

GRUPO DE SOCIEDADES. EL CONFLICTO EN LA INSOLVENCIA LEY 18.387

POR ALICIA PAMPILLÓN NOBLE

1. *Introducción*

Sin pretender entrar en el análisis exhaustivo de la conceptualización de la concentración societaria, planteamos cómo la recoge el nuevo ordenamiento en materia concursal, al amparo de la nueva ley, la N° 18.387, Ley de Concursos y Reorganización empresarial. Pretendemos hacer un análisis en cuanto al tratamiento del grupo de sociedades y a los principios que rigen en materia concursal.

Debemos distinguir, por un lado, los principios clásicos en esta materia y por otro, los principios y objetivos que la nueva ley impulsa, estos últimos de carácter más pragmático e instrumental, básicamente, el de conservación de la empresa.

Si bien se acoge en principio el concurso del conjunto económico, éste no tiene un carácter preceptivo, sino que se encuentra admitido pero sujeto en cierta medida a la discrecionalidad en cuanto a su admisión. Decimos esto porque si bien se la admite, la ley habla que se debe "informar" tratándose de una persona jurídica que forma parte de un mismo grupo económico. Quiere decir, que no estamos ante una hipótesis de concurso de grupo, solo es a los efectos de informar la pertenencia al mismo.

Por otro lado, en el caso de concurso de un grupo económico, si bien se tramitará en la misma sede, siendo el síndico el mismo, las solicitudes conjuntas se tramitarán en expedientes separados.

La declaración conjunta de concurso tiende a unificar ante la misma sede trámites de sociedades vinculadas o controladas. No hay confusión de masas, ni confusión de deudas: el acreedor

podrá cobrar su crédito únicamente contra la masa activa de su deudor concursado.¹

Todo lo anterior se ha señalado en cuanto a la presentación del concurso. En cuanto a la presentación de un convenio, se faculta al concursado a presentar al juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o liquidación, artículo 138.

El artículo 140 niega validez a las propuestas que sometan la eficacia del convenio concursal a cualquier tipo de condición, salvo en caso de sociedades del mismo grupo, en que la propuesta que presente cualquiera de ellas podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo.

2. Grupo económico y principios del derecho concursal

La ley define qué se debe entender por grupo de sociedades, “cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra... o que actúen sistemáticamente en concierto”.

Quiere decir que para su conceptualización hay dos criterios, poder de dirección, dirección unificada, concepto económico y no jurídico, y que “actúen sistemáticamente en concierto”, hipótesis en que hay varias sociedades controladas. En este último caso se prevé una doble posibilidad: que el control se ejerza por una sola persona física o jurídica, o que el control sea ejercido por varias personas jurídicas y es aquí que se requiere la actuación sistemática en concierto.²

En este artículo vemos que se recoge una definición de grupo que coincide con las doctrinarias, siendo el elemento fundamental para su caracterización el concepto de control, así como también el de dirección.

En materia de concentración societaria, están en juego dos principios fundamentalmente, el de unidad patrimonial y el de conservación de la empresa.

Por una lado la ley trata de unificar el procedimiento en una misma sede, estableciendo un procedimiento de solicitudes conjuntas, o cuando forman parte de un mismo grupo. Esto hace

¹ Mantero Mauri, Elias; Chalar Sanz, Laura. “Tratamiento del Grupo Económico en el Proyecto de reforma Concursal”. *Anuario D. Comercial* 12. FCU 2008.

² Mantero Mauri, Elias; Chalar Sanz Laura ob.cit., p. 187.

posible la materialización del principio de unidad patrimonial, ya que todos los bienes van a entrar en proceso concursal y el instrumento para ello es la presentación de los estados contables en forma consolidada, artículo 9 Ley 18.387.

Pero por otro lado, tenemos el principio de conservación de la empresa viable, no toda empresa debe ser conservada a través de este proceso sino aquéllas que son técnicamente viables. En caso de grupo de sociedades, el hecho de la consideración de que habrá tantos procedimientos o expedientes como integrantes del grupo existan. De esa forma se está manteniendo la individualidad de cada integrante del grupo, o sea, de cada persona jurídica o sociedad y de esa forma tratar de evitar caer en arbitrariedades. Quiere decir que si bien se tomará en cuenta el grupo de sociedades, no obstante subsistirán aquellas sociedades integrantes del grupo que sean realmente viables, independientemente de otras que lo integren.

Aunque esto no se encuentre regulado en forma precisa, creo que es el espíritu de la ley.

Se dirá que forma parte de un grupo e inclusive presentará balance consolidado, pero cada sociedad mantiene su independencia de las otras que integran el grupo en el proceso concursal.

3. Ley 18.387

Frente al fenómeno de la concentración societaria, la Ley 18.387 del 23 de octubre del 2008, Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, prevé en el artículo 7 el concurso del conjunto económico.

En el mencionado artículo se indica la documentación que debe presentar el deudor cuando solicita su concurso, y se impone que si se trata de una persona jurídica debe informar si forma parte de un mismo grupo de empresas y mencionar las entidades que la integran, numeral 1 apartado C artículo 7.

Por otra parte, en el artículo 9 permite a varios deudores pedir en forma conjunta la declaración de concurso, acompañando los estados contables en forma consolidada.

El acreedor puede pedir también la declaración de concurso de varios de sus deudores en forma conjunta, cuando se configuren respecto de todos los deudores presunciones de insolvencia y a su vez, teniendo que acreditar la existencia de confusión entre los patrimonios o que formen parte de un mismo grupo.

En este punto parece que cualquiera de los legitimados en el artículo 6 para solicitar la declaración judicial de concurso, no solo el acreedor, debiéndose configurar para ello, los presupuestos objetivos respecto de todos los deudores del mismo grupo, cosa muy difícil de acreditar, pero la ley así lo exige, deben configurarse las presunciones de insolvencia respecto de todos los integrantes del grupo.

Al exigir la ley que se configuren con respecto a todos los deudores presunciones de insolvencia, nos encontramos ante una hipótesis que en los hechos difícilmente se dé.

La ley define el grupo de sociedades en el artículo 112 numeral 2 cuando califica a los créditos subordinados. Y dice que son créditos subordinados los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor y tratándose de personas jurídicas, las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades.

Se entenderá que existe grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentra sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto.

Según lo expuesto, vemos un manejo del tema del grupo económico bastante parco hecho por el legislador, así como también no hay una elaboración donde se contemple la problemática específica del grupo.³

Así los acreedores de una sociedad que está en buena situación, se puedan ver arrastrados por las deudas de una sociedad con la que no tienen ninguna vinculación; o pueden no estar en conocimiento, los acreedores, que una sociedad forma parte de un grupo económico.

Si bien esto es cierto, por otro lado el artículo 13 dispone que en caso de solicitudes conjuntas, las mismas se tramiten ante la misma sede, en expedientes separados. Desde nuestro punto de vista esto es un beneficio y una manera de atemperar este procedimiento de solicitudes conjuntas que podrán llevar a grandes arbitrariedades, como el ejemplo expuesto.

El juez deberá manejar con discrecionalidad y además y sobre todo consideramos que se debe mantener la individualidad de cada integrante del grupo. Dado que habrá tantos procedimientos como integrantes existan de ese conjunto económico.

³ Rodríguez Mascari, Teresita. "Cuaderno de Derecho Concursal". Pag. 55

El artículo 138 faculta al concursado a presentar al juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas por un plan de continuación o liquidación. Estas propuestas no deben estar sujetas a ningún tipo de condición, salvo para las sociedades que forman parte del mismo grupo económico. Dice el artículo 140: "Las propuestas que sometan la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrán por no presentadas. Se exceptúa de lo dispuesto precedentemente el caso de concurso de sociedades del mismo grupo, en que la propuesta que presente cualquiera de ellas podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo".

A través de esta solución se permite al conjunto de empresas integrantes de un mismo grupo económico llegar a soluciones que tengan en cuenta la existencia de una misma unidad empresarial, que es lo que en definitiva es la realidad del grupo económico.

4. Concentración societaria. Ley 16.060

El fenómeno de la concentración societaria, especie dentro del género concentración empresarial, se encuentra regulado en la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales, en varias disposiciones dedicadas a la participación y relaciones en y entre sociedades.⁴

En lo que interesa al tema que estamos tratando, la ley aborda algunos mecanismos de concentración societaria, como el de fusión y escisión de sociedades, artículos 115-142.

En el Capítulo III se legisla sobre algunas modalidades contractuales de ese fenómeno como son los grupos de interés económico y los consorcios.

Considerado el tema de la concentración desde la persona del socio, existen modalidades concretas de participación de una sociedad en otra: participación de sociedades en otras sociedades, artículo 47; sociedades vinculadas, artículo 48; sociedades controladas, artículo 49; y participaciones recíprocas, artículo 52.

En cuanto al desarrollo de nuestro tema, es de interés especial lo vinculado con las sociedades controladas, artículo

⁴ Rippe, Sigbert. *Ley de Sociedades*, FCU 1997, p. 46.

49. Aquellas en virtud de participaciones sociales o en mérito a especiales vínculos, se encuentran bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades. De la disposición surgen dos conceptos: el ejercicio del control o dominio de una sociedad sobre otra y la forma de ejercicio de la misma, que puede ser por la participación de una sociedad en otra o mediante una relación contractual entre ellas. En este último caso, sin necesidad de participación social, le permite controlar o dominar a la otra y se manifiesta en los llamados "contratos de empresa": contratos de suministro, distribución, concesión, agencia, donde una de ellas tiene y asume una posición predominante y privilegiada sobre la otra.

Con respecto al primer caso de sociedades controladas a través de participaciones, la ley limita la participación de la controlada en la controlante, o en otra sociedad por ésta: una sociedad controlada no puede participar por un monto superior al de sus reservas disponibles en la controlante ni en la sociedad controlada por ésta y si se llegara a constar participaciones que exceden dicho monto se verán en la obligación de enajenar participaciones por ese exceso. Quiere decir que la ley no limita la participación de la controlante en la controlada, por la que se aplicaría el artículo 47: ninguna sociedad, excepto las de inversión, podrá participar en el capital de otra o de otras sociedades por un monto superior a su patrimonio social.

La ley limita en cambio, la participación de la controlada en la controlante o en otra sociedad por ésta, evitando que los capitales invertidos regresen a ella por vía de inversiones, y de esta forma provocar la descapitalización de la controlada.

A su vez, el artículo 89 establece que las sociedades controlantes en virtud de participaciones sociales o accionarias, deberán presentar como información complementaria, estados contables anuales consolidados.

5. El grupo societario

El grupo de sociedades es la forma jurídica propia de la mediana o gran empresa. No se trata de una creación legislativa sino producto de la necesidad empresarial. A cada una de las sociedades que integran el grupo le corresponde, como objeto social, distintos sectores de actividad, fases del proceso productivo, distintos mercados. Sin embargo, las acciones o participaciones de cada una de estas sociedades pertenecen,

en todo o en su mayoría, a una entidad ulterior, que también es una sociedad, la sociedad madre o cabeza de grupo, a la que compete la dirección y coordinación total del grupo, donde los distintos sectores o fragmentos son coordinados y reconducidos a una unidad económica.⁵

En cuanto al fundamento jurídico, es fruto del empleo de dos elementos del ordenamiento jurídico: la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad. La sociedad puede adquirir en el mercado las acciones de otra sociedad hasta conseguir el control mayoritario o total, o bien constituir otras sociedades suscribiendo la mayoría o la totalidad de las acciones. Pero a su vez, puede adquirir las acciones o suscribir las mismas, ejerciendo el derecho de propiedad, y de esa forma ejerciendo una influencia dominante sobre ellas.

Si bien el fundamento o la causa del fenómeno de la concentración tiene un origen jurídico, se trata de una cuestión de hecho.

Y en este sentido, ese es el principio que debe primar para una correcta valoración del mismo, sobre todo cuando estamos ante una situación de crisis o insolvencia de un miembro de ese grupo.

Es de notar el auxilio que significa la definición del artículo 112 de la Ley 18.387 cuando habla de sociedad que se encuentre sometida al poder de dirección de otra empresa. Decimos esto porque nos está dando la ley el parámetro para determinar cuándo estamos ante un grupo de sociedades, y el elemento caracterizante es el poder de dirección. Dicho en otras palabras, el tema del control societario.

6. Control societario

Ya hemos analizado este tema en cuanto a la Ley 16.060. Ahora bien, en sentido amplio se entiende por control la factibilidad que una persona gobierne o tenga la posibilidad de dirigir las cuestiones de otra sociedad. Se sostiene que una sociedad está sometida a control cuando "... alguien (persona física o jurídica) está en condiciones de imponerle las directivas para su gestión, con cierta continuidad o permanencia".

La doctrina distingue diferentes supuestos de control:

⁵ Galgano, Francesco. Grupo de Sociedades La Ley 2007

A) Directo o indirecto: cuando practique el control por derecho propio o por medio de otra sociedad controlada

B) Interno o externo: interno cuando debido a la importancia cuantitativa de sus votos un socio tiene la posibilidad de imponer su voluntad. Externa: por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas, una persona ostenta una posición dominante respecto de una sociedad.

En la ley se define el conjunto económico en función del elemento control, la ley lo llama "poder de dirección". No se trata de una dirección unificada, definida como "la gestión realizada unitariamente para la realización de un resultado ulterior", es una noción económica y no jurídica.⁶ Quedarán comprendidos los supuestos de grupos jerárquicos o subordinados, pero no los grupos paritarios o por coordinación donde el control se ejerce colectivamente de forma concertada entre las unidades que integran el agrupamiento⁷.

7. Balance consolidado

El artículo 9 de la Ley 18.387 permite a varios deudores a pedir en forma conjunta la declaración de concurso, acompañando los estados contables en forma consolidada.

La función del balance consolidado es representar la situación patrimonial y financiera y el resultado del conjunto económico de empresas.

El balance consolidado es diferente al del ejercicio de la controlante: Mientras el balance de ejercicio exhibe los activos y pasivos propios de la sociedad e inclusive el valor de las participaciones en las controladas, el balance consolidado no tiene en consideración la participación en las sociedades controladas, ni tiene en cuenta los créditos y débitos que tengan entre sí las sociedades consolidadas.

La función del consolidado es la de ofrecer una información ulterior y diversa de la que se obtiene de la suma de los balances de las sociedades del grupo. Se eliminan las relaciones endogru-

⁶ Mantero Mauri, Elias; Chalar Sanz, Laura. "Tratamiento del Grupo Económico". *Anuario D. Comercial*, Tomo 12. 2008.

⁷ Manóvil, Rafael. *Grupo de sociedades*, Buenos Aires, p. 417.

po, por lo que es posible conocer la real condición económica y financiera de grupo en su conjunto.⁸

Ya en la Ley de Sociedades 16.060, se hacía mención al balance consolidado, pero lo que importa aquí es que al adoptar este sistema se está reconociendo la "teoría del grupo"⁹.

8. Reflexión final

El motivo del presente es realizar un análisis del grupo económico dentro de la nueva ley concursal, y básicamente cómo se maneja el conflicto ante la insolvencia en los grupos societarios: si bien se admite la existencia del grupo, cada sociedad mantiene su individualidad. Decimos esto porque ante la situación de crisis o insolvencia de la empresa, el legislador plantea el tema del grupo de sociedades, definiéndola y reconociendo su existencia. Así como también, dando instrumentos como es el de balance consolidado para la apreciación del conjunto, su análisis y valoración.

Se señala el elemento control como caracterizante del grupo, cosa que ya era recogido en la Ley 16.060 de Sociedades, avance ya no en materia concursal, sino en todo lo que hace al Derecho Societario.

Pero lo más importante es el hecho de que cada integrante del grupo mantenga su individualidad, cada persona jurídica, cada sociedad se trata de forma independiente. De esa manera se está evitando desde nuestra óptica caer en arbitrariedades.

No se trata de un régimen de extensión del concurso a todas las sociedades integrantes de un grupo económico. La declaración conjunta de concurso no alcanza a una sociedad de ese grupo que no sea deudora, solo alcanza a los deudores y que tengan presunción de insolvencia.

Cada integrante de ese grupo tendrá eventualmente una solución diferente, en algunas se acogerá el convenio, en otras no y se procederá a la liquidación.

Bibliografía

Rodríguez Mascardi, Teresita. *Cuaderno de Derecho Concursal*.
Fundación Cultura Universitaria, 2010.

⁸ Manovil, Rafael. Op. Cit.

⁹ Galgano, Rafael. Ob.Cit., p. 152.

- Galgano, Francesco. *Grupo de Sociedades* (Dirección y Coordinación de Sociedades). La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Olivera García, Ricardo. *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*. Fundación Cultura Universitaria, 2008.
- Manovil, Rafael. "El control económico externo, fenómeno ajeno al derecho societario y concursal". Fallo Suplemento Concursos y Quiebras, 2004.
- . *Grupo de Sociedades*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Rippe, Sigbert. *Sociedades Comerciales*. Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- Otaegui, Julio. *Concentración societaria. Control externo*.
- Mantero, Elías y Chalar Sanz, Laura. "Tratamiento del Grupo económico en el Proyecto de Reforma Concursal". *Anuario D. Comercial* 13. Fundación Cultura Universitaria, 2008.