

LA CONCURSABILIDAD PREVENTIVA DEL GRUPO EN LA FLAMANTE LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS

RAFAEL MARIANO MANÓVIL

PONENCIA

La presente ponencia se refiere a la incorporación legal de la posibilidad de concursar preventivamente en forma conjunta a las personas que integran un agrupamiento o conjunto económico. Tal posibilidad es beneficiosa para permitir que se alcancen soluciones integrales a la crisis del grupo. No obstante, se han adoptado soluciones inconvenientes, que aquí se critican y que, en resumen, son las siguientes:

- a. En el concurso conjunto de los integrantes de un agrupamiento debería exigirse la presentación de una propuesta única para todos ellos. La ley permite aprobar propuestas individuales, lo que desfigura la razón de ser del concurso conjunto.
- b. Es particularmente riesgosa la norma que dispone que en caso de propuesta única la quiebra de uno de los integrantes del agrupamiento durante el período de cumplimiento lleva a la quiebra a todo el conjunto.
- c. La utilización de la expresión *conjunto económico* es inconveniente por su notoria imprecisión, aún en derecho fiscal. En el contexto legal, debe ser interpretada como sinónimo de *agrupamiento*. De todos modos, hubiera sido aconsejable brindar por lo menos algunos datos configurativos de los presupuestos de hecho de la aplicación de la normativa.
- d. Resulta plausible, en cambio, la admisión de cualquier persona física o jurídica y no sólo de las sociedades como integrantes del agrupamiento a concursar en forma conjunta.
- e. Es desacertada la exigencia de que deban obligatoriamente concursarse *sin excepción todos los integrantes del grupo*. Además, es incongruente con la exigencia de que en los casos de integrantes que no se hallan en estado de cesación de pagos deba probarse que ese estado afecta también a los integrantes *in bonis*.

FUNDAMENTOS

A. Introducción

1. Desde el día 18 de agosto de 1995 a las cero horas rige la nueva Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522. Sancionada por la Cámara de Diputados el 20 de julio, promulgada el 7 de agosto, publicada el día 9, el veto del art. 290 que establecía la entrada en vigencia a los 90 días de su publicación y su aplicación a los concursos iniciados con posterioridad, nos ha colocado a jueces, abogados y empresas ante un verdadero acto de barbarie legislativa.

2. Tanto apuro por imponer una normativa con aspectos severamente criticados por lo más representativo de la doctrina especializada, haciendo oídos sordos a cualquier posibilidad de mejoramiento del texto, da lugar a que se tejan las peores sospechas sobre intereses subalternos impacientes por aprovechar con urgencia esta o aquélla de las novedades introducidas.

3. En cualquier país civilizado una alteración en la legislación de fondo de la profundidad de la que aquí padecemos, no se sanciona sin casi debatirla, ni mucho menos se pone en vigencia de la noche a la mañana, sin tiempo para que los que suelen ser llamados "operadores del derecho" no hayan podido estudiarla aunque sea someramente.

Como contraste, baste citar el ejemplo de la República Federal de Alemania, cuyas centenarias leyes de Concursos y Quiebras van a ser sustituidas por una ley sancionada en 1994, que comenzará a regir en 1999, y cuyas labores preparatorias estaban casi concluidas ya en 1986.

4. La supresión del art. 290, que establecía la aplicación del nuevo régimen solamente a los nuevos concursos, manteniendo la vigencia del anterior para los que ya estuvieran en trámite, nos coloca ante un verdadero caos. Es cierto que para estos casos rige el art. 3 del Código civil, en cuanto preserva la inalterabilidad de los efectos ya cumplidos. Pero la aplicación de la ley nueva a los efectos posteriores, en el caso de una ley que rige un proceso dinámico y prolongado como es un concurso o una quiebra, da margen para que cada juez resuelva a su manera la infinidad de cuestiones que se suscitan. ¿Qué ley se aplica a una verificación tardía? ¿Se celebran las juntas ya citadas? ¿Se presentan en el Tribunal las impugnaciones ya citadas? ¿En quiebras ya decretadas con anterioridad, tiene el deudor la posibilidad de presentar una propuesta de acuerdo resolutorio? ¿En un concurso presentado pero con los recaudos legales aún no cumplidos, debe cumplirse con los de la ley anterior o los de la ley nueva?

5. No es este el lugar ni la oportunidad para tratar esos interrogantes, ni tampoco para desarrollar la consideración de las múltiples novedades de carácter estrictamente concursal, algunas positivas, otras negativas, y entre éstas varias francamente peligrosas. Pero al abordar una de las materias

societarias de la nueva ley, no puedo dejar de expresar la repulsa que me genera este modo de legislar.

6. En esta ponencia trataré sintéticamente uno de los temas conectados con el derecho societario, en el cual la nueva legislación invierte el sentido de lo que ha sido la corriente jurisprudencial predominante en materia de concurso preventivo. Hasta ahora, la tendencia era no permitir que sociedades jurídicamente independientes, pero pertenecientes a un grupo o agrupamiento, pudieran acudir a ese remedio en forma conjunta, particularmente cuando el domicilio de algunas de ellas estaba ubicado en jurisdicciones diferentes.

7. Con ello no se ha llegado al extremo de dotar de personalidad al grupo o agrupamiento, como ya en 1910 propugnaba Rudolf von Jsay y luego volvieron a proponer reiteradamente otros autores, pero indudablemente en algunos aspectos la ley presente soluciones como si esa personificación se hubiera concretado.

8. La ley 24.522 permite en su art. 65 a *dos o más personas físicas o jurídicas que integren en forma permanente un conjunto económico... solicitar en conjunto su concurso preventivo.*

Pero es importante destacar que el concurso conjunto es optativo y no obligatorio, lo cual estimo razonable. La obligatoriedad implicaría considerar de antemano que existe responsabilidad de unos integrantes del agrupamiento por la actuación de los demás, lo que sólo se da, de acuerdo al derecho vigente, si se configuran los presupuestos del art. 165 —ahora 161— del régimen concursal, o los del art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales.

9. El precedente inmediato de esta normativa, lo constituyen los arts. 78 a 82 del proyecto de 1993 elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia y suscripto por Rubén Segal, Héctor Alegría, Salvador D. Bergel, Horacio Fargosi, Horacio Roitman, Miguel Rubin y Sergio Le Pera, éste con una nota de disidencia, y que no firmaron, pese a ser miembros de la comisión Edgardo M. Alberti, Alfredo Dio Iorio y Mario Kaminker.

10. Es razonable que un grupo de empresas que se encuentra en crisis pueda acudir al remedio preventivo en su conjunto, haciendo prevalecer el hecho económico de su unidad por sobre el hecho jurídico de su división en sujetos de derecho independientes. La solución puede derivar, precisamente, de la reorganización grupal, lo que sería imposible de obtener si fuera imperativo el trámite de concursos separados.

El art. 80 del proyecto citado en el numeral anterior, en norma que no recibió la ley 24.522, preveía, precisamente, que la propuesta debía comprender la solución o reorganización prevista para la totalidad de los integrantes del agrupamiento. Y ejemplificaba diciendo que era aceptable que consistiera en *fusiones, escisiones, transformaciones, realización de bienes, transferencias de activos en propiedad, uso u otro título o cualquier otro*

negocio entre los integrantes o con relación a terceros, venta de acciones, cuotas o partes sociales, capitalización total o parcial de créditos en una o varias sociedades y cualquier otra propuesta que resulte adecuada para la solución global de la crisis del agrupamiento, considerando la totalidad de sus activos y pasivos. Coincido con Bergel, en cuanto a que la supresión no es feliz.¹ No debe, sin embargo, interpretarse que la falta de previsión de estos mecanismos en la ley sancionada impide su utilización.

11. Pero la ley 24.522 suprimió también la exigencia de que la propuesta obligatoriamente tuviera que comprender una solución para la totalidad de los integrantes del agrupamiento. El texto legal ha hecho optativo presentar una propuesta única: el art. 67, quinto párrafo, establece que *los concursados podrán... ofrecer propuestas tratando unificadamente su pasivo*. Ello desvirtúa en buena medida la razón de ser del instituto de la concursabilidad preventiva grupal.

12. En cambio, el concurso conjunto con propuesta única ofrece una ventaja a los deudores: aunque conforme al art. 67, tercer párrafo, establece que *existirá un proceso por cada persona física o jurídica concursada*, el sexto párrafo dispone que *las propuestas se considerarán probadas si las hubieran votado favorablemente no menos del setenta y cinco por ciento del total del capital con derecho a voto computado sobre todos los concursados, y no menos del cincuenta por ciento del capital dentro de cada una de las categorías*.

El proyecto del Ministerio de Justicia, en lugar de una aprobación automática por el número de votos, como en la ley aprobada, con mejor criterio preveía la facultad del juez de homologar el acuerdo si en conjunto se hubiera alcanzado el sesenta por ciento del capital y, además, *estime que la propuesta es adecuada para la solución de la crisis del agrupamiento y equitativa para la generalidad de los acreedores*, con derecho a apelar por parte de los acreedores que hubieran votado negativamente.

13. Felizmente, en el trámite parlamentario se subsanó la incongruencia que hubiera significado conceder esa ventaja aún en caso de no presentarse una propuesta única, sino propuestas individuales para cada concursado, como en el proyecto inicialmente remitido por el Ministerio de Economía. El octavo párrafo del art. 67 expresamente dispone que *si las propuestas se refieren a cada concursado individualmente la aprobación requiere la mayoría del art. 45 en cada concurso*.

14. La desventaja del concurso conjunto con propuesta única es que si no se obtienen individualmente las mayorías requeridas, ni tampoco, la

¹ BERGEL, Salvador Darío: *La concursabilidad del Grupo en el Proyecto de Ley de Concursos*. ED, 159, 993.

mayoría especial indicada para el conjunto, se decreta la quiebra de todos los integrantes del agrupamiento, aún de aquellos que individualmente hubieran obtenido las mayorías del art. 45 de la ley. Así lo dispone el séptimo párrafo del art. 67, el cual agrega que *el mismo efecto produce la declaración de quiebra de uno de los concursados durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo*.

Esta última disposición me parece contraproducente: genera un riesgo de tal magnitud que posiblemente impida que entre las soluciones contenidas en la propuesta única se contemple que el agrupamiento se desprenda de cualquier sociedad concursada. Si la misma, en manos de un tercero, cae en quiebra, importará la quiebra de todo el conjunto.

15. No puedo omitir una mención a la facultad que otorga la última parte del último párrafo del art. 67 de que el acuerdo pueda *prever la extinción total o parcial de estos créditos* —refiriéndose a los créditos entre los integrantes del agrupamiento—. Tal extinción, que es comprensible en el marco de la consolidación unitaria de la situación del agrupamiento, merece la objeción de que puede dar lugar al debilitamiento de la solidez patrimonial del sujeto de derecho que sus acreedores particulares han tenido en cuenta como garantía de sus créditos. Tanto más así, cuando la consecuencia de la aprobación del acuerdo para el conjunto del agrupamiento no trae aparejada solidaridad en el cumplimiento del mismo.

16. En lo que sigue se efectuará un análisis crítico de algunos de los aspectos societarios del concursamiento preventivo grupal en la nueva ley.

B. *La caracterización del agrupamiento*

1. El art. 65, como ya se señaló, tipifica el “Tatbestand” que autoriza el concurso conjunto de varios sujetos jurídicamente separados, como la integración *en forma permanente de un conjunto económico*.

2. La expresión *conjunto económico* nació en el Derecho Fiscal, en cuyo marco ha sido utilizada en diversas leyes y normas reglamentarias sin que quedara aclarada en forma muy precisa la configuración fáctica que da lugar a esa calificación, de diferente calidad, por lo demás, según cuál sea la ley fiscal que la utiliza y, como lo señala la doctrina tributarista, de poco valor teórico.

Ya en 1983 el legislador la incorporó en el régimen concursal (ley 22.917), cuando reglamentó a partir del art. 165 la extensión de al quiebra. El art. 165-11 —ahora art. 172— dispone desde entonces que *cuando dos o más personas formen grupos económicos*, la quiebra de una de ellas no se extiende a las demás, salvo que se hubiere configurado alguno de los casos previstos en el art. 165 —ahora art. 161—. Y el propio art. 165 —ahora 161—

se refiere al desvío del interés social de la controlada fallida, en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

3. Pero esta última disposición introduce también el elemento *dirección unificada* para calificar el desvío del interés social que da lugar a la extensión de la quiebra, con lo que existe fundamento para sostener que cuando la ley concursal utiliza ahora en su art. 65 la expresión *conjunto económico* presupone que efectivamente exista esa *dirección unificada*.

4. Por otra parte, el propio art. 65, primer párrafo, exige que al solicitar el concurso preventivo conjunto, se expongan *los hechos en que fundan la existencia del agrupamiento...*, lo que permitiría inferir que la correcta hermenéutica es que, por lo menos para la ley concursal, *conjunto económico* es sinónimo de *agrupamiento*. Esta interpretación se ve reforzada por el texto del art. 66, referido a la cesación de pagos, que utiliza indistintamente ambos términos.

5. La doctrina, tanto nacional como extranjera, generalmente diferencia la noción de *agrupamiento* de las caracterizaciones de control societario o de dominación societaria, precisamente por la reunión del dato de una influencia dominante ejercida por un sujeto —societario o no— sobre una sociedad con la existencia de una *dirección unificada* del conjunto. También suele distinguirse el término *grupo*, referido a empresas, del término *agrupamiento*, referido a sociedades. El art. 78 del proyecto del Ministerio de Justicia, al que me referiré enseguida, hacía una composición, de ambos, refiriéndose a *agrupamientos económicos*.

6. De todos modos, la influencia dominante y la *dirección unificada* no son los únicos datos posibles para justificar la necesidad que puedan tener diversas sociedades y personas físicas para concursarse en forma conjunta por las particulares relaciones económicas, financieras o de otro tipo que existan entre ellas. Un caso es el de los garantes del concursado, ahora expresamente previsto en el art. 68, aunque no se configure un *agrupamiento*. Pero este caso no es el único.

7. Por ello estimo que las previsiones del art. 78 del proyecto del Ministerio de Justicia estaban mejor logradas que la norma convertida en ley.

Ese art. 78 —que no hablaba de *conjunto económico* sino de *agrupamiento económico*— mencionaba algunos elementos que podrían dar por probada su existencia, pero con clara indicación de que no eran los únicos posibles: al exigir que en la presentación se expusieran circunstanciadamente los fundamentos de la configuración del *agrupamiento*, decía que había que hacer *especial referencia* a esos datos. Estos eran: *la centralización en la dirección de los negocios, las participaciones de capital, negocios o financiación entre sus integrantes y la exteriorización que se agrupamiento haya tenido frente a terceros*.

8. La realidad suele ser mucho más rica que lo que pueda imaginar el legislador y, seguramente, se presentarán casos a los tribunales que mostrarán otras facetas no previstas tampoco en el art. 78 del proyecto. Así, especialmente, supuestos de ejercicio, por los caminos más variados, de una influencia dominante sobre uno o varios sujetos.

Pero aún así, atenta la discreción del juzgador para rechazar el concurso conjunto, la enumeración no taxativa de ciertos supuestos hubiera contribuido a dotar de cierta seguridad jurídica a quienes en el futuro invoquen la norma.

9. No debe perderse de vista, en este contexto, lo dispuesto por el art. 66, que establece que para la apertura del concurso conjunto *será suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, pero ello con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico.*

De donde se infiere que para que se configure el *agrupamiento concursable*, deberá existir en todos los casos el elemento de la afectación de la cesación de pagos sobre los demás.

10. Más abajo se volverá nuevamente sobre los problemas que genera la imposibilidad de delimitación precisa de los conceptos de *conjunto económico* y de *agrupamiento*, cuando se analicen algunas de las que creo inconsistencias del régimen sancionado.

C. Sujetos que se pueden considerar integrantes del "conjunto económico"

1. Acertadamente el art. 65 no limita la posibilidad de concursamiento conjunto a las sociedades comerciales, como podría inferirse de la noción más generalizada de *agrupamiento* a la que hice referencia más arriba; por el contrario, abre este camino a *dos o más personas físicas o jurídicas*.

2. Cuando la Ley de Sociedades Comerciales en su art. 33 define las relaciones de control societario dice que son *sociedades controladas aquellas en que otra sociedad...*

3. Pero otras normas del derecho vigente demuestran que la caracterización como controlante no está limitada a sociedades, sino que pueden tener esa calidad también otras personas jurídicas y personas físicas.

4. Así surge del art. 54 de la Ley de Sociedades cuando en sus tres párrafos se refiere a secas al socio y al *controlante*, sin distinciones de ninguna naturaleza.

5. Más explícitamente aún así lo dispone el art. 165 —ahora 161— de la Ley de Concursos, cuando en su inc. 2) dispone que la quiebra se extiende a *toda persona controlante*, concepto que, a su vez, define como *aquella que ... posee participación...* y, además, como *cada una de las personas que*

actuando conjuntamente poseen participación... (obviamente, aunque no exista relación societaria entre ellas), y en su inc. 3) dispone que la quiebra se extiende a toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial...

6. La no limitación de la configuración del control societario y ahora de la concursabilidad conjunta al caso de sociedades es altamente elogiable. Puede decirse que ello se inscribe en la tendencia abierta por el art. 15 de la Ley de Sociedades por Acciones alemana de 1965 (AktG), en cuanto otorga relevancia jurídica al dominio o al control que sobre una sociedad ejerza una empresa.

7. La empresa no es en Alemania sujeto de derecho, como no lo es en ningún otro país. El concepto ha sido utilizado como una comodidad verbal para resaltar la situación en la cual al derecho societario le interesa ocuparse de una situación de control o dominio. Esa situación es la de que quien ejerza poder en una sociedad tenga, fuera de la propia sociedad, intereses empresarios. Ello así porque son esos intereses empresarios ajenos a la sociedad los que generan la situación de riesgo —fundamentalmente para accionistas externos y acreedores— de que ese sujeto imparta instrucciones que sean contrarias al interés social.

8. Poco importa, en este contexto, qué calidad tenga el sujeto de derecho titular de la empresa. La jurisprudencia alemana ha sido muy amplia en la interpretación y ha decidido no sólo que la norma es aplicable a cualquier persona que ejerza una actividad empresarial distinta de la de la sociedad controlada, sino también que empresa a los fines de esa norma puede ser considerado el propio Estado Federal así como una o más personas físicas que, aunque no ejerzan directamente una actividad empresarial, tengan intereses en otras empresas.

9. Resulta plausible, pues, que la nueva norma autorice el concurso conjunto de cualquier tipo de personas, físicas o jurídicas.

10. Para concluir con este tema, no puedo soslayar el planteo del interrogante que genera la aplicabilidad del flamante e inconsultamente incorporado instituto del *cram down* cuando se trata de un agrupamiento integrado por personas físicas o por personas jurídicas no comprendidas en el art. 48 de la Ley de Concursos y Quiebras.

D. Crítica a la obligatoriedad de que el concurso comprenda a todos los integrantes del agrupamiento

1. El segundo párrafo del art. 65 es categórico: *la solicitud debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones*. La intención del legislador es que el grupo que se concursa en forma conjunta no trate de “salvar” una parte de las empresas que lo componen en detrimento

del patrimonio común que es prenda de los acreedores. Con ello decide en sentido inverso al precedente italiano, la ley 95, llamada "Hey Prodi".

2. Pero la exigencia legal argentina tropieza con dificultades prácticas y, además, no es congruente con lo dispuesto en el ya citado art. 66 en cuanto a que cuando no todos los integrantes del agrupamiento están en estado de cesación de pagos, es condición para la concursabilidad preventiva conjunta que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico. Ni es tampoco compatible con la no concursabilidad de determinadas sociedades controladas en razón de su objeto, como las entidades financieras y las compañías de seguros que bien pueden formar parte del agrupamiento, e incluso, por lo menos en el primer caso, ser su motor central.

¿Qué hará el juez cuando un agrupamiento integrado por diez sociedades tiene una o dos de ellas en estado de cesación de pagos, otras dos o tres afectadas por ese estado, y el resto *in bonis* y en condiciones de seguir funcionando con independencia de la situación de las demás? ¿Rechazará la solicitud por atenerse al art. 66? ¿Dejará de lado la aplicación estricta de este último y exigirá la presentación en concurso de las diez? ¿No abrirá el concurso conjunto de las sociedades que están en cesación de pago y de las que estén afectados por la misma?

3. Tampoco prevé la norma la solución para el caso de un agrupamiento transnacional. ¿Deberá exigir el juez, entonces, que sociedades constituidas en el extranjero se concursen en el país aunque no tengan actividad propia en el mismo? ¿O será imposible que ese agrupamiento se concurse preventivamente como tal?

4. La vastedad de situaciones y circunstancias que dan lugar a que se tenga por configurado un agrupamiento es inmensa. Pero para no citar más que alguno de los ejemplos posibles, pueden estar incluidas en aquel sociedades *in bonis*, no afectadas por el estado de cesación de pagos del agrupamiento, controladas en virtud de control externo o de control interno de hecho.

Además de no apreciarse los motivos por los cuales los socios externos al grupo deban soportar obligatoriamente ser sometidos a los riesgos propios del concurso de un agrupamiento que no integran,² en la práctica puede ocurrir que el órgano de gobierno no apruebe la continuación del trámite como lo exige el art. 6º, segundo párrafo de la ley.

5. Tampoco se advierte la razón práctica por la cual una sociedad

² No me convence el argumento de Bergel en cuanto al conocimiento o al deber de conocer que tienen los accionistas o socios externos de las consecuencias posibles de la conducción unitaria del grupo (véase BERGEL, Salvador Darío: "La concursabilidad del Grupo en el Proyecto de Ley de Concursos". ED. 159, 987.

participada por alguno de los integrantes del agrupamiento, incluso controlada, si no está en estado de cesación de pagos ni está afectada por el del agrupamiento, deba obligatoriamente formar parte del concurso. Visto desde la participante o controlante se trata de un activo del que se podrá disponer en el marco de la solución a la que se arribe como de cualquier otro activo. Incluso, en caso de quiebra, será un activo a liquidar, seguramente en mucho mejores condiciones que si se fuerza a liquidar la sociedad controlada. Nótese que, con toda razón, semejante solución no está prevista ni siquiera para el caso de extensión de quiebra.

6. ¿Por qué, además, los acreedores de una sociedad *in bonis* deberían verse de pronto sometidos al régimen concursal cuando su crédito lo otorgaron a una empresa sana?

7. Y, por último, pero quizás como primero en orden de importancia práctica, a luz de que los límites de lo que se considera un agrupamiento o un conjunto económico no están definidos ni pueden ser precisados de antemano, ¿en base a qué valoraciones, a qué datos y a qué pruebas podrá y deberá el juez resolver en el momento de la apertura si se han concursado conjuntamente todos sus integrantes *sin exclusiones*? ¿Deberá tramitarse una especie de juicio de anteconcurso?