

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL GRUPO ECONÓMICO EN MATERIA CONCURSAL

MARIO OSCAR BRUZZO

RESÚMEN Y CONCLUSIONES

El capítulo VI de la Ley 24.522 tiene un notable mérito; cual es haber introducido el reconocimiento del fenómeno de los “grupos económicos”, a los efectos de su tratamiento en materia concursal.

En el presente trabajo se analizan los antecedentes de la legislación comparada, de otras ramas del derecho, la jurisprudencia y la doctrina tendientes a caracterizar dicho fenómeno de manera jurídica.

Así se arriba a la conclusión de que no existe un “tipo” preciso en la legislación positiva que permita la inclusión del citado fenómeno.

Por otra parte también se concluye que no debe obviarse -de manera alguna- la individualidad jurídica de los entes que integran los grupos.

De tal forma, resulta adecuado el tratamiento ecléctico que la ley concursal ha dado al tema: resulta ponderable que el reconocimiento del fenómeno no opere en desmedro de los institutos jurídicos que caracterizan individualmente a los integrantes de los grupos. En otras palabras es loable que se atienda a la cuestión económica sin

desmedro de la juridicidad.

Al ser el instituto analizado realmente novedoso -incluso en la legislación comparada- tienen indudable cabida la jurisprudencia y la doctrina en el necesario ajuste de sus imperfecciones. Una de ellas es la falta de precisión terminológica puesto que se citan en la ley concursal -en relación de sinonimia- diversos términos, derivados de otras ramas del derecho, que pueden mover a confusión.

Se concluye finalmente en que resulta adecuada la denominación de "grupo económico" para el fenómeno en análisis y se describen las características que éstos deben reunir para aspirar a su inclusión en el régimen del citado capítulo VI de la Ley 24.522.

INTRODUCCIÓN

La ley 24.522 (L.C.Q.) -en su capítulo VI y bajo la denominación de "Concurso en caso de agrupamiento"- incorporó un novedoso instituto no contemplado hasta entonces en la legislación positiva patria.

Este hecho fue saludado por la doctrina como el ponderable reconocimiento de un fenómeno de la economía.

Ahora bien, dicho reconocimiento no tiene su correlato en la existencia -en el derecho positivo- de una clara tipificación de tal fenómeno.¹

FENOMENO ECONOMICO Y CORRELATO JURIDICO

Así Rafael Manovil² señala -respecto del para ese entonces proyecto- que "...el concepto de agrupamiento no está bien definido ni es bueno que lo esté".

Esta doble afirmación de Manovil, indudablemente guarda relación con el enfoque eminentemente "sustantivista"³ que la norma concursal ha seguido respecto de este tema.

En efecto, se ha abierto -por vía legislativa- la posibilidad de vincular al saneamiento de la crisis a todas las empresas integrantes de un grupo y no solamente a las insolventes.

¹ Nuestra legislación positiva no contiene una formal regulación. Existen sí normas aisladas de la normativa laboral, impositiva, societaria y concursal.

² Jornadas Organizadas por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados - Antecedentes Parlamentarios número 7, Edit. La Ley pág. 425.

³ Esto es dicho en el sentido de que no se permite que la realidad quede disfrazada por las formas, haciéndose primar la consideración de la sustantividad de los hechos. En este sentido se expresa Roque García Mullen en "Conjuntos Económicos y Grupos Societarios" Impuestos XXXIX-A Editorial La Ley.

Debe reconocerse que el concursamiento individual de los miembros insolventes de un grupo determinaba, en definitiva, una segregación artificial que no paraba mientes en el funcionamiento del mismo.⁴

En los hechos se trataría a cada unidad como si hubiera actuado de manera independiente del resto.

El saneamiento individual es -de tal manera- más complicado y menos eficiente. Permite -además- la manipulación por parte de los integrantes del grupo en desmedro de los acreedores.

De otro lado, se ha alertado acerca la existencia de posibles conflictos societarios derivados de la admisión de la concursabilidad del grupo, en especial en los casos de los accionistas minoritarios de un miembro "in bonis", que innecesariamente se viera arrastrado por el grupo.⁵

También se ha hecho hincapié en los posibles conflictos entre los acreedores de cada una de las unidades que conforman el grupo. Bien podría suceder que los acreedores de una unidad "in bonis" se vieran arrastrados a tener que considerar la aceptación de un plan de pagos común a las restantes unidades en crisis.

En respuesta a este planteo se ha señalado que el grupo constituye una realidad económica diversa a la del ente aislado, que tal circunstancia es conocida por quienes contratan con cada uno de esos entes⁶ y que producida la crisis global la solución de la misma debe comprometer a todos los interesados.

En resumen puede señalarse:

- Es deseable dar cabida al fenómeno económico permitiendo articular una salida a la crisis que incluya a todas las unidades del grupo.
- En el plano jurídico no existen figuras del derecho positivo que tipifiquen dichos grupos.
- Esta indefinición legal obliga a estar alertas para evitar efectos no deseados.

SOLUCIÓN ECLÉCTICA

Así planteadas las cosas, ha quedado -enfáticamente, puede se-

⁴ En un meduloso análisis (que será reiteradamente citado en este trabajo) los Dres. Salvador Bergel y Martín E. Paolantonio se refieren al tema. Revista de Derecho Privado y Comunitario - Número 10 - Editorial Rubinzal Culzoni - Páginas 221/255

⁵ Fernando Varela "El concurso preventivo del conjunto económico y los posibles conflictos societarios" La Ley T. 1996 - E.

⁶ Los requisitos de exteriorización, permanencia y totalidad que contiene el art. 65 L.C.Q. responden a este aspecto de la cuestión.

ñalarse- en manos de la jurisprudencia y la doctrina el “accertamento” del instituto.

Una reflexión final acerca del régimen adoptado por la Ley 24.522. La solución adoptada es ecléctica: de un lado admite la existencia del grupo y le da un tratamiento específico con determinadas reglas; de otro, el concursamiento obrará a través de procesos individuales para cada uno de los entes, si bien con la presencia de la consideración grupal.⁷

DERECHO COMPARADO

El tratamiento conjunto del estado concursal de los miembros de un grupo económico, de la manera en que lo hace la Ley 24.522, no tiene antecedentes en la legislación comparada. Los que se citan a continuación -los casos de Italia y Brasil- tienen sólo vinculación tangencial.

La legislación italiana contiene en su ley 95, denominada Ley Prodi, con carácter general la extensión del procedimiento sólo a las empresas insolventes, excluyendo en consecuencia a aquellas que se encuentran in bonis. Si bien existe cierto reconocimiento del fenómeno económico grupal a través de algunos institutos, los mismos resultan insuficientes en la comprensión de la crisis.⁸

Por otra parte la legislación concursal brasileña prevé el trámite conjunto obligatorio del concurso de una sociedad y sus socios solidarios.

LA “AGRUPACIÓN” EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Agrupación -en una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia- es un conjunto de personas o cosas agrupadas (reunidas en grupo).⁹

Esta acepción se corresponde con la tomada por la Ley 19550 en la sección I de su capítulo III, específicamente cuando trata de las agrupaciones de colaboración.

Las características de estas “agrupaciones” en la ley de sociedades comerciales, son:¹⁰

⁷ Ejemplo de ello son el régimen de mayorías y determinadas normas respecto del informe general, entre otros.

⁸ Bergel y Paolantonio - Op. citada.

⁹ Acepción 2 - Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española - 21 edición - Espasa Calpe.

¹⁰ Jorge Osvaldo Zunino - Régimen de Sociedades Comerciales - 11 Edición - Editorial Astrea. -

- 1 - constituyen "grupos de colaboración" con una finalidad cooperativa o mutualista¹¹
- 2 - no se trata del ejercicio de una actividad común, sino de la organización de una estructura complementaria destinada a auxiliar a las economías de las empresas coligadas
- 3 - las empresas coligadas no pierdan individualidad económica y jurídica.
- 4 - la agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.¹²
- 5 - la agrupación -en cuanto tal- no puede perseguir fines de lucro.
- 6 - no son sujetos de derecho¹³
- 7 - en los casos de sociedades por acciones deber tenerse en cuenta la prohibición del art. 30 (sólo pueden ser socias de sociedades por acciones).

Como puede apreciarse se trata de condiciones diferentes y opuestas a los denominados "grupos de subordinación". Estos últimos se caracterizan por el sometimiento a una dirección unificada o la sujeción al interés del grupo o de una empresa dominante dentro de él.

Esta característica de la subordinación económica es la que se resalta en la L.C.Q. para que proceda el trámite conjunto del concurso preventivo de los miembros de un grupo económico.

El término **agrupación** tiene -entonces- en la doctrina y la legislación societaria una connotación precisa (y no coincidente con la del capítulo VI de la ley concursal). Por tal motivo no parece adecuado utilizar el término para lo que se intenta describir en dicho plexo normativo.

LAS RELACIONES DE SUBORDINACIÓN EN LA LEY DE SOCIEDADES

La sección V del capítulo primero de la Ley 19550 contiene disposiciones relativas a la calidades personales y proporción de la participación de los socios.

El artículo 33 se refiere a las sociedades "controladas" y "vinculadas".

Las sociedades controladas son aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada :

ps. 290 y sigs.

¹¹ ver 2 exposición de motivos L. 22903.

¹² ver pto. 8 exposición de motivos).

¹³ (por voluntad del legislador) expos. motivos. L. 22903.

- 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en la reuniones sociales o asambleas ordinarias.
- 2) Ejerza una influencia dominante como consecuencia de las acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Son consideradas sociedades "vinculadas" -en cambio y a los efectos de las disposiciones sobre documentación y contabilidad- aquellas en que una participe en más del 10 % del capital de otra. Obviamente si dicho porcentaje bastare para la formación de la voluntad social o si -además- existiere influencia dominante, se estará en presencia de una relación de control.

Queda claro que la existencia de control tipifica claramente una "relación de subordinación". Las consideraciones acerca de la verificación de la existencia de control son reforzados por la reforma de la ley 22.903. Se distinguen dos tipos de control : el denominado "control interno" y el llamado "control externo".¹⁴

El control interno se caracteriza por la posesión de la participación en el capital necesaria para la formación de la voluntad social.

El control externo es definido por el ejercicio de una influencia dominante. Este concepto es sumamente amplio pues al decir "...o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades" se admite prácticamente cualquier fuente de dominación.

Otra referencia que efectúa la ley de sociedades a las relaciones de control es la del art. 54. En dicho artículo se establece la solidaridad en caso de dolo o culpa de los controlantes. Se establecen asimismo reglas respecto de los resultados extrasocietarios derivados de la aplicación de fondos de la sociedad a negocios por cuenta propia del controlante.

También -mediante un tercer párrafo agregado por la Ley 22.903- se recepta el instituto anglosajón conocido como "disregard of legal entity" adaptado a nuestro sistema jurídico mediante la denominada "inoponibilidad de la personalidad jurídica". Dicho instituto permite: la imputación de actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando a la sociedad como pantalla o instrumento, y sancionar la responsabilidad solidaria e ilimitada de socios o controlantes.

Claro está que -sin perjuicio de extraer por analogía los datos que resulten oportunos en la consideración de los grupos económicos- el régimen típicamente sancionatorio del art. 54 L.S. tiene mayor rela-

¹⁴ ZUNINO, op. citada.

ción con la extensión de quiebra que legisla la sección I del Capítulo III de la Ley 24.522, que con el concursamiento grupal del capítulo VI.

LEGISLACION IMPOSITIVA Y LABORAL

Bajo la denominación de "Conjunto Económico" la normativa fiscal y laboral se han ocupado del fenómeno grupal.

Debe señalarse, en principio, que los objetivos tenidos en cuenta por el legislador en esos casos, han tendido a:

- 1 - evitar maniobras
- 2 - dar cabida al principio de "realidad económica"
- 3 - dar cauce jurídico al fenómeno económico.

Pueden, en este sentido, citarse -a modo de ejemplo- algunas normas:

El artículo 14 de la ley de impuesto a las ganancias en su segundo párrafo.

El artículo 77 inciso c) de la ley de impuesto a las ganancias.

El artículo 12 y el artículo 15 c) de la ley 11.683.

El artículo 16 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

El artículo 31 de la ley 20.744.

Las citadas normas tienen en común las siguientes características:

- 1 - se trata de evitar el abuso de las formas en perjuicio de terceros.
- 2 - el principio general es el respeto de la forma jurídica.
- 3 - el apartamiento de ese principio halla su justificación en la posibilidad de perjuicio y su límite en la reparación del mismo.
- 4 - en virtud de lo mencionado en 1, no parece aceptable que pueda ser invocado por los integrantes del grupo.

La clara connotación "fiscal" y "laboral" del denominado "conjunto económico" y las grandes diferencias que tiene respecto de los objetivos perseguidos por la normativa concursal, en especial la falta de los requisitos de permanencia¹⁵, exteriorización, totalidad y voluntaria invocación, hacen aconsejable que se deseche esta terminología a los efectos concursales.

JURISPRUDENCIA SOBRE CARACTERIZACIÓN DE GRUPOS

La jurisprudencia existente en materia de grupos económicos en

¹⁵ excepción hecha del art. 31 de la ley de contrato de trabajo, que sí la reclama.

áreas tales como la societaria, laboral, comercial e impositiva, ha tenido como tendencia preponderante la de reconocer la existencia del grupo como fenómeno económico con mantenimiento de la independencia y autonomías jurídicas de los integrantes de dicho grupo.¹⁶

JURISPRUDENCIA CONCURSAL EN VIGENCIA DE LA LEY 19.551

El tratamiento dado por la jurisprudencia previa a la Ley 24522, más concretamente en el marco de la ley 19551, constituyó indudablemente una de las fuentes tenidas en cuenta por el legislador de 1995.

En tal sentido y como bien señalan Bergel y Paolantonio¹⁷ la tendencia general evidenciada por los pronunciamientos judiciales consistió en que, sin dejar de considerar la existencia de los grupos como fenómeno económico, no se admitió la posibilidad del concursamiento grupal. Ello no impidió - sin embargo - que ante la manifiesta existencia de tales conglomerados se interpretara la ley concursal de manera flexible. En esa línea, los citados autores destacan los siguientes criterios jurisprudenciales :

a - El conjunto o grupo económico no fue considerado sujeto concursal a los fines de la apertura del concurso preventivo, por lo que la presentación conjunta era inadmisibile;

b - no obstante la inadmisibilidat del concurso del grupo, la tramitación de los concursos individuales de sus integrantes ante el mismo juzgado era admisible en base a criterios pragmáticos, de celeridad procesal y de necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios;

c - la existencia del grupo económico no obstaba a la verificación de los créditos entre las personas que lo integran;

d - los créditos verificados de los integrantes del grupo económico carecían de derecho a voto en las juntas de los otros sujetos del agrupamiento.

¹⁶ En tal sentido los siguientes fallos:
CNCom., Sala A, 9/8/79 Zamora Ventas SRL c. Técnica Comercial Hoy S.A. LL 1980-C, 127.

CNTrab., Sala VII, 1/12/86 Juarez Marta J. c. Citroen Argentina S.A. y otros DT 1987 - A, 714.

CFSM, Sala I, 28/4/94 DGI s/ denuncia Macri Francisco y otros DJ 1994-2-299.

CNCom., Sala D, 6/5/93, Sasetru S.A. s/ Quiebra LL 1983-C-290.

¹⁷ Op. citada.

EPÍLOGO.

TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR LA LEY

La ley concursal utiliza, atribuyéndole sinonimia, las siguientes denominaciones:

- CONJUNTO ECONÓMICO (ARTÍCULO 65 PRIMER PÁRRAFO)
- AGRUPAMIENTO (ARTÍCULOS 65, 66, 67 Y 68)
- GRUPO ECONÓMICO (ARTÍCULO 66 IN FINE)

Por los motivos expuestos al considerar el tratamiento dado por la legislación impositiva, laboral y societaria, no resultan adecuadas al objeto del plexo normativo bajo examen las dos primeras denominaciones.

Parece -en cambio- más acertada la calificación de “grupo económico”. En primera instancia porque la doctrina y la costumbre ha atribuido al “grupo” una clara significación relacionada con la relación entre empresas (sean de propiedad de sociedades o no). Por ello es mas apropiada a los fines perseguidos por la normativa concursal, que no ciñe la integración del grupo a formas societarias.

Por otra parte, lo que resulta deseable es definir las características que debe reunir el fenómeno grupal para que tenga cabida el trámite conjunto del concurso preventivo de los entes que lo integran.

El apego a terminologías que tienen precisas (y divergentes) connotaciones en otros campos del derecho, conspira contra ese requerimiento.

La neutralidad del término “grupo”¹⁸ invita -asimismo- a su elección. Se podrá así, en su acertada conjunción con el calificativo “económico”, efectuar una enumeración de las condiciones que debe reunir para acceder al procedimiento de los artículos 65 y concordantes de la ley concursal.¹⁹

CARACTERÍSTICAS DEL GRUPO A LOS EFECTOS CONCURSALES

Así, de manera sintética, pueden señalarse las siguientes características:

¹⁸ Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado. Diccionario de la Lengua Española - Real Academia Española - 21ª edición - Espasa Calpe - pág. 1061 - acepción 1.

¹⁹ Es particularmente clara la relación efectuada por Bergel y Paolantonio (op. citada) a la cual debe remitirse quien desee mayor amplitud. A partir de ella se ha efectuado la presente enumeración.

- 1 - Pluralidad de patrimonios, con autonomía jurídica.
- 2 - Relación de subordinación, evidenciada por una dirección unificada y la sujeción al interés del grupo.
- 3 - Composición pluripersonal. Que puede ser de: solamente sociedades, solamente personas físicas o mixta (personas físicas y sociedades).
- 4 - Vocación de permanencia en el tiempo.
- 5 - Suficiente exteriorización.

1 - Pluralidad de patrimonios con autonomía jurídica

Debe tenerse en cuenta que el régimen de concurso preventivo para "grupos económicos" establece la existencia de un proceso para cada integrante del grupo. Si se considera -asimismo- que es supuesto esencial para el concursamiento la existencia de patrimonio (en tanto atributo requerido a la personalidad por el artículo 30 del Código Civil), es indudable que deben existir dos sujetos o más, con patrimonio y autonomía jurídica, para estar en presencia del "grupo económico" en términos concursales.

Va de suyo que esta condición deja afuera a figuras tales como sucursales, agencias, y otro tipo de divisiones de una misma empresa.

2 - Relación de subordinación

En oposición a la ya mencionada "relación de colaboración"; la "relación de subordinación" da la necesaria nota de cohesión y sometimiento a un "interés general" del grupo o de su controlante. Ello es así por que, de tal manera, se evidencia la influencia de los entes cesantes sobre los que se encuentran "in bonis". Solo así es admisible la excepción a la condición de la existencia de cesación de pago, para proceder el concursamiento.

Por otra parte esta característica es -tal vez- la esencia de la razón de ser del instituto. Ello en razón de que, solo de esta manera, adquiere interés social el tratamiento conjunto de la crisis empresarias de varios entes.

3 - Composición pluripersonal

Obviamente la existencia de un "grupo" implica la pluralidad de entes. Estos entes deben cumplir con lo dicho en 1; esto es, poseer patrimonio y autonomía jurídica.

La integración pluripersonal puede manifestarse a través de va-

rias personas físicas, de varias personas jurídicas; o de una o varias personas físicas con una o varias personas jurídicas.

Ya se ha hecho referencia a las agrupaciones del capítulo III de la Ley 19.550, en el sentido de que no poseen las características requeridas para su consideración en las normas del capítulo VI de la Ley 24.522.²⁰

Las sociedades accidentales en razón de la imprecisión de objeto y duración, por no ser sujeto de derecho, no estar sujetas a formalidades ni inscripción (art. 361 y cc. L.S.C.) difieren de los restantes "tipos" societarios. En razón de tales características no puede ser considerado como sujeto integrante de un "grupo económico" pues su concurso individual es improcedente.

Tampoco deben ser considerados en tanto "sociedad accidental" como "grupo económico" con derecho a invocar el beneficio del concursamiento grupal del Capítulo VI de la L.C.Q.²¹

En cuanto a los grupos constituidos exclusivamente por personas físicas, debe advertirse que no debe ser considerada como tal la "sociedad de hecho" pues esta tiene un patrimonio común y no existiendo la individualidad patrimonial requerida para los miembros del grupo.

Las sociedades de hecho -en cambio, y en cuanto tales- pueden ser integrantes de un "grupo económico". Ello en tanto se cumplan los restantes requisitos y se encuentren encuadradas en lo dispuesto por la sección IV del capítulo primero de la Ley de Sociedades Comerciales.

4 - Vocación de permanencia en el tiempo

El requisito de permanencia se encuentra establecido por el artículo 65 de la Ley 24.522.

Prestigiosa doctrina²² destaca que este es el único requisito claramente establecido por la ley. En el mismo sentido opinan Bergel y Paolantonio²³ destacando que quedan apartadas todas las situaciones accidentales, ocasionales o discontinuas en la que una pluralidad de sujetos asume una actividad en común.

La prueba de esta vocación de permanencia puede efectuarse con la mayor amplitud. Se trata -en definitiva- de arrimar al judicante

²⁰ Opinan en contra Claudia Graciela Salsamendi y Alejandra Tchaklian "La Ley Concursal debería contemplar a las agrupaciones de colaboración como sujetos concursales" ponencia presentada en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia - Mar del Plata Noviembre 1997 - Tomo III, pág. 245 Editorial Ad-Hoc.

²¹ Ídem nota 20.

²² FASSI GEBHARDT - op. citada - pág. 195.

²³ Op. citada - pág. 243.

los elementos que le permitan inferir la presencia de tal vocación de permanencia. No tratándose de formas contractuales o típicas, cualquier medio de prueba debe ser admitido.

5 - Suficiente exteriorización

La existencia del grupo debe haber trascendido notoriamente al conocimiento público.

Es el caso de un apartamiento o excepción respecto de las nociones jurídicas de la concursabilidad. Consecuentemente procede solo cuando la notoriedad de la existencia del grupo sea claramente demostrada.

También para este requisito, la amplitud que debe otorgarse a los medios de prueba admisibles es evidente.

Puede suceder que, en virtud de tratarse de situaciones contempladas por la Ley de Sociedades (sociedades controladas, vinculadas, etc.), las normas de información que contiene la citada ley en su Sección IX del Capítulo Primero brinden adecuado marco para la prueba a rendir.

En caso de no ser así, todo aquel indicio que permita deducir que el "grupo económico" se ha exteriorizado con la necesaria amplitud deberá ser considerado al momento de la valoración. Así la evidencia de la centralización de los negocios, la dirección de los mismos, participaciones de capital, financiación, etc. pueden ser indicios válidos.²⁴

²⁴ Estos indicios son citados por el art. 78 del Proyecto de Reformas a la Ley de Concursos (del 12/5/93) elaborado por la Comisión creada en el ámbito del Ministerio de Justicia (resolución 379/91).