

V CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. De La Reestructuración. Ventajas Y Costos Del Saneamiento De Las Empresas En Italia Y En Ibero América Entre la Economía y el Derecho Concursal.

Panel: LA CRISIS EN EL GRUPO DE EMPRESAS

Comunicación: ¿Es posible la concursabilidad obligatoria de todos los integrantes de los grupos de sociedades?

Por Marcelo G. Barreiro

I.- INTRODUCCION.-

La intención del ser humano de llevar adelante emprendimientos de índole comercial acompaña a la historia casi desde que esta es tal. En el inicio de los tiempos, los pueblos utilizaron el intercambio (trueque) de productos como forma de abastecerse de lo que carecían, canjeándolo por aquello que les sobraba. Esta forma inicial y primitiva de comercio, fue sofisticándose con la aparición de los originales sucedáneos de la moneda (la sal, las piedras preciosas, el oro o la plata), hasta consolidarse como una actividad esencial. La posterior consolidación de ésta (la moneda) como un mecanismo útil de arbitrar las operaciones comerciales, a través de una creación artificial por todos admitida, permitió que el crecimiento del comercio y las transacciones mercantiles fuera creciendo exponencialmente.

Así, una casta de ciudadanos en cada pueblo de la antigüedad cumplía el rol de comerciante para lo cual intermediaba entre los pequeños e individuales productores de los bienes primarios, adquiriéndoles su producción y llevándola a los mercados a través de los que éstas llegaban a los puertos y las ciudades.

En este largo periodo inicial los emprendimientos de este tipo eran individuales, y los mecanismos asociativos resultaban escasos, pues no existían formas jurídicas que permitieran regularlos.

En algún momento del desarrollo del comercio, aquellos emprendimientos individuales se manifestaron insuficientes para atender fenómenos que importaban aportaciones de capital más intensivas, no asequibles a una sola persona, por lo que fue dándose un lento desarrollo tendiente a permitir un sujeto colectivo que acumulara capital y permitiera afrontar los desafíos que a la mayoría de las personas individuales les estaban vedados. Dentro de este fenómeno, largo fue el camino también para atribuirle a dicha aportación colectiva una significación jurídica propia (dotándola de personalidad), y para limitar la responsabilidad de los aportantes, en principio, al contenido exclusivo del aporte.

La idea de entender a una colectividad como persona en sentido jurídico tal y como hoy la conocemos, es relativamente nueva en el derecho. Si bien el instinto gregario del hombre lo ha instado a reunirse con otros hombres para vivir en comunidad o emprender actividades comunes, dicha colectividad no era, para el derecho, un sujeto distinto de aquellos que la integraban. Esta resulta una abstracción conceptual de elaboración muy posterior, y a la que se llegó como consecuencia del convencimiento de su utilidad para el desarrollo mercantil de las sociedades.

Es recién en **Roma** donde empiezan a perfilarse las características de los entes jurídicos colectivos (si bien no existía una construcción teórica de la persona jurídica) que terminarán por ser la base de la que, siglos más tarde, será su concepto moderno.

Para los romanos las únicas personas – en sentido jurídico – eran los ciudadanos romanos pero, como pueblo de espíritu eminentemente práctico, delinearon características y consecuencias que permitieron que ciertos sujetos colectivos actuaran generando efectos,

dando un sustrato fáctico – no teórico – a lo que después serán las personas ideales o sujetos de derecho. ¹

Esta elaboración continuó a través del **Derecho Canónico**. La Iglesia, más allá de su finalidad no terrena, se constituyó en una corporación con importante patrimonio que debía ser atribuido a un sujeto distinto de quienes la integraban individualmente. De esta creación, tendiente a dar solución a la problemática en cuestión, derivan las que hoy conocemos como “Fundaciones”, sujetos que contenían los aportes patrimoniales de los fieles bajo la advocación de un santo patrono.

Resultó fundamental en este aspecto, la problemática que tuvo lugar desde la baja **Edad Media**, con la aparición de un fenómeno: **el intercambio comercial a gran escala**, si bien no totalmente novedoso, especial, en punto a sus nuevas características. Con la aparición de los Burgos y de una nueva “clase”: la de los comerciantes y artesanos, fue surgiendo también la necesidad de crear nuevas instituciones jurídicas que pudieran contener esa “nueva realidad”. Así aparecieron los mercados, las ferias, las corporaciones y la jurisdicción propia, los títulos abstractos y circulatorios, es decir la *lex mercatoria* en todo su esplendor. La letra de cambio y los títulos circulatorios, el seguro, la banca, el transporte, los tribunales comerciales, los mercados, etc. son todas instituciones que van generándose, primero en los hechos y luego en la regulación normativa, tendientes a atender al nuevo fenómeno, el derecho mercantil, profundamente dinámico y cambiante.

De allí además, surgió la necesidad de **regular un ente colectivo** (en tanto integrado por más de un sujeto) distinto de sus miembros, destinado a realizar emprendimientos que por diversas razones – complejidad, necesidad de acumular capital, necesidad de

¹ Básicamente la utilización jurídica de tales sujetos se dio con mayor vitalidad durante el **Imperio**, a caballo de la necesidad de otorgar tal condición a ciertos entes de derecho público (principalmente los municipios, a quienes debió obligadamente otorgársele facultades para actuar)

administrar un patrimonio común, etc. – no podrían ser abordados por un sujeto individual, y a los que las figuras de derecho clásico (el condominio, por ejemplo) no daban solución adecuada. Así comienzan a aparecer las sociedades como sujetos de derecho distintos de quienes los integran (vgr. la colectiva para administrar bienes hereditarios, y en origen, las Compañías de Indias).

En la **Edad moderna** aparecen las denominadas "Compañías de indias", mecanismos utilizados por los países colonizadores durante los siglos XVI y XVII para poder solventar los grandes emprendimientos en lejanas locaciones (así Holanda, Portugal y España, entre otros). Como bien sostiene Otaegui se crean entes dentro de lo que hoy entenderíamos como derecho público, para afrontar emprendimiento típicamente empresariales y de riesgo, dotándolas de algo bastante parecido a lo que hoy entenderíamos como personalidad jurídica.²

En el **Siglo XIX** es con las codificaciones europeas donde se perfila la definitiva regulación de las sociedades como sujetos de derecho o personas jurídicas, distintos de las personas jurídicas que las integran.³

Esta regulación va abriéndose paso durante la segunda mitad del siglo XIX en el derecho Continental europeo, llegando a los E.E.U.U. en 1811 con la aparición de las "corporaciones".⁴

La **revolución industrial** operó como revulsivo a los fines de hacer imprescindible la regulación normativa de institutos de esta índole que permitieran la acumulación de capital, regulando las relaciones de los miembros dentro de un sujeto colectivo que los expresa y, con el

² "El art. 54 de la ley de sociedades: Inoponibilidad de la personalidad jurídica", E.D. tomo 121, pág. 806.

³ El Código de Comercio francés de 1807 incorpora, por primera vez, **la moderna sociedad anónima**.

⁴ Más allá de algunos antecedentes jurisprudenciales de las primeras décadas del siglo XIX, el fallo paradigmático sobre la aplicación de un criterio desestimatorio de la personalidad fue "United States vs. Standard Oil" de fines del mismo siglo.

posterior y consecuente recurso de la limitación de la responsabilidad de dichos miembros al aporte.⁵

En definitiva, las necesidades que la sofisticación del comercio y la industria fueron generando durante siglos, terminaron siendo atendidas por los Estados, a través de la permisión de la existencia de sujetos con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, distintos de las personas que los integran. Es decir, se crea un sujeto distinto al de las personas que lo integran, el que resulta un **“centro de imputación normativa diferenciada” o una “realidad jurídica” diversa de la de sus integrantes, a través de una ficción admitida por los Estados como remedio legal para dar solución a las expuestas y complejas necesidades del tráfico mercantil.**

La sociedad es, en definitiva, una creación de la ley (no importa si como reconocimiento de un fenómeno preexistente o por implicancia de su propio y exclusivo imperio), que a un colectivo le otorga la calidad de sujeto distinto de quiénes lo integran y, en su caso y según el tipo adoptado, limitando la responsabilidad de éstos últimos por la actuación de aquella, a su aporte.

Pero este **atributo** (o “privilegio” como lo llama alguna doctrina considerando que la personalidad jurídica es aún consecuencia de la graciosa concesión del monarca de turno) no puede ni deber ser un concepto pétreo, absoluto sino sujeto a los criterios de definición y aplicación de cada ordenamiento jurídico, ficción que solo debe admitirse como defendible siempre y cuando el **“recurso técnico”** sociedad sea utilizado adecuadamente, conforme los fines que la ley tuvo en mira para crearlo. La personalidad jurídica diferenciada no puede ser un mecanismo que permita la violación de los derechos de terceros, o el Bill

⁵ Si bien en Inglaterra el fallo “Salomon vs. Salomon” fue el primero en aplicar la teoría desestimatoria de la personalidad, luego revocado por la Cámara de los Lores en aplicación de un estrictísimo criterio de imposibilidad de allanar la personalidad jurídica de una sociedad válidamente constituida, este criterio fue dejado de lado durante la Primera Guerra Mundial en el fallo “Daimler”, en donde se aplicó la legislación del país enemigo a una sociedad inglesa, pero cuyos socios eran alemanes.

de indemnidad que utilicen las personas físicas para actuar contra derecho o para dañar sin obligación de reparar el daño.

Es así que desde antaño (casi desde el mismo momento en que se terminó de definir el concepto de personalidad jurídica en la segunda mitad del siglo XIX) se advirtió la necesidad de que tal atributo no constituyera un obstáculo insalvable que permitiera el uso indebido o desviado del instrumento societario. Así nació y se desarrolló la teoría del **“disregard the legal entity”** de aplicación en el derecho norteamericano, y que tomó vuelo teórico en el derecho alemán (especialmente en la obra de Rolf Serick que la difunde y sistematiza⁶) como teoría de la penetración.

Nos encontramos así con que la causa fin del acto jurídico (sociedad) tiene un vicio desde su constitución (la sociedad fue creada para cumplir una finalidad distinta a la expresada) o de ejercicio (el desvío de la causa fin se produce a posteriori). Pero en definitiva en ambos casos es claro que los integrantes de una sociedad no pueden prevalerse de los efectos que resultan de la personalidad: a) separación de patrimonios, y b) separación de imputaciones.⁷ A partir de la ley 2203 de 1983 nuestra ley de sociedades incorpora la mejor doctrina respecto de la cuestión a través de la **inoponibilidad** en su artículo 54 *ter.*⁸

La idea en definitiva que subyace en esta teoría luego legalmente consagrada, es impedir que los socios o controlantes de una

⁶ “Apariencia y realidad de las personas mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, edición alemana en 1956, y edición española, Barcelona 1958, Editorial Ariel.

⁷ En nuestro país tal orden de ideas fue abriéndose paso en la doctrina y la jurisprudencia: **Swift** L.L. 146-601 y **Parke Davis** L.L. 151-353 Debe recordarse que la CSJN al confirmar el primero de éstos fallos refirió en 1973 que: **“El régimen de la personalidad no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de los terceros”** CSJN, 4-IX-73, L.L., t. 151-517). La CNCom. en “Astesiano c/Gianina SCA”, Sala A, 27/2/1978, E.D. 79-351.

⁸ Art. 54...*Inoponibilidad de la personalidad jurídica*

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

sociedad abusaran de ella, desviando su verdadero interés para obtener la consecución de fines extrasocietarios. **El objetivo era poner coto a situaciones de abuso o desvío, mediante el uso indebido del medio técnico** (sociedad comercial), pues éste no es un fin en si mismo. Como se verá, estos principios son también aplicables al fenómeno de la concentración societaria que a continuación expondremos.

II. EL GRUPO DE SOCIEDADES.-

Hemos analizado hasta aquí como la necesidad aplicación intensiva de capital había originado el instrumento de la concentración de capitales, conocido como **sociedad**, instrumento ficcional jurídico relativamente moderno.

La complejidad cada vez mayor de la economía (con la revolución industrial y de las comunicaciones que se dio en la segunda mitad del siglo XIX, y la aparición en dicho momento histórico de la sociedad anónima), ha determinado que el siglo XX (especialmente su segunda mitad) se transformara en el siglo de la **concentración económica**⁹, ampliando el fenómeno societario individual al grupo o conjunto de sociedades, con la finalidad de dotar al capital de los instrumentos jurídicos y fácticos necesarios para dar plenitud a la utilización de los recursos humanos, físicos, de producción, financieros, económicos, tendientes a acaparar cada vez mas mayores porciones de mercados, a complementarse e integrarse horizontal y verticalmente, a reducir costos y ampliar horizontes y mercados.¹⁰ Esta ha sido, a priori,

⁹ Cumpliéndose el doble fenómeno de la concentración del capital por acumulación de la plusvalía, y de centralización del capital por transferencia de éste de los capitalistas menores a los mayores (Marx, Karl, “El Capital”, Tomo I, págs. 528/531, citado por Manóvil – obra citada -, pág. 73.

¹⁰ Rivera, Julio Cesar, “Instituciones de Derecho Concursal”, 2da. Edición, tomo I, pág. 515, Edit. Rubinzal Culzoni.

una necesidad de los operadores del mercado, realizada a través de entramar complejas relaciones entre diversas sociedades con una dirección común que responden a un interés supra social unificado, sin que existieran normas que regularan el fenómeno concentracional de los grupos de sociedades.

Ya hemos sostenido en este mismo ámbito¹¹ que: “El derecho mercantil es esencialmente dinámico. Ello, a nuestro entender, resulta consecuencia de que su objeto es regular la también dinámica realidad económica (en la que interactúan, el capital, el trabajo, los empresarios, los comerciantes, el mercado, la tecnología, etc.). Estos fenómenos y actores de dicha realidad, están, generalmente, a la vanguardia del fenómeno jurídico. El ordenamiento normativo mercantil se encuentra ante la circunstancia habitual de que – como en muy pocas disciplinas jurídicas - debe dar sustento a situaciones que la praxis mercantil ya ha desarrollado y, muchas veces, consolidado. De allí que el área en cuestión tiene una necesidad de reforma (consecuencia de la necesidad de adecuarse a esa realidad mutante, y de regularla) mucho más evidente y profunda que otras ramas del derecho. Por lo demás, las reformas en el área mercantil requieren, indispensablemente, un fuerte contacto y una adecuación a dicha realidad, pues el operador de la realidad económica es reacio a aceptar novedades jurídicas en las que no cree¹² y, como contrapartida, está tentada de utilizar herramientas económicas que entiende efectivas, aún cuando las mismas no tengan sustento normativo.

Ello también resulta aplicable al área objeto de análisis, donde en primer lugar fue surgiendo aquel entramado de relaciones

¹¹ Ver nuestra comunicación al I CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL: EL DERECHO CONCURSAL EN EL SIGLO XXI, Barranquilla – Colombia (12;13 y 14 de octubre de 2005), denominada “Pautas para una reforma concursal.

¹² Así como la “duplicata” es un éxito en Brasil, la “factura de crédito” o “la factura conformada”, no hicieron otra cosa que fracasar, en algún caso aún antes de nacer, en la República Argentina.

fáctico – jurídicas entre las sociedades, y luego una parcial e insuficiente regulación. De allí que ha aparecido un nuevo derecho, el derecho de los grupos, que intenta marcar pautas acerca del funcionamiento de éstos, más allá de que no existe una regulación legal que los contemple, salvo contadas y honrosas excepciones, a lo largo de los países del orbe.

El fenómeno grupal es un fenómeno fáctico que las legislaciones, en mayor o menor medida, han aprendido parcialmente, en general de modo deficiente. En nuestro país, a partir de 1970 se fue perfilando una noción sobre la cuestión en base a la tarea de la doctrina, de una serie de referencias específicas en algunas leyes sobre el fenómeno (leyes fiscales, leyes laborales, ley de concursos) y, básicamente, por una serie de fallos paradigmáticos que atendieron la cuestión, básicamente sus patologías.¹³

La legislación alemana (fuente esencial del destacadísimo trabajo del profesor Manóvil reiteradamente citado aquí), ha regulado el fenómeno a través de un mecanismo contractual, permitiendo la creación de grupos de derecho (*Konzern*).¹⁴

Este fenómeno concentracional del capital que antiguamente permitió la aparición del fenómeno societario (con la estrella fulgurante de la sociedad anónima), fue creciendo cada vez más al calor del crecimiento exponencial de la demanda y los mercados que, además, fueron haciéndose globales, para hacerse más complejo y profundo, derivando de él y de las necesidades apuntadas algunos párrafos más arriba, los fenómenos grupales. Obvio es decirlo, el fenómeno de la concentración importa la *disminución de las empresas independientes en*

¹³Empieza por materia fiscal (fallo “Parke Davis”, 31/7/73, CSJN), reconoce el fenómeno grupal y por noción de abuso de control societario (“Swift Deltec”, para extender quiebra a dominante y otras dominadas, “**Talleres Inglemere**” (ED 48-361, 1° Inst. 29/10/71, extensión al dominante oculto).

¹⁴ Los otros dos sistemas que regulan la cuestión en forma mas o menos orgánica son el Brasilero y el Portugués (fuente, Miguen, Héctor, obra citada, Pág. 40).

*un mercado determinado y, aún, en el conjunto de la economía*¹⁵, un conjunto de sociedades dispersas o separadas se unen para un objetivo común, con pérdida significativa de su independencia.

Esta realidad configura un fenómeno de una suerte de empresa única con diversos sujetos que la constituyen o de “*sujetos diversos con unidad de emprendimientos*.”¹⁶ Este fenómeno de concentración es casi una consecuencia de la propia existencia de los Estados modernos que habilitan la constitución de sociedades, en especial las por acciones.¹⁷ Hay en el grupo un único sujeto económico con pluralidad de sujetos jurídicos que lo llevan a cabo.

El instrumento paradigmático de la concentración societaria del siglo XIX y mitad del siglo XX, la sociedad anónima, fue apareciendo insuficiente con el correr de los años, la complejidad de los negocios, la existencia de un mundo sin fronteras y el crecimiento de la demanda, todo lo cual fue llevando a la necesidad de la integración y concentración del capital.¹⁸ Así aparece y se extiende este nuevo fenómeno económico de concentración, que termina siendo llevado a cabo mediante instrumentos jurídicos, y originando aquel nuevo derecho de los grupos de sociedades al que nos hemos referido.

Concepto: No es sencillo definir al grupo, a este objeto de derechos y no sujeto de derecho.

Antonio Tonon¹⁹, sostenía que existe grupo cuando una o más empresas dominadas están agrupadas bajo la dirección unitaria de la empresa dominante (grupo de subordinación), como una serie de

¹⁵ Emmerich – Sonnenschein, “Konzernrecht”, pág. 10, citado por Manóvil, Rafael, “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”, Edit. Abeledo Perrot, año 1998, pág. 66.

¹⁶ Rivera, obra citada. Pág. 515/516.

¹⁷ RODIERE, R., *Le Droit de Sociétés...*, pág. 13, citado por MANOVIL, Rafael M., *Grupo de Sociedades*, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1998, pág. 65.

¹⁸ Según Manóvil la primer legislación que intenta regular el fenómeno es en la Ordenanza 67-821 de Francia de 1967, que regula los grupos de interés económico (obra citada, nota 5.2, pag. 43).

¹⁹ TONON, Antonio, *La Dirección unificada...*, La Ley, Impuestos, 1988.

empresas jurídicamente independientes, o en situación de pares sin dominación de una sobre otra se unen bajo una dirección unificada, persiguiendo objetivos comunes (grupo de colaboración).

Este fenómeno de concentración designa a todos los modos y mecanismos de vinculación y agrupación que unen sociedades con algún grado de **permanencia**, cuando esta vinculación se da de forma concertada a través de una **dirección unificada**²⁰ y en defensa de un **interés supra social, haya o no control (si lo hay habrá entonces un grupo subordinado, sino lo hay será un grupo integrado, según la clásica distinción)**.²¹

Si bien alguna doctrina²² sostiene que puede haber grupo sin control (dando como ejemplo los grupos contractuales del derecho alemán, o los contratos de colaboración), es dificultoso entender que esas hipótesis de subordinación no importen control de hecho o económico²³, sobre todo cuando ejercen **“influencia dominante”**. No existe duda que puede existir control sin grupo (cuando no existe dirección unificada). En todo grupo, las sociedades que lo integran operan bajo esa dirección unificada pero como entidades independientes frente a los terceros.²⁴

²⁰ PAVONE LA ROSA, A., *Controllo e Gruppo*..., pág. 15, citado por MANOVIL, Rafael, M., *Grupo de Sociedades*, pág. 167.

En la ley argentina (1955) el control fue incorporado normativamente en la reforma de 1983 (ley 22917), en el art. 33. Dicho se distingue entre externo (contractual o por “especiales vínculos”, 33.2 LS), el originado en el ejercicio de influencia dominante como de especiales vínculos (contrato de franquicia o suministro), o Interno: Socio con participación (por sí o por otra sociedad controlada) que permita dominar la voluntad social. Este control interno puede ser **Mayoritario** (de derecho): Votos suficientes según estatuto o la ley, o **Minoritario** (de hecho) Votos que permiten el manejo por ausencia o inacción de los otros socios.

²² Otaeguir, Julio Cesar, “Concentración Societaria”, Edit. Abaco, 1984.

²³ Ver el excelente trabajo del malogrado Oscar Alfredo García, en el PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España ~ 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, titulado “Algunas consideraciones sobre el control externo o económico y el derecho de la competencia”.

²⁴ Otaegui, Julio C., “Reflexiones sobre el derecho de grupos de sociedades”, año 2007 en *Dinámica Judicial y acciones en Sociedades y Concursos*, Edit. Advocatus, Coord. Truffat – Molina Sandoval, pag. 674.

La **dirección unificada** ha sido entendida como “...la existencia... de una comunidad de órganos de administración, ejecución y fiscalización”²⁵, aunque en nuestro criterio no solamente formales, sino también cuando esta comunidad administrativa o de gestión se da en los hechos, porque las conducciones formales responden a una informal, irregular u oculta.

Ese **interés supra social** al que todos los integrantes del grupo deben reportar es – o debería ser – el del grupo, y no el de la matriz o dominante, para entenderse que aquel se desenvuelve adecuadamente. En tal sentido, la responsabilidad y la conducta del resto de las sociedades y sus administradores y accionistas se juzgará de modo diverso en caso de que la actuación en beneficio del grupo privilegió el interés grupal por sobre el de cada integrante, a diferencia de que si lo que privó fue el interés fijado por la sociedad dominante.²⁶ En definitiva, el interés de la dominante también debe estar subordinado al interés del grupo.

Esta figura (el grupo económico o grupo de sociedades) constituye hoy una realidad incontrastable en la mayoría de los países, pero este fenómeno carece en buena parte de ellos (incluso el nuestro) de una regulación legal que lo contenga y limite.²⁷ Ello amerita que, al existir el fenómeno y no estar prohibido se haga necesario acudir a las normativas particulares en donde el fenómeno se desenvuelve (área laboral, concursal, fiscal, etc.), y a la creatividad judicial, para obtener soluciones.²⁸

²⁵ Del dictamen del fiscal ante la CNCom, Sala C, en autos “Homero Fonda y Cía. S.A.I.C. s/ Concurso Preventivo”, RDPyC, 1997-853.

²⁶ Miguens, Héctor, “La extensión...”, pag. 43.

²⁷ Miguens, Héctor, “La extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades”, Edit. Abeledo Perrot, 2da. Edición. Pag. 28.

²⁸ Conf. Embid Irujo, José María, “Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupo”, pag. 29 citado por Miguens, Héctor, obra citada, pag. 42.

La regulación del derecho de los grupos de sociedades exige, como hemos visto, un nuevo derecho, pues son múltiples las dificultades cuando se pretenden regular la estructuras grupales con la utilización analógica de institutos del derecho de las sociedades común (vgr. la extensión de la quiebra o la inoponibilidad de la personalidad jurídica).²⁹ Este nuevo derecho, amén que regular las consecuencias de los daños que la actuación grupal pudiera causar o que su crisis irrogara, debería dar además, un marco de organización del funcionamiento interno del grupo.³⁰

Si en los hechos (y en las legislaciones, aunque parcialmente) es permitida y alentada la actuación de los grupos de sociedades, parece contradictorio penalizar la misma por el solo hecho de su existencia. En este sentido, vemos con poco agrado las postulaciones que tienen a dar absoluta protección a los acreedores de una de las sociedades del grupo por parte de la dominante, que alguna parte de la doctrina expone. Así, por ejemplo la asunción íntegra de la totalidad de las pérdidas de una de las sociedades por parte de la dominante o su responsabilidad solidaria o subsidiaria por todas las deudas de la dominada³¹, aún cuando no existieran las hipótesis patológicas que habilitarían tales soluciones.

Es obvio, que si existe el desvío de la causa fin, y el grupo ha privilegiado el interés de la dominante o de aquel que ejerce tal influencia, en detrimento de las dominadas o subordinadas, es de toda razón admitir tal responsabilidad por los daños irrogados (en definitiva, responsabilidad por control abusivo).

III.- La crisis (la insolvencia) en los grupos de sociedades.

²⁹ Miguens, Héctor, obra citada, Pág. 58.

³⁰ Miguens, Héctor, obra citada, Pág. 59.

³¹ Como proyecta el Estatuto de la Sociedad Europea o lo hacia el anteproyecto societario de España de 1979.

Claramente, como en todo fenómeno organizacional destinado a operar en el mercado, los grupos de sociedades pueden (y de hecho lo hacen a menudo) caer en situaciones de crisis económico financieras o de insolvencia.

Históricamente las legislaciones en el derecho comparado no prevén la solución concursal conjunta para el caso de los grupos que entran en crisis (o en los que alguno de sus integrantes lo hicieren). Ello quizás tenga su origen en que al referirse a grupos generalmente se piensa en los grandes conglomerados de notable significación institucional, por lo cual difícilmente se analice la posibilidad de que las mismas recurran al concursamiento como solución de sus problemas.³² En general, en buena parte de los países ha salido el Estado en apoyo o solución de las coyunturas críticas de este tipo de grupos³³.

Alguna solución legal se ha dispuesto en caso de falencia (la ley Prodi de 1979 en Italia), o los mecanismos de extensión de quiebra de la ley francesa de 1967 (art. 99), o de la ley 19.551 (según ley 22.917 de 1983) en su art. 165, pero en mucho menor medida en punto a otorgar mecanismos rehabilitatorios que excedan la posibilidad del mero concurso individual de cada uno de los integrantes del grupo.³⁴

³² Los casos de Pamalat en Italia, Greco y Sasetru en Argentina, son ejemplos de esto.

³³ GERBERT, Krüger, citado por GROBEFELD, B, *Aktienrecht...*, pág. 192, entroncándose en reflexiones de Rethenau, W., *Von Aktienwesen*, pág. 38, citado por MANOVIL, Rafael M., *Grupo de Sociedades*, nota al pie N° 772, pág. 1137.

³⁴ Dos son los sistemas que prevén la posibilidad del concursamiento del grupo, los de Consolidación procesal: similitud acumulación acciones del derecho europeo, tramita común en una única sede de sociedades integrantes de un grupo (Prevista en la ley argentina 24.522 (arts. 65/67), en el código de bancarrotas americano (regla 1015 y 2009), y la Consolidación sustancial: Abarca toda la problemática que la crisis grupal genera, con todos los derechos sustantivos involucrados tratados unificadamente, definiendo los modos y mecanismos de solución de las responsabilidades intragrupo respecto de las deudas de cada uno de ellos, el tratamiento de los créditos recíprocos, la solución a la cuestión de los trabajadores intragrupo, etc. Esta prevista en el sistema del código de bancarrotas americano, basada en precedentes judiciales, y responde a la decisión del Tribunal interviniente que permitirá la agrupación total o parcial de activos y pasivos, y que solo debe usarse cuando lo “requiera la equitativa distribución del activo y la justicia”. Una suerte de consolidación sustancial esta dado por el sistema de concurso de grupo con propuesta única, previsto en el art. 67 de la ley 24.522.

La ley italiana 95 del año 1979 (ley Prodi) permitía el tratamiento unificado de la situación de insolvencia de un grupo de sociedades agrupadas en crisis. Alguna doctrina pretendió posible presentar a todas las empresas agrupadas en dicho proceso aún cuando no todas ellas se encontraren en insolvencia.³⁵ Allí el autor entiende que si la crisis de una o más de las sociedades individualmente consideradas es **relevante económicamente, no puede quedar indiferente en sede de las sociedades singulares...***Si los canales productivos y de financiación, objetivamente están en crisis, no hace falta, ciertamente, esperar la cesación de pagos de la controlada individual para aceptarse que ésta esta también en insolvencia,* la presentación en el régimen de administración extraordinaria **no** debe limitarse a las que están ya en estado pleno de insolvencia.

Dentro de los sistemas que habilitan alguna situación rehabilitatoria conjunta, éstas no pasan de permitir una suerte de acumulación procesal de acciones **optativa**, que permita el trámite conjunto, ante un mismo tribunal y con la misma sindicatura, de un proceso concursal de múltiples sujetos (**consolidación procesal**). Ello sin que importe la unificación de activos y pasivos del grupo, así como el atar la suerte de todos en el grupo a la aprobación de la salida concursal.

En nuestro criterio, y siguiendo a Manóvil, es indudable que la prevención de la insolvencia resulta mucho mas difícil desde la opción de una serie de procesos concursales separados e inconexos, que es lo que jurídicamente correspondería, que no permite una adecuada correlación e integración de los diversos integrantes del grupo, con el consecuente análisis de la significación que todos estos, la matriz y el grupo en si, tuvieron en el desencadenamiento de la insolvencia. La unidad del grupo es, ante todo, una cuestión de índole fáctico económica, con claras implicancias jurídicas, pero es seguro que hacer

³⁵ Libonatti, "Il Gruppo...", citado por Manovil, obra citada, pag. 1137.

prevalecer aquella por sobre la separación jurídica que las diversas personalidades importan, genera notables beneficios, pues la crisis del grupo o de uno o mas de sus integrantes seguramente planteara como mejor solución posible la reorganización del grupo³⁶.

Por ello, es razonable admitir la posibilidad del concursamiento grupal como posibilidad (facultad) para el grupo ante la situación de insolvencia de uno de sus integrantes y, además, también la regulación de una hipótesis pretoriana, que permita al Tribunal interviniente, ante ciertas circunstancias patológicas, traer ante sí a los restantes integrantes de un grupo cuando uno de ellos se concursa preventivamente.

En la **Argentina** el pretorio no permitía el concursamiento conjunto de los grupos (de las sociedades que los integraban) y ni siquiera, la mayoría de las veces, la acumulación procesal de estos procesos en un mismo juzgado³⁷.

Fue la sanción de la ley 25422 la que trajo una expresa regulación legal del concursamiento del grupo³⁸, en sus arts. 65 a 67, con un doble tratamiento, la mera acumulación procesal (consolidación procesal), o la sustancial (consolidación sustancial) que deriva del ofrecimiento de propuesta unificada.

El agrupamiento (el grupo de sociedades) es en la ley argentina objeto de tratamiento legal en la ley concursal, pero no un sujeto de derecho, por lo que quienes se concursan son exclusivamente **todos** sus integrantes (que, llamativamente, pueden ser personas físicas

³⁶ Manóvil, Rafael, Ob. cit., nota N° 7, pág. 1138.

³⁷ "Producciones Argentinas de Televisión S.A." (CNCom., Sala N, 29-VIII-1975, L.L, t. 1976-B, pág. 463) y otros, citados por MANOVIL, Rafael M., *Grupo de Sociedades*, pág. 1138. Aunque en algunos casos dicha tramitación conjunta fue admitida ("Del Atlantico", "Wobron").

³⁸ Lo que para algún autor nacional: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias*, Abaco, Bs. As., 1998 t. II, pág. 419, importo una innovación sin precedentes en el derecho comparado.

o jurídicas), **se encuentren o no en cesación de pagos**, siempre y cuando uno de ellos si lo este, y este presupuesto puede afectar al resto (potencialidad).

Nuestra ley exige cierto grado de **permanencia** en la integración grupal, así como que la realidad grupal debe **exteriorizarse** y **probarse** (debe ser asequible a los terceros). El concurso del grupo es una posibilidad y no una obligación (CJN LL 2001-B-589), y se exige la presentación unánime de todos los integrantes del grupo, aun cuando sin prever la sanción que la omisión de tal recaudo cause.

IV.- **CONCLUSION:**

Pues bien, la problemática de la actuación de los grupos de sociedades *in bonis* e, incluso, su crisis, exige el análisis de la resolución de los daños que se causen en tres órdenes de actuación: los trabajadores, los acreedores y los accionistas minoritarios. Este sistema exige la aplicación de una normativa novedosa y moderna, superadora de la aplicable a la sociedad aislada, que tienda a prevenir e impedir dichos daños, o a enjuagarlos adecuadamente.

La existencia y organización de los denominados grupos económicos da lugar a un entramado profuso de relaciones de hecho, jurídicas y económicas entre sus integrantes y, a su vez, entre estos y los terceros. Estas circunstancias deben tener una adecuada resolución normativa, basada en el eje de: a) la adecuada exteriorización de la existencia del grupo, b) la determinación de la responsabilidad de la dominante por su actuación a título de culpa o dolo en la decisión y ejecución de la política empresarial unificada (resarcimiento de los perjuicios generados a las empresas del grupo como establece la ley alemana, o el art. 54 primer párrafo de nuestra ley 19.550). La problemática de la responsabilidad por control (por abuso de éste), que la

doctrina ha generado y que algunas legislaciones han receptado expresamente (responsabilidad subsidiaria y solidaria de la dominante, de sus administradores y de los administradores de la dominada respecto de las obligaciones de la dominada³⁹) claramente es un supuesto posible.

Pero no creemos que esta alternativa sea la mejor ante la situación de insolvencia de una de las integrantes del grupo, en donde es razonable analizar como debe afrontar el grupo la situación de crisis que atraviesa uno de sus miembros. ¿Puede aislarlo o la solución debe ser global?

La solución habitual que prevén las legislaciones en derecho comparado es la de entender a cada uno de los sujetos que integran el grupo como un organismo jurídicamente independiente, permitiendo intentar la solución de su crisis individualmente, sin que ella toque o afecte a los demás integrantes del grupo, incluso la matriz (ello además, derivado de la no consideración del grupo como un sujeto de derecho).⁴⁰

¿Es este sistema el mejor? ¿No sería razonable que las sociedades agrupadas debieran tramitar su concurso conjuntamente? La respuesta es difícil, mucho más si la solución a la que se recurre es la preventiva y no la liquidativa (que generaría la hipótesis de analizar la procedencia de las situaciones de extensión de quiebra o responsabilidad, siendo ésta última mucho mejor en nuestro criterio).

A priori, el trámite conjunto es aconsejable (aunque más no sea por vía de la consolidación procesal o acumulación de pleitos), cuando un grupo decide presentar en concurso a todos sus

³⁹ Uría, Rodrigo, “Teoría de la concentración de empresas”, Pág. 341.

⁴⁰ Vgr. la ley española del 2003 no regula el fenómeno más allá de que los grupos “por su dinamismo se encuentran expuestos a procesos patológicos desencadenantes de situaciones patrimoniales similares a las que determinan para cualquier deudor la concurrencia de los presupuestos objetivos del concurso” (prólogo de Juan Luis Iglesias Prada a “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”, de Rafael S. Quetglas, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 2009.

integrantes.⁴¹ En este sentido, la ley argentina y la norteamericana, dan como posible esa solución procesal (incluso la sustancial). Es mas, creemos que si se **admite la posibilidad de que un grupo (sus integrantes se concursen), es inevitable admitir la hipótesis de consolidación procesal (mismo tribunal, mismo síndico, fechas comunes), a sólo arbitrio del propio grupo.** Es esta una hipótesis facultativa u opcional, que debería preverse en todas las legislaciones concursales.

Pero la cuestión a dilucidar es si en algunos supuestos no **debería exigirse** una consolidación sustancial obligatoria, es decir, determinar la potestad del Tribunal interviniente de solo habilitar la vía reabilitatorias si el grupo *in totum* la solicita.

Es difícil la solución, pues si los regímenes legales (explícita o implícitamente) habilitan la acción de los grupos de sociedades, no resulta clara la posibilidad de “castigarlos” exigiendo su concursabilidad común, máxime cuando quien se encuentra en situación de insolvencia es solo uno de sus integrantes. Ello, además, porque importa traer a la crítica situación a terceros acreedores, trabajadores o socios minoritarios de las otras sociedades integrantes del grupo que no se encuentran en cesación de pagos.⁴²

Es posible pensar, en nuestro criterio, que existe alguna o algunas circunstancia que podrían habilitar dejar de lado tal separación o independencia jurídica, para exigir una solución global.

Si bien comparto las bondades del sistema de grupos para el desarrollo de la economía moderna, entiendo que el “grupo”, como cualquier instrumento o instituto jurídico, posee limitaciones claras, determinadas por el hecho del **“alterum non laedere”**, la circunstancia

⁴¹ La ley española de 2003 permite esta acumulación por extensión en sus arts. 3.5 (que prevé la posibilidad de solicitar el concurso conjuntamente) y 25 (que prevé la posible acumulación).

⁴² Es dable analizar que partiendo de la base del conocimiento por parte de los terceros de la existencia del grupo, impediría argumentar la sorpresa que podría causar que la existencia de la cesación de pagos en uno pudiera afectar a los demás.

de no dañar a terceros implícita en toda conducta destinada a ser jurídicamente juzgada, así como que un remedio técnico artificial admitido por el Estado (como vimos lo era la personalidad jurídica de las sociedades, y lo es también la existencia de los grupos), no puede sacralizarse cuando el mismo es abusado o utilizado para perjudicar derechos de terceros.

En tal caso, el grupo en su totalidad (especialmente la matriz o dominante o controlante) deberá hacerse cargo de los perjuicios que el impago de una de sus sociedades integrantes genere e, incluso, concursarse conjuntamente con ésta.

¿Cuáles son estos casos?

La nueva ley concursal uruguaya (art. 9) posibilita la presentación conjunta del grupo como potestad o facultad de éste, mas cuando se generen respecto de todos los integrantes del grupo presunciones de insolvencia y, además, exista confusión entre los patrimonios de los deudores o cuando éstos formen parte de un mismo grupo, el **acreedor**⁴³ podrá promover formal demanda de concurso de éstos.

En nuestro criterio, las hipótesis que deberían dar lugar a una consolidación sustancial son las que siguen (algunas de las que son admitidas como tales en el derecho pretoriano de los Tribunales norteamericanos):

- Si el grupo como estructura económico jurídica da lugar a abusos en perjuicio de terceros ajenos a él, a la económica general o al bien común la solución a la insolvencia debe ser común del grupo o, al menos, de la sociedad que dentro del grupo domina la voluntad grupal o la condiciona. Cuando el remedio técnico admitido es indebidamente utilizado, los que abusan no pueden escapar a las consecuencias generadas en los terceros de sus actos.
- Las apariencias frente a los acreedores: cuando claramente los acreedores creen estar negociando con una unidad, o con una

⁴³ La ley concursal uruguaya permite la petición de concurso por parte de acreedor.

- sociedad perteneciente a un grupo único, la insolvencia de uno de los integrantes debe ser asumida por todo el grupo.
- Cuando exista una contabilidad unificada y/o confundida.
 - Cuando exista confusión patrimonial activa.
 - Cuando la reestructuración separada de cada uno de los sujetos no sea viable ni aconsejable.
 - En Caso de contratación intragrupal a costa de otras sociedades agrupadas, en condiciones de inusual ventaja (hipótesis de abuso, en definitiva).

Obvio que esta es una propuesta de regulación normativa a futuro, atento que sin texto legal difícilmente pueda admitirse tal potestad en cabeza de los jueces concursales. La aplicación de esta consolidación sustancial – que podrá ser parcial o total - ⁴⁴deberá estar a cargo del pretorio, quien deberá decidir acerca de la procedencia de ésta (a la usanza de lo que sucede en el derecho norteamericano), **siempre y cuando esta hipótesis genera mayores beneficios que los perjuicios que acarrea.**

A ello, debería agregarse en nuestro criterio un tratamiento para los créditos cruzados intragrupos que importe la **subordinación** de los mismos⁴⁵ y la necesaria **exclusión** del cómputo votativo de unas (dominantes y dominadas) en los concursos de las otras (dominantes y dominadas).

⁴⁴ Del modo que lo prevé el régimen de bancarrotas americano, pudiéndose separar determinados activos comunes para atender a determinados pasivos siempre y cuando ello resulte equitativo y lo contrario importaría una injusticia (ver Quetglas, Rafael S., obra citada, pág. 110)

⁴⁵ A la usanza de lo dispuesto en los arts. 92.5 y 93 de la ley española de 2003.