UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TITULO: "El CONCURSO EN CASO DE AGRUPAMIENTO: ANALISIS E IMPLICANCIAS"

Apellido y Nombre del/los alumno/s: Aguerre, Sebastián – Beneitez, Facundo Elian – Orelia Ros, Alan

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Comercial II

Encargado de Curso Prof.: Casadio Martinez, Claudio

Año en que realiza el trabajo: 2018

Lugar: Santa Rosa

ÍNDICE

SUN	SUMARIO					
INT	NTRODUCCIÓN					
NOCIONES PREVIAS						
1	. Bre	ve reseña histórica	5			
2	. Cor	nceptualización	7			
	2.1. Ir	nportancia actual	9			
	2.2 El	ementos	10			
	2.3. C	ontrol	12			
	2.4. C	lasificación	13			
3	. Reg	gulación en la Ley General de Sociedades (19.550)	14			
4	. El F	allo "Swift", la Teoría del "disregard of legal entity": su vigencia	15			
	4.1. E	xtensión de la Quiebra: su aplicación al fallo "Swift"	19			
CON	NCURSO	O EN CASO DE AGRUPAMIENTO	22			
1	. Pet	ición	22			
	1.1.	Sujetos	23			
	1.2.	Permanencia	24			
	1.3.	Exteriorización	25			
	1.4.	Exigencia de que todos los integrantes se concursen	27			
	1.5.	Presentación	29			
2	. Ser	tencia de apertura	33			
3	. Ces	ación de pagos	33			
4	. El a	rtículo 67: un "cajón de sastre"	35			
	4.1.	Competencia	36			
	4.2.	Sindicatura	37			
	4.3.	Trámite	37			
	4.4.	Verificación	38			
	4.5.	Informe general	39			
	4.6.	Propuesta unificada	40			
	4.7.	Propuestas individuales	42			
	4.8.	Créditos entre los concursados	42			

5.	CON	ICURSO DE GARANTES	.44		
	5.1.	Distinción con el concurso de grupos	.45		
	5.2.	Sujetos comprendidos	.46		
	5.2.1.	Sujetos excluidos	.46		
	5.3.	Competencia	.47		
	5.4.	Plazo	.47		
	5.4.1.	Posiciones doctrinales	.48		
	5.5.	Crédito garantizado	.49		
	5.6.	Particularidades	.50		
CONCLUSIÓN51					
DIDI	RIRI IOGRAFÍA 53				

SUMARIO

Introducción. Nociones previas. Breve reseña histórica. Conceptualización. Importancia actual. Elementos. Control. Clasificación. Regulación en la Ley General de Sociedades (19.550). El Fallo "Swift", la teoría del "disregard of legal entity": su vigencia. Extensión de la quiebra: su aplicación al fallo "Swift". Concurso en caso de agrupamiento. Petición. Sujetos. Permanencia. Exteriorización. Exigencia de que todos los integrantes se concursen. Presentación. Sentencia de apertura. Cesación de pagos. El artículo 67: un "cajón de sastre". Competencia. Sindicatura. Trámite. Verificación. Informe general. Propuesta unificada. Propuestas individuales. Créditos entre los concursados. Concursos de garantes. Distinción con el concurso de grupos. Sujetos comprendidos. Sujetos excluidos. Competencia. Plazo. Posiciones doctrinales. Crédito garantizado. Particularidades. Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La sanción de la ley 24.522 incorporó, como una novedad significativa, el concurso preventivo en caso de agrupamiento, regulación que, como varios autores destacan, no encuentra demasiados precedentes en el derecho comparado. De esta manera, como bien señala Julio Rivera¹, el concurso de

-

¹ RIVERA, Julio C., "<u>Derecho Concursal</u>", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p.607

agrupamientos trata de aprehender el fenómeno de los "grupos" o "conjuntos", gestando una serie de soluciones prácticas para facilitar y abarcar la tramitación de los procesos concursales de los grupos en crisis, así como para dar solución a algunas cuestiones de fondo, tales como el tratamiento a dar al patrimonio de cada sujeto agrupado en la oferta de acuerdo, y la suerte de los grupos o de las sociedades o personas individualmente consideradas en caso de fracaso de la solución preventiva de alguno de los sujetos comprometidos.

Es menester destacar que no existe en la legislación argentina, al igual que en muchos otros países (con excepciones como Alemania), una regulación sistemática de los "grupos económicos" en sí. En nuestro país existen solamente algunas disposiciones aisladas en la Ley General de Sociedades (artículos 31, 32, 33, 54, etc.) sobre control y vinculación entre sociedades comprendidas en la mencionada norma; en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), que detalla la regulación de extensión de la quiebra y el concurso de personas físicas y jurídicas que constituyan un agrupamiento (artículos 65 y ss., 160, 161 y ss. y 172); también la Ley de Contratos de Trabajo (artículos 30 y 31), etc.

Ahora bien, para comenzar con el desarrollo del tema principal que ocupa a este trabajo es necesario, primero, abordar algunas cuestiones que permitan comprender mejor de qué estamos hablando.

NOCIONES PREVIAS

1. Breve reseña histórica

Rivera señala que el único antecedente internacional que se ocupó de la crisis patrimonial del grupo de empresas fue la llamada "Legge Proddi". Esta norma llamada en realidad "legge 3 aprile 1979 n. 95" fue promovida por el entonces ministro de industrias italiano, Romano Prodi. La misma tendía a establecer un procedimiento de administraciones extraordinarias de las grandes empresas en crisis. En un contexto de dificultades para muchas empresas italianas, buscaba evitar una posible cadena de quiebras que afectaran la economía del país, estableciendo un nuevo procedimiento que reemplazara al de la quiebra, con posibilidad de continuar el ejercicio de la empresa. Dicha normativa se aplicaría a empresas que hubieran tenido al menos un año, trecientos empleados o más y se encontraran en estado de insolvencia con falta de pagos salariales por tres meses². En otras palabras, era una herramienta para rescatar a las empresas de mayor interés nacional, e incluso admitía las situaciones mixtas en donde solo una o unas pocas empresas participantes, cumplían con los requisitos para obtener los beneficios de la ley. Esta norma fue derogada en el año 1999.

_

² http://www.tesionline.it/news/cronologia.jsp?evid=3813, "La legge Prodi sull'amministrazione straordinaria"

En el ámbito local, menciona Rouillon³ que hasta la sanción de la ley de concursos no había texto legal en la Argentina que contemplase particularidades específicas del concurso preventivo de varias personas integrantes de un conjunto económico. Sólo se tuvo en consideración este fenómeno de la organización empresarial, a partir de 1983 (ley 22.917) para ciertos supuestos de extensión de la quiebra. La ley 24.522 contempla estos "agrupamientos", para señalar algunos aspectos en que debería asegurarse unidad de tratamiento en dichos concursos preventivos (presupuesto objetivo concursal, competencia judicial, sindicatura, trámite, propuesta de acuerdo, créditos entre concursados, etc.).

Entonces, antes de la ley 24.522 no había referencia alguna a la solución preventiva de los grupos económicos, por lo que en principio, cada persona que integraba el grupo, debía solicitar en forma individual el remedio concursal.

Sin embargo, la realidad llevó a que los tribunales debieran resolver cuestiones planteadas por sujetos que constituían grupos económicos y que pretendían recurrir al concurso preventivo, y si bien la jurisprudencia no reconoció la posibilidad de realizar un concurso grupal, se dictaron resoluciones interesantes, que como bien señala Rivera, constituyeron en alguna medida antecedentes del régimen de la ley concursal.

³ ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de Concursos y Quiebras", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2012,

A modo de ejemplo menciona algunos casos:

- Concurso de tres sociedades vinculadas, cada una con un síndico, se resolvió que los síndicos debían presentar estados consolidados, y luego se dispuso que las concursadas podrían verificar créditos entre ellas pero no podrían votar puesto que lo harían en interés propio;
- a su vez, en ese mismo caso, se permitió que los concursos de las diferentes sociedades que tenían domicilio en la misma jurisdicción quedaran radicados ante el mismo juez.

2. Conceptualización

Para desarrollar las cuestión vinculada a los concursos de agrupamientos económicos es necesario, en forma previa, comprender de qué hablamos cuando nos referimos a "grupos económicos", lo cual no es sencillo ya que como se mencionó, no hay en nuestra legislación un concepto claro de grupo ni tampoco existe una única denominación, ya que suele utilizarse en forma indistinta el término "agrupamiento", "grupo" o "conjunto" económico, e incluso algunos tribunales han utilizado expresiones tales como "comunidad de intereses", "sociedades encadenadas", "vinculación económica", entre otras.

En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial mencionó en el fallo "Clorchemical SA s/ Concurso Preventivo" "(...) Dado

el modo en que ha quedado redactada la ley 24.522, todos los matices terminológicos han desaparecido, por lo que debe entenderse que, cualquiera sea el caso, la referencia de la ley es a una única realidad: no existe diferencia entre el conjunto económico y el agrupamiento (artículo 65) (...)".

Es preciso subrayar que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce al "grupo", "conjunto" o "agrupamiento" como sujeto de derecho, lo cual se traduce en que al hablar de "concurso en caso de agrupamiento", quienes se concursan en realidad son las sociedades o personas agrupadas.

El grupo societario carece de personalidad jurídica, no es un sujeto distinto de las sociedades que lo componen, es simplemente un dato fáctico, con componentes económicos y jurídicos.

El agrupamiento de distintas personas (físicas o jurídicas) que actúan bajo relaciones de control, vinculación, dirección unificada, etc., tiene importancia como *supuesto jurídico* relevante para la producción de ciertos efectos jurídicos. Se denomina *supuesto jurídico* a la descripción abstracta que hace la ley de los acontecimientos relevantes para la producción de efectos jurídicos.

Que ciertas personas físicas o jurídicas actúen en relaciones de control, vinculación, dirección unificada, es un supuesto jurídico que puede causar

-

⁴ CNCom, Sala C, Noviembre 5 de 2013, "Clorchemical SA s/ Concurso Preventivo, incidente de impugnación de acuerdo", Ficha Nro.: 000064836, BJCCOM 2013/N° de Sumario 1885.

distintos efectos jurídicos tales como: la necesidad de practicar balances consolidados, la de comunicar la tenencia de acciones de una sociedad en otra que excedan el 25% del capital social, la de admitir la presentación en concurso preventivo bajo el sistema del artículo 65 de la LCQ, y si a ese supuesto jurídico se agrega otro dato: el desvío del interés social, puede causar la consecuencia jurídica de la extensión de la quiebra del artículo 161 inc.2° de la LCQ.⁵

2.1. Importancia actual

En la economía contemporánea existe una importante tendencia hacia la concentración empresarial, de manera que se busca optimizar el uso de los recursos económicos y humanos a través de una adecuada relación de las actividades de producción, distribución, comercialización y financiamiento. Esta "concentración empresarial" se manifiesta a través de la formación de grupos o conjuntos económicos.

Explica Rivera⁶ que una empresa (concebida como la organización de distintos factores de producción para la generación de bienes o prestación de servicios) se organiza bajo el manto de distintas sociedades. Estas sociedades aparecen como sujetos jurídicamente independientes; cada una de ellas tiene sus propios órganos de administración, prepara sus propios balances, genera sus propios resultados positivos o negativos. Pero esas

⁵ RIVERA, Julio C., "<u>Derecho Concursal</u>", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p.613

⁶ RIVERA, Julio C., "Derecho Concursal", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p.609

sociedades están sometidas a una situación de control, están sujetas a una dirección unificada y persiguen un interés que no es exclusivo e individual de la sociedad sino que se mimetiza con el interés del grupo.

Entonces puede decirse que el grupo es algo más que varios sujetos agrupados. Analizamos a continuación cuales son los elementos característicos de un "agrupamiento".

2.2 Elementos ⁷

Suele señalarse como rasgo característico de los agrupamientos los siguientes elementos:

- Una pluralidad de personas⁸, ya que si fuese una única persona física o jurídica quien condensa varias empresas, el centro de imputación sería único y su regulación no sería distinta;
- La existencia de dependencia jerárquica de determinadas sociedades respecto de otra. Esta situación suele manifestarse a través de relaciones de control, por la cual una sociedad puede tomar decisiones en otra;
- La unidad de dirección, es el dato organizativo, fundamental para que exista un grupo;
- El interés del grupo o suprasocial.

⁷ RIVERA, Julio C., "<u>Derecho Concursal</u>", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p.610

⁸ JUNYENT BAS, Francisco A., "Ley de Concursos y Quiebras Comentada"

Lo dicho puede observarse, por ejemplo, en el dictamen del Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo "Bergamalli, Ana Beatriz s/ concurso preventivo" cuando menciona "(...) Las condiciones a demostrar a los efectos de tener configurada la existencia de tal situación de comunidad son, por cierto, complejas, e implican el análisis de vastos elementos y un minucioso examen de ellos. Se refieren a aspectos relacionados con comunidad de administración y fiscalización, interdependencia en diversos aspectos, vinculación patrimonial, de fines y demás extremos (...)" razón por la cual, a los efectos de tener configurada la existencia de un conjunto económico que lleve a considerar aplicables las normas relativas a los concursos en caso de agrupamiento, no resulta suficiente la mera conexidad procesal entre varios concursos, sino que tal situación debe resultar demostrada por la existencia de dichos elementos.

Gran parte de la doctrina señala que no alcanza con la sola situación de control para poder hablar de grupo, se requiere además la existencia de un interés superior al de cada empresa individual, razón por la cual también es necesaria una estructura organizativa que se superponga a la ya existente en cada empresa. La agregación de empresas tiene razón de ser en cuanto permite la realización de fines ulteriores respecto de aquellos que puede conseguir una sola de las empresas.

-

⁹ CNCom, Sala D, Junio 18 de 1998, "Bergamalli, Ana Beatriz s/ concurso preventivo", www.saij.gob.ar, id SAIJ: FA98130153

2.3. Control

Como vimos en el apartado anterior, el control es un elemento imprescindible (aunque no el único) cuando hablamos de "agrupamientos". Ese "control" puede entenderse, según el propio Rivera, como *el poder efectivo de dirección de los negocios sociales*. Ahora bien, ¿cómo puede manifestarse dicho control?

Una primera clasificación nos hace distinguir entre control *interno y externo*. El primero se da dentro de la sociedad (seguidamente se desarrollará), el segundo se configura fuera de ésta como consecuencia de "especiales vínculos", generalmente contractuales, que le permiten a una persona (física o jurídica) influir en forma relevante y en ocasiones decisiva sobre la vida empresarial de la controlada sin que sea necesario poseer acciones.

A su vez, dentro del *control interno* podemos distinguir entre control *de derecho* y *de hecho*. Se llama control de derecho cuando un sujeto posee mayoría del paquete accionario con derecho a voto, con lo cual basta la constatación de esa circunstancia para reconocerle entidad de controlante. Se habla de control de hecho cuando se reúnen los votos suficientes para imponerse en la asamblea, lo cual puede ocurrir aún sin contar con mayoría de paquete accionario ya que en la realidad no suele suceder que la totalidad de los accionistas asistan a la asamblea.

2.4. Clasificación

Los autores suelen distinguir los métodos de concentración en:

- Estrictamente Contractual: constituido por acuerdo de voluntades de tipo contractual. La mayor ventaja es la libertad de los contratantes y el menor número de formalidades en comparación con las estructuras societarias. Son contratos de colaboración empresaria donde existe cooperación y fin común pero no hay una idea de control (también llamadas *formas no societarias de integración*) por ejemplo las UTE, ACE, joint ventures, etc. ¹⁰;
- Métodos que no alteran las estructuras internas de las sociedades: se caracterizan por la adquisición de acciones o participaciones sociales en virtud de las cuales, el adquirente asume una postura dominante sobre la restante o restantes sociedades;
- Métodos de concentración que modifican las estructuras internas de las sociedades: aquí operan las figuras de la fusión, escisión y la transformación. Tienen por objeto readecuar las estructuras societarias a las nuevas necesidades del mercado, modificando los respectivos estatutos sociales.¹¹

_

¹⁰ JUNYENT BAS, Francisco A., "Ley de Concursos y Quiebras Comentada"

¹¹ ZANDRINO, Juan J.; MC INERNY, PATRICIO T., "Manual de Derecho Comercial", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, p. 140-141

3. Regulación en la Ley General de Sociedades (19.550)

La ley 19.550 (LGS) regula cuestiones relacionadas a la integración societaria (uno de los modos de constituir un agrupamiento) o vinculación. Es así que su artículo 31 consagra que "ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y la mitad de su capital y de las reservas legales", limitación que quedará exceptuada cuando dicho exceso resulte del pago de dividendos en acciones, de la capitalización de reservas o el Poder Ejecutivo Nacional expresamente lo autorice. El artículo 32 establece la nulidad de las participaciones recíprocas para evitar de ese modo, que se licue el capital social y con ello, las defraudaciones a los terceros que contraten con sociedades que utilicen esta modalidad. La ley consagra la nulidad de la constitución de sociedades o el aumento del capital social mediante participaciones recíprocas aún las realizadas por persona interpuesta, para evitar que se burle la prohibición de adquirir con recursos propios, participaciones sociales en el mismo capital. De permitirse, se estaría frente a una disminución de capital aunque nominalmente no habría variado y se expresaría sin respaldo patrimonial. 12 Finalmente el artículo 33 regula las sociedades controladas, definiéndolas como "aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1)

_

¹² ZANDRINO, Juan J.; MC INERNY, PATRICIO T., "Manual de Derecho Comercial", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, p. 146

posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias (es lo que llamamos *control interno*); 2) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades (estos *especiales vínculos* otorgan el *control externo*).

Agrega así mismo, que son *sociedades vinculadas* aquellas en que una participa en más del 10% del capital de otra; y que cuando la participación sea mayor al 25%, deberá comunicarlo a fin de que se tome conocimiento en la próxima asamblea ordinaria.

4. El Fallo "Swift", la Teoría del "disregard of legal entity": su vigencia

El artículo 54 de la LGS, contempla el caso de dolo o culpa en el accionar del controlante que genera un daño a la sociedad; y regula también la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", por la cual la actuación que encubra fines extrasocietarios, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o frustre derechos de terceros genera responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados.

Esta inoponibilidad de la personería es lo que suele llamarse "corrimiento del velo societario", mediante lo cual "un juez puede penetrar el velo de la persona jurídica y examinar las auténticas fuerzas que se ocultan tras ese velo, ello con fundamento en la denominada doctrina del disregard of legal

entity"..."solo cuando se abusa de la personalidad para fines ajenos a la vida de la sociedad se permite adoptar medidas que afecten a los hombres o a las relaciones verdaderas encubiertas detrás de la máscara de la persona jurídica"¹³.

La doctrina del *disregard* es de fuente norteamericana y para explicar el origen de éste instituto legal debemos remontarnos al año 1809 en el caso "Bank of The United States vs. Deveaux", en esa ocasión el Juez Marshall determinó que correspondía penetrar el velo social, sacando a la luz a sus integrantes, para así extender la jurisdicción de los tribunales federales a las controversias suscitadas entre éstos por ser ciudadanos de distintos Estados, por cuanto la corporación es una entidad artificial, invisible, intangible que sólo existe en la mente del legislador. Otros de los antecedentes importantes data del año 1898, el caso "Harris vs. Youngstone Bridge Co.", conocida como doctrina alter ego que se refiere a la intolerante relación o vinculación entre la sociedad dominante y la subsidiaria que conduce a un resultado contrario a la equidad lo que justifica hacer responsable a la primera por los actos de la segunda. En ambas tuerce la decisión los principios jurídicos de equidad y la justicia.¹⁴

Esta teoría fue acogida en nuestra jurisprudencia por el juez Salvador María Lozada en el conocido fallo "Swift" del año 1973, que luego sería

1

¹³ CNCom, Sala A, Diciembre 2 de 2014, "Mingrone Lucas Maximiliano y otro contra Nextel Communications Argentina SA y otros sobre ordinario"

¹⁴ SILVERO FERNANDEZ, Carlos, "<u>Inoponibilidad de la personalidad jurídica</u>", XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

confirmado por la CSJN, cuya doctrina constituyó un punto de inflexión en materia de control societario y agrupamientos. En dicho fallo, la empresa frigorífica Swift solicita concurso preventivo y uno de los acreedores que se presenta a verificar su crédito era la empresa Deltec, quien luego de una investigación se conoce que en realidad era controlante de la concursada y la primera no era más que una subsidiaria de la segunda. De esta manera la multinacional Deltec podría votar en el acuerdo de su propia controlada en perjuicio de los demás acreedores. Por esa razón se demuestra que existe un desvío del interés social en favor de la controlante y se "corre el velo societario" para extender la responsabilidad a Deltec.

La directora del Instituto de Deuda Externa "Miguel A. Espeche Gil" del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Graciela González, explicó que ese fallo "tuvo recepción en el ordenamiento jurídico argentino pues influyó en la reforma a la ley de sociedades incorporando esta teoría en la reforma que introduce la ley 22.903" y también en "el derecho concursal, toda vez que la ley 22.917 incorpora en punto a la extensión de la quiebra los incisos 2 y 3 al artículo 165". Además, expresó que ese criterio impone "justicia, a las situaciones antijurídicas que desvirtúan la finalidad de la ley, sancionando a los controlantes que utilizan las sociedades, desviando el interés social en forma abusiva, a favor del interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte y tuvo origen en la doctrina norteamericana denominada del disregard of legal entity".

La preponderancia de este fallo de Lozada sigue presente aún hoy en el mundo judicial y según González la misma se debe a que "su aplicación y vigencia se justifican porque se pondera la verdad objetiva en el juzgamiento y repara las consecuencias antijurídicas, producto de acciones que utilizando abusivamente la personalidad jurídica, derechamente, burlan la ley". Para la especialista "el fenómeno de los grupos económicos, y las acciones abusivas de control, para desviar indebidamente el interés tienen plena vigencia, por ello tiene vigencia la doctrina".

El profesor posgrado de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de La Plata , Juan Formaro, detalló que la presencia de esta doctrina "no sólo es evidente sino imperiosa, pues no podría la Justicia retrogradar en materia de protección de los derechos de los terceros (y la sociedad toda) para amparar el fraude y la mala fe", y agregó que "la personalidad diferenciada de las sociedades se reconoce para facilitar el cumplimiento de ciertos fines, y cuando la utilización se desvía de aquellos se abusa de la franquicia otorgada, siendo entonces necesario atravesar el velo para llegar a la esencia y a la realidad".

A más de 40 años de dicho fallo, el mismo se mantiene plenamente vigente, y fija un llamado de atención a las empresas ya que, según explica Formaro, deben tener presente "la solución que emana de este precedente y los múltiples fallos que aplicaron y continúan hoy utilizando la doctrina, puesto que hace incluso a la defensa de sus intereses y a la corrección de su giro",

al tiempo que explicó que las sociedades tienen que saber que los jueces argentinos comprenden, en su mayoría, que resulta "contrario a derecho amparar conductas fraudulentas y prácticas que implican conducción temeraria en claro perjuicio de terceros".¹⁵

4.1. Extensión de la Quiebra: su aplicación al fallo "Swift"

¿Qué implica la extensión la quiebra? La misma consiste en extender la quiebra de una persona (quiebra principal) a otra (quiebra accesoria) aunque esta última no se encuentre en estado de cesación de pagos, si se da alguno de los supuestos establecidos por la ley. Por lo tanto, mientras en la quiebra principal el presupuesto esencial para la declaración de quiebra es el estado de cesación de pagos del deudor, en la quiebra accesoria los presupuestos esenciales son: la declaración de una quiebra anterior (quiebra principal) y la existencia de alguna causal de extensión de quiebra. La extensión de la quiebra tiene por objetivo responsabilizar a aquellas personas que tuvieron incidencia en la quiebra principal, logrando así ampliar las expectativas de cobro de los acreedores de la quebrada principal. La extensión de quiebra puede provocarse por:

a) Quiebra refleja (artículo 160 LCQ): la quiebra de una sociedad implica la quiebra de todos los socios que tengan responsabilidad ilimitada. Opera de pleno derecho, es automática.

-

¹⁵ SCOLPATTI, Leonardo, "<u>Doctrina Swift-Deltec: 40 años y plena vigencia</u>"

- b) Quiebra por extensión (artículo 161 LCQ): este tipo de extensión de quiebra tiene carácter sancionatorio y procederá ante alguno de los siguientes supuestos:
- 1. Actuación en interés personal (inc. 1): la quiebra se extenderá a aquella persona que por medio de la fallida actúe en su interés personal disponiendo de los bienes de la misma como si fueran propios y en fraude a los acreedores (administrador que constituye una prenda sobre un bien de la fallida para obtener un crédito para él, por ejemplo).
- 2. <u>Abuso de control</u> (inc. 2): la quiebra, en este caso, se hará extensiva a la persona controlante de la sociedad fallida que desvíe el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés propio o del grupo económico del que forma parte (por ejemplo: venta de bienes de la sociedad controlada a la controlante por un precio irrisorio).

Ahora bien, ¿cuándo estamos en presencia de una "persona controlante"? El mismo artículo 161 inc. 2 explica qué debe entenderse por persona controlante:

1° Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social (ej.: la sociedad A –controlante-posee una determinada cantidad de acciones de la sociedad Z –controlada-,

las cuales le otorgan el 51% de los votos al momento de adoptar decisiones en la asamblea ordinaria), o

- 2° Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.
- 3. <u>Confusión patrimonial inescindible</u> (inc. 3): cuando los patrimonios de distintas personas (físicas o jurídicas) se confunden, siendo imposible su delimitación precisa (es decir, que sean inescindibles), la quiebra de una se extenderá a la otra.

En el fallo "Swift" se puede observar la aplicación del instituto de la extensión de la quiebra y más precisamente lo regulado en el artículo 161 inc. 2, cuando el juez de 1ra instancia rechazó el acuerdo preventivo y declaró en quiebra a la Cía. Swift de La Plata S.A. Pero además extendió la quiebra a las otras sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trataba de personalidades jurídicas diferenciadas, ya que todas respondían a la misma voluntad (la voluntad de Deltec Internacional). Había un hecho que corroboraba lo dicho: más del 80% de las ventas de Swift eran a sociedades del mismo grupo, y a precios extremadamente inferiores a los que se fijaban para venderle a otros clientes. El hecho de que el acuerdo haya sido votado por acreedores pertenecientes al mismo grupo económico (Grupo Deltec) era un acto tendiente a perjudicar a los verdaderos

acreedores de la concursada Swift. Es por ello que el juez corre el velo societario de Swift y responsabiliza no sólo a esta, sino también a las sociedades pertenecientes al mismo grupo. En segunda Instancia (Cámara de Apelaciones) se confirma el rechazo del acuerdo preventivo. Pero declara nula la extensión de la quiebra a las demás sociedades del Grupo Deltec. Finalmente la CSJN, el 4 de septiembre de 1973, confirma la quiebra de Swift, y la extiende tanto a Deltec Internacional (sociedad controlante) como a las demás sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trata de personalidades jurídicas diferenciables.

CONCURSO EN CASO DE AGRUPAMIENTO

Desarrolladas las cuestiones previas necesarias para comprender de qué hablamos cuando hablamos de "agrupamientos económicos", toca focalizarse entonces en los concursos de dichos agrupamientos y su regulación en la ley 24.522.

1. Petición

El artículo 65 de la LCQ prescribe:

"Cuando dos o más personas físicas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, pueden solicitar en conjunto su

concurso preventivo exponiendo los hechos en que fundan la existencia del agrupamiento y su exteriorización.

La solicitud debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones. El juez podrá desestimar la petición si estimara que no ha sido acreditada la existencia del agrupamiento. La resolución es apelable".

Aquí la ley señala ciertos elementos y/o cuestiones que deben procurarse para peticionar el concurso del agrupamiento, a saber:

- a) Dos o más personas físicas o jurídicas (podrán ser solo sociedades, o solo personas físicas, o ambas);
- b) que integren en forma permanente un grupo;
- c) que ese grupo y su carácter de permanente sea exteriorizado;
- d) deben presentarse *todos* los integrantes del grupo;
- e) la presentación debe ser en forma conjunta.

1.1. Sujetos

La ley no discrimina en razón de quienes pueden ser integrantes del grupo (personas humanas, sociedades personales o de capital, regulares o irregulares, etc.). Los autores coinciden en que deben ser uno de los sujetos concursables del artículo 2, ya que como bien señala Junyent Bas, de lo contrario podría eludirse una norma de orden público mediante la constitución de un grupo económico. De esta forma, no pueden solicitar este

procedimiento las aseguradoras, AFJP ni entidades financieras. Tampoco podrán acogerse las UTE (por carecer del carácter de "permanente"), los acuerdos de colaboración empresaria (ACE) ni las sociedades accidentales.

Debe agregarse también que cada uno de los sujetos debe satisfacer los recaudos del artículo 11.

1.2. Permanencia

Un requisito esencial es la integración de carácter permanente, lo cual supone que no debe tratarse de una vinculación accidental o circunstancial para un negocio en particular. La permanencia posee estricta relación con la permanencia del control o en la dirección unificada, razón por la cual el control o la dirección meramente circunstancial de una sociedad no son suficientes para justificar esta continuidad del grupo. Se suele destacar que debe analizarse cada caso en particular puesto que lo permanente en un caso puede no serlo en otro.

Maffia¹⁶ critica duramente la regulación legal de estos concursos y menciona, al analizar la permanencia, que hablar de "integrar en forma permanente un conjunto económico" es un modo poco feliz de consignar un dato muy importante, y se pregunta por qué el legislador no utilizó, por ejemplo, "un año de antigüedad a la fecha de la demanda" o algo semejante,

¹⁶ MAFFIA, Osvaldo J., "Manual de Concursos" Tomo 1, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1997, p.405

y por qué no procuró alguna veracidad del dato (inscripción, balance consolidado, etc.).

1.3. Exteriorización

Otro requisito esencial es la exteriorización del agrupamiento como tal, esto significa que los terceros han podido conocer acabadamente la existencia del grupo, que éste llega a conocimiento del público en general, razón por la que cualquier sujeto ha tenido oportunidad de conocerlo.

Se relaciona con la permanencia ya que la prueba de una exteriorización prolongada del agrupamiento trae implícita la permanencia que la ley requiere.

Si se trata de sociedades, la LGS prevé en su artículo 62 párrafo 3° como información complementaria, la confección por parte de la sociedad controlante de estados contables anuales consolidados y la publicación de participación accionaria en el balance (artículo 63 inc.1), en sus notas explicativas (artículo 65 inc.2 pto. c), en la memoria (artículo 66 inc.6), etc.

Maffia se pregunta cómo se exterioriza el "agrupamiento", y entiende que lo natural sería mediante un contrato (artículo 11 inc.1 de la LCQ que habla de "instrumento constitutivo") y agregando lo requerido por el artículo 11 inc.4 y las exigencias de la LGS en los artículos 62 a 66 (mencionados en el párrafo anterior).

Sin embargo estas no son las únicas alternativas de exteriorización, así es que Heredia¹⁷ expresa distintos casos:

- Existencia de una única sede operativa, común a todos los entes agrupados;
- existencia de concesiones de créditos o garantías entre los entes agrupados;
- existencia de obligaciones negociables emitidas por una sociedad para pagar pasivos asumidos por el grupo;
- publicidad en folletos, premios, regalos, avisos, documentación, cartas, circulares, catálogos, guías, carteles, afiches, letreros, etc., de los que resulte la existencia del grupo;
- copropiedad de inmuebles en donde se desarrollan actividades empresariales;
- comunidad de órganos de administración, ejecución y fiscalización;
- existencia de operaciones con los mismos bancos;
- proyectos empresariales comunes;
- existencia de una misma representación letrada, etc., o unidad de asesoramiento contable.
- mismo domicilio fiscal;
- comunidad de vínculos organizativos;

¹⁷ HEREDIA, Pablo, "<u>Tratado Exegético de Derecho Concursal</u>", Tomo 1, Ed. Ábaco, p.432

- similitud de objetos sociales;
- identidad de fuentes de materia prima, producción, etc.

Lo importante es que no se trate de un *grupo oculto* que solo se exteriorice cuando pretenda el concurso preventivo.

1.4. Exigencia de que todos los integrantes se concursen

La ley prescribe en forma expresa la necesidad de que *todos* los integrantes del grupo deben concursarse. Sabido es que la elección del concurso de agrupamiento es opcional y voluntaria pues puede optarse también por concursar particularmente a la empresa que cumpla con los requisitos para hacerlo. Pero si se opta por el concurso grupal, todas los integrantes del agrupamiento deberán concursarse, y aquí se presenta una de las notas características de este instituto ya que podrían concursarse personas que no se encuentras en estado de cesación de pagos (siempre y cuando la cesación de pagos de uno de los integrantes pueda afectar a los restantes integrantes del grupo –según artículo 66-), es decir que estaríamos frente a una de las excepciones al presupuesto objetivo del concurso planteadas en el artículo 1 de la LCQ.

Menciona Rivera, citando a Bergel y Paolantonio, que el fundamento de esta exigencia radica en que sería anormal que una de las sociedades se encontrara insolvente y en concurso preventivo y el resto del grupo apareciera como solvente (y agrega en una nota al pie, que este es uno de los

argumentos que dio lugar a la no homologación del concordato de Swift – fallo que se comentó previamente- y la consecuente extensión de la quiebra al grupo Deltec).

Es interesante observar las críticas que hace Maffia a esta cuestión, ya que en su opinión, el legislador no previó:

- i. El modo de acreditar, en la solicitud del concurso preventivo, que los solicitantes son "todos" los integrantes del agrupamiento.
- ii. Qué hace el juez si alguno de los pedidos no cumple los requisitos del artículo 11 y por tanto debe rechazar la petición respecto de esa demanda: ¿debe en consecuencia rechazar los restantes?
- iii. ¿Qué hace el magistrado si alguno no cumple con la carga del art.6 párr.2? omisión que trae aparejada la cesación del procedimiento "de pleno derecho" (artículo 6 párr.3), cayendo la totalidad de presentantes.
- iv. Igual mutismo si uno de los agrupados desiste (artículo 31).
- v. Mismo problema si el juez considerara que alguno de los demandantes no es sujeto concursal, o lo alcanzan las vedas de los artículos 31 o 59, ambos *in fine*.

Rivera en su caso plantea solución a algunos de estos interrogantes ya que:

- Si no hay ratificación de la petición de concurso por parte del órgano de gobierno de alguno de los sujetos (artículo 6), el concurso de agrupamiento fracasa.
- ii. Lo mismo sucede si alguno de los integrantes no cumple adecuadamente los requisitos del artículo 11. En estos casos el tribunal podrá abrir los concursos de los otros sujetos pero de acuerdo a las reglas ordinarias.
- iii. En caso de desistimiento, si es por aplicación del artículo 30 (desistimiento sanción) el juez resolverá de acuerdo a las circunstancias del caso; por regla general, le bastara con eximir al síndico de presentar el informe consolidado y hacer saber a los concursados que deberán presentar la propuesta de acuerdo preventivo de manera individual para cada sujeto (no será posible presentar propuesta unificada).

 Los mismos efectos caben para el caso de desistimiento voluntario previo a la publicación de edictos. El desistimiento luego de los edictos y hasta el período de verificación solo podrá autorizarse si comprende a todos los integrantes del grupo.

1.5. Presentación

Ya señalamos que el concursado no es el "agrupamiento" sino cada persona que lo integra.

Como destaca Junyent Bas, la presentación de concurso preventivo debe realizarla cada integrante del grupo económico en los términos del artículo 11, aunque es claro que en esta presentación deben exponerse las cuestiones vinculadas con la existencia, permanencia y exteriorización del grupo.

Agrega la ley que debe ser *conjunta*, es decir que el hecho de que alguno de los integrantes ya se encontrase concursado excluye no solo la voluntad de concursarse conjuntamente sino la posibilidad material de tramitar los procesos acumuladamente, porque uno ya estaría avanzado y su paralización para ajustarlo a "nuevos" concursos atentaría contra sus acreedores. ¹⁸

La jurisprudencia ha adoptado esta postura en incontables casos, como sucede en el fallo "Librandi, Karina Andrea s/ concurso preventivo". Allí se rechazó la solicitud de la Sra. Librandi, pretensa concursada, para que la apertura de su concurso preventivo fuera en los términos del artículo 65 y así tramitara el mismo junto con el de su padre (integrante del agrupamiento) quien se había concursado años antes. La Cámara Nacional de Apelaciones expresó " (...) la exigencia legal de que "todos" los sujetos agrupados deben estar comprendidos en la demanda de concurso implica la determinación de un litisconsorcio necesario, y en caso que la demanda no

¹⁸ RIVERA, Julio C., "<u>Derecho Concursal</u>", Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, p.623

este presentada por todos los integrantes del grupo el concurso por agrupamiento no puede ser admitido, y debe ser rechazado (...)"¹⁹.

Ahora bien, ¿qué sucede si se descubre un integrante del agrupamiento que no fue denunciado? En ese caso, Rivera señala que no hay posibilidad de incorporarlo al trámite. Agrega que tampoco puede retrotraerse el concurso ya que las etapas cumplidas están preclusas y la sentencia de apertura no es revocable por el mismo juez, posición que también comparte Junyent Bas.

Sin embargo en el caso "Supracanal" la Cámara Comercial resolvió admitir la integración al concurso de un agrupamiento de sociedades que originalmente no habían sido presentadas en concurso, y que el grupo había intentado concursar como garante en el plazo que prevé el artículo 68.²⁰

Si este descubrimiento revela un intento de fraude a la ley, el tribunal podría rechazar el acuerdo de conformidad con lo establecido en el artículo 52 inc.4 de la LCQ.

Distinto es si la no inclusión de uno de los integrantes es conocida al momento de la presentación, que como dijimos debe ser conjunta y simultánea, ya que en ese caso debe ser rechazada in limine, y en consecuencia no podrán concursarse como agrupamiento.

²⁰ CNCom., Sala C, "Supracanal SA", conforme lo cita Julio Rivera en la obra ya mencionada "Derecho Concursal" p.627

_

¹⁹ CNCom, Sala B, Diciembre 23 de 2008, "Librandi, Karina Andrea s/ concurso preventivo", en Microjuris, MJ-JU-M-42497-AR.

Lo dicho es sostenido por Rouillon al destacar que "de no cumplirse con el requisito de la presentación de todas las personas que integran el agrupamiento, la solución es clara. En tal caso se debe desestimar la presentación conjunta. Cuando se elige a presentación concursal preventiva grupal, no puede haber exclusiones; dicha presentación conjunta no es imperativa; es una opción que se confiere en las situaciones grupales descriptas; el grupo podría presentar en concurso preventivo a sus integrantes aisladamente; pero si lo hace utilizando la posibilidad de concurso agrupado, ningún miembro del grupo puede ser dejado fuera de la presentación. Si se comprobara la violación de esta directiva legal, el juez debe desestimar la presentación conjunta (o todos en conjunto o todos aisladamente)"²¹.

Señala Rivera que el sistema ha sido concebido en *beneficio* del deudor, por lo que la ley expresamente dispone que, solicitado el beneficio de la solicitud conjunta del concurso preventivo, el mismo debe comprender a todos los integrantes; sin exclusiones de ninguna naturaleza. Es decir que el deudor que invoca la existencia de grupo económico no puede escoger los integrantes de dicho grupo que desea incorporar al proceso²².

,

²¹ ROUILLIÓN, Adolfo A.N., "<u>Régimen de concursos y quiebras – ley 24.522</u>", 6° edición, Astrea, 1996, p.106

²² RIVERA, Julio; VITOLO, Daniel y ROITMAN, Horacio, "<u>Concursos y quiebras – ley 24.522</u>", Ed, Rubinzal Culzoni, p. 116

2. Sentencia de apertura

Una de las características de este proceso es que posee una única sentencia de apertura. Dicha resolución deberá consignar que se trata de un régimen especial (concurso en caso de agrupamiento), el nombre de cada concursado y sus datos, la designación de un único sindico, fijación de fechas en común para permitir la compaginación procesal de todos los expedientes, la orden de publicar edictos.

En otras palabras, deberá contener los datos del artículo 14 adaptados a la situación del grupo.

El juez puede rechazar la petición si se presentan algunas de las causales del artículo 13 como así también las cuestiones vinculadas con la existencia y totalidad de sus integrantes, y la exteriorización y permanencia del grupo.

La resolución que rechaza la demanda de concursos preventivos agrupados es apelable *en relación* y con efecto *suspensivo* (artículo 65 *in fine* y 273 inc.4 LCQ).

3. Cesación de pagos

El artículo 66 establece lo siguiente:

"Para la apertura de concurso resultará suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos,

con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico".

Como ya se mencionó, el artículo en cuestión nos trae una de las excepciones al presupuesto objetivo del concurso planteada en el artículo 1 de la ley.

En este caso la ley no exige ni siquiera que la mayoría de los integrantes del grupo estén en insolvencia sino que es necesario que el estado de cesación de pagos de *uno* de los integrantes sea de una entidad tal que tenga aptitud para afectar a todo el grupo. De esta forma se observa que la valoración realizada es de tipo *cualitativa* (posibilidad de afectación) y no *cuantitativa* (mayoría de miembros en insolvencia).

En virtud de lo dicho, se entiende que los integrantes que se presenten al concurso sin estar en cesación de pagos deberán expresarlo manifestando cómo la insolvencia de otro de los integrantes del grupo puede afectarle.

Cuando el artículo se refiere a "afectar", Junyent Bas entiende que debe tratarse de una situación que importe la posibilidad de instalación de dificultades económicas o financieras, que ponga en riesgo la estabilidad financiera de las restantes, que obligue a los demás integrantes del agrupamiento a tomar medidas no corrientes vinculadas con la cesación de pagos de uno de los miembros del grupo, o cuando exista la posibilidad de que, en caso de quiebra se decreten ineficacias de ciertos actos relacionados

(artículos 118 y 119), extensión de quiebra (artículos 160 y 161), responsabilidad de terceros (artículo 173) o la inoponibilidad de la personería jurídica (artículo 54 LGS).

Agrega también que la afectación debe ser a todos y no solo a algunos, de donde se deduce que si un grupo está estructurado en base a sociedades fuertes patrimonialmente y con bajo nivel de endeudamiento, y sociedades con activos muy comprometidos e inestabilidad patrimonial, no podrán concursarse todos los miembros sino solo aquellos que estén en insolvencia (por el concurso ordinario). Es interesante la alternativa que señala para estos casos por la cual las sociedades *in bonis* y sin riesgo de afectación podrían concursarse como garantes (artículo 68) en la medida en que éstas hayan garantizado obligaciones al miembro insolvente.

Finalmente el mencionado autor entiende que no es menester que la afectación se haya producido al momento de la presentación del grupo, siendo suficiente una posibilidad seria y fundada.²³

4. El artículo 67: un "cajón de sastre"

Cuando Maffia desarrolla en su obra el artículo 67, lo define jocosamente (y a modo de crítica) como un "cajón de sastre" en referencia al amontonamiento que hace de aspectos formales y sustanciales, genéricos y específicos, trascendentales y episódicos, cuya unificación, señala, consiste

²³ JUNYENT BAS, Francisco A., "Ley de Concursos y Quiebras Comentada"

nada más que en la circunstancia de que fueron metidos en un mismo artículo.²⁴

Procederemos a analizarlo separadamente:

4.1. Competencia

"Es competente el juez al que correspondiera entender en el concurso de la persona con activo más importante según los valores que surjan del último halance".

En este caso hay una modificación a la regla del artículo 3 de la LCQ, ya que establece la competencia en razón de la persona con activo más importante según los valores que surjan del último balance (esto es así pues el grupo carece de personalidad y en consecuencia también de atributos – domicilio por ejemplo-).

La cuestión no parecería acarrear dificultades cuando se tratara de sujetos que llevan documentación contable, pero ¿qué sucede en aquellos casos en que algún/os o ninguno de los sujetos confecciona estados contables? Esta problemática se la plantea gran parte de la doctrina. Rivera entiende que deberá primar la regla del patrimonio más importante, lo cual se demostraría a través de otro tipo de documentación acompañada con la demanda de concurso preventivo, y en caso de duda debe entender el juez que previno. Junyent Bas señala

²⁴ MAFFIA, Osvaldo J., "Manual de Concursos" Tomo 1, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1997, p.408

que el juez deberá guiarse para determinar la competencia por aquellos integrantes que lleven documentación contable (siempre teniendo en cuenta el último balance), y en caso de que ninguno lleve libros se deberá aplicar por analogía la regla del artículo 162: persona con activo prima facie más importante (y también considera que en caso de dudas será el juez que previno).

Sin perjuicio del régimen de competencia, los concursos de agrupamientos deben darse a conocer por edictos en todas las jurisdicciones que corresponda.

4.2. Sindicatura

"La Sindicatura es única para todo el agrupamiento, sin perjuicio de que el juez pueda designar una sindicatura plural en los términos del Artículo 253, último párrafo".

El artículo aquí es muy claro, los concursos de agrupamientos poseen un único síndico para todos los procesos (recordando que hay un proceso por cada sociedad), lo cual es coherente con lo estipulado en el artículo 166.

La sindicatura podrá ser clase A o B, aunque generalmente (debido a la complejidad de estos concursos) se designe un síndico clase A. El juez, además, puede designar una sindicatura plural si lo entendiese necesario.

4.3. Trámite

"Existirá un proceso por cada persona física o jurídica concursada.".

Ya mencionamos que existirán tantos expedientes como sociedades se concursen en razón de que se sigue un proceso por cada persona concursada.

Señala Rivera que la demanda concursal debe presentarse para cada una de las personas que conforman el agrupamiento; no debe ser reproducida con el mismo tenor en todos los concursos de los integrantes, sino que debe tener una parte común que es aquella referida al agrupamiento y los requisitos especiales necesarios para aplicar el régimen especial, y otra parte especializada a las cuestiones referentes al integrante.

4.4. Verificación

"Los acreedores de cualquiera de los concursados podrán formular impugnaciones y observaciones a las solicitudes de verificación formuladas por los acreedores en los demás".

La verificación de los créditos se produce como en el concurso ordinario, es decir se abre un período verificatorio para cada sujeto concursado.

La particularidad se da en que la ley otorga a los acreedores de cualquiera de los concursos la oportunidad de formular observaciones en los pedidos de verificación de los otros concursos, aunque no formen parte de estos. De igual manera podrán interponer incidentes de revisión o revocación por dolo contra la sentencia verificatoria de cada concurso. Para Rivera esta legitimación es exclusiva de los acreedores, no extendiéndose a los sujetos

concursados. Junyent Bas, en cambio, entiende que la legitimación también se extiende a los concursados en su propio concurso y respecto de los otros.

4.5. Informe general

"El informe general será único y se complementará con un estado de activos y pasivos consolidado del agrupamiento".

El informe general es único y allí el síndico deberá desarrollar cada uno de los ítems dispuestos por el artículo 39 considerando cada uno de los concursos de los integrantes del grupo separadamente aunque luego ello sea volcado en un único cuerpo escrito.

Deben tenerse en cuenta algunas particularidades que pueden ocurrir:

- Fecha de cesación de pagos: puede suceder que no todos los integrantes estén en insolvencia (como se trató al analizar el artículo
 66) y en esos casos solo se informará en relación a los insolventes.
- Categorización de acreedores: si hay propuestas individuales, el síndico deberá tratarlos como concursos ordinarios; si en cambio se opta por las propuestas unificadas, el síndico deberá dictaminar como si se tratara de un único concurso.

El informe general debe complementarse con un estado consolidado que refleje las relaciones patrimoniales del grupo y de sus integrantes con las personas externas al grupo.

4.6. Propuesta unificada

"Los concursados podrán proponer categorías de acreedores y ofrecer propuestas tratando unificadamente su pasivo.

La aprobación de estas propuestas requiere las mayorías del artículo 45. Sin embargo, también se considerarán aprobadas si las hubieran votado favorablemente no menos del SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75 %) del total del capital con derecho a voto computado sobre todos los concursados, y no menos del CINCUENTA POR CIENTO (50%) del capital dentro de cada una de las categorías.

La falta de obtención de las mayorías importará la declaración en quiebra de todos los concursados. El mismo efecto produce la declaración de quiebra de uno de los concursados durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo".

La propuesta unificada requiere, obviamente, el consentimiento expreso de la totalidad de los integrantes del grupo (ya que se tratará unificadamente el pasivo).

En este caso todos los deudores concursados responderán por todo el pasivo verificado. Esta opción es uno de los rasgos más destacados de este instituto puesto que trata de neutralizar la insolvencia de uno con la solvencia de otros, tratando al pasivo como si fuera uno solo.

El sistema de mayorías para lograr la homologación del acuerdo es *dual*:

- El establecido en el artículo 45, esto es lograr el voto de la mayoría absoluta de los acreedores de cada categoría, que representen las 2/3 partes del capital computable dentro de cada categoría.
- Aprobación de por lo menos el 75% del capital total con derecho a voto de todo el agrupamiento, y no menos del 50% del capital por cada una de las categorías.

Esta segunda alternativa es interesante ya que no se computa mayoría de personas sino solo de capital, lo cual da enorme poder a los acreedores mayoritarios. De esta manera, esta opción resultaría beneficiosa cuando el grueso de la deuda sea con unos pocos acreedores y exista una gran cantidad de acreedores verificados y admisibles. Bastaría agrupar a los acreedores de montos mayores con los pequeños y arreglar sólo los créditos más altos.

En cuanto a la falta de obtención de las mayorías (y también en caso de incumplimiento), se observa que las consecuencias son graves, ya que importa la quiebra de *todos* los miembros del grupo. Maffia advierte el "peligro" de esta vía y cita como ejemplo que veinte sociedades *in bonis* quiebran porque una de ellas no alcanzó el voto favorable de los acreedores, tal vez en una sola de las categorías.

En cuanto a la aplicación del salvataje o *cromdown*, la doctrina suele coincidir en que nada obsta que la misma se aplique siempre que los sujetos sean susceptibles de salvataje conforme lo establecido en el artículo 48

(aclara Rivera que la propuesta sólo puede incluir a los sujetos del artículo 48 y a los demás se le decreta la quiebra).

4.7. Propuestas individuales

"Si las propuestas se refieren a cada concursado individualmente, la aprobación requiere la mayoría del artículo 45 en cada concurso. No se aplica a este caso lo previsto en el último párrafo del apartado precedente".

Este caso no acarrea demasiadas complicaciones puesto que cada integrante presentará su propuesta en forma individual y deberá obtener las mayorías del artículo 45 como si fuera un concurso ordinario. Vale destacar que el fracaso del concurso de alguno de los integrantes no afectará al resto (salvo, eventualmente, un caso de extensión de la quiebra).

En este caso la doctrina entiende que es aplicable el salvataje si se dan los supuestos del artículo 48.

4.8. Créditos entre los concursados

"Los créditos entre integrantes del agrupamiento o sus cesionarios dentro de los dos (2) años anteriores a la presentación no tendrán derecho a voto. El acuerdo puede prever la extinción total o parcial de estos créditos, su subordinación u otra forma de tratamiento particular".

Estamos aquí ante uno de los casos especiales de exclusión de voto (no mencionados en el artículo 45 párrafo 3°), sin embargo este supuesto no siempre estuvo contemplado. Aquí la ley sigue el criterio de la jurisprudencia predominante permitiendo que las personas y sociedades concursadas verifiquen sus créditos en los concursos de los otros sujetos concursados, pero esos créditos (y agrega los que correspondan a los cesionarios dentro de los dos años previos a la presentación) no serán computados a los efectos de las mayorías.

Sería correcto hacer una breve mención del leading case "Del Atlántico". En dicho caso se trataba el concurso de una sociedad anónima vinculada con otras dos, que en definitiva formaban un grupo económico, instituto que no se encontraba reconocido en la ley 19.551, normativa vigente al dictarse este precedente. Se presentaba la situación de que las tres sociedades concursadas eran acreedoras y deudoras entre sí, por lo que era inadmisible que una de ellas vote en las juntas de las otras dos, pues si bien este caso no se encontraba contemplado en el artículo 51 de la normativa vigente (cuya enumeración se consideraba taxativa por la doctrina), no había dudas de que sí se encontraba contemplada en la *ratio* de la norma, al ser evidente que el

voto de aquéllas estaría determinado por la conveniencia de la respectiva concursada²⁵.

Finalmente la ley autoriza que el acuerdo prevea la extinción total o parcial de estos créditos, su subordinación u otra forma de tratamiento particular.

5. CONCURSO DE GARANTES

El artículo 68 de la LCQ dispone:

"Quienes por cualquier acto jurídico garantizasen las obligaciones de un concursado, exista o no agrupamiento pueden solicitar su concurso preventivo para que tramite en conjunto con el de su garantizado. La petición debe ser formulada dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la última publicación de edictos, por ante la sede del mismo juzgado.

Se aplican las demás disposiciones de esta sección".

Junyent Bas -citando a Molina Sandoval- menciona que el concurso del garante hace referencia a un "instituto, en sentido estricto, de derecho concursal -de naturaleza preventiva- por medio del cual aquel sujeto que hubiese garantizado, total o parcialmente, las obligaciones de un

²⁵ CASADÍO MARTINEZ, Claudio A., "<u>Exclusión del voto en los concursos: ¿numerus clauxus o listado meramente enunciativo?</u>", Libro de Protección Jurídica de las Personas, Ed. La Ley.

_

concursado, y sin que sea necesario que se encuentre en estado de insolvencia, puede solicitar la apertura de su propio concurso preventivo, a los fines de que tramite paralelamente con el de su garantizado y lograr un acuerdo con sus acreedores, cuyo esquema procedimental se encuentra ceñido de características particulares".

5.1. <u>Distinción con el concurso de grupos</u>

El concurso de los garantes es una hipótesis distinta del concurso de agrupamientos; lo que no excluye que los garantes se presenten en los términos del artículo 65 de la LCQ si forman del parte del grupo, lo cual sucede con los accionistas controlantes que sean a su vez fiadores o avalistas de obligaciones de las sociedades que controlan.

No supone tampoco que haya un concurso de grupos. Puede concursarse una sociedad o persona física conforme al procedimiento ordinario, y a la vez hacerlo, dentro del plazo legal, quienes sean garantes de sus obligaciones.

En la práctica las cuestiones que lo inspiraron nacieron de la práctica financiera de hacer garantizar por parte de socios y administradores, todo crédito otorgado a sociedad con limitación de responsabilidad.

El instituto se fundamenta en que la insolvencia del garantizado puede influir en el patrimonio del garante; la ley otorga esta herramienta al garante para abrir su concurso al mismo tiempo o después que lo haya hecho su garantizado y tramiten ellos en forma simultánea.

5.2. Sujetos comprendidos

Pueden ser personas físicas o jurídicas quienes hayan asumido las siguientes calidades: fiador, codeudor solidario, avalista, tercero constituyentes de prenda o hipoteca, fiduciante en garantía, etc. Incluye a toda persona que por cualquier acto jurídico garantice una o varias obligaciones en forma personal o real del sujeto en *default* que se haya presentado en concurso preventivo.

5.2.1. Sujetos excluidos

Quedan excluidos como presupuesto subjetivo aquellos casos en los cuales la responsabilidad emane del régimen societario del que forme parte, pues dicha garantía es impuesta por ley y no surge de un acto jurídico como requiere la norma; pero si está legitimado el socio que haya asumido la condición de fiador o codeudor solidario en función del contrato de crédito. Igualmente quedan fuera de la prescripción legal los casos en que la solidaridad emana del régimen de la responsabilidad civil extracontractual pues ella nace de hechos y no de actos jurídicos.

5.3. Competencia

En este caso no rige la regla de competencia del artículo 67, pues es siempre competente el tribunal que entiende en el concurso del deudor principal.

Cabe apuntar que con esta disposición explícita la ley desplaza la regulación general de la competencia concursal, y no son aplicables las disposiciones contenidas en los cinco incisos del artículo 3 que se aplican a los supuestos ordinarios de competencia en materia de concursos. Se trata de una norma especial que deroga, en este punto a la normativa general. Así, tanto en caso de personas físicas como en el de personas de existencia ideal, es competente el juez del lugar donde se está tramitando el concurso del garantizado.

5.4. <u>Plazo</u>

Tampoco es requisito de este concurso que la presentación sea conjunta o simultánea. Por el contrario, los garantes tienen hasta 30 días hábiles posteriores a la última publicación de edictos para solicitar su concurso y someterlo a estas reglas especiales.

Este es un plazo máximo, por lo que nada se opone a que el garante se anticipe al mismo; incluso ello es deseable en función de los términos procesales que deben ser comunes a ambos procesos – el del deudor

principal y el del garante- pues se evita así la dilación que supone el concursamiento del garante cuando está por extinguirse el plazo que le otorga la ley.

Lo que la legislación no admite es la presentación con posterioridad al vencimiento del plazo, tal como se observa en el dictamen del Fiscal ante la CNCom, que ésta comparte y hace suyo, el cual señala que "(...) puesto que, en autos, se ha excedido el lapso previsto por el artículo 68 de la LCQ, resulta inadmisible la pretensión de encuadrar el caso dentro del concurso de conjunto de garantes con el de su garantizado, ya que dicha norma es muy clara en cuanto al límite temporal para formular su petición (...)". 26

5.4.1. Posiciones doctrinales

Guillermo Mosso señala que la fijación del plazo se fundamenta en la necesidad de no retrotraer actos cumplidos en el proceso principal, y se relaciona, a su vez, con la necesidad de alcanzar la unidad de apreciación, objetivo que solo es posible si los sujetos se presentan simultáneamente o con una pequeña diferencia temporal. Así también Lorente coincide con Mosso en cuanto a que la petición del concurso del garante no debe ser rechazada *in limine* solo por no estar abierto el concurso preventivo del garantizado sino solo solicitado, aunque la

-

²⁶CNCom, Sala D, Junio 18 de 1998, "Bergamalli, Ana Beatriz s/ concurso preventivo"

decisión judicial deberá diferirse hasta que ambos concursos estén en condiciones propias y conjuntas de ser abiertos.

En contrario, Heredia, entiende que necesariamente la presentación del garante debe hacerse luego de la última publicación edictal, pues allí fenece la posibilidad de un desistimiento voluntario del concurso del deudor principal.

Para Roullion, si la presentación es conjunta debe contarse con la conformidad del garantizado, pero tal afirmación carece de sustento normativo o no pareciera la *ratio legis* dejar librado el concurso del garante a la voluntad del deudor principal.

5.5. Crédito garantizado

Conforme los criterios sostenidos en la jurisprudencia, el garante no ha de serlo de todo el pasivo del concursado. Basta con que se trate de una obligación de cierta envergadura dentro del pasivo del garantizado o del garante.

La procedencia del concurso del garante con el del garantizado no queda supeditada al monto o naturaleza de las obligaciones afianzadas, ni siquiera que ellas pudieran haber provocado o grabado la insolvencia porque la norma legal no hace referencia a la cantidad ni a la calidad de

las obligaciones garantizadas para habilitar la apertura del concurso del garante agrupado con el del garantizado.

5.6. Particularidades

Cabe señalar, en resumen, algunas particularidades del régimen del concurso del garante:

- No es necesario que el garante (que puede ser una persona física o jurídica, y debe ser sujeto susceptible de concursamiento preventivo en virtud del artículo 2) haya afianzado la totalidad del pasivo del concursado principal.
- No se requiere que el garante se encuentre en estado de cesación de pagos, siendo suficiente que el estado del garantizado pueda afectarlo.
- Ambos concursos tramitan "en conjunto" pero por expedientes separados.
- La competencia del concurso del garante será la del juez que hubiere abierto el concurso del garantizado.
- La regulación procesal del concurso del garante se rige por lo establecido para el concurso en caso de agrupamiento (pero con algunas salvedades).
- Unidad de sindicatura.
- Único informe general.

- No quedan incluidos, como presupuesto objetivo, aquellos casos en los cuales la responsabilidad emane del régimen societario del que forme parte pues dicha garantía es impuesta por la ley y no por un acto jurídico como requiere la norma.
- El plazo para solicitar la petición es de 30 días desde la última publicación de edictos, sin perjuicio de que puedan presentarse conjuntamente o incluso antes del cumplimiento del mismo.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión debemos destacar el tratamiento legal que contiene la ley 24.522 al incorporar una regulación específica sobre los concursos de grupos económicos ¿por qué? Sencillamente porque como se mencionó en este trabajo, el fenómeno de los agrupamientos es un dato de la realidad que se presenta cada vez con más frecuencia en una sociedad donde la búsqueda de la optimización de los recursos económicos deriva en la concentración empresarial. Reconocer la existencia de estos grupos y otorgarles una regulación legal es verdaderamente importante. Sabido es que antes de la sanción de la ley los tribunales debieron resolver cuestiones de sujetos que integraban grupos económicos esbozando soluciones, muchas de las cuales sirvieron como cimientos de la mencionada regulación.

Si bien es cierto que la ley no es perfecta y existen muchos autores que en sus obras hacen un tratamiento muy crítico de la solución legal (como puede observarse en la obra citada de Maffia), tenemos hoy en día un mecanismo que regula el presupuesto objetivo concursal, la competencia judicial, sindicatura, trámite, opciones de propuesta, los créditos entre los concursados, etc. Claro está que con el paso del tiempo y con la producción jurisprudencial irán surgiendo cuestiones que podrán ser mejoradas y otras que tal vez sean más criticables. En todo caso contamos con un marco legal y queda en manos de los distintos operadores jurídicos aplicarla atendiendo a las cuestiones propias de cada caso particular.

BIBLIOGRAFÍA

- CASADÍO MARTINEZ, Claudio A., "Exclusión del voto en los concursos: ¿numerus clauxus o listado meramente enunciativo?",
 Libro de Protección Jurídica de las Personas, Ed. La Ley.
- HEREDIA, Pablo, "Tratado Exegético de Derecho Concursal",
 Tomo 1, Ed. Ábaco.
- JUNYENT BAS, Francisco A., "Ley de Concursos y Quiebras Comentada".
- MAFFIA, Osvaldo J., "Manual de Concursos" Tomo 1, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1997.
- SCOLPATTI, Leonardo, "Doctrina Swift-Deltec: 40 años y plena vigencia".
- RIVERA, Julio C., "Derecho Concursal", Bueno Aires, Ed. La Ley,
 2014.
- ROULLION, Adolfo A. N., "Régimen de Concursos y Quiebras –
 Ley 24.522", Sexta Edición, Astrea, 1996.
- ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de Concursos y Quiebras",
 Buenos Aires, Ed. Astrea, 2012.
- ZANDRINO, Juan J., "Manual de Derecho Comercial", Buenos Aires, Ed. La Ley.
- RIVERA, Julio; VITOLO, Daniel y ROITMAN, Horacio,
 "Concursos y Quiebras Ley 24.522", Ed. Rubinzal Culzoni.

- CNCom, Sala C, Noviembre 5 de 2013, "Clorchemical S.A.s/
 Concurso Preventivo, incidente de impugnación de acuerdo", Ficha
 Nro.: 000064836, BJCCOM 2013/N° de Sumario 1885.
- CNCom, Sala D, Junio 18 de 1998, "Bergamalli, Ana Beatriz s/
 Concurso Preventivo", www.saij.gob.ar, id SAIJ: FA98130153.
- CNCom, Sala A, Diciembre 2 de 2014, "Mingrone, Lucas Maximiliano y otro contra Nextel Communications Argentina S.A. y otros s/ ordinario".
- CNCom, Sala D, Diciembre 23 e 2008, "Librandi, Karina Andrea s/
 Concurso Preventivo", en Microjuris, MJ-JU-M-42497-AR.
- http://www.tesionline.it/news/cronologia.jsp?evid=3813, "La legge
 Prodi sull'amministrazione straordinaria".