de la extensión de la quiebra, no solamente se debe tener en cuenta el control sino que además se debe haber desviado indebidamente el interés social. Es decir que la conducta reprochable no es meramente el control sino el desviar indebidamente el interés social de la ahora fallida, someténdola a una dirección unificada, en interés de la controlante y en perjuicio de los acreedores.

El interés social podría sintetizarse en la realización de todo aquello necesario para satisfacer el objeto social. El desvío se produce cuando producto del control se disminuyen las posibilidades de cumplir con el objeto propuesto, perjudicando o dañando los derechos patrimoniales del socio.

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

En una situación normal, es decir sin falencia, quien produce ese desvío y por ende el daño patrimonial, deberá reparar el perjuicio ocasionado.

Cuando esta situación se produce en un estado falencial del controlado, es donde la ley concursal establece la extensión de la quiebra como reparación del daño causado, dado que entiende que el desvío del interés es la causa de la cesación de pagos.

En este caso se privilegia un interés que no es de la sociedad controlada. El solo hecho de compartir el mismo domicilio, el mismo directorio, entrecruzamiento de capital accionario, son presupuestos de control pero no causales autónomas de extensión, dado que debe hallarse el desvío del interés social.

Este desvío podría darse por la transferencia de la producción derivando ganancias a la controlante sin contrapartida, Asunción de pérdidas por la controlada, etc.

Cuando el artículo menciona que el desvío debe ser “indebido” (la noción de desvío importa la violación de una regla) se refiere no como calificativo del desvío en sí, sino en sus efectos, es decir como perjuicio de la controlada, beneficio de la controlante, cesación de pagos de la controlada y relación causal.

La norma establece que no basta solamente el haber ejercido el control sino que la controlante haya sometido a la controlada a una dirección unificada pues esta exterioriza el desvío que perjudica a la controlada, en beneficio de la controlante o del grupo de que forma parte. La inexistencia de dirección unificada hace imposible admitir la comunicación de la falencia puesto que sino cualquier instrucción que el órgano de gobierno imparta al de la administración, si resultare perjudicial importaría la posibilidad de extender la quiebra a quienes adoptaron tal decisión.

A su vez dirección unificada no significa los mismos hombres, sino unidad de criterio en la toma de decisiones. Y sin esa dirección unificada, tal grupo no existiría.

Es por ello que no tiene importancia a favor de quien se haya desviado el interés social si esto ha sido la causa de la falencia, si el de la controlante o del grupo del que forma parte, dado que la ley no privilegia el interés de este último por encima de sus componentes.

c) Confusión patrimonial inescindible

En este caso, nos encontramos nuevamente con que se refiere tanto a personas físicas como a jurídicas; es decir que la confusión patrimonial puede existir respecto de cualquiera de éstas.

Aquí también observamos que no se requiere, a los fines de extender la quiebra, si el posible "extendido" esté o no en cesación de pago, ya que el elemento objetivo es que su patrimonio esté confundido o, al menos, sin una clara delimitación en sus activos y pasivos con el/la fallido/fallida. Es una noción derivada de la realidad de los hechos, que se configura cuando, en el comportamiento con los terceros, varias unidades patrimoniales, supuestamente diferenciadas, actúan como si fuera una sola.

Esta causal no requiere ningún tipo de conducta reprochable (ni abuso de control ni desvío del interés de la sociedad): sólo confusión patrimonial inescindible, y ello es así, porque la confusión de los activos y pasivos impide hacer efectiva la idea de que el patrimonio es prenda común de los acreedores (Rivera)

Bergel ha estudiado profundamente el tema y sostiene que, en general, los fundamentos para que esta causal de extensión de la quiebra opere son:

- Sanción por abuso de la personalidad jurídica de las sociedades.
- Determinación del sujeto real de la falencia.
- Renuncia tácita a la responsabilidad limitada.
- Aplicación de los principios del derecho común relativos a la simulación.

Se ha dicho que, en general, el caso que más se ha verificado es el abuso de la personalidad.

Lo difícil de determinar, en estos casos, es cuál es realmente la sociedad fallida, qué patrimonio es el que está afectado y a quién pertenece. Roullión ha sostenido, en este caso, que se refiere a los supuestos en los que la promiscuidad en el manejo de los negocios es tal que resulta dificultoso o imposible determinar quién es el destinatario final de los beneficios.

Montesi, en relación con este tema, sostiene que la divisibilidad del patrimonio es lícita y puede haber personas de existencia física o ideal que poseen patrimonios diferenciados, pero cuando estamos ante personas que formalmente son tales y los patrimonios no lo son en su separación, y además constituyen una confusión tal que es imposible deslindarlos, corresponde la extensión de la quiebra, que sería el efecto normal de esa unidad patrimonial afectada al pasivo que lo grava.

Algunos fallos que han hecho historia y son representativos del artículo bajo análisis fueron:

El caso "Sasetru": aquí, se aplicó una extensión de la quiebra, ya que fue la propia fallida la que declaró haber puesto en juego, para su actividad empresarial, un único patrimonio, el cual era operado a través de las personalidades formales de las sociedades que ostentaban patrimonios diferenciados. Algunos de los argumentos utilizados para declarar la extensión fueron:

- La primera concursada era titular en la emisión accionaria de treinta y dos de las treinta y seis controladas y, con respecto a las otras cuatro, contaba con acciones suficientes como para formar

"per se" la voluntad social.

- Había tres miembros comunes en los directorios de todas las compañías del conglomerado.
- Todas las sedes administrativas funcionaban en un único punto.
- Se atendían desde el mismo lugar, en forma centralizada, todos los pasivos del agrupamiento.
- Eran comunes, entre todas las sociedades, los servicios administrativos de insumos, abasto y personal, tomándose financiaciones también comunes, por las cuales las sociedades otorgaban garantías cruzadas.

Jurisprudencia posterior sostuvo: "La confusión patrimonial inescindible tiene que comprender activos y pasivos, pues lo determinante de la extensión de la quiebra es la gestión común de los patrimonios, pero la cuestión no es de índole contable: la imposible delimitación, en este ámbito de activos y pasivos, puede ser advertida a través de otros elementos fácticos que corresponden a la apariencia judicial...".

El caso "Swift": fue uno de los más resonados en nuestra jurisprudencia con relación al tema que estamos comentando; éste es un caso bajo la vigencia de la ley 11719, aunque debemos tomar en cuenta que la ley 19551 entró en vigencia el 1 de julio de 1971 y la quiebra fue decretada el 8 de noviembre del mismo año, ya que la misma derivó de un concurso bajo el impacto de la ley anterior, razón por la cual se aplicaba la ley 11719.

El Juez Salvador Lozada, en primera instancia, decretó la quiebra, no procediendo a homologar un acuerdo y sosteniendo, entre algunas razones, que la Sociedad Swift integraba, en forma subordinada, un grupo de empresas que fue esencial en el desequilibrio económico.

Cuando el expediente llegó a la Excelentísima Cámara (Sala C, integrada por los Dres. Luis Pomés, Abelardo Rossi y Julio Sussini), ésta, luego de un exhaustivo análisis, confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto a la no homologación del concordato, pero la revocó en cuanto al fallo del Juez de Grado, que extendía la responsabilidad a todas las empresas del grupo, por carencia de individualización de las partes. La Sala entendió que esa carencia no justificaba la extensión de responsabilidad, haciendo desaparecer la personería de las entidades respectivas.

Finalmente, el 4 de setiembre de 1973, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en la queja interpuesta y concluyó que "Deltec International Limited" fue notificado en autos y sentó la responsabilidad de todas las sociedades integrantes del grupo, haciendo gala de la doctrina de la primacía de la verdad jurídica objetiva sobre el ritual. Sostuvo la Corte, en este sentido, que la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad, ni de los derechos de los terceros.

Así, la Corte sostuvo: "Consiguientemente, los efectos de la quiebra decretada a Swift SA deben también importarse a Deltec International Limited como deudora real y responsable de las

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

obligaciones de la fallida aparente, cuya propiedad y respectivo control le pertenecen...". Además, en dicha oportunidad, sentó la doctrina de que el desapoderamiento de los bienes de Swift debía comprender los de las entidades componentes del denominado Grupo Deltec. Para ello, debían determinarse cuáles otras personas o compañías integraban el mencionado grupo, en tanto importen una unidad económica con la sociedad declarada fallida.

Cabe citar la siguiente jurisprudencia:

Confusión patrimonial con sociedad que detenta nominalmente parte del patrimonio afectado a una explotación

La ficción en la actuación de la sociedad, a la cual se le pretende extender la quiebra -que no ha probado haber efectuado ninguna actividad rentada y que ha sido constituida sólo para burlar los derechos de los acreedores de la fallida-, constituye fundamento suficiente como para considerar configurada entre ambos sujetos la confusión patrimonial inescindible, a que alude el artículo 165, inciso 3), de la ley 22917, la cual se ha operado, justamente, por efecto de la desestimación de la personalidad jurídica de la accionada.

Habiendo quedado probado que la fallida explotaba el inmueble, que era de propiedad de otra sociedad que no extraía contraprestación alguna de este abandono de todos los beneficios naturales del dominio, debe considerarse que, en el caso, existe entre ellas confusión patrimonial inescindible, en los términos del artículo 161, inciso 3), de la ley 24522; inescindibilidad que se perfila tanto en el aspecto estático -pues es hecho notorio que dicho inmueble estuvo afectado a la explotación comercial de la quebrada-, cuanto en el dinámico u operativo (ya que, por un lado, la accionada necesitaba mantener la apariencia de su titularidad sobre la finca referida para subsistir como persona colectiva de derecho, y por otro, la fallida no podría haber prescindido del uso y goce del bien, porque, de otro modo, no hubiera podido desarrollar su actividad) -del voto del Dr. Alberti-.

El separar una parte del patrimonio afectado a una explotación unitaria -separando entre distintos sujetos colectivos la titularidad nominal de los componentes de la hacienda- constituye una modalidad francamente lesiva al sistema de la responsabilidad patrimonial, que no puede verse legitimada por haber sido llevada a cabo real y públicamente, porque lo contrario a derecho no se convierte en lícito por ser actuado verdaderamente. La invalidez es la misma para el acto írrito que fuese público, como para el que fuese clandestino -del voto del Dr. Alberti-.

La extensión de la quiebra de la sociedad fallida a la sociedad demandada resulta improcedente

pues, si bien la constitución de esta última tuvo como finalidad dividir la actividad empresarial de la ahora quebrada de su activo inmobiliario, tal división patrimonial se llevó a cabo cinco años antes de la iniciación de la cesación de pago, lo cual lleva a suponer que la misma no perjudicó a ninguno de los acreedores verificados, en tanto los mismos lo fueron de una sociedad, en cuyo activo no se hallaba ningún inmueble -del voto en disidencia del Dr. Cuartero- ("Sanatorio Humboldt SA s/quiebra c/Daripor SA s/ordinario" - CNCom. - Sala D - 21/5/1999).

Confusión patrimonial. Irrelevancia de que el causante sea persona física

Acreditada la existencia de una unidad de dirección entre la fallida y la incidentada, reveladora de una dependencia financiera, económica y político-empresaria, cabe tener por configurada la confusión patrimonial inescindible que, según lo dispone el artículo 161, inciso 3), de la ley de concursos y quiebras, autoriza la extensión de la quiebra, sin que resulte óbice a ello el hecho de que la causante de la desviación de los respectivos intereses sociales haya sido la persona física de sus titulares, pues la confusión en las directivas y en la afectación en los patrimonios se ha producido con relación a las dos sociedades que resultan vinculadas, antes que en lo referido a los patrimonios propios de aquellas personas -BJCCom.- ("Etchegaray y Letamendia SA s/incidente de extensión de la quiebra en: Estrella de Mar SA s/quiebra" - CApel. CC de Mar del Plata - Sala II - 2/9/1997).

Relación de control societario que no alcanza para extender la quiebra

La sola existencia de una relación de control, en los términos del artículo 33 de la ley 19550, no es motivo que autorice, por sí mismo, a extender a la controlante la responsabilidad por las deudas de la controlada, salvo que haya existido un indebido desvío del interés social de la controlada hacia la controlante, ya que lo que el derecho no admite y sanciona condignamente es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, conforme con la finalidad querida por la ley y sin desnaturalización del instituto ("Fortune, María Jane c/Soft Publicidad SA y otro s/ordinario" - CNCom. - Sala D - 3/11/1997).

Confusión patrimonial por gestión común, violando normas legales y estatutarias

La violación de normas legales y estatutarias, dirigidas a mantener la diferenciación de los patrimonios de las sociedades, cometida con el solo objeto de realizar una gestión común de los patrimonios, es fundamento suficiente como para tener por debidamente acreditada la confusión patrimonial inescindible, que autoriza la declaración de la extensión de la quiebra de la fallida respecto de la sociedad controlada, pues se trata de un mismo centro de poder, decisión o unidad de dirección. No obsta a ello la circunstancia de que las personas físicas de sus titulares hayan sido

las causantes de la desviación de los respectivos intereses sociales, pues la confusión en las directivas y la afectación en los patrimonios se produjo en relación con las dos sociedades vinculadas antes que en lo referido a los patrimonios de aquéllos -BJCCom.- ("Etchegaray y Letamendia SA s/incidente de extensión de la quiebra en: Estrella de Mar SA s/quiebra" - C1a. CC de Mar del Plata - Sala II - 2/9/1997).

En los supuestos del artículo 161, al declararse la quiebra como sanción, es inoponible la conversión en concurso preventivo establecido en el artículo 90 de la LCQ. Esto resulta razonable teniendo en cuenta que de admitirse la conversión de la misma en concurso implicaría un recurso para desactivar la quiebra, la cual se decreta por graves supuestos: actuación en interés personal, abuso de control y confusión patrimonial inescindible.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia, al sostener que "en efecto, no se advierte que la sentencia impugnada traduzca un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal con menoscabo de garantías consagradas en la Constitución Nacional. Se expusieron las razones por las cuales el tribunal juzgó que a las quiebras decretadas como consecuencia de un juicio promovido en los términos del artículo 161 de la LC, no les son aplicables la conversión en concurso preventivo prevista por el artículo 90 de la LC. Pues cabe reiterar lo dicho en aquella oportunidad en cuanto que el hecho de que la norma expresamente habilite la conversión de las quiebras decretadas a los socios solidariamente responsables según lo dispone del artículo 160 de la LC revela que el legislador pretendió excluir a aquellos sujetos cuya quiebra fue decretada en los términos del artículo 161, máxime que en el sub lite se calificó como abusivo e ilícito el uso de la personalidad jurídica de la SA en perjuicio de los acreedores de la SRL homónima" ("Local Pack SA s/extensión de quiebra s/recurso extraordinario" - CNCom. - Sala E - 30/10/2013).

Masa única y masas separadas

Decretada la extensión de la quiebra el ordenamiento concursal adopta como regla general el sistema de masas separadas (art. 168, LCQ). Al ser procesos independientes se mantiene también la independencia de los activos y pasivos.

Este principio general cede hacia la formación de una masa única para el caso en que la extensión de la quiebra sea declarada con motivo del artículo 161, inciso 3ro. Es decir en el caso en que la declaración de la extensión de la quiebra sea por confusión patrimonial inescindible. Es en este caso precisamente en el que se torna imposible o dificultoso en la práctica poder distinguir entre ambos

patrimonios.

Pero también la ley le otorga al juez la facultad de disponer la formación de masa única en los casos de extensión de los incisos 1ro y 2do del mismo artículo, es decir en casos de abusos o de persona controlante, que en principio les cabría el sistema de masas separadas, pero que posteriormente se detectara que entre ambos fallidos existía la confusión patrimonial. En este caso compete al síndico o a cualquiera de los síndicos solicitar la excepción pues no procede de oficio y son parte estos y los fallidos. La solicitud debe hacerla conocer en oportunidad de la presentación del informe general. El trámite se registrará por la vía incidental, al no estar previsto en la Ley Concursal un procedimiento específico, a fin de garantizar el derecho de defensa del o de los fallidos.

Decretada la masa única, se unifican precisamente los activos y pasivos de todos los fallidos, al no tener sentido diferenciar en el proceso liquidatorio lo que en la actividad in bonis aparecía como confundido y hoy no puede ser diferenciado.

Se mantienen los privilegios que existiesen sobre los bienes de cada fallido. De haber un bien hipotecado, el acreedor hipotecario percibe su crédito sobre el producido de ese bien y el remanente ingresa a la masa única.

Si alguno de los acreedores lo fuera en la quiebra de varios de los sujetos quebrados, concurre sobre la masa única una sola vez por el importe mayor verificado.

No existiendo confusión patrimonial inescindible, se forman masas separadas, es decir masas pasivas y activas en cada una de las quiebras.

La verificación de los créditos de cada acreedor se realiza en la quiebra de su deudor y cobran sobre la masa activa de este. Si existe un remanente se forma un fondo común o masa residual al que concurren los acreedores de otras quiebras que no hayan sido satisfechos con la liquidación de los bienes de la masa activa de cada una de esas quiebras.

Al referido fondo común concurren los acreedores no satisfechos prescindiendo de los privilegios, dado que los mismos se extinguieron con los bienes sobre los que recaían. Por ende los saldos impagos pasan a ser quirografarios al intentar su cobro sobre la masa residual.

Por último, y como corolario de la sanción impuesta mediante la extensión de la quiebra con motivo de los incisos 1ro (interés personal) y 2do (sujeto controlante) del artículo 161 de la LCQ, no participan en la distribución del mencionado fondo común.

La formación de masa única o masas separadas define si existirá una sola fecha de inicio de la cesación de pagos o si se deberán determinar fechas separadas para cada fallido. En el momento en

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

que se resuelve la manera en que tramitaran los procesos, es decir si por masa única o masas separadas, se deberá o deberán determinar las fechas de inicio de cesación de pagos.

En el caso de masa única queda claro que no tiene ningún sentido práctico el definir fechas diferentes del inicio de la cesación de pagos, dado que todos los acreedores concurren conjuntamente sobre el activo unificado y en un pie de igualdad.

Cuando las falencias tramiten bajo masas separadas, la determinación de cada fecha de iniciación de la cesación de pagos cobra vital importancia por lo que la misma trae aparejado, dado que esas falencias pueden haber sido decretadas en forma sucesiva y espaciada en el tiempo.

Hay que recordar que la fecha inicial de la cesación de pagos es la que determinara los periodo de retroacción, los actos perjudiciales y la responsabilidad de terceros entre otros.

Aspectos procesales de la extensión de la quiebra

La extensión de la quiebra es declarada por el juez que interviene en la quiebra principal u originaria. Es decir en el tribunal ante el cual esta radicada la quiebra en la cual se peticiona la extensión a un tercero.

Una vez declarada la extensión de la quiebra, la norma establece que interviene el juez cuya quiebra posea a prima facie un activo mas importante y, si no es posible determinarlo, el que primero previno.

La quiebra puede ser extendida y declarada a una persona (física o jurídica) que se encuentre en concurso preventivo o que ya este en quiebra. Debe ponerse en conocimiento del juez que entiende en tales procesos, y el trámite de extensión prosigue con el síndico.

Puede parecer extraño que se quiera decretar la quiebra de alguien ya quebrado, pero la extensión tiene un sentido practico: si ha mediado confusión patrimonial, se constituirá una masa única; si no hay tal confusión, existirán masas separadas, pero los remanentes de cada masa constituyen un fondo común del cual participan los acreedores de las masas que resultaron insolventes (art 168 LCQ)

El art 163 señala que los legitimados para solicitar la extensión de la quiebra son el síndico o

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

cualquier acreedor, en paridad de condiciones para hacerlo, lo cual significa que cualquier acreedor podría solicitarla sin necesidad de esperar que previamente lo hubiera hecho el síndico.

No está legitimado para solicitar la extensión de su quiebra el propio deudor, pero debe poner en conocimiento del tribunal los hechos que darían lugar a esta extensión. Tampoco pueden solicitarla los accionistas ni procede de oficio.

Es decir que puede ser pedida por todos los que pueden pedir la falencia de su deudor y está excluido el cónyuge en razones de orden público con el fin de mantener la solidaridad de la familia, célula básica de la sociedad.

A diferencia de las solicitudes para la revocatoria concursal y las acciones de responsabilidad (artículos 119 y 174, ley 24.522), la acción de extensión de la quiebra no está sujeta a la autorización de los acreedores, habiendo jurisprudencia que ha determinado que no cabe la exigencia de un recaudo que la ley no prevé, ni que pueda ser requerida por analogía de las normas citadas porque toda norma que restrinja el ejercicio del derecho de accionar judicialmente merece una interpretación restrictiva (CNCom – Sala B, 31-3-98, Centro Comercial La Prudencia SA s/Quiebra)

En la extensión de la quiebra solicitada por el síndico y que fuera denegada, el mismo no debe ser condenado en costas, ya que dicha sanción no se encuentra entre las contempladas en el artículo 255 de la ley de concursos y quiebras (LC), cuya enumeración es taxativa.

El síndico actúa como funcionario concursal y no como parte, pudiendo comprometer a la masa en el marco de su actuación realizada conforme a la ley.

Distinta será la responsabilidad que le cabe a un acreedor ante el rechazo de una extensión de quiebra.

Se ha dicho que “en los casos que se imponen costas a la parte actora del procedimiento de extensión de quiebra cuya sentencia rechaza la pretensión, las mismas serán a cargo del concurso (art. 240, L. 24522) si el que demandó fue el síndico del mismo. En los casos que se imponen costas a la parte actora del procedimiento de extensión de quiebra cuya sentencia rechaza la pretensión, las mismas serán a cargo del demandante si el que demandó fue un acreedor” (Rouillon, A. A. N.: “Régimen de concursos y quiebras” - 8ª ed. - Astrea - Bs. As. - 1998 - pág. 234).

En cuanto al síndico, la ley refiere a que el mismo “puede” iniciarla, siendo una facultad y no una obligación legal, siempre y cuando considere reunidos los requisitos que exigen algunos de los tres incisos del artículo 161 de la LC.

Es por ello que la jurisprudencia ha concluido que “el síndico no se encuentra obligado a solicitar la

extensión de la quiebra, dado que la ley al expresar 'puede' le confiere dicha facultad para el supuesto en que estime reunidos los requisitos legalmente impuestos, debiendo siempre tener presente que si promueve el incidente y este es desestimado, las costas serán a cargo del concurso" ("Sosa, Ramón T. Construcciones SRL s/quiebra" - CApel. CC Rosario - Sala IV – 13/11/1996).

Lo mismo se aplica en caso que se declare la caducidad de instancia de la acción de extensión de quiebra promovida por el síndico. Al respecto la jurisprudencia reciente ha sostenido que "...el costo de la acción de extensión de quiebra pesa, por principio, sobre el activo falimentario (arg. art. 240, LC). Consecuentemente, resulta improcedente imponer las costas en forma personal al síndico con base en su calidad de vencido, en una articulación que introdujo en calidad de funcionario concursal; cuanto más si no aparece fundado el pronunciamiento en el régimen legal específico instituido en la LC, artículo 255, en orden a la eventualidad de que su actuación hubiese concurrido sanciones por negligencia, por falta grave o mal desempeño (cfr. "Kunta SA s/quiebra s/acción de responsabilidad" - CSJN - 11/6/1998, Fallos 321:1665; en igual orientación: "Llauró Hnos. Propiedades SA c/Llauró, Ezequiel s/cese de uso de nombre comercial" - CNCom. - Sala D - 9/11/2001)" ("Mallarini, Jorge Alberto s/quiebra c/Feigl, Elsa Ramona s/ordinario" - CNCom. - Sala F - 11/7/2013).

Esta posición ha sido incluso sostenida por nuestro Máximo Tribunal al considerar que no resulta aplicable por analogía el artículo 52 del CPCCN para justificar una imposición de costas al síndico, por cuanto el funcionario concursal tiene un régimen sancionatorio específico previsto en la ley concursal.

En dicha sentencia el Alto Tribunal sentenció "que el tribunal incurrió en un grave apartamiento de la normativa legal aplicable, pues apoyó su decisión solamente en una aparente analogía con la situación regulada por el artículo 52 del Código Procesal. La asimilación carece de todo sustento, en tanto dicha norma impone una obligación de reembolso de las costas ya afrontadas por el poderdante, cuando medie una declaración judicial de culpa o negligencia, extremos que no se configuraron en el sub lite. La decisión recurrida supone, además, una equiparación del funcionario del concurso con el simple mandatario, con olvido de la regulación específica que, en tal materia, contiene la ley 24522, inclusive en lo referente a las sanciones aplicables en caso de negligencia, falta grave o mal desempeño del síndico (art. 255, ley citada)" ("Flores, Aurelio c/Comp petrol SA y otros" - CSJN - 10/12/1997).

Con posterioridad a dicho fallo, se volvió a expedir sobre el tema sosteniendo que "toda vez que el síndico representa a la fallida, así como los intereses de los acreedores en su conjunto y al interés general involucrado en la liquidación de una entidad financiera, corresponde la descalificación

como acto judicial de la condena en costas impuesta a aquel, pues aparece desprovista de fundamentación y apoyada únicamente en una afirmación dogmática, producto de la sola voluntad del tribunal que la impuso” (“Banco Hispano Corfin SA” - CSJN - 6/10/1998).

Por ello, la actuación del síndico en la promoción y continuación de la extensión de quiebra debe ser juzgada por la ley concursal en cuanto a la responsabilidad profesional y no en materia procesal involucrando su patrimonio frente a una eventual condena en costas.

Siguiendo con el análisis del artículo 163, el mismo establece los plazos para el pedido de extensión de la quiebra. Dicho plazo va desde la declaración de la quiebra y hasta los seis meses posteriores a la fecha en que se presentó el informe general del síndico. Este plazo es de caducidad y por ende no puede ser prorrogado, interrumpido ni suspendido.

A esta disposición general le caben dos variaciones:

- En caso de haberse producido votación negativa de un acuerdo preventivo el plazo comienza a correr luego de fenecido el periodo de exclusividad (art. 43) o del vencimiento del plazo máximo para el salvataje por terceros (art. 48, inc 4to). Es decir que en estos casos el cómputo comienza desde el día que la quiebra debe declararse.
- En caso de no homologación, incumplimiento o nulidad de un acuerdo, el computo se produce desde el día que la sentencia de quiebra queda firme.

Según lo establecido por el artículo 164 la petición de extensión tramita por las reglas del juicio ordinario con participación del síndico y de todas las personas a las cuales se pretenda extender la quiebra. Si alguna de estas se encuentran en concurso preventivo o quiebra, es también parte el síndico de ese proceso. Rivera sostiene que es este proceso el que otorga mayor amplitud y garantías en todas las jurisdicciones, dado que la vía incidental podría restringir el derecho de defensa de no haber esa amplitud que otorga el juicio ordinario para la producción de las pruebas.

Se debe garantizar el debido proceso y la defensa en juicio.

A su vez la extensión de la quiebra perime a los seis meses. Esto intenta evitar que los procesos de extensión persistan paralizados durante un largo tiempo, sin beneficio alguno para los demandados ante la inacción del síndico.

Finalmente se establece que el juez puede dictar medidas precautorias del art 85 de la LCQ pero en

este caso bajo la responsabilidad del concurso.

Para el caso que la sentencia de quiebra en el juicio principal haya sido recurrida y por ende no se encuentre firme, el procedimiento de extensión no se suspende. El proceso de extensión seguirá su curso y llegado el momento de dictar sentencia, si aun la quiebra principal no se encontrara firme, se suspendería dicho dictado. Una vez firme la misma, se deberá dictar sentencia en la extensión. No se suspenden la caducidad de instancia del artículo 164 ni se interrumpe el plazo de caducidad del artículo 163.

El juez que decreta la extensión es quien debe disponer las medidas de coordinación de procedimientos de todas las falencias. Esto siempre y cuando conserve la competencia en función de lo comentado acerca del artículo 162 y no deba ceder en beneficio del juez del sujeto extendido de mayor activo.

También el síndico ya designado en la quiebra principal deberá actuar en las restantes falencias extendidas, aunque la ley aquí hace una remisión al artículo 253 de la LCQ en su parte final, que establece que en función del volumen y complejidad del proceso, el juez podrá designar una sindicatura plural. Es decir que podrá sumar otro u otros síndicos y definir el rol que tendrá cada funcionario, sus responsabilidades, etc.

Un tema a considerar es que la ley concursal tal como se ha comentado, legitima al síndico para iniciar la acción de extensión de quiebra, pero no regula el tratamiento en cuanto a los honorarios que le corresponden en caso que la misma resulte exitosa.

Por otra parte, en las oportunidades para regular honorarios establecidas en el artículo 265 de la ley de concursos y quiebras (LC), nada se dice en cuanto a la actuación del funcionario concursal en las distintas acciones de recomposición patrimonial que la ley le manda llevar adelante.

La omisión normativa no implica que el síndico no tenga derecho a regulación de honorarios, esto surge del principio establecido por el artículo 1627 del Código Civil, que establece que ninguna tarea se presume gratuita, y por el artículo 3 de la ley 21839, el cual dice que toda actividad profesional se presume de carácter oneroso, norma aplicable a los profesionales en ciencias económicas por expreso reenvío del artículo 12 del decreto ley 16638/1957.

De ello se desprende que tales tareas no pueden encontrarse comprendidas en la regulación del artículo 265 de la (LC) en alguna de las oportunidades contempladas por dicha norma.

Sobre el tema tuvo oportunidad de expresarse la jurisprudencia, destacando en primer lugar que la actuación profesional no se presume gratuita y que por tanto y como todo despliegue profesional, la

labor desplegada por el síndico y su letrado patrocinante se presume onerosa (“Gallego, Domingo s/quiebra” - CNCom. - Sala D - 7/3/2012. Con cita de los siguientes fallos dictados por la misma Sala: “Ciccione Calcográfica SA s/concurso preventivo. Incidente de revisión promovido por la concursada al crédito de Mariño, Manuel Jorge” - 4/7/2007 y “Transportes Automotores Chevallier SA” - 12/11/2002).

Como consecuencia de ello, se estableció en dicho precedente que la sindicatura tiene derecho a que se le fijen los emolumentos por toda su actuación y, en caso de extensión de quiebra, cuando medió una exitosa actuación y la parte demandada resultó condenada en costas, procede efectuar una retribución adicional a la efectuada en el principal, tanto al funcionario concursal como a su letrado. De ello se desprende que la regulación efectuada en alguna de las oportunidades del artículo 265 de la LC, no resulta comprensiva de la actuación en la extensión de quiebra y en caso de hacerlo, podría conllevar a superar el tope máximo retributivo del ordenamiento concursal previsto por el artículo 267 de la LC, lo cual no resulta posible (“Gallego, Domingo s/quiebra” - CNCom. - Sala D - 7/3/2012. Con cita del siguiente fallo dictado por la misma Sala: “Pexse SA s/quiebra. Incidente de extensión de quiebra” - 10/5/2011).

En consecuencia y atento a tratarse de una acción concursal tramitada como proceso ordinario, se estableció que corresponde regular en forma autónoma al síndico.

En el caso citado, con la tramitación de la extensión se obtuvo un beneficio para la masa de acreedores, pues se logró un sustancial incremento del activo. Teniendo en cuenta que las tareas a remunerar deben ser solventadas con el activo liquidado, se estableció una única suma retributiva, comprensiva tanto por las labores desplegadas en la extensión de quiebra, como las realizadas durante el proceso falencial.

Si bien es positivo el fallo en análisis, lo cierto es que resultando condenado en costas el demandado -luego fallido-, le correspondería una regulación adicional en la quiebra por extensión, además de la regulación a la que tiene derecho por desempeñarse como síndico en dicho proceso (siempre que el síndico sea el mismo y continúe interviniendo el mismo juez que decretó la quiebra por extensión). De lo contrario, en caso de masas separadas, si existió un incremento del activo en la quiebra principal ello implicó un remanente en la quiebra por extensión que permitiera la formación de un fondo común para atender el pasivo insatisfecho de la primera, en el cual debió atenderse como gasto del concurso los honorarios del síndico incrementados por el éxito en la extensión de quiebra. Por otra parte, la cuestión que la jurisprudencia citada no contempla es el caso en que la extensión de quiebra resulte exitosa por haberse hecho lugar a la misma, pero en los hechos luego no redunde en un incremento de la masa activa de la quiebra principal, por no quedar un remanente en la quiebra por extensión. En este caso, para no perjudicar a la masa pasiva de la quiebra principal, los

mayores honorarios debieran ser atendidos por la masa activa de la quiebra por extensión.

Uno de los efectos principales de la quiebra es el desapoderamiento, por el cual el fallido pierde la legitimación procesal en lo que se refiere a todos los bienes comprendidos en el mismo. Por ende de existir créditos entre los fallidos, estos no pueden actuar sino a través del síndico. Por esto es que el artículo 170 establece que estos créditos entre fallidos se verifican mediante informe del síndico o en su caso un informe en conjunto de los síndicos actuantes en las diversas quiebras.

Es decir que la verificación de estos créditos no debe ser pedida sino que el síndico debe incluirla en el informe individual de oficio.

Alguna doctrina sostiene que en caso de que el síndico no lo hiciera, el fallido podría hacerlo por la vía incidental, porque la pérdida de la legitimación procesal no implica la pérdida de la titularidad del derecho que le sigue perteneciendo.

Ahora bien en el caso de la formación de masa única, se produce la extinción de estos créditos por confusión.

Por ultimo los efectos de la quiebra declarada por extensión se producen a partir de la sentencia que la decreta.

Conclusiones y propuesta para cambiar la ley

Se puede concluir que el instituto de la extensión de la quiebra tiene por objeto la protección del crédito a través de la recomposición del activo liquidable de la quiebra mediante la incorporación de nuevos bienes por responsabilidades ilimitadas y solidarias por un lado y por otro lado por conductas reprochables en los manejos patrimoniales en perjuicio de los acreedores. El síndico deberá estar muy atento y prestar especial atención a fin de recabar los elementos de juicio válidos y suficientes que le permitan probar estos últimos supuestos y proceder a solicitar la extensión de la quiebra a los responsables de los mismos. Seguramente estas actividades adicionales requerirán por parte del síndico de un esfuerzo profesional, económico y de tiempo mucho mayor.

A mi entender sería sumamente conveniente introducir dentro del régimen general de honorarios de la ley falencial alguna previsión específica en función de la cual la Sindicatura que peticiona y obtiene la declaración de extensión de quiebra tenga un reconocimiento arancelario aún cuando no siga interviniendo en la quiebra del patrimonio respecto del cual se declaró procedente la extensión,

Cr. Javier Andrés Giménez Giménez

o bien aún cuando como consecuencia de la extensión los bienes alcanzados por la misma no son representativos y por ende la labor adicional del Síndico quedaría total o parcialmente desatendida en dicho aspecto. Está claro que cuando el mismo Síndico liquida los bienes del patrimonio respecto del cual se extendió la quiebra, sus honorarios se incrementan en función del activo liquidado, pero hoy la legislación nada dice de los supuestos antes referidos, lo que de algún modo desalienta la labor de la Sindicatura en lo que concierne a la obtención de datos y pruebas que abastezcan la promoción de acciones de esta naturaleza.

Bibliografía

- “Ley de Concursos y Quiebras”
Julio Cesar Rivera – Horacio Roitman – Daniel Roque Vitolo
4 Tomos mas 1 Tomo de actualización Ley 26.684
Editorial Rubinzal – Culzoni 2009 – 2012
- Editorial Errepar – Practica y Actualidad Concursal – Doctrina Societaria y Concursal
Perciavalle Marcelo
Villoldo Juan
- “Régimen de Concursos y Quiebras”
Adolfo Rouillon
- “Ley de Concursos y Quiebras”
Carlos Ferrario – 2012
- Jurisprudencias relacionadas