

EL GRUPO CONCURSADO

Israel Creimer

Los grupos empresarios constituyen una presencia cada vez más evidente, en la actividad económica.

En caso de insolvencia del grupo, debe existir la posibilidad de concursar preventivamente juntas a todas las unidades del grupo. Asimismo se debe dar la posibilidad de extender la quiebra de una empresa hacia otras, tal cual lo establece la ley argentina.

Si un miembro del grupo deja caer a otro y se dan algunas de las hipótesis previstas en la ley, es razonable que todos los integrantes del grupo queden afectados.

En el Uruguay, donde no existe legislación que ampare estas posibilidades, la jurisprudencia ha debido arbitrar soluciones parecidas ya que el fenómeno económico de la concentración es una realidad inculcable.

La regulación da seguridad jurídica.

1. Concepto del grupo.

El Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, Angel Rojo, cuando estudia la cuestión de los grupos de sociedades cita una obra de Uría, también publicado en la Revista de Derecho Mercantil española, ya en el año 1949 sobre esta misma cuestión.¹

Incluso en el Uruguay hace ya muchos años el Profesor Ferro publicó un trabajo que luego reelaboró en un libro que publicó posteriormente.²

Pero si hurgamos el tema en los Estados Unidos de Norteamérica, lo encontramos tratado incluso en el siglo pasado.

La Sherman Act de 1880 aborda la cuestión desde la óptica del Derecho de la Competencia, que tanto preocupa –con toda razón– en la Unión Europea de nuestros días.

Rojo nos dice que en España el tema de los grupos aparece por el lado del Derecho Fiscal y del Laboral. También en nuestras latitudes estos son los derechos pioneros que abordan el problema.

La realidad económica de nuestros días nos indica que, frente a las llamadas sociedades o empresas “isla”, se dan también, frecuentemente y cada vez más, distintos tipos de concentraciones societarias o grupos de sociedades, sobre cuya naturaleza ya existe una importante elaboración doctrinaria.

Preferimos hablar de concentración empresaria, más que societaria ya que, es

¹ Rojo, Angel “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, relación presentada el 16 de noviembre de 1995 en el “Convegno Internazionale di Studi sui Gruppi”, organizada por la Revista de la Società celebrado en Venecia, Publicado en la Revista de Derecho Mercantil No. 220, abril-junio de 1996, Madrid.

² Ferro Astray, José A. “Uniones de empresas”, publicado en Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad, Montevideo, 1957. Luego el mismo autor publicó: Empresas controladas”, Abeledo

evidente, la agrupación puede darse entre personas jurídicas o personas físicas, aunque la más frecuente es que los sujetos sean sociedades.

Para definir el grupo o el conjunto económico como lo denomina más frecuentemente el Derecho Fiscal, parece ineludible recurrir a la obra de Champaud³. El concepto eje es el de la “unidad de decisión”.

Por más que aparezcan distintas personas actuando en el mundo comercial si hay una, que impone la decisión, allí estaremos frente a un grupo de sociedades o empresas.

Vale la pena recordar textualmente las palabras del maestro Champaud con las que inicia su trabajo publicado en la Argentina: “Las sociedades como los hombres, oscilan entre el instinto gregario y la voluntad de independencia. Sin embargo, a menudo las demás leyes de la vida económica sólo les dejan elegir entre vivir agrupados o morir absorbidos, a menos que prefieran la lenta agonía solitaria”.

El autor señala las dos formas básicas de agrupamiento: las agrupaciones con estructura societaria y las agrupaciones de estructura contractual. Esto es que, en algunos casos se controla una sociedad detentando todo o parte decisiva de las acciones o, en otras circunstancias, el control puede estar dado por vínculos contractuales, como por ejemplo, suelen serlo los contratos de distribución.

La “unidad de decisión” a que nos referimos antes “puede definirse como un señorío organizado por medios de derecho, que transfieren a los detentadores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario”. En definitiva, “el control es un medio de realizar o conservar la unidad de decisión”^{4 5}

El control de una persona sobre otra, la existencia de grupos de empresas o conjuntos económicos, nos plantea, en definitiva, la cuestión de la independencia patrimonial de las personas agrupadas.

Dicho con las palabras de Le Pera: “Si dentro de este ideal de justicia se encuentra el alcanzar en forma personal al verdadero titular del interés y autor de las decisiones fundamentales del grupo, se hallará muy frecuentemente que el camino para ello, si es que se lo puede determinar, pasa a través de otras masas patrimoniales cuyos acreedores son también dignos de tutela, y de otras explotaciones en cuya conservación también puede existir un interés social”.⁶

He aquí planteada la cuestión con claridad y con todas las problemáticas que implica.

Por eso el Fisco suele desconocer la presunta independencia patrimonial de una persona si, en realidad, el poder de decisión de la misma es el de otra persona que, normalmente, determinará que se recauden menos tributos.

El mismo razonamiento lo hacen los laboristas para cobrar los créditos laborales a quienes, siguiendo el “principio de la realidad”, tan caro al Derecho Laboral, son los verdaderos patronos, aquellos que tienen la potestad de decisión.⁷

Perrot. Argentina.1961. Recomienda la reglamentación legal del control empresario.

³ Champaud, Claude “Le pouvoir de concentration de la société per actions”, Sirey, París, 1962 y el informe preparado por el mismo autor para el Séptimo Congreso Internacional de Derecho Comparado, realizado en Upsala en 1966 que fuera traducido por el Profesor Isaac Halpein y publicada en la Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, Año 2, No. 8, abril de 1969, Depalma, Buenos Aires.

⁴ Champaud, op. cit., pág. 121

⁵ También debe citarse el magistral capítulo titulado: “El Derecho de los grupos de sociedades”, contenido en el inagotable libro de Le Pera, Sergio “Cuestiones de derecho comercial moderno”, Astrea, 1979, pág. 230 y sgts..

⁶ Le Pera, op. cit. pág. 131

⁷ Jornadas Interdisciplinarias laboral-comercial. “Concentración Empresarial”, véase la exposición del

No es, por cierto, pacífica la posición que señala la existencia, como categoría jurídica del grupo.

Así Maffia afirma que el grupo solo existe “por la vía taumatúrgica de cosificar un vocablo”⁸.

2. El grupo empresario y la falencia.

De lo dicho precedentemente surge que, resultará inevitable que el problema tenga relevancia en el momento de la falencia de una empresa.

La doctrina, la jurisprudencia y finalmente, la ley argentina reconoció la cuestión y en definitiva hoy tiene regulados la extensión de la quiebra y el concurso en caso de agrupamiento.

La extensión de la quiebra no es algo absolutamente nuevo. En el viejo régimen argentino (art. 1384 del Código de Comercio) y en la vigente ley uruguaya (art. 1576 inc. 1 del Código de Comercio) se dispone que: “La declaración de quiebra de una sociedad colectiva o en comandita constituye un estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen”. Este artículo fue tomado de la ley chilena y no del modelo francés.

2.1. Extensión de la quiebra en la Argentina.

La norma siguió vigente en la Argentina hasta hoy en el ley 24.522 (art. 160).

También se puede extender la quiebra en otras hipótesis prevista en el art. 161: “1. A toda persona que bajo la apariencia, de la actuación de la fallida, ha efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a los acreedores. 2. A toda persona contratante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la contratada, sometiéndola a un dirección unificada en interés de la contratante o del grupo económico del que forma parte ... 3. A toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial irrevocable que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de mayor parte de ellos”.⁹

Antes de que una norma lo habilitara ya la jurisprudencia argentina había extendido la quiebra a sociedades agrupadas o con patrimonios confundidos.

La solución se impone. ¿Cómo no será responsable una persona si genera la apariencia de responsabilidad? ¿Cómo no responderá si defrauda a sus acreedores o se desvía el interés social? ¿Cómo no va a responder si hay una confusión patrimonial que prácticamente supone una sociedad de hecho?

2.2. Quiebra de Grupos en el Uruguay.

Lo mismo podría hacerse en el Uruguay, sobre todo después del art. 189 de la

Prof. Osvaldo Mantero.

⁸ Maffia, Osvaldo J. “Concursabilidad del grupo societario”, ponencia publicada en el Tomo III Cuestiones interdisciplinarias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

⁹ Sobre la “Extensión de quiebra”, en el Derecho argentino puede verse, entre otros, el libro de Montesi,

Ley de Sociedades 16.060, que consagrara la posibilidad de levantar el velo de las sociedades, prescindirse de su personalidad jurídica, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios accionistas o terceros. La consecuencia es que se imputará a quien o quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En el pasado, en el Uruguay se dictaron leyes especiales para procesar el concurso de conjuntos económicos integrados por diversas personas pero que, en realidad, constituían un solo patrimonio¹⁰.

La ley 13.892 sacó de la consideración judicial determinadas quiebras de Bancos, para ser liquidados administrativamente (art. 477) y dispuso que la liquidación no sólo de los Bancos en falencia, sino también de sus colaterales (art. 478).

Luego vinieron otras leyes similares.

En la década del 70 esta moda también cundió en la Argentina y en Italia.

En cuanto a la posibilidad de solicitar un Concurso preventivo de la quiebra o concordato por parte de sociedades agrupadas ello es hoy posible en la Argentina, de acuerdo a lo previsto en el art. 65 de la ley. 24.522.

En el Uruguay sin previsión legal, el tema es más complejo y fue objeto de una ponencia¹¹. En la misma se propugnaba la posibilidad de concursar en el Uruguay un conjunto económico, aunque no haya norma expresa que lo prevea. Para ello debe contabilizarse el conjunto económico mediante balances consolidados formulados conforme a las normas legales y profesionales. Sin perjuicio de esto, se proponía legislar sobre la cuestión.

2.3. Una posición discrepante.

La extensión de la quiebra y el concurso en caso de agrupamiento plantean problemas de muy difícil solución. El derecho positivo argentino e italiano y el proyecto español admiten estas opciones. Ello puede ser visto como una solución al problema de la insolvencia del grupo o puede ser visto en forma crítica.

En un trabajo reciente se ha propuesto un nuevo sistema alternativo a la extensión de la quiebra que consiste en un régimen de responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de la sociedad dependiente concursada¹².

Miguens, especialista en Sindicaturas Concursales y Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra, España, afirma que la extensión de la quiebra le parece una sanción absolutamente desproporcionada para la situación de control o agrupamiento societario.

Es que el fenómeno grupal, dice, es distinto al societario, resulta muy difícil aprehender la muy diversa realidad económica de los distintos tipos de grupos y,

Víctor Luis, Astrea, Buenos Aires, 1985.

¹⁰ Sobre esta cuestión puede verse: Rodríguez Olivera, Nuri "Liquidación de Sociedades Anónimas y Liquidación de Bancos", F.C.U., Colección JUS 16 y Creimer, Israel, "Las crisis de las empresas y la insuficiencia de las soluciones tradicionales", Revista Jurídica Estudiantil. Octubre 1986. Montevideo, Uruguay.

¹¹ Creimer, Ferrer, Heuer y Rodríguez Mascardi "Concurso del grupo económico en el derecho uruguayo", Ponencia presentada en el Segundo Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, Colonia, 1997.

¹² Miguens, Héctor José "Alternativas a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de socieda-

por tanto el legislador y el Juez deben brindar soluciones singulares para cada grupo en concreto.

“Nuestra tesis fundamental consiste en afirmar que no procede en ningún caso la extensión de la quiebra, dentro de las sociedades de un grupo, mediando un proceso concursal de alguna o algunas de ellas. En tal situación es preferible la elaboración y aplicación de un alternativo régimen de responsabilidad del sujeto director del grupo, derivada de su política empresarial unificada, siempre que las deudas de la sociedad en estado concursal hayan nacido como fruto del control y de tal política empresarial unificada ...”¹³.

El mencionado autor se inspira, básicamente, en las soluciones del derecho norteamericano, basadas en la equidad, el derecho inglés y el alemán¹⁴.

Por otra parte, debe recordarse que el famoso fallo del año 71 en la Argentina, en el caso Deltec se ordenó, precisamente, “extender la responsabilidad” a las empresas del grupo.

3. Conclusiones.

Las discrepancias de Miguens, precedentemente citadas, no resultan tan graves si tenemos en cuenta que la extensión de la quiebra está prevista en casos claramente determinados y que los mismos son de interpretación estricta.

Los autores y la jurisprudencia argentina, son particularmente cautelosos, y reiteradamente señalan que por el solo hecho de agruparse las empresas no están en riesgo de caer en quiebra. Sólo cuando se dan algunas de las conductas descritas en la ley se producirá la extensión de la quiebra.

Incluso, sin texto legal, se ha dado en la Argentina, tal cual lo señalamos, antes de su regulación, y se han dado en el Uruguay casos en que los jueces han debido comprender en la quiebra, bienes de otras personas que no son las originariamente sujetas a la misma. Siempre deberá haber un proceso de conocimiento, con las debidas garantías procesales para afectar a otras empresas que no están alcanzadas por el auto primigenio de declaración de quiebra.

Es mucho mejor que el Derecho regule la situación, pues ello nos proporciona seguridad jurídica.

Por otra parte, la posibilidad de concurso en caso de agrupamiento, aunque ha merecido serios reparos, de los cuales deben destacarse por su solidez, los señalados por Manovil¹⁵ quien, sin embargo, afirma que la incorporación legal de concursar preventivamente en forma conjunta a las personas que integran un agrupamiento o conjunto económico es positiva. “Tal posibilidad es beneficiosa para permitir que se alcancen soluciones integradas a la crisis del grupo”¹⁶.

des”, publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Año 30, 1997, pág. 241 y sigts.

¹³ Miguens, op. cit., pág. 244.

¹⁴ El propio Miguens entrega parte de sus tesis, en proceso de edición, en la misma revista argentina ya citada, bajo el título: “La subordinación equitativa de las demandas intersocietarias dentro de un grupo de sociedades en el Derecho Concursal Norteamericano”, pág. 335 y sigts. Allí se extiende sobre la cuestión con acopio de doctrina y jurisprudencia de los E.E.U.U..

¹⁵ Manovil, Rafael Mariano “La concursabilidad preventiva del grupo en la flamante ley de concursos y quiebras”, ponencia presentada VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Ibero-

También ponen una severa lupa sobre la cuestión Favier Dubois y Muiño y Richard¹⁷.

Si pensamos seriamente en la cuestión de las crisis empresarias y la posibilidad del saneamiento y la reorganización de los complejos empresariales debe regularse la posibilidad del concurso del grupo, de conformidad con el excelente y documentada trabajo de Bergel y Paolantonio¹⁸.

Ellos plantean lo que denominan el tema esencial: “someter al concurso sólo a las empresas insolventes del grupo o por el contrario vincular a las resultas del saneamiento a todas las empresas que lo conforman”. “Partiendo de un análisis económico pareciera que se impone la participación de todas las empresas del grupo”¹⁹. “La extensión del procedimiento –remarca Libonatti- debería poner el acento en una hipótesis del grupo insolvente más que sobre las empresas insolventes del grupo”²⁰.

La visión de los operadores jurídicos en el medio uruguayo en el cual nos movemos es que la consideración del fenómeno grupal en sus dos facetas –la extensión de la quiebra y la posibilidad de concursar preventivamente al agrupamiento- es deseable y que la ley argentina vigente significa un hito importante²¹.

La ley argentina resulta mejorada por el “Anteproyecto de Reformas de la Ley 24.522” elevado a la Presidencia de la Nación Argentina el 6 de noviembre de 1997.

americano de Derecho Societario y de la Empresa, T. III, pág. 113 y sigts..

¹⁶ Op. cit. pág. 153.

¹⁷ Favier Dubois, Eduardo M. “Concurso en caso de agrupamiento: alcances de la nueva normativa”. Muiño, Orlando Manuel y Richard, Efrain Hugo “Concurso en caso de agrupamiento”, Ponencia del ya citado Congreso, publicadas respectivamente en pág. 167 y sigts. y 145 y sigts.

¹⁸ Bergel, Salvador y Paolantonio, Martín E. “Concurso en caso de agrupamiento”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996, pág. 221 y sigts..

¹⁹ Op. cit. pág. 225.

²⁰ Op. cit. pág. 227.

²¹ Op. cit. pág. 235.