

NORMAS BÁSICAS, PROTECTORIAS DE LOS TERCEROS, DE LAS SOCIEDADES CONTROLADAS Y DE SUS ACCIONISTAS, QUE DEBERÍAN AFIRMARSE, FRENTE A LA REGULACIÓN DEL ART. 65 DE LA LEY 24.522

Ricardo Ludovico Gulminelli

I. SÍNTESIS DE LA PONENCIA

A. Después de la sanción de la ley 24.522, especialmente del art. 65 que prevé el concursamiento de conjuntos económicos, nos parece, resulta necesario formular una mínima regulación de los grupos, comenzando por caracterizar lo que es «conjunto económico permanente» y, por otra parte, el «grupo de sociedades»

B. En nuestra opinión, la única justificación que legalmente podría darse para que una sociedad solvente integre un concursamiento, debería ser, que de no hacerlo, se perjudicaría seriamente su interés social. En nuestra opinión, por tanto, no bastaría cualquier grado de afectación de la sociedad controlada por encontrarse en cesación de pagos su controlante. Debería ser significativo. Creemos necesario definir legalmente, cómo se debe caracterizar a dicha «afectación».

C. Contrariamente a lo que dispone el art. 65 segundo apartado de la ley 24.522, habría que disponer que no se exigiera el concursamiento de TODOS los integrantes del grupo. De otro modo, se corre el riesgo de que se involucre en el concursamiento a empresas controladas que no estén comprometidas ni jurídica ni económicamente, pese a pertenecer al grupo, afectando su interés social, el de sus accionistas minoritarios y el de sus acreedores.

D. En nuestra opinión, la única justificación que legalmente podría darse para que una sociedad solvente integre un concursamiento, debería ser que, de no hacerlo, se perjudicaría gravemente su interés social. Esto importa un grado de afectación relevante, a causa de la cesación de pagos de otra sociedad o empresario del grupo.

E. Debería exigirse una prueba «calificada» de la existencia del grupo y sin este recaudo, el juez «debería» estar obligado a desestimar la petición, no solamente estar «facultado» a hacerlo, como reza la ley actualmente.

F. El accionista o directivo de la sociedad controlada, aun en el régimen actual, puede atacar de nulidad o pedir la suspensión preventiva de la decisión de la asamblea que aceptara integrar un concursamiento grupal, si ésta afectara el interés social (art. 252 L.S.). Esto, convendría que se afirmara en un futuro régimen legal.

G. Pese a la regulación del art. 65 y ccs. de la ley 24.522, los acreedores de la sociedad in bonis, podrían accionar contra los funcionarios de ésta (art. 279 L.S.) y en ocasiones, incluso contra sus accionistas y controlantes externos (art. 54 L.S.), si se la llevara a un estado concursal del cual se derivara la quiebra o la imposibilidad de percibir sus créditos integralmente.-

II. FUNDAMENTOS

A. De ninguna manera negamos que el concurso preventivo de conjuntos económicos pueda representar una respuesta válida a una necesidad que la realidad plantea.

1. Por el contrario.

2. Pero nos preocupa que la solución diagramada en art. 65 de la ley 24.522 no resuelva el problema y, lo que es peor, que permita la generación de inconvenientes graves, que pueden ocasionar serias dificultades en la práctica.

3. Por otra parte, no creemos que los antecedentes jurisprudenciales avalen una reforma como la que se ha producido.

B. Para regular eficazmente el concursamiento preventivo de conjuntos económicos, hubiera sido conveniente dictar una legislación complementaria que reglara los «grupos de derecho» o por lo menos, si no los reconociera directamente, que previera las consecuencias dañosas que pueden producirse en caso de concurso de un conjunto económico, garantizando, además, que los terceros pudieran conocer la existencia del grupo.

C. Al sistematizar el «conjunto económico», habría que contemplar:

1. Fórmulas de salvaguarda del interés social de las sociedades concursadas.

2. La constitución de garantías respecto de los accionistas minoritarios de las sociedades que se encuentren «in bonis» o concederles el derecho de pedir medidas cautelares para impedir que las sociedades controladas en las cuales tuvieran acciones, puedan verse involucradas en un concursamiento preventivo. Esto, por supuesto, requeriría la existencia de un real peligro y que la verosimilitud del derecho sea indudable.

3. Fórmulas de acción, a favor de los acreedores de las sociedades controladas «in bonis», que les permitan defenderse frente a la desnaturalización de sus créditos, posibilitada ésta por la inclusión de su deudora en un concursamiento que la puede llevar a la quiebra.

D. En definitiva, creemos debe priorizarse la protección del interés social de las controladas, de sus accionistas minoritarios y de sus acreedores.

1. El Dr. Salvador Darío Bergel y el Dr. Martín E. Paolantonio, han advertido claramente el problema pero consideran que un enfoque moderno del fenómeno concursal, obliga a privilegiar el interés de la empresa y el de los trabajadores, frente al de los accionistas y el de los acreedores.

2. Sin dejar de reconocer la enorme jerarquía de la doctrina que mencionamos, entendemos que la formulación legal, desatiende los mismos fines que propugna, porque:

¹ Ver Mariano Gagliardo, El Derecho del 6 de noviembre de 1.996, pág., 3, «Concurso preventivo en caso de agrupamiento». Este distinguido jurista, con quien hemos coincidido en la generalidad de los casos, piensa que existe una base de experiencia que justifica la reforma. No compartimos en este caso su opinión. Los fallos que hemos visto sobre concurso de grupos, de ninguna manera comprometían al interés social como sí lo hace la actual normativa del art. 65 y ss. de la L.C. y Q.

² Ver Dr. Salvador Darío Bergel y el Dr. Martín E. Paolantonio, CONCURSO EN CASO DE AGRUPAMIENTO», en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras-I, de Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 222 y 223.

a. en caso de propuesta única la quiebra de uno de los miembros provoca la de los restantes.³

b. Cuando hablamos de proteger el interés de cada sociedad, lo hacemos sobre la base de otorgar seguridad a las relaciones económicas.

c. Indirectamente, al proteger el interés social, defendemos a los accionistas minoritarios y a los acreedores.

d. Si bien la noción de interés social ha sido criticada por relevante doctrina, desde el punto de vista del derecho societario nacional, a nuestro criterio, constituye el punto de apoyo más importante. Para que se comprenda nuestra postura nos parece muy conveniente que se rememore el caso Fruehauff France que puede considerarse un ejemplo académico de sumo valor, privilegiando el interés social aun respecto del que correspondía a los accionistas mayoritarios.

e. En definitiva, la inseguridad que se genera a nivel negocial macroeconómico, nos parece, ocasionará mucho más daños que beneficios.

E. Como se dijera, la regulación de los arts. 65 y ss., es contradictoria:

1. Con la normativa societaria que presupone la responsabilización de la controlante externa o de los socios, únicamente por desvío del interés social de la controlada». (arts. 33 y 54 en sus tres apartados).

2. Con la normativa concursal que prevé la extensión de la quiebra, sólo cuando se concretan actos reprochados por el legislador. Arts. 161 y ss. de la ley 24.522.

3. Con el principio general afirmado en el art. 172 L.C. y Q, por medio del cual se establece que «Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el art. 161, la quiebra de cada una de ellas no se extiende a las restantes.»

4. Véase que por la vía del concurso preventivo, puede ser responsabilizada una sociedad que de otro modo, jamás lo hubiera sido, ni siquiera por extensión de la quiebra. (ej. sociedad que no ha incurrido en los actos previstos en el art. 161 L.C. y Q.).

5. Incluso es contradictoria con normas «de máxima amplitud» como la del art. 31 de la L.C.T. que si bien establecen solidaridad, lo hacen sobre la base de conducción temeraria o maquinaciones fraudulentas y solamente para afrontar una categoría limitada de deudas (laborales, de seguridad social), con disminución, por tanto, del riesgo de ingreso en una quiebra.

F. Utilizando un enfoque macroeconómico y hasta político, la solución recomendada por el legislador, nos parece, es inadecuada.

(1) ¿Qué seguridad se le da a los acreedores de una sociedad solvente, si en cualquier momento se la puede arrastrar a un estado concursal?

(2) ¿Qué aliciente se le da a los inversores, hoy llamados a comprar acciones de firmas patrimonialmente sólidas, si se los somete al riesgo de que en lo inmediato puedan verse obligados a verificar en un concurso grupal?

(3) En definitiva, se afecta a la economía en general, con desmedro de los intereses comunitarios. No compartimos, por tanto, que la solución sea asequible. AUN CUANDO ACEPTEMOS LA CONVENIENCIA DE REGULAR EL FENÓMENO GRUPAL.

³ Aspecto sólidamente destacado por Rafael Mariano Manóvil en La concursabilidad preventiva del grupo, en la flamante ley de quiebras», ponencia presentada en el VI Congreso Argentino Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III, p. 153.

G. DEBE INTERPRETARSE RIGUROSAMENTE LA «AFECTACIÓN DE TODAS LAS SOCIEDADES QUE SE INCLUYAN EN EL CONCURSAMIENTO».

1. Es obvio que no resultaría suficiente a los fines de la ley, afirmar que sólo uno de los miembros del grupo se encontrara en cesación de pagos y que los restantes «pudieran resultar afectados».

2. Debe probarse tanto la cesación de pagos, como que efectivamente «puedan resultar afectados» los demás miembros del grupo económico.

3. Aun en el régimen actual, entendemos que el grado de afectación debe ser de máxima gravedad. Pero no estaría de más establecerlo en por ley, para que los jueces sean prudentes y no involucren a firmas controladas que estén comprometidas económicamente por la situación de la controlante.. No cualquier «incidencia negativa» debería resultar suficiente. ¿Cuál es dicho grado de afectación? La ley no lo dice y ni siquiera fija un criterio.

4. ¿Qué pasaría si aun existiendo un perceptible nivel de afectación de una sociedad miembro del grupo que esté «in bonis», éste fuera claramente inferior al perjuicio que sufriría en caso de concursamiento grupal?

5. ¿Y si se «dibujara» un índice de afectación? ¿Qué pasaría si se descubriera que ha existido un falseamiento respecto al punto, cuando el concursamiento estuviera en etapa avanzada? Las pautas legales resultan demasiado imprecisas, debieron preverse soluciones.

6. A nuestro criterio, el grado de afectación solamente debería ser uno: El riesgo cierto, avizorable con claridad, de que la sociedad pudiera ingresar en estado concursal por sí sola o por extensión de una quiebra, o bien sufrir un grave perjuicio, si no integrara el concursamiento grupal. No cualquier afectación, aunque pudiera ser dimensionable, debería viabilizar el concurso de un conjunto económico.

7. La ley tendría que tener exigencias muy concretas para determinar si las pautas se dan o no en un caso particular. Estos vacíos, deben ser llenados por una nueva normativa.

H. El criterio del legislador, no solamente parece quitar relevancia al interés de cada sociedad en beneficio del grupo, sino que directamente invita a subordinarlo, al exigir que TODOS los miembros se presenten al concursamiento.

1. No compartimos esta solución, justamente porque presiona al controlante del grupo a incluir aun a las controladas más independientes, con el consiguiente perjuicio para su interés, sus accionistas minoritarios y sus acreedores.

2.3. En el régimen de la ley actual, si en el grupo existiera una empresa que no resultara afectada, el concursamiento no sería posible según la letra del art. 66 L.C.y Q. Se desvirtúa así la finalidad del legislador, cuando el problema podría solucionarse, simplemente y sin perjuicio, admitiendo que no integrara la petición.

4. Mientras no se regulen los grupos de derecho o hasta que no se fijen normas precisas que establezcan los efectos de los concursamientos preventivos de grupos, fijando reglas para proteger a los acreedores y accionistas minoritarios, creemos que hubiera sido mejor obrar con máxima prudencia y no permitir, como lo hace la actual normativa, involucrar a las empresas solventes en aventuras concursales de grupos.

5. Pero dado la necesidad de expedirnos sobre una reglamentación vigente, sostenemos que el criterio del juez debe ser sumamente cuidadoso y sólo permitir la inclusión en el grupo económico que se concursa, a las empresas que acrediten un compromiso serio de su interés social y que tendrán un correlativo beneficio por el concursamiento.

I. En nuestra opinión, la única justificación que legalmente podría darse para que una sociedad solvente integre un concursamiento, debería ser que, de no hacerlo, se perjudicaría gravemente su interés social. Esto importa un grado de afectación relevante, a causa de la cesación de pagos de otra sociedad o empresario del grupo.

1. En tal caso, nadie se vería afectado ni existiría nulidad de la decisión asamblearia que resolviera el concurso del grupo, ni los acreedores, en principio, podrían agravarse.

2. De lo contrario, podría atacarse de nulidad toda decisión asamblearia violatoria del interés social, incluso la que importe el ingreso en un concursamiento preventivo grupal. Negar esta posibilidad, importaría desconocer las bases del actual derecho societario argentino.

3. En la misma hipótesis, si se dieran las circunstancias previstas en el art. 252 de la L.S., se podría pedir la suspensión preventiva de la decisión de integrar el concurso preventivo de un conjunto económico. No es difícil suponer las complicaciones que tal medida cautelar podría traer aparejadas sobre un pedido de concursamiento grupal.

J. Se debe probar, no sólo que el grupo existe, sino que el mismo ha sido exteriorizado. Pese a la omisión del art. 65 segundo apartado, la prueba de su exteriorización, se debería considerar un requisito ineludible, derivado de una interpretación armónica de la norma citada.

K. Resulta inadecuado que el art. 65 segunda parte, establezca que el juez «podrá» desestimar la petición...

1. Si no se cumplieran los recaudos legales, el juez no debería tener otra opción que desestimar la petición.

2. Por tanto, postulamos que el art. 65 segunda parte de la L. de C. y Q, debería decir que el juez «deberá» desestimar la petición si estimara que no está acreditada la existencia del agrupamiento.

L. Asimismo, podrían regularse normas protectorias similares a las que se reconocen en Alemania y en Brasil, con respecto a los grupos societarios de derecho.