

“Grupos de empresas: concursos con consolidación procesal o consolidación sustantiva. Limitaciones a la actuación de los grupos en los procesos de insolvencia.”

por Miguel A. Raspall ¹

Temario: Primera Parte: 1) Introducción. **2)** Problemática concursal de los grupos. **3)** Principales temas que debe resolver el concurso grupal. a) La crisis grupal y los concursos reorganizativos o liquidativos; b) El presupuesto objetivo; c) Tratamiento singular o grupal de la crisis; **4)** Acumulación procesal concursal y consolidación procesal. a) Acumulación procesal concursal; b) Consolidación procesal; c) Organismos internacionales; d) Derecho comparado; e) Argentina. La consolidación procesal en la LCQ (24522).- **Segunda Parte: 5)** Consolidación sustantiva. a) Introducción; b) Responsabilización y consolidación sustancial; c) Organismos Internacionales; d) Derecho comparado; **6)** Consolidación sustantiva en la Argentina. a) Extensión de la quiebra; b) El concurso en caso de agrupamiento. **7)** Control, límites y responsabilización de los grupos insolventes. **8) Reflexiones finales.**

DECONOMI PRIMERA PARTE

1) **Introducción***

Comenzamos haciendo saber al lector, que el objeto de este trabajo es el análisis de los efectos que produce la insolvencia dentro de los *grupos*

¹Advertimos al lector que en este trabajo diremos indistintamente “grupos económicos”, “grupos de empresas”, “agrupamientos” o simplemente “grupos”, para identificar al conglomerado de empresas que interactúan en forma conjunta, económicamente y jurídicamente.

Si bien hemos escrito varios trabajos sobre este tema, al presente lo hemos preparado tomado como base otro de nuestra autoría; Concurso de los grupos de empresas: Consolidación procesal, consolidación sustantiva y responsabilización”. Trabajo en edición por la Cátedra de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho (Universidad de Montevideo) para su Revista, Estudios de Derecho Concursal Uruguayo.

económicos y por lo tanto, lo relacionado con los procesos concursales grupales, sean estos reorganizativos o liquidativos²

El fenómeno grupal es un tema que está presente en el derecho moderno de todos los países, pero ninguno de los revisados tiene una legislación especial o propia que analice el fenómeno en forma integral. Los grupos son tratados en forma fraccionada, tanto en el derecho privado (comercial, societario, laboral, concursal, del consumidor, internacional privado), como en el derecho público (derecho de la competencia, derecho tributario, derecho internacional público).

La complejidad del entramado de los grupos, de sus relaciones interpatrimoniales, su importancia en la vida económica de los países (mega empresas), las consecuencias sociales que su insolvencia acarrea, la proyección transnacional de su patrimonio (empresas multinacionales y concursos transfronterizo), así como las responsabilidades que emergen de la dirección unificada frente a la división del patrimonio entre múltiples personas de derecho (físicas o jurídicas), genera un conflicto de alta sensibilidad y de notoria dificultad técnica para el derecho concursal.³

El análisis de la insolvencia grupal pasa por pensar en la posibilidad de atender la crisis del grupo como un todo, o respecto de uno o varios de sus integrantes afectados, generando las herramientas que permitan sanear a estas empresas de conformación “colectivas” o sea, rehabilitarlas en forma conjunta o liquidarlas con la mayor eficiencia y con el menor costo de transacción posible.

² Debemos tener en cuenta que en la denominación “genérica” de grupo de empresas, se incluye también a las que se unen o agrupan mediante vínculos de organización contractual, sin que existan relaciones de control, dominio, subordinación, o sea, sin que exista una “empresa colectiva”, sino, empresas independientes con coordinación de intereses comunes, donde las mismas se vinculan y unen tras un cometido común con una mayor libertad para sus integrantes, sin sujeción (entre otros, la unión transitoria de empresas, joint venture, agrupaciones de colaboración, consorcios de cooperación, pool de empresas, sindicatos y cartels, entre otros

³ La existencia de los grupos económicos, y su problemática concursal, ha despertado el interés de los Organismos Transnacionales (Naciones Unidas, Comunidad Europea, OEA, Banco Mundial, CEPAL, entre otros), los cuales han generado directrices, recomendaciones, guías de legislación y leyes modelo, a fin de que los países puedan tener una orientación específica sobre el tema, estando subyacente la pretensión de alcanzar algún grado de uniformidad en el tratamiento de estos conflictos, sea tanto en los concursos reorganizativos, liquidativos o transnacionales.-

Cuando hablamos de *grupos económicos o grupos de empresas o agrupamientos de empresas*”, nos estamos refiriendo a la actividad empresarial realizada en forma conjunta por varias personas distintas, sean físicas y/o jurídicas, que sin fusionarse, sin formar una nueva y distinta persona, interactúan en el mundo jurídico-económico persiguiendo objetivos y fines comunes. Una de las características más destacadas del agrupamiento, es que, en esta “empresa colectiva” se mantiene preservada y diferenciada la “personalidad jurídica individual” -por lo menos en lo formal- de cada uno de los sujetos integrantes. La empresa grupal es “unitaria” desde la perspectiva de la toma de decisiones y es plural, desde el punto de vista jurídico –patrimonial, (múltiples sujetos de derecho).

Conforme a CNUDMI, “La reglamentación de los grupos de empresas suele estar basada en uno de dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de los dos): el criterio de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de la empresa única”.⁴

Grupo de sociedades; Dentro de las estructuras grupales objeto de este estudio, queda asumido que el supuesto de mayor uso para conformar un agrupamiento de empresas, es el “*grupo de sociedades*”, que se produce alrededor de una sociedad matriz, central, controlante o dominante, a la cual progresivamente se le van sumando o adhiriendo nuevas sociedades, que pasan a ser controladas por una *sociedad holding o de inversión, o sociedad matriz* (con sociedades filiales-controladas), control que se ejecuta en forma directa o indirecta por intermedio de otras personas físicas o jurídicas controladas y así se conforma un conglomerado de sociedades que tienen una finalidad y objetivo común y que en definitiva integran una mega empresas, que no necesariamente operan en la misma área y con el mismo objeto social, sino que pueden tener actividades absolutamente diferenciadas y/o complementarias, pero que se benefician con la pertenencia al grupo, su potencia, su acceso al crédito, su capacidad de gestión, de generar negocios, de ejercer presión, de lograr

⁴ Guía Legislativa Sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera Parte. P.17, Recomendación 31.

beneficios fiscales, financieros, con la división del riesgo empresario o del mercado, etc. etc.- Se trata de una empresa de base “multicorporativa”.

Se mantiene el principio rector o esencial de los agrupamientos, dado que no se modifica la estructura de la persona jurídica, ni de su patrimonio, siendo que todas son personas independientes y diferenciadas, con su propio capital social, su propio patrimonio y con sus órganos de gobierno, administración y fiscalización.- Se respeta la personalidad jurídica de cada integrante, pero habitualmente, existe *control social*.

El derecho societario argentino, en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades (19.550), ha mostrado su vocación de avanzar sobre la regulación, alcances y efectos de los “grupos de sociedades”, incorporando algunas previsiones a ese respecto, no obstante el Proyecto está paralizado en su tratamiento en el Congreso a esta fecha⁵.-

2) Problemática concursal de los grupos

Presentados sumariamente los entes objeto de nuestro estudio, pasamos rápidamente a explicar las razones por las cuales hablamos de las “*dificultades*” que presentan los grupos para el derecho concursal, algunas de las cuales se proyectan hacia el “interior” del grupo y otros hacia el “exterior” del mismo;

En el orden interno;

- Las sociedades que integran el grupo pueden estar conformadas por socios o accionistas minoritarios “externos al grupo⁶”, los que no tienen capacidad de decisión en las políticas de la empresa (ni menos en la

⁵ El proyecto de Ley ingreso al Senado de la Nación bajo el nro. 1726 de 2017, en fecha 5 de junio de 2019 y no alcanzó a ser sancionada.

⁶ Estos socios en minoría y externos, se los encuentra frecuentemente en las fusiones o absorciones donde la empresa que absorbe o fusionante, pasa a tener la mayoría del capital social y con ello el control y los fusionados o absorbidos, quedan con una minoría del capital social habiendo perdido el control social. De este modo, pasan a ser accionistas o socios extragrupo.

grupal) y eventualmente tampoco participan de los beneficios del grupo, pero que quedan expuestos a las decisiones de la dirección unificada de la controlante.

- El interés del grupo puede ser ajeno, distinto, o indiferente frente al interés de cada una de las empresas que lo integran, o de los accionistas, o de los socios minoritario externos.⁷
- Es común que existan créditos y garantías cruzadas, participaciones societarias recíprocas, desplazamientos o transferencias de bienes o derechos entre las empresas que lo integran. En algunos casos, estos entrecruzamientos pueden generar un compromiso patrimonial importante para las empresas o generar una verdadera confusión de patrimonios operados desde una administración y gestión promiscua y opaca. Este entrecruzamiento de bienes, obligaciones, derechos e intereses puede implicar justamente que la insolvencia de una o algunas arrastre a otras, por responsabilización o por insolvencia.
- La crisis de una o algunas de las empresas de un grupo que no sea solventada por el resto o por la holding y/o la crisis de la holding, pone en duda la solvencia de todo el grupo y en tal orden, tiene alta potencialidad para arrastrar a la misma situación a una o más de las restantes empresas que lo integran, aún cuando no estén en crisis; o sea, se puede producir el efecto “contagio” por la pérdida de confianza colectiva que podría afectar a todo el agrupamiento.

En el orden externo:

- Hemos explicado que desde el punto de vista jurídico, cada integrante del grupo se expresa o exhibe como un sujeto de derecho independiente, con todo lo que ello implica, su patrimonio, sus activos y pasivos, sus contratos y obligaciones, sus órganos de gobierno, dirección, control y demás.

⁷ Argentina. Proyecto reformas LGS, art. 54 bis, Política Grupal: En la ejecución de una política empresarial en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal durante un plazo razonable, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o viabilidad de la sociedad afectada...”

Ahora bien, cuando el grupo se exterioriza, se hace visible, se conoce como tal y se sabe que determinadas empresas integran el mismo, los acreedores individuales de cada una de las empresas pueden formarse el criterio de que en realidad está contratando con todo el grupo (empresa única), y que la solvencia para responder a las obligaciones es la de todo el grupo y no necesariamente de la empresa con la cual se ha vinculado.- Esto implicaría que frente a la insolvencia de una de las empresas del grupo, los acreedores de la misma puedan pretender que se produzca una extensión o comunicación de responsabilidad (responsabilización) a las restantes empresas del grupo, lo que de acuerdo a la intensidad con que se produzca, puede alcanzar el rango de una consolidación patrimonial, llamada también “*consolidación sustantiva*”.

- Las políticas unificadas del grupo puede hacerle perder rentabilidad e incluso ponerla en zona de insolvencia a alguna de las integrantes, afectando de este modo a los acreedores de esa empresa afectada.

La transnacionalidad

- También aparece como una de las posibilidades que estas empresas tengan intereses en otros países, ya sean bienes, contratos, agencias, representaciones comerciales y/o empresas integrantes el grupo radicadas en otros países (patrimonio multinacionalizado), con lo cual se presenta el problema de los concursos transnacionales o transfronterizos y respecto de los cuales nuestro país no cuenta con una norma de derecho privado internacional actualizada (art. 4 LCQ)⁸.- CUNDMI tiene en estudio de un documento con pretensión de unificar el tratamiento transfronterizo de los grupos y la U.E. ha dictado Directivas sobre los concursos transfronterizos que incluyen a los grupos de empresas.

⁸ No se ha avanzado con el “Proyecto de Unificación Internacional de la Legislación de Insolvencia” que fuera presentado en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal (Santa Fe 2018) por los Drs. Uzal y Rouillón.

3) Principales temas que debe resolver el concurso grupal

Habiendo presentado algunos aspectos que son propios de la insolvencia de los grupos, corresponde ahora analizar los temas más importantes que deben ser resueltos por una legislación concursal, veamos;

a) *La crisis grupal y los concursos reorganizativos o liquidativos*

Debemos preguntarnos si el conflicto de la insolvencia grupal debe ser tratado solo dentro de los procesos concursales reorganizativos (sean acuerdos privados, acuerdos prejudiciales, acuerdos abreviados o acuerdos judiciales)⁹; y/o, si también deben existir normas que atiendan los procesos liquidativos de las empresas del grupo, y en este supuesto, si en las liquidaciones de los bienes de cada empresa, el destino de su producido se aplica a; 1) cancelar los pasivos de la misma y los saldos se entregan a los accionistas, 2) o si se forma una masa de remanente con los excedentes de cada liquidación para atender a acreedores insatisfechos en otras liquidaciones o 3) si directamente, se consolidan los activos y pasivos de todas las empresas, produciendo una fusión patrimonial de origen legal¹⁰.

DECONOMI

b) *El presupuesto objetivo*

El presupuesto objetivo de la apertura de los concursos de empresas se ha venido ampliando o flexibilizando desde fines del siglo XX y marcadamente en el siglo XXI, con la finalidad de poder realizar “prevención” de la insolvencia,

⁹ La LCQ 24522 solo lo trata *sistematizadamente* en el concurso preventivo, que es el Concurso en caso de Agrupamiento.

¹⁰ Como explicaremos infra, la fusión patrimonial responde a la teoría que analiza el supuesto grupal desde una realidad económica que indicaría que se trata de una “empresa única”, y por lo tanto con un “patrimonio único” lo que obliga a la formación de una “masa única”, en definitiva, la aplicación de la “consolidación sustantiva”.

a fin de que las dificultades económico-financieras sean tomadas tempranamente, para facilitar la recuperación de las mismas, puesto que la cesación de pagos como un “estado del patrimonio”, baja sensiblemente las posibilidades de su salvataje.

De este modo, del “estado de cesación de pagos” -insolvencia consolidada- hemos pasado a conceptos anticipatorios, tales como el procedimiento de alerta temprano (derecho francés), la preinsolvencia o las dificultades económicas financieras de carácter general (LCQ art. 69. APE en Argentina), insolvencia actual o inminente (España)¹¹, amenaza de insolvencia, cuando es previsible que no podrá cumplir (Alemania)¹² cesación de pagos o incapacidad de pago inminente (Colombia)¹³ y podemos seguir transcribiendo otras muchas leyes que ya lo han incorporado. -

No obstante la presencia de estos “diseños” de presupuesto objetivo flexibilizado, todos concordamos en que para habilitar la apertura de un proceso concursal, el presupuestos objetivo o material debe necesariamente existir, ser actual o inminente, pero que afecte la capacidad de pago del deudor, y esta afirmación es válida sea tanto un recaudo para un pedido de apertura de un proceso voluntario o necesario¹⁴, ello así en razón de que el proceso concursal produce consecuencias trascendentes que implican severas afectaciones en las relación crediticias-obligacionales-patrimoniales.

DECONOMI

¿Ahora bien, cómo juega el presupuesto objetivo en los concursos de grupos de empresas?

¹¹ España. Ley Concursal. Art.2.3.

¹² Alemania. Insolvenzordnung (INSO), Art. 18.I

¹³ Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial. Art. 9.2.

¹⁴ Cuando se trata de un pedido de apertura de concurso necesario (por acreedor u otro legitimado), en las legislaciones que hemos consultado se requiere normalmente que la insolvencia ya exista a ese momento, o sea, normalmente no se admite insolvencia inminente o próxima.

Volvemos sobre los párrafos anteriores, sosteniendo que si bien existe una mayor laxitud, el presupuesto objetivo también debe darse en los “concursos grupales”. Las normas que hemos consultado nos muestran que se mantiene el presupuesto objetivo de la insolvencia actual o inminente, con la diferencia que algunas solo admiten el concursamiento de las empresas del grupo que se encuentren en dicha situación y alguna otra, admite la presentación conjunta de todas, aún cuando no todas estén ya en insolvencia, pero que sea previsible que ingresen en dicha zona.

La situación de las empresas solventes, en los planes de reorganización de empresas insolventes de un grupo, es analizada en la Guía Legislativa CNUDMI Parte Tercera (2010), como estrategia grupal, pero con características de excepcionalidad, aceptándolo que participen en el reflotamiento y reestructuración, *siempre y cuando no lleve a la empresa solvente a transformarse o a arrimarse a la zona de insolvencia por dicho apoyo contractual*¹⁵.

Veamos algunos ejemplos;

i) *Ley Uruguay*

Uruguay adopta como presupuesto objetivo al “estado de insolvencia”¹⁶, siendo tal cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones (Art. 1 LCRE) y maneja dos presunciones de insolvencia; “relativas”, en el art. 4 y “absolutas” art. 5 el que establece en el inc., 1° “cuando el deudor solicite su propio concurso”.

¹⁵ Guía Legislativa de la CNUDMI. Sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. P.90 – Punto 2. Inclusión de una empresa solvente en un plan de reorganización. Párrafo 152. ...y refiere a la posibilidad de que una empresa solvente participe en el salvataje reorganizativo del grupo.

¹⁶ Uruguay LCRE, Art. 1. Parr. Segundo,” Se considera en estado de insolvencia, independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores, el deudor que no puede cumplir con sus obligaciones.

En cuanto al presupuesto objetivo en caso de concursos conjuntos (conexos), el art. 9° LCRE 18.387, requiere también de la presunción de insolvencia, y establece que; “Dos o más deudores podrán presentar conjuntamente solicitudes de declaración judicial de concurso (concurso pedido por el deudor o voluntario)...El acreedor podrá promover la declaración judicial de concurso de varios de sus deudores, personas físicas o jurídicas, cuando se configuren respecto de *todos los deudores* presunciones de insolvencia y concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1. Exista confusión entre los patrimonio de los deudores, 2. Cuando formen parte de un mismo grupo. Este artículo se relaciona y sujeta a las previsiones del art. 1°, que describe que se considera estado de insolvencia. De modo que en los casos de dos o más deudores que se presentan en forma conjunta, la presunción de estado de insolvencia es un recaudo necesario. Conforme al art. 8° cuando se trate de otros legitimados que no sean el propio deudor, estos “deberán aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia”.-

ii) *Argentina. LCQ 24522*

En el procedimiento especial denominado “Concurso en caso de Agrupamiento” (Art. 65/67 LCQ) la ley admite la presentación de empresas que aún no están en insolvencia, exigiendo que las mismas “*puedan verse afectadas*” por la insolvencia de otra/s. Consideramos que esta expresión no es exactamente equiparable a “insolvencia inminente”

Esta laxitud en la descripción de este presupuesto objetivo del concurso grupal merece algunas consideraciones; La intención del legislador, desde lo general, es que, estando una de las empresas del grupo en cesación de pagos, ese estado *puede* trasladarse al resto de las integrantes, o sea, una suerte de efecto contagio.- A la vez, está diciendo claramente que las otras empresas, pueden no estar en cesación de pagos, podrían estar in bonis, situación que puede darse perfectamente cuando las empresas no operan en los

mismos rubros ni actividades y por ende, pueden no estar afectadas por los mismos conflictos que han afectado a las otras.¹⁷

En nuestro criterio, la L.C.Q. (24522) no señala con precisión como debe identificarse y probarse el efecto contagio. El art. 66 dice textualmente... “con la condición de que dicho estado **pueda afectar** a los demás integrantes del grupo económico”... La “afectación” que define el presupuesto objetivo en los concursos grupales de la ley argentina, no está expresada con el rigor técnico que la situación requiere atento las trascendentes consecuencias que produce la apertura de un proceso concursal. Decir que la *pueda afectar a las otras*, es demasiado amplio, genérico o impreciso. En realidad, lo que la ley debe decir y el juez debe exigir, es la acreditación incuestionable del efecto contagio y con ello, que esa *afectación*, va a desembocar en forma “*inminente e inevitable*”, en la cesación de pagos de todas las otras que integran el grupo. A nuestro juicio, el juez debe entender que cuando lee *que pueda afectar*, implica que está en presencia del camino hacia la insolvencia o hacia de las dificultades económico financieras de carácter general irreversible, en definitiva, que la cesación de pagos de una de las empresas del grupo es la “*antesala necesaria e inevitable de la crisis de todo el agrupamiento*”.-

c) *Tratamiento singular o grupal de la crisis*

DECONOMI

Otro gran punto a dilucidar es, si en caso de una crisis de un grupo económico, la ley admite o exige que deban presentarse todas ellas conjuntamente o si pueden hacerlo individualmente, realizando el pedido concursal separado o conjuntamente, pero solo las que se encuentren en crisis.

De modo que, el tratamiento de la crisis de los grupos en el derecho comparado, ha sido resuelto por las leyes respondiendo a estas pautas;

¹⁷ CNUDMI. Guía Legislativa Parte Tercera. Capítulo II, Insolvencia en el seno de un grupo de empresas, A. Introducción. 4. “En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado”.

- Regular en forma individual e independiente el problema de cada una de las empresas que integran el grupo (empresa individual), sin acceso a tratamiento grupal¹⁸
- Admitir que puedan presentarse conjuntamente y tramitar en forma acumulada las empresas que estén afectadas y no las restantes (tratamiento individual, pero conjunto de empresas vinculadas)¹⁹
- Regular la insolvencia grupal tratando al conglomerado unificadamente (empresa única)²⁰

De momento no existe uniformidad en la legislación comparada, mostrándose diversas alternativas, pero destacamos que la opción que es mayoritariamente aceptada, es la segunda; tratamiento de la crisis como empresa individual, con presentación conjunta de las empresas vinculadas del grupo.

Siendo este un tema de la máxima importancia en el tratamiento de los concursos grupales, procedemos a desarrollar los dos últimos supuestos,

¹⁸ En estos modelos, cada sujeto y su patrimonio son tomados individualmente, más allá de que integre un grupo y de que a la vez, sea una parte funcional dentro de una “empresa colectiva”; «un deudor, un patrimonio, un concurso. Tal el modelo de Alemania, Insolvenzordnung (INSO) Este régimen que fue recientemente modificado por la “Ley para facilitar el manejo de Insolvencias Corporativas” (KonzinsolAndq) que entró en vigencia 21.4.2018, receptando las Directivas de la U.E.

¹⁹ Otras en cambio, permiten la presentación de todas o algunas de las empresas que lo integran en forma conjunta y los procesos individuales tramitan acumulados por ante el mismo Tribunal y normalmente con una misma sindicatura o administrador de la insolvencia, regulando aspectos vinculados con la coordinación de procesos y de propuestas (concursos conexos), pero cada sujeto que integra el grupo debe resolver su propio problema concursal, aún cuando puede coordinar propuestas con la o las otras empresas presentadas conjuntamente. Las empresas no pierden los límites de su personalidad jurídica y la norma concursal se limita a permitir la acumulación procesal de modo de permitir el saneamiento de las empresas afectadas, tales LCRE 18.387 de Uruguay (arts. 9, 13 y 19), o Colombia, Ley de Insolvencia Empresarial (art.12), o España, Ley Concursal (arts. 3.5., 6.2 y 4., 25, 92.5, 93.3, 101.2). Este es el modelo más receptado por las normas del derecho comparado.

²⁰ En algunos casos, la ley acepta la “consolidación sustantiva”, tanto en los concursos reorganizativos, como en el proceso liquidativo en situaciones de excepción, las que deben estar descritas taxativamente en la ley, ello en función de que, aplicar la consolidación sustantiva, implica resolver temas muy complejos, lo que ha llevado a una muy baja recepción legislativa. La ley Argentina es una de ellas.

dado que en el primero, es aplicación directa y sin modificaciones de la norma concursal para procesos individuales.-

4. Acumulación procesal concursal. Consolidación procesal

Hemos anticipado que una muy abultada mayoría de las leyes consultadas respetan el principio de individualidad o independencia, que emerge de personalidad jurídica propia y separada de cada uno de las personas físicas y/o jurídicas que integran el grupo, de modo tal, que la ley –aun frente a un grupo económico- mantiene los patrimonio separados, lo que quiere decir que cada empresa para resolver o afrontar el proceso concursal cuenta con su “propios” activos para tender sus “propios” pasivos, más allá de que puedan desarrollar una estrategia común.

a) *Acumulación procesal concursal*

La acumulación procesal en materia concursal se diferencia de la acumulación de procesos en los Códigos de Procedimientos Civiles. La acumulación de procesos para el derecho procesal, tiene como finalidad evitar el dictado de *sentencias contradictorias* cuando dos o más procesos que están radicados y tramitan ante distintos juzgados, tiene un hecho o acto jurídico (causa) que los vincula y que su tramitación por separado puede producir sentencias que resuelvan de distinta manera o produzcan dispares consecuencias para un mismo acto originante.

La “acumulación de procedimientos” grupales de insolvencia, cumple una finalidad distinta y es que, en razón de la pertenencia de dos o más personas a un mismo grupo, existen una diversidad de datos, interconexiones, relaciones de créditos y débitos, transacciones y operaciones financieras en el orden interno y a la vez, acreedores comunes, deudores conectados o deudas que pueden estar repetidas o relacionadas y similares conflictos en el orden externo, razón por la cual se considera como adecuado que los conozca un mismo juez de la insolvencia aumentando la eficiencia y la disminución de costos, siendo

gestionados en forma conjunta y/o unitaria, con una misma administración concursal (sindicatura).-

b) Consolidación procesal.

Consideramos que podemos hablar de “consolidación procesal” cuando se produce una diferencia de “intensidad” en la conexidad de los procesos que tramitan acumulados, lo que ocurre cuando se *propicia* la posibilidad de que el juez del proceso, a pedido de parte legitimada o de oficio, dicte una orden de “coordinación de procesos”, abriéndose entonces la oportunidad para generar una estrategia común para las empresas concursadas o para el grupo a fin de procurar la reorganización y rehabilitación mediante propuestas condicionadas o únicas, que sean aprobadas por sus acreedores dentro de cada proceso. En definitiva, implica tramitar los procesos de varias o todas las empresas que integran el agrupamiento, en forma conjunta, acumulada, interconectada y coordinada, *sin confundir los patrimonios ni unificar activos y pasivos*.-

Hemos anticipado que muchas leyes del derecho comparado han receptado el régimen de acumulación, conexidad y coordinación de procesos (consolidación procesal) que es sugerido tanto por las Directivas de la U.E²¹, como por la Guía Legislativo de CNUNDI.

La coordinación también se da en los procesos de “insolvencia transfronterizas” de empresas integrantes del grupo que están radicadas y con operatoria en distintas jurisdicciones. En estos casos, es prácticamente inviable que los procesos tramiten ante el mismo tribunal y con una misma sindicatura, adoptándose el sistema de un “proceso principal” y “procesos secundarios”, aplicándose criterios de cooperación, comunicación, información, diligencias

²¹ Al estar establecido en las Directivas de la Unión Europea, implica que los países integrantes deben ajustar sus normas procesales a tal previsión, lo que suma una gran cantidad de países.-

cautelares y procesales, acciones reivindicatorias, rescisorias y de responsabilidad, etc., todo en forma “coordinada” para hacerlo más eficiente.²²

Veamos lo relativo a la “consolidación procesal” en los Organismos Internacionales y en algunas normas del derecho comparado, mostrándolo en forma sintética por razones de edición, e invitando al lector a recurrir a las fuentes citadas;

c) *Organismos Internacionales*

i) *NACIONES UNIDAS – CNUDMI²³. Guías Legislativas sobre el régimen de insolvencia Segunda y Tercera Parte.*

Lo relativo a la “consolidación procesal”, es tratado extensamente en la Guía Legislativa “Tercera” Parte, año 2010 de CNUDMI, la que respecto de la estructura de los grupos y el tratamiento de los procesos de insolvencia, nos informa en sus “Recomendaciones”.

Veamos algunas de las Recomendaciones²⁴:

- *Solicitud conjunta; Finalidad de las disposiciones legislativas;*

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto: a) Facilitar el examen coordinado de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada respecto de esas dos o más empresas del grupo; b) Habilitar al tribunal para obtener información acerca del grupo de empresas que facilite la determinación de si procede o no decretar la

²² La U.E., como veremos más adelante, ha dictado una “Reglamentación para el tratamiento de los procesos de insolvencia transfronterizo de los grupos empresariales” y CNUDMI está avanzando en el desarrollo de una Ley Modelo sobre Insolvencia de Grupos.

²³ CNUDMI. Comisión Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.- UNCITRAL conforme a sus siglas en inglés.

²⁴ Recomendaciones 199 a 201 p. 29

apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada una de esas empresas del grupo; c) Promover la eficiencia y reducir los gastos de apertura de esos procedimientos, y d) Ofrecer un mecanismo que facilite al tribunal la determinación de si procede o no coordinar esos procedimientos.

- *Coordinación procesal*²⁵

La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar no sólo la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, sino también la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos.... Saber si existe la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que abarque a varias de ellas, o con arreglo a planes coordinados, esencialmente similares para cada empresa...El mandamiento de coordinación procesal podrá racionalizar de diversos modos las actuaciones: facilitando el intercambio de información para obtener una evaluación más completa de la situación de los diversos deudores; combinando audiencias y reuniones; preparando una sola lista de acreedores y demás interesados que deban ser notificados, a efectos de coordinar el envío de las notificaciones; fijando plazos comunes; concertando la presentación conjunta de los créditos y la realización o venta coordinada de los bienes; coordinando los procedimientos de impugnación de un Grupo...y la posibilidad de proponer planes de reorganización coordinados.”²⁶

- *Adopción de plan único o planes coordinados.*

La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparará y aprobará, en el *marco de cada procedimiento* abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. *La aprobación de cada plan habría de*

²⁵ CNUDMI; Guía Legislativa Tercera Parte (Grupos) p.88, F. *Reorganización de dos o más empresas F. Planes de reorganización coordinados.*

²⁶ Recomendación 237.

efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores, que ejercerían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen.

- **Síntesis:**

Como podemos apreciar, la Guía Legislativa Tercera Parte (Trato otorgable a los grupos en situación de insolvencia), recepta y propicia abiertamente la “consolidación procesal”, o sea, presentación conjunta de dos o más empresas de un grupo por ante un mismo tribunal, siempre y cuando las mismas se encuentren en estado de insolvencia, tramiten cada proceso en forma independiente, se respete la personalidad jurídica diferenciada. En tal orden, postula que las leyes permitan que estos procesos conexos tramiten en forma “coordinada”, que los planes sean aprobados por los acreedores en cada empresa y *desaconseja que se proceda a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto*²⁷.

- ii) **UNION EUROPEA (UE).**

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictaron el Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre Procedimientos de Insolvencia²⁸, el cual respecto de los “*concurso de grupos transfronterizos*”, desarrolla el manejo de más de un proceso, -principal y secundarios- prevé lo siguiente;

²⁷ Esta opción ésta incluida en el art. 67 de la LCQ Argentina, que a sus fines establece dos regímenes de mayorías distintos, una que es la común para los concursos preventivos y otra grupal, con donde tiene fuerte preponderancia el capital con derecho a voto.

²⁸ El día 26 de junio de 2017 comenzó a aplicarse el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido, el que a su vez ha sufrido una modificación por el Reglamento (UE) 2018/946, que extiende la aplicación del Reglamento a los *acuerdos extrajudiciales privados y acuerdos de refinanciación y otros similares* conforme cada país a los cuales se los incluye dentro del concepto de “procedimientos de insolvencia”.-

Consideraciones 51 a 62 de los que resultan, sintéticamente expresado lo siguiente:

a) Garantizar la eficaz administración de los procedimientos de las distintas entidades del grupo;

b) Establecer normas procesales para la *coordinación de los procesos* y de los órganos de administración y órganos jurisdiccionales;

c) La cooperación entre los administradores concursales no puede en ningún caso ir en detrimento de los “*intereses de los acreedores de cada uno de los procedimientos*”, y debe tener por objeto hallar una solución que propicie las sinergias en el seno del grupo.

d) Las normas de procedimientos de insolvencia de grupos no deben limitar la posibilidad de que un órgano *jurisdiccional abra procedimientos de insolvencia para varias sociedades* del mismo grupo;

e) Para los miembros de un grupo de sociedades que no participen en el procedimiento de coordinación del grupo, el presente Reglamento debe prever también un mecanismo alternativo que permita lograr una reestructuración coordinada del grupo;

f) Este nuevo marco de coordinación y cooperación permitirá poder efectuar un plan de reestructuración único, no obstante, esta obligación de cooperación únicamente podrá aplicarse en el momento en que sea compatible con las disposiciones legales establecidas en cada país y por lo tanto, *no exista conflicto de intereses*.²⁹

En definitiva, El Reglamento Europeo tiene una aproximación conceptual con lo que sugiere o aconseja la Guía Legislativa CNUDMI para los procedimientos de insolvencia de los grupos. No trata lo relacionado con la participación que pueda caberle a las empresas de los grupos solventes, ni tampoco lo que refiere a la consolidación patrimonial o sustantiva.-

²⁹ LACASA LOBERA, Francisco. “Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia-reforma 2015. <https://www.agmabogados.com/reglamento-europeo-sobre-procedimientos-insolvencia-reforma-2015/>

d) Derecho Comparado

Veamos el tema desarrollado en algunas normas del derecho comparado:

i) Colombia.³⁰

El régimen colombiano es uno de los modelos más modernos y completos en el tratamiento de los concursos grupales. La ley 1116/2006, trata el fenómeno grupal admitiendo también la presentación conjunta, sea en forma voluntaria o también pueden abrirse los procesos conjuntos o grupales de oficio, (Superintendencia de Sociedades), arts. 12 y 15 respectivamente.- En el art. 12³¹, aclara suficientemente que la acumulación o tramitación conjunta, *no inhibe a los deudores integrantes del grupo a celebrar acuerdos de reorganización independientes y recepta lo relativo a la coordinación de procesos sin menoscabo de la identidad jurídica de cada sujeto.*

El Decreto 1749/2011 (Reglamentario de varias disposiciones de la ley 1116/06), trata especialmente el tema de los grupos económicos y se aplica a todos los procesos concursales reorganización, liquidación y validación de acuerdos extrajudiciales). En su articulado trata lo relativo a la presentación conjunta de dos o más, ante el órgano jurisdiccional, las medidas de coordinación, definiendo a la coordinación como “la administración coordinada de dos o más procesos de insolvencia abiertos respecto de diversos deudores o empresas de un mismo grupo. Cada deudor conservará su personificación jurídica y su autonomía administrativa y patrimonial”

Recepta la consolidación de masas en especiales situaciones, como veremos más adelante.

³⁰ La ley de Insolvencia Empresarial de Colombia nro. 1116/2006 trata el fenómeno grupal y vuelve sobre el tema a también en el Decreto 1749/2011.- En nuestro criterio la Ley de Colombia ha seguido muy de cerca las Recomendaciones de la Guía Legislativa de CNUDMI, mostrándose como una ley muy moderna y completa

³¹ Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial 1116/06. Art. 12. “Matrices, controlantes, vinculados, sucursales de sociedades extranjeras”.

ii) España³²

En lo que refiere al tratamiento de la insolvencia de empresas pertenecientes a grupos económicos el “Texto Refundido”, se asemeja mucho a lo establecido en la legislación anterior, o sea, admite la *consolidación procesal*. El en Capítulo VI “De los concursos conexos” (arts. 38 y s.s.) incluye la posibilidad de tramitar concurso conjuntos, entre otros, a las “sociedades” pertenecientes a un mismo grupo, sea a pedido de los deudores (voluntario) o de los acreedores (necesario), admitiendo también la acumulación de procesos ya declarados, la que se admitirá aún cuando hayan sido abiertos en distintos juzgados.

En los casos de concursos conexos –como excepción- se podrá condicionar la propuesta que presente uno de los concursados, a que en otro u otros adquiera eficacia un convenio con un contenido determinado (Art. 319) siendo esta una disposición que habilita a los deudores a intentar una estrategia de acuerdo del grupo o de las empresas en los concursos conexos.

En síntesis; el régimen español admite que tramiten en forma conjunta y acumulada los procesos de sociedades de un grupo, en forma coordinada, pero sin atentar contra la autonomía y personalidad diferenciada de las mismas, respetando la independencia de sus patrimonios, estableciendo claramente la ley que la coordinación se realiza *sin consolidación de masas*.

Al igual que Colombia, bajo supuestos especiales el juez puede ordenar la consolidación de masas, conforme desarrollaremos más adelante.

iii) Uruguay³³

³² El régimen concursal español fue sufriendo muchas reformas desde el año 2003 hasta el año 2015 que han concluido con la redacción unificadora conocida como Texto Refundido de la Ley Concursal, que ha entrado en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2020 (D. Legislativo 1/2020 de 5.5.2020.)

³³ La ley de Judicial de Concursos y Reorganización Empresarial (LCRE) nro. 18.387 de 2008 1749/2011.-

Uruguay ha seguido muy de cerca los pasos de la Ley de Concursos de España, asumiendo -respecto de los grupos- el diseño de la *consolidación procesal*. Admite las solicitudes conjuntas a pedido de deudor o de acreedores, no contemplando en absoluto, un sistema de extensión del concurso a otros integrantes del grupo económico (Art. 9).- El sistema uruguayo no le reconoce al “grupo” una personalidad jurídica diferenciada o propia y como tal no puede tratarse unitariamente.³⁴

La ley admite la *consolidación procesal*, con las siguientes características:

- Que exista presunción de insolvencia de cada una de las empresas a las que se abra el concurso,
- Pedido conjunto por parte los deudores, o también de acreedores de más de una.
- Tramitación ante una misma sede judicial por expedientes separados³⁵,
- El juez designará en todos los procedimientos al mismo síndico o interventor³⁶;
- La posibilidad de presentar propuestas *condicionadas* a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo; o sea, lo que muestra la necesidad de llevarlos adelante en forma simultánea y coordinada.³⁷

iv) *Brasil.*

³⁴ SORONDO, Ana. “Grupos económicos: Inconsistencia de la ley concursal que repercuten en el régimen general aplicable a estos”. Fundación de Cultura Universitaria, año 2011. Tres pilares del moderno derecho comercial, p. 564.

³⁵ Uruguay LCRE Art. 13.

³⁶ Uruguay LCRE Art. 19.

³⁷ Uruguay LCRE Art. 140 parr. 2do.

En su recientísima reforma a la Ley 11101³⁸ que ha introducido la ley 14.112 (con vigencia a partir de 24.01.21), se incorpora un Sección IV-B arts. 69 G y s.s., bajo el Título de Consolidación procesal y Consolidación sustantiva. Se expide -con definido uso de la terminología técnica - por la consolidación procesal para los concursos bajo control societario, “podrán solicitar la reorganización judicial mediante consolidación procesal...se presentarán en concurso individualmente y el tribunal puede decidir –si la documentación es adecuada- que exista un solo administrador judicial (sindicatura única)...La acumulación procesal, prevista en el art. 69-G de esta Ley, conduce a la coordinación de los actos procesales, garantizando la *independencia de los deudores, sus activos y pasivos*...Los deudores *propondrán medios de recuperación independientes* y específicos para la composición de sus pasivos, admitiendo su presentación en un solo plan...Los acreedores de cada deudor deliberarán en las juntas generales de acreedores independientes...*La consolidación procesal no impide que algunos deudores obtengan el otorgamiento de la recuperación judicial y que a otros se les decrete la quiebra*”.

(las letras itálicas nos pertenecen)

Como diremos más adelante, y siguiendo los pasos de la Guía Legislativa (CNUDMI) acepta la consolidación sustantiva en excepcionalísimos supuestos.

v) *Alemania*

Como hemos anticipado supra, la ley de quiebras de Alemania (INSO) era estricta en cuando a los procedimientos grupales, no admitiendo la tramitación conjunta, sino la de cada una individualmente³⁹. Con la última

³⁸ Ley de recuperación judicial y extrajudicial y quiebra de empresario y de la sociedad empresaria.

³⁹ “La ley de bancarrota alemana (INSO) se rige fundamentalmente por personas jurídicas, no por grupos. Por lo tanto, en caso de una crisis grupal, no se abre un procedimiento de insolvencia conjunto contra los activos de todo el grupo de empresas, sino un procedimiento de insolvencia separado contra los activos de cada empresa individual del grupo.

reforma realizada en 2017 con vigencia a partir de 2018⁴⁰, la legislación alemana ha aceptado -con reservas- la *consolidación procesal*, admitiendo la concentración de procedimientos, con coordinación, con lo cual Alemania se ha arrimado al modelo propuesto por la UE, y receptado por la mayoría de los países.

e) *Argentina. La consolidación procesal en la LCQ (24522)*

Nuestra LCQ (24522) admite dos opciones frente a la situación de crisis de empresas que pertenecen a un grupo, dejando el ejercicio de la elección al mismo agrupamiento;

a) Una o más empresas se pueden presentar en forma independiente, sin conexidad con otras, tramitando el proceso con sus acreedores y su patrimonio, o sea, el concurso de un sujeto individual;

b) El grupo puede recurrir al *instituto especial* del “Concurso en caso de Agrupamiento” (art. 65/67) el cual exige la presentación conjunta y simultánea de *todas* las empresas del grupo sin excepciones, tramitando luego cada proceso en forma independiente o sea, tantos procesos como empresas hubiera, por ante un mismo juez y con una sola sindicatura (que puede ser plural). Una vez abierto el Concurso por Agrupamiento, la ley permite que los deudores o sea el grupo, puedan realizar *propuestas individuales o propuestas unificadas* (art. 67 LQC 24522), lo que implica que luego de haberse presentado todas en forma conjunta, las empresas puedan volver al régimen de tratamiento independiente (propuestas individuales) u optar por el tratamiento como grupo (propuestas unificadas).

Una primera reflexión que resulta de nuestro “particular” régimen legal, es la siguiente: La ley no admite la presentación conjunta de dos o más empresas del grupo insolventes que puedan tramitar en forma acumulada,

⁴⁰ La Ley KonzInsoAndG “Para facilitar el manejo de insolvencias corporativas”, introduce reformas al art. 3° de la INSO, agregándole diversos apartados y luego modifica otros artículos de esta misma normativa para poder correlacionar el tratamiento de la consolidación procesal.

conexa y coordinada sus concursos, porque las opciones son; se pueden presentar dos o más en forma independiente y sin acumulación ni conexidad y por ante el fuero que les corresponda a cada una; o se presentan “todas juntas”. Como vemos, este diseño no admite la posibilidad de consolidación procesal que hemos desarrollado supra y que ha sido receptada muy mayoritariamente en las nuevas leyes concursales, por lo cual, nuestra ley ha quedado desactualizada para el sistema concursal del siglo XXI.

Dentro del concurso por agrupamiento, cuando el agrupamiento decide realizar “propuestas individuales”, cada empresa negocia y formula propuesta de acuerdo a sus acreedores y logra o no las conformidades, sin que la frustración pueda afectar al resto de las empresas del grupo.

Esta modalidad de “*consolidación procesal*”, presenta las siguientes características;

- Obligada presentación conjunta de *todas* las empresas en forma simultánea;
- Acumulación de procesos ante un mismo juez y sindicatura única (que puede ser plural);
- Control verificadorio recíproco o cruzado;
- Informe general único para todos los procesos, el que se completará con un estado de activos y pasivos consolidados del agrupamiento y,
- Los deudores pueden formular propuestas individualmente, y de este modo no vincula al resto, y no se produce automáticamente ni responsabilización, ni consolidación patrimonial, lo que no priva a los acreedores –llegado el caso- de impulsar acciones de responsabilidad.

En el diseño de este instituto concursal especial (concurso del agrupamiento) advertimos estas particularidades: 1) No está previsto que puedan presentarse dos o más empresas en forma conjunta y tramitar sus procesos acumulados, o sea, no existe la posibilidad de una consolidación procesal si no incluye a todas; 2) El camino de la “propuesta individual” conforme sea la estrategia del agrupamiento, nos pone en presencia de una “*acumulación procesal total*”, porque la ley exige como presupuesto de admisibilidad, que *todas*

las empresas del agrupamiento se presenten en concurso en forma conjunta y simultánea, para luego permitir el tratamiento individual de la insolvencia de cada empresa.⁴¹

Podemos decir que este régimen presenta ventajas, desventajas y limitaciones del modelo Argentino de Consolidación Procesal:

- *Ventajas:* Acumulación de procesos ante un único juez, coordinación, unificación de la sindicatura, informe general consolidado con todas las empresas del grupo lo que permite a los acreedores hacerse una idea de la “salud financiera del mismo”, la posibilidad de que una empresa del grupo pueda acceder a un proceso sin estar aún en insolvencia (preinsolvencia o insolvencia inminente).-
- *Desventajas:* Esta opción de concurso grupal muestra una importante contradicción al exigir que se presenten todas las empresas del agrupamiento “sin exclusiones” aún las que no están en cesación de pagos, para luego permitir la formulación de propuestas individuales. Por este camino se podría llegar al absurdo de que empresas *in bonis* concursadas, fueren a los acreedores al tratamiento de una propuesta concursal, con todas las consecuencias previas que ello ha implicado, tales como la suspensión de pagos, de ejecuciones, el fuero de atracción, la suspensión de intereses y todo lo que implica un concurso preventivo, sin estar en cesación de pagos y con la posibilidad de llevar a la quiebra a dicha empresa innecesariamente.
- *Limitaciones:* En el modelo Argentino se concursan cada cual individualmente, o todas juntas. La norma no admite el concursamiento de dos o más empresas en crisis, para tramitar en forma conjunta, acumulada y coordinada sus procesos de insolvencia, que es el modelo que más receptividad tiene en el derecho comparado y es el recomendado por los Organismos Internacionales.

⁴¹ Art. 65. Petición...”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...”-

SEGUNDA PARTE

5. Consolidación sustantiva

a) *Introducción.*

Hemos dicho en la Primera Parte, que las empresas que integran un grupo -habitualmente sociedades con limitación de la responsabilidad- conservan su personalidad jurídica, tienen autonomía jurídica y patrimonial y sus propios activos y pasivos. Sin embargo, los abusos que el grupo puede generar en la gestión y dirección de las empresas y los perjuicios que puedan resultar de esta forma de administrarlas, tanto para los socios extragrupo como para los acreedores, lleva a estos últimos a procurar la responsabilización solidaria de todas las empresas del grupo, o sea, a procurar extender la responsabilidad a todas con unificación de todos los activos y pasivos, situación que se la conoce como “*consolidación patrimonial o consolidación sustantiva*” y que importa realizar -de hecho- una verdadera “fusión patrimonial” de las empresas”, produciéndose una verdadera extinción de la personalidad diferenciada.

En este procedimiento de generar una “masa única” se pueden producir indeseables perjuicios, tal cuando se transfieren recursos de empresas solventes o en mejor estado patrimonial, a empresas más endeudadas, repercutiendo de este modo en las posibilidades de recuperación de créditos de los acreedores de cada empresa, modelo en el cual puede resultar que algunos se beneficien con el patrimonio de la solvente y otros se perjudiquen con la detracción y distribución de los activos de la solvente, lo que da lugar a enfrentamientos y conflictos entre acreedores de distintas empresas, de muy difícil, lenta y costosa resolución, conspirando contra la pretendida eficiencia de los procesos concursales.

Como hemos visto los Organismos Internacionales y las leyes del derecho comparado, -muy mayoritariamente- recomiendan y receptan la

consolidación procesal respetando la personería jurídica de cada sujeto y su independencia patrimonial y salvo situaciones excepcionales, no admiten tratar la situación concursal del grupo recurriendo a la “consolidación patrimonial”. Con relación a las situaciones excepcionales que pudieran permitir la aplicación de la consolidación sustantiva, deberán darse determinados supuestos expresamente identificados en la ley y que el órgano jurisdiccional se disponga a aplicarlos frente a cada caso, analizando las particulares circunstancias que lo circundan. Las posibilidades para que el juez analice la aplicación serían; estado de confusión de los patrimonios, infracapitalización sustancial o conductas dolosas y fraudulentas habidas intragrupos que impidan solucionar la situación sin proceder a la consolidación. Esta posibilidad que es contemplada en algunas leyes, la admiten casi exclusivamente para los “procesos liquidativos”.-

b) *Responsabilización y consolidación sustancial*

Compartimos la opinión de la doctrina que destaca la diferencia que existe entre la “responsabilización” que puede emerger de la aplicación de la teoría del descorrimiento del velo (inoponibilidad de la personalidad jurídica⁴²) y/o de otros actos antijurídicos, con la que resulta de la “consolidación patrimonial”. En la primera, como se trata de acciones de responsabilidad, la obligación de reparar se limita -solidariamente e ilimitadamente- a los perjuicios causados, en cambio, cuando se trata de consolidación patrimonial, la responsabilización es total o sea, “agravada”, puesto que todos los activos y pasivos pasan a conformar una única entidad patrimonial; eso justamente consolidar los patrimonios; la fusión de los activos y pasivos de todos los integrantes alcanzados. Se trata de una comunicación de la responsabilidad absoluta y plena que se extiende a todos los alcanzados.

Veamos seguidamente como se refleja la consolidación sustantiva en las Reglamentaciones de los Organismos Internacionales y también en algunas leyes del derecho comparado;

⁴² Arts. 54 LGS y art. 144 CCCN.

c) *Organismos Internacionales*

i) *NACIONES UNIDAS - CNUDMI*

Las Guías Legislativas Parte Segunda y Parte Tercera, tratan aspectos relacionados con los grupos, la responsabilización por las deudas externas y la consolidación patrimonial sustantiva, veamos;

Guías Legislativa “Parte Segunda”⁴³;

Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) el grado de “vinculación” entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas;

b) la conducta de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente;

c) la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo;

d) el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo...

Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un *grupo ha actuado como entidad económica única* y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se *consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas*, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda

⁴³ De los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia... 2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas. Párrafo 86/91,

contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas *aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente...*

El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los *acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hace.*

*Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.*⁴⁴

En la Guía Legislativa “Parte Tercera”

En esta Guía Legislativa dictada 6 años después, en las *Recomendaciones 219 a 231 volvió sobre este tema*, y a nuestro criterio, restringiendo los alcances de la Guía Parte Segunda, veamos;

“Trato otorgable a los Grupos de empresas en insolvencia”. En estas Recomendaciones se propone que la insolvencia debe respetar la identidad jurídica separada de cada miembro del grupo empresario, aunque cabe la extensión de responsabilidad por las deudas externas, y en algunos casos, por actos de la empresa de un grupo declarada insolvente, a otras empresas solventes del mismo grupo.

Tengamos presente que el concepto de “extensión de responsabilidad” como hemos anticipado, no implica necesariamente la consolidación patrimonial, porque en la teoría en la responsabilidad civil, se responde por los daños causados, sin que ello implique necesariamente que uno o todos los sujetos deban responder con todo su activo por todo el pasivo de otro sujeto y que se forme una única masa de activos y pasivos.

⁴⁴ Esta es la situación en Argentina, con relación a la propuesta unificada que prevé el art. 67 de la LCQ. Si bien existen importantes discrepancias en doctrina en cuanto a sus efectos, lo cierto es que tampoco la posibilidad es utilizada por los deudores grupales, por lo menos en la búsqueda jurisprudencial que hemos realizado, lo que indica, que de haber sido utilizada, sería una situación de excepción.-

Recomendación 220. Cabría especificar en el régimen de la insolvencia que, a instancia de una persona legitimada con arreglo a la recomendación 223 para solicitarla, el tribunal podrá ordenar la consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas de un mismo grupo, únicamente si se dan las circunstancias que a continuación se indican:

a) El tribunal obra en el convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas del grupo afectadas están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados (confusión patrimonial) o;

b) El tribunal obra en el convencimiento de que las empresas de un grupo practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna y de que la consolidación patrimonial es esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Síntesis: Entendemos que en las Consideraciones y en las Recomendaciones, la consolidación patrimonial podría aplicarse si se dan las siguientes circunstancias:

- a) En primer lugar se trataría de una situación de *excepción* porque vulnera el principio de la personalidad jurídica de cada integrante del grupo.
- b) La experiencia ha demostrado que en los países que la han regulado, rara vez los jueces dictan órdenes de consolidación patrimonial.
- c) En su caso, debería existir en la legislación una norma expresa y clara que contenga los supuestos en los cuales un tribunal pueda evaluar la aplicación de la consolidación patrimonial, todo ello, con la finalidad de que los operadores estén absolutamente notificados, y advertidos de los riesgos al momento de contratar.
- d) La consolidación patrimonial no debe darse necesariamente respecto de *todas las empresas del grupo*, sino solamente de aquellas que queden comprendidas en los supuestos que la norma ha establecido. Muestra la clara dirección de no afectar a las no contaminadas por la crisis grupal.

- e) La ley deberá establecer cómo serán protegidos en la consolidación patrimonial determinados créditos, por ejemplo, los con garantías reales o los laborales.-
- f) Los supuestos que contemplan las Guías Legislativas, se limitan a los casos de “confusión patrimonial” y a los de extensión subjetiva de la responsabilidad por obrar fraudulento, negocios ilegítimos, con una gravedad tal, que el juez evalúe que sin la consolidación patrimonial no podría superarse el problema.-

ii) *Comunidad Europea*

Con relación a los Reglamentos de la Unión Europea, los mismos siempre tratan lo relativo a los procedimientos de insolvencia transfronterizas, o sea, patrimonios individuales o de grupos, con bienes o empresas vinculadas radicados en dos o más países de la Comunidad, y establecen lo relacionado con lo que se denomina “procedimiento principal y procedimientos secundarios”

Hasta donde hemos podido revisar, estas Directivas no abordan el tema de la consolidación patrimonial entre las empresas de los grupos, sosteniendo el principio del respeto a la personalidad jurídica diferenciada.

Como hemos anticipado en el título “consolidación procesal” el Reglamento Europeo 848/2015 rechaza la consolidación sustantiva en los procedimientos de concursos de grupos transfronterizos en el Considerando 54/62. Por su parte el art. 72. Inc. 3 establece expresamente que, “El plan previsto en el apartado 1, letra b), no incluirá ninguna recomendación sobre la “consolidación de los procedimientos o de las masas”.

d) *Derecho comparado*

Veamos algunas normas del derecho comparado;

i) *E.E.U.U.*

Conforme a los diversos trabajos que hemos leído, es posible que fuera en EEUU donde se dio origen a la teoría de la consolidación sustantiva con algún fallo jurisprudencial dictado a mediados del siglo XX, razón por la cual nos extendemos en su desarrollo.

Consideramos que las Guías Legislativas de CNUDMI -que reflejan el derecho que se aplica en los países miembros- tratan la posibilidad de aplicar el instituto de la consolidación sustantiva como remedio “reparatorio” excepcional, habiendo tenido en cuenta muy especialmente la posición – por cierto controvertida y oscilante- de la jurisprudencia de EEUU sobre el tema.

Para explicar lo relacionado con la consolidación sustantiva en el derecho concursal de E.E.U.U. (Ley de bancarrotas), seguimos el trabajo de VATTERMOLI⁴⁵ quien realiza un estudio muy significativo y completo sobre la “consolidación sustantiva” en dicho derecho y sobre todo, un análisis de la contradictoria jurisprudencia de dicho país. En este trabajo referencia y analiza diversos fallos donde, con aplicación de la doctrina de equidad, la corte (tribunal) ha ordenado en determinados supuestos aplicar la teoría de la consolidación sustantiva y por otro lado, muestra también diversos fallos donde la corte ha negado la aplicación de la consolidación sustantiva, visión esta última de la cual participa el autor.

En el Resumen del trabajo (abstratc), nos hace saber lo siguiente; “El abuso de la organización en forma de grupo genera no pocos problemas en las hipótesis en las que el grupo entra en crisis. La distinta personalidad jurídica de los entes integrantes del grupo, impide que, una vez abierto el concurso de una de las sociedades del mismo, éste pueda extender sus efectos también respecto del *holding* o de las otras sociedades coligadas. Por esos motivos, todos los ordenamientos de los países desarrollados han experimentado diversas vías para derribar el “velo” de las distintas personalidades jurídicas, compensando o

⁴⁵ VATTERMOLI, Daniele. Trabajo citado supra. Grupos insolventes y «consolidación» de patrimonios (*substantive consolidation*). Revista Electrónica nro. 10 (especial), publicada por el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. P. nro. 141 (acceder a través de la página web del IIDC; <https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org>). El autor indica que los orígenes de la consolidación de los patrimonios se remontan al caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*211, resuelto en el año 1941 bajo la *Bankruptcy Act* de 1898.-

limitando los daños derivados del abuso de esa forma de organización de la actividad de empresa. En los Estados Unidos, en particular, la jurisprudencia ha dado cuerpo a la denominada “*substantive consolidation doctrine*” que, inspirándose en la doctrina del “*piercing the corporate veil*”, permite, en caso de la apertura de un concurso respecto a una o más sociedades del grupo y en presencia de determinadas condiciones, consolidar los patrimonios de las entidades integrantes del grupo, por medio de la “fusión” de las respectivas masas activas y pasivas y la cancelación de las relaciones intragrupo. Sin embargo, el estudio de los casos jurisprudenciales que han iniciado y, luego, desarrollado esa tendencia demuestra como ese instrumento puede generar *problemas mayores de los que pretende resolver, pudiendo traducirse en un mecanismo idóneo para realizar un injustificado desplazamiento de valor desde un grupo de acreedores a otro*”.

En las “Conclusiones” entre otras varias consideraciones, expresa: “Del análisis de las tendencias que se han sucedido en materia de consolidación, se observa como la jurisprudencia (en particular, aquella de las *cortes de apelaciones*) ha restringido progresivamente en el tiempo, las posibilidades para utilizar este instrumento. Siguiendo la última tendencia –y, en opinión de quien escribe, más correcta-, de hecho, no parecería suficiente, a los fines de la consolidación, que la mayoría de los acreedores hayan confiado, al momento de la concesión del crédito en la unidad de la empresas del grupo, cuando los acreedores oponentes logren probar el hecho de haber concedido crédito a una sociedad del grupo contando sólo con la capacidad patrimonial de esta última; por otra parte, igualmente no parecería suficiente la elevada complejidad de las relaciones intragrupo, salvo que el ahorro (de tiempo y de costes) asegurado por la consolidación se traduzca en una ventaja para todos los acreedores, comprendidos obviamente los oponentes; sólo la absoluta *imposibilidad de reconstruir el real patrimonio* de cada una de las entidades comprendidas en la consolidación podría justificar la «fusión» patrimonial... Si es verdad lo afirmado, en el año 1941, por el juez Douglas en el caso Sampsell, en el sentido que «*the theme of the Bankruptcy is equality of distribution*»⁴⁶, entonces la consolidación

⁴⁶ El tema de la quiebra es la igualdad de la distribución

de patrimonios –especialmente cuando estén involucrados sujetos solventes– *no parece el instrumento más adecuado, ni aquel más oportuno para alcanzar el objetivo perseguido*; sin contar, además, con las dificultades que el uso de este instrumento encontraría, si el grupo estuviese constituido por sociedades establecidas en diferentes Estados. Si a esto se une la ausencia de decisiones de la Corte Suprema en la materia y las consiguientes oscilaciones, registradas en la jurisprudencia acerca de los test a utilizar para realizar la «fusión», entonces se comprende bien la afirmación según la cual la *substantive consolidation doctrine* es «*one of the most divisive issues in bankruptcy*»⁴⁷... Para evitar que la disgregación del grupo en la fase de crisis, dependiente del tratamiento «autónomo» de cada una de sociedades insolventes, pueda traducirse en un obstáculo a las operaciones de venta «agregada» de los *assets* o a los programas de reorganización del grupo en su conjunto, en algunos casos más convenientes para la masa de acreedores, parece entonces más convincente proceder con la (menos invasiva) *joint administration (procedural consolidation)*⁴⁸, no por coincidencia contemplada en muchos ordenamientos, incluso el italiano”... El autor concluye este trabajo expresando que considera más apropiada aplicar la consolidación procesal y la recomposición por los abusos, a través de las acciones de responsabilidad.

ii) COLOMBIA

Hemos comentado supra, lo relativo al concurso grupal y la consolidación procesal en el derecho concursal de Colombia. Igualmente hemos expresado que el Decreto 1749/2011, en el Capítulo IV, Arts. 25/30, trata lo relativo a la consolidación patrimonial únicamente aplicable por disposición del juez, en *los procesos liquidativos y no así en los reorganizativos* donde solo procede la consolidación procesal. El Decreto establece taxativamente las causales mediante las cuales el juez puede ordenar una consolidación patrimonial: *Consolidación*; supuestos; 1) activo y pasivo del Grupo en

⁴⁷ La doctrina de consolidación sustantiva es «uno de los temas más divisivos en bancarrota»

⁴⁸ Administración conjunta (o consolidación procesal)

liquidación entremezclados de tal forma que no puede deslindarse las titularidades de los bienes; 2) Que el insolvente hubiera realizado actividad fraudulenta o comercial sin legitimidad patrimonial que impida el objeto del proceso y que la consolidación sea esencial para enderezar las actividades o negocios.-

De modo que solo podrá haber consolidación patrimonial en los procesos “*liquidativos*”, en los casos taxativamente dispuestos por la ley, con deudores vinculados, existiendo confusión patrimonial o insolvencia fraudulenta.

49

Nos queda claro que es el juez el que ordena la consolidación patrimonial, y que ésta no se puede generar en la voluntad de las empresas del agrupamiento⁵⁰.

iii) *España Texto Refundido*

En el artículo 42 establece que “Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, “*sin consolidación de las masas*”. El art. 43 admite la *consolidación de masas* de oficio o a solicitud de parte interesada, si existiera confusión patrimonial que impida deslindar los activos de los pasivos sin incurrir en grandes gastos y demoras. En los procesos conexos y acumulados el juez –si lo considera conveniente- podrá designar una única administración concursal. art. 59 (sindicado).

Como vemos, solo la confusión patrimonial puede permitir al juez analizar si es apropiado generar una consolidación de las masas.

iv) *Uruguay*

⁴⁹ El legislador de Colombia ha seguido las Recomendaciones de CNUDMI y de algunos fallos de E.E.U.U. con respecto a las causales para que pueda proceder la consolidación patrimonial en los procesos liquidativos. receptando las Recomendaciones de CNUDMI y de algunos fallos de E.E.U.U.

⁵⁰ Esta normativa nos diferencia claramente de nuestro “concurso en caso de agrupamiento, con propuesta unificada.

Este país no trata legislativamente la posibilidad de llevar adelante una consolidación sustantiva o patrimonial, si bien –como hemos expresado, admite la consolidación procesal. La posición del legislador uruguayo ha sido respetar la personalidad diferenciada de cada entidad y no fusionar los patrimonios. No obstante, la doctrina autoral que se ocupa de la operatoria dañosa de los grupos, busca caminos alternativos para alcanzar la “responsabilización” de todas o algunas de las empresas del grupo, sobre todo aquellas que lo dirigen o administran (administrador de derecho o de hecho)⁵¹.

Tal como interpretamos la normativa uruguaya, consideramos que no existiendo texto expreso que admita pasar por sobre los atributos de la personalidad, nada hace pensar que “voluntariamente” el grupo pueda unificar pasivos ni activos. Pareciera que, -como principio general- deberíamos considerar que los concursos, si bien vinculados y quizá coordinados, tramitan individualmente y con sus consecuencias propias y no grupales.-

En caso de liquidación, considero que cada patrimonio responderá frente a sus acreedores y si hubiera excedentes, será de los accionistas o titulares de esas empresas, excepto que existan acciones de responsabilidad que vayan tras esos fondos.- No existen previsiones sobre comunicación o solidarización de las empresas, más allá de las acciones de responsabilidad que puedan resultar por desvío del interés de las controladas, infracapitalización, ilicitudes, fraude, obrar de los administradores de derecho o de hecho y demás que los pueda responsabilizar a todos o a algunas de las empresas del grupo.-

v) *Brasil*

⁵¹ Entre otros autores y trabajos citamos: CREIMER, Israel. “Concursos de Grupos”. Derecho Económico Empresarial (homenaje H. Alegría) La Ley. Bs. As. 2011, Tomo III, p.46.- T; RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita. “La extensión de responsabilidad concursal en los grupos de sociedades.” Publicación del Instituto de Derecho Comercial. Facultad de Derecho –UROU- Ley de concursos y reorganización empresarial. Semana académica año 2018, p. 359; SORONDO, Ana. “Grupos económicos: Inconsistencia de la ley concursal que repercuten en el régimen general aplicable a estos”. Fundación de Cultura Universitaria, año 2011. Tres pilares del moderno derecho comercial, p. 564. Publicada por Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UROU. Semana Académica 2015, p. 497; BADO CARDOZO, Virginia – ROMANG COLOMINAS, Catherine. “Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial. Análisis exegético. (Director Carlos E. López Rodríguez). La Ley Uruguay, Tomo I, Montevideo 2012, p. 136

Hemos anticipado supra, que Brasil recepta la posibilidad excepcionalísima de producir la consolidación sustantiva (ley 14.112), frente a la existencia de rigurosos presupuestos de procedencia. El art. 69 J, establece que “El juez *podrá*, excepcionalmente, con independencia de la celebración de junta general, autorizar la consolidación sustancial de activos y pasivos de los deudores pertenecientes a un mismo grupo económico que se encuentren en proceso de recuperación judicial en consolidación procesal, solo cuando encuentren la interconexión y confusión entre activos o pasivos de los deudores, de manera que no sea posible identificar su propiedad sin excesivo gasto de tiempo o recursos, acumulativamente con la ocurrencia de al menos 2 (dos) de las siguientes hipótesis...Admitida la consolidación sustancial, los deudores presentarán un plan unitario, en el que se precisarán los medios de recuperación a emplear y se someterá a la junta general de acreedores a la que se convocará a los acreedores de los deudores. El rechazo del plan unitario de que trata capítulo implicará a conversión de la recuperación judicial en falencia de los deudores en consolidación sustancial”.

6) Consolidación sustantiva en la Argentina

La Ley de Concursos y Quiebras 24522 fue sancionada en el año 1995. Consideramos que en lo relativo al tratamiento de los grupos, fue una norma de avanzada para esa fecha, y a la vez, muy audaz.⁵² En cuanto al instituto de la extensión de la quiebra como forma de extender una responsabilidad “agravada”, ya se conocía en el derecho concursal argentino desde el año 1972⁵³. Ahora bien, este instituto de extensión de la responsabilidad a través de la comunicación de la insolvencia, con la posibilidad de generar una “*masa única*” fue incorporado en el año 1983 por la ley 22.917, y correspondía a

⁵² Recién varios años después CNUDMI dictó la Guías Legislativa sobre insolvencia (2006).

⁵³ La extensión de la quiebra al socio ilimitado se conoce en el derecho de quiebras argentino desde el Código de Comercio de 1862 en adelante y sin interrupción hasta esta fecha. Pero fue en el año 1972, con la sanción de la ley 19551 que se permite extender la quiebra a sujetos que no son socios de la sociedad fallida, la cual en su art. 165 desarrolla la extensión por actuación en interés personal, instituto que en su evolución fue ampliado por la ley 22.917 del año 1983 y ha permanecido con la ley vigente.

la extensión de la quiebra por “confusión patrimonial inescindible”⁵⁴ y por ende, un instituto solo aplicable a un *proceso liquidativo*. Fue la Ley 24522 en el instituto del Concurso en caso del Agrupamiento, la que avanzó en la posibilidad de consolidar pasivos en los *procesos preventivos* (reorganizativos).-

En nuestro derecho concursal (ley 24522), la consolidación patrimonial o sustantiva, es abordada, tanto en el concurso liquidativo (extensión de la quiebra, art. 161 inc. 3 y 167), como en el concurso reorganizativo (concurso en caso de agrupamiento, art. 67), régimen este último sobre el cual existe un gran debate doctrinario relacionado con los alcances y efectos de lo que se conoce como “propuesta unificada”.

Para facilitar la lectura, transcribimos la normativa relacionada con estos temas: Arts. 161 inc. 3, Art. 167, Art. 168, Art. 170 y Art. 67.⁵⁵

a) *Extensión de quiebra:*

La Ley 24522 autoriza la extensión de la quiebra, que implica la comunicación de la falencia de un sujeto fallido a otro que no lo está, o que no necesariamente se encuentre en insolvencia (una excepción a la exigencia del presupuesto objetivo). La extensión de la quiebra es una de las acciones de “recomposición patrimonial” del derecho concursal argentino, que tiene por objeto responsabilizar patrimonialmente a un tercero (comunicación de la responsabilidad), siempre persiguiendo el objetivo de lograr mayores recursos

⁵⁴ Ley 22.917 modifica a la ley 19551 y en el art. 165 inc. 3º regula la extensión de la quiebra por confusión patrimonial inescindible.

⁵⁵ Extensión de quiebra; Art. 161 inc. 3: “La quiebra se extiende...c) A toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.- Art.167. “Masa única. La sentencia que decrete la extensión de quiebra fundada en el art. 161 inc.3 dispondrá la formación de masa única...El crédito a cargo de uno o más fallidos concurra una sola vez por el importe mayor”.- Art. 170. Créditos entre fallidos. ...”Dichos créditos no participan del fondo común previsto en el art. 168. Concurso por Agrupamiento, Art. 67; Art. 67...Propuesta unificada. Los concursados podrán proponer categorías de acreedores y ofrecer propuestas tratando unificadamente el pasivo. La aprobación de estas propuestas requiere las mayorías del art. 45. Sin embargo, también se considerarán aprobadas si las hubieran votados favorablemente no menos del 75% del total del capital con derecho a voto computado sobre todos los concursados, y no menos del 50% del capital dentro de cada una de las categorías. La falta de obtención de las mayorías importará la declaración de 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.

para la quiebra en trámite, de modo de posibilitar una mejora en la cuota de liquidación de los acreedores⁵⁶.-

La comunicación de la responsabilidad patrimonial en el caso de la quiebra por extensión implica la forma más severa de responsabilización a terceros, ya que el sujeto extendido responde con todo su patrimonio **por todo el pasivo del otro**, debiendo atender además su propio pasivo, o sea, sus acreedores propios. De este modo el instituto de la extensión de la quiebra, muestra una diferencia importante con otros institutos reparatorios o de integración patrimonial, tales como las acciones de responsabilidad o acciones de ineficacia, ya que en estos, las consecuencias de los actos realizados con ilicitud civil, se extienden o limitan a los daños y perjuicios causados por el acto reprochable, pero en cambio, en la quiebra por extensión, el patrimonio del fallido extendido responde por todo el pasivo de la quiebra principal.- En estos todos los procesos, principal y extendidos, interviene un único juez (atracción y concentración), actúa una única sindicatura (la que puede ser plural) y el juez dispondrá las medidas de *coordinación procesal*.-

La declaración de la quiebra por extensión, en nuestro criterio, es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el moderno derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado⁵⁷.- La indiferencia de que exista cesación de pagos, los efectos personales y patrimoniales que produce al fallido⁵⁸, la solidarización por todo el pasivo y las consecuencias ruinosas que produce el cese de la actividad o su disrupción para la vida de una empresa⁵⁹, hacen que este instituto sea mal mirado, tenga “mala prensa”, razón por la cual es de aplicación “excepcional”, de modo tal que los

⁵⁶ La ampliación de los bienes repartibles se obtiene mediante la declaración de la quiebra de otro sujeto, al cual, en dicho proceso, se le liquidan sus bienes y su producido en forma directa (quiebras del socio ilimitado, art. 160) o indirecta (quiebras sancionatorias, art. 161) pasa a incrementar el haber distribuible.

⁵⁷ Por ejemplo la ley de Portugal (Código de la Insolvencia) en la Exposición de Motivos explica las razones por las cuales ha dejado sin efecto el régimen de la extensión,...”no parece proporcionado sujetar sin más a la declaración de insolvencia a las entidades allí mencionadas, que bien pueden ser solventes.

⁵⁸ Entre otros, inhabilitación, inhibición, cese de la actividad, desapoderamiento.

⁵⁹ La extensión de la quiebra confronta abiertamente con el principio de conservación de las empresas, principio éste que integra uno de los pilares filosóficos de la LCQ 24522, con total consenso en el derecho concursal occidental.

jueces tratan al mismo aplicando criterios de “*interpretación restrictiva*”, prefiriéndose siempre que la reparación patrimonial se alcance por vías de las acciones de responsabilidad y no de extensión de la quiebra.

i) *Efectos de la extensión de quiebra respecto del patrimonio*

Con respecto al tratamiento de las masas activas (bienes) y pasivas (acreedores) en los procesos de quiebra por extensión, la ley genera dos situaciones distintas, *masa separada* y *masa única*.

Explica Rivera –uno de los redactores de la ley 24522- que como la extensión de la quiebra no es un supuesto de allanamiento de la personalidad jurídica sino de atribución de responsabilidad por todo el pasivo de otro sujeto jurídicamente distinto e independiente, la regla general seguida por la misma, es la de masas separadas, siendo la masa única, la excepción.⁶⁰

1. *Masa separada:*

Al extenderse la quiebra sancionatoria del art. 161 inc. 1 (actuación en interés personal) o del inc. 2 (control abusivo)⁶¹, se forman masa separada con el patrimonio de cada fallido extendido, respetándose el principio de independencia patrimonial. Con el producido de la liquidación se cancela primero el “pasivo propio”, o sea, se paga a los acreedores propios del fallido extendido y si hubiera remanente, este pasa a conformar un fondo común para atender los pasivos insatisfechos de la quiebra principal⁶².

A nuestro criterio, y así lo hemos sostenido en varios trabajos anteriores, el sistema de responsabilización no se razonable, porque se envía a

⁶⁰ RIVERA, Julio. Citado en Régimen Concursal. Ley 24522 Actualizada y Comentada. Abeledo Perrot, Bs. As. 2014, p. 839.

⁶¹ Art. 161 inc. 2. La quiebra se extiende...2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

⁶² En este orden, se advierte, por un lado, el respeto de la personalidad diferenciada y a la vez, por el otro lado, la comunicación de la responsabilidad por todo el pasivo.

la quiebra a una persona que podría no estar en insolvencia, se obliga a traer a tiempo presente todos los pasivos propios, aún los que están con plazos pendientes a los que atiende con la liquidación de los bienes y “si existe remante”, pasa a integrar un fondo común, lo que implica que la posibilidad de que existan excedentes de liquidación es baja y por ende, lo que contribuirá esta quiebra extendida a la quiebra principal, puede ser exiguo. En tal orden, nos queda claro que son preferibles y más eficientes las acciones de responsabilidad del derecho concursal⁶³ o -eventualmente- del derecho común, que la quiebra por extensión con masas separadas y fondo de remanente.

Recordamos al lector que en la quiebra por extensión al socio ilimitado (art. 160 LCQ) se forma masa separada, pero no fondo de remanente, dado que en este caso, donde el extendido responde solidaria e ilimitadamente con todos sus bienes, concurren a conformar la masa pasiva todos los acreedores, o sea, los propios y los de la sociedad.

2. Masa única.

Se forma masa única, (*consolidación patrimonial o sustancial*), solamente en los casos de confusión patrimonial inescindible⁶⁴, situación ante la cual, es prácticamente imposible distinguir y separar los activos y pasivos del quebrado principal y de los sujetos extendidos. De tal modo que la masa activa quedará conformada por todos los bienes de todas las empresas fallidas y la masa pasiva por todas las deudas de las mismas. Se trata de situaciones donde una *administración promiscua, oscura, difusa*, impide poder delimitar los bienes y los pasivos de cada quien. Si bien “formal o externamente” se presentan como sujetos de derecho distintos o independientes⁶⁵, en la realidad patrimonial “oculta” la confusión existente, nos muestra que se trata todo de un mismo patrimonio o que los deudores han tratado todos los patrimonios como si fueran

⁶³ Ley 24522. Responsabilidad de Terceros. Arts. 173/176, además de las acciones que pudiera emerger del derecho común.

⁶⁴ El art. 161 inc. 3) refiere a la imposibilidad de delimitar claramente los activos y pasivos “o de la mayor parte de ellos”.-

⁶⁵ Aplicación de la teoría de la apariencia, llevada adelante mediante la interposición de personas.

uno solo. En este orden y ello es también aceptado por diversas legislaciones y por usos jurisprudenciales, la presencia de confusión patrimonial habilita al juez o a la corte, a declarar -en los procesos liquidativos-, la formación de masa única, respondiendo a la premisa de que frente a la realidad material –subyacente- de que existe un único patrimonio, debe existir una masa única.

ii) La quiebra y los grupos.

El legislador de la ley 24522, seguidamente de regular la quiebra por extensión, se sintió en la necesidad de aclarar (art. 172)⁶⁶ que la declaración de quiebra de una de las integrantes, no se extiende a las restantes integrantes del grupo aun cuando existan relaciones de control, excepto en los casos de “control abusivo” (Art. 161 inc. 2) y solo respecto del controlante.

b) Concurso en caso de Agrupamiento.⁶⁷

La presentación concursal preventiva del agrupamiento en pleno o sea, *todas* las empresas, para tramitar un proceso reabilitatorio de manera conjunta, mediante una propuesta para *todos* los acreedores que ha tomando al grupo como una “única empresa” (propuesta unificada), es la máxima expresión de un concurso reorganizativo de los grupos, que muestra para alguna doctrina, aspectos relacionados con la consolidación patrimonial, y para otros, la extensión de la responsabilidad de todas las empresas por todo el pasivo, como lo diremos seguidamente.

⁶⁶ Argentina. LCQ, art. 172. Grupos Económicos. Supuestos: “Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el art. 161, la quiebra de una de ella no se extiende a las restantes.

⁶⁷ Recomendamos especialmente al lector, que si desea ampliar este interesantísimo tema, que recurra al trabajo “Concurso en caso de Agrupamiento” (arts. 65/68) que hemos escrito en forma conjunta -con algunas posiciones encontradas que enriquecen el debate- con DARIO GRAZIABILE y MARIA LAURA RASPALL, en la obra colectiva Régimen Concursal. Ley 24522 Comentada y Actualizada. Abeledo Perrot, Bs. As. 2014, p. 675/756.-

Hemos visto algunas leyes del derecho comparado que admiten que un pedido de apertura de concurso conjunto y acumulado sea realizada por los deudores, los acreedores, e incluso de oficio por el órgano jurisdiccional.

Nuestro proceso concursal del agrupamiento es solo “voluntario”, ya únicamente los *deudores* son quienes definen la estrategia “*reorganizativa*”, pudiendo hacer uso de la “propuesta unificada”, que les permite consolidar los pasivos de todas las empresas del grupo en *forma inconsulta respecto de los acreedores de cada empresa, e incluso, por sobre los socios o accionistas minoritarios*, situación ésta que no la vemos receptada por el derecho comparado, no obstante que la posibilidad es abordada en las Guías Legislativas, como excepción y previo análisis del caso y sus consecuencias por parte del juez⁶⁸.-

Relacionado con las propuestas que el grupo -presentado obligatoriamente en su conjunto- puede hacer a sus acreedores, se distinguen las propuestas individuales que respetan el principio de separación de patrimonios y las propuestas unificadas, donde la ley posibilita al grupo que formule propuestas unificando el pasivo.

Atento que lo relacionado con la propuesta individual lo hemos desarrollado supra, avanzamos ahora sobre la propuesta unificada, que hace a la responsabilización o la consolidación, veamos:

DECONOMI

i) Propuestas unificadas (Art. 67)

Veamos los recaudos de procedencia para el concurso en caso de agrupamiento; 1) que se presenten todas conjuntamente; 2) que el grupo acredite suficientemente su “existencia”, su “permanencia” y su “exteriorización”⁶⁹; 3) El presupuesto objetivo que admite que conque uno solo se encuentre en

⁶⁸ En la decisión del juez sobre la consolidación hay mucho a análisis de eficacia práctica y conveniencia económica.

⁶⁹ Exteriorización se refiere a que el grupo y sus integrantes, hayan alcanzado trascendencia y difusión externa para la comunidad y más específicamente, por quienes contratan con las empresas que lo integran. Esta acreditación es absolutamente relevante, ello así en razón de las gravosas consecuencias que el

cesación de pagos con la condición que dicho estado pueda afectar a las demás (art. 66).

La ley confiere la posibilidad de que el grupo opte tratar colectivamente la reorganización de la empresa grupal y en tal caso admite, con la intensidad que no hemos visto en otra norma, la posibilidad de que se traten todos los procesos independientes como si fueran un único proceso, dice la ley, tratando *unificadamente el pasivo*, lo que transforma a todas las empresas en obligadas por todo el pasivo grupal.

La posibilidad que otorga la norma es uno de los rasgos diferenciales del instituto, implicando que todos los sujetos responden por todo el pasivo del agrupamiento, tratando de neutralizar la insolvencia de uno con la solvencia de otros. Entendemos que para poder tratar unificadamente el pasivo, deben hacerse las mismas propuestas que comprenda a todos los acreedores de todo el grupo -ello sin perjuicio de la categorización que se haga-, siendo la consecuencia de ello, que todos los concursados respondan por el pasivo global de todos.-

Sobre el punto de la “*solidarización*” de todas o de la “*consolidación patrimonial*” del grupo, se da un importante debate en doctrina. No obstante ello, existen algunas coincidencias de los autores -de ambas posiciones- sobre varios de temas, veamos:

DECONOMI

1. *Las coincidencias doctrinarias:*

- Esta modalidad implica la unificación de todo el grupo en el *campo obligacional* y la solución global o la caída global, donde todas las empresas quedan amañadas a la suerte de la única propuesta que resulta de tratar unificadamente el pasivo, pero no solamente a la aprobación de la propuesta, sino que sus consecuencias se proyectan a la evolución futura de cada una de las mismas a lo largo de todo el tiempo en que se prolongue el cumplimiento del acuerdo.

concurso grupal les puede infligir en caso de que el agrupamiento defina reorganizarse a través de la propuesta unificada.

- Cuando el grupo ejercita la opción de realizar propuesta unificada, la ley no admite la posibilidad de que una o alguna de las empresas del grupo pueda salir y las otras precipitarse hacia el proceso liquidativo.- Todas van al proceso liquidativo porque todos los sujetos se obligan por todo el pasivo y queda implícito que si una no cumple y las demás no la socorren cancelando la deuda asumida, todas quiebran, dándose entonces la presunción de que todas están impotentes para atender los pasivos del grupo; es la insolvencia grupal.
- Que a partir de la homologación del acuerdo, cada sujeto continúa con su giro independiente, lo que implica que cada sujeto va generando nuevas deudas posconcursoales, que le son propias, y por las cuales el grupo no se ve obligado. Consideramos que la coobligación es por las deudas concursoales.
- También, que a partir de la homologación del acuerdo, cada sujeto debe atender el cumplimiento de su propio pasivo verificado en su concurso (propuesta de acuerdo) y a la vez, queda obligado por el pasivo concursal del resto de los sujetos.-
- Que el pasivo que asumen por los demás sujetos, se trata de un pasivo “eventual”, que se hace exigible ante el incumplimiento del que lo debe afrontar, porque el mismo debe ser atendido por los demás sujetos solo en esta circunstancias, bajo sanción de que si así no lo hicieran se considerarían a todos incurso en incumplimiento, y se les declara la quiebra a todos.-

2. *Divergencias sobre lo relativo a la “consolidación patrimonial (fusión de activos y pasivos)*

Respecto de este tema, la doctrina se divide en dos grupos (con sus matices dentro de cada grupo). Están los autores que afirman que existe consolidación del pasivo y también del activo de todos los integrantes (consolidación patrimonial o sustancial) y los que consideramos que no existe consolidación patrimonial, sino *solidarización* por el pasivo.

3. Sin consolidación:

Nos ubicamos entre los autores⁷⁰ que mostramos una resistencia a los efectos que produciría la consolidación patrimonial en caso de realizar una “propuesta unificada”. Sostenemos que esta opción no produce la consolidación del pasivo y del activo de cada sujeto, que ello no resulta establecida en el texto legal y es más, que una consecuencia de tamaña trascendencia no podría dejar de estar *expresamente* dispuesta en la norma, para que todos los operadores la tengan a la vista en sus relaciones con las empresas del grupo. Esta es una línea interpretativa que respeta la independencia patrimonial de cada sujeto, su personalidad, la conservación de la empresa y posibilita el desarrollo de las actividades de cada empresa luego de homologado el acuerdo y a la vez, asume la responsabilización colectiva que la ley ha establecido.

Por otra parte, tampoco es aceptado en el derecho comparado, que sean los propios deudores (concurso voluntario) que puedan optar por consolidar activos y pasivos inconsultamente respecto de sus acreedores, ni del tribunal, anulando por la sola voluntad de los agrupados, la existencia de las personalidades jurídicas independientes.

Insistimos muy especialmente en que la ley habla de *unificación de pasivos*, no de unificación de pasivos y activos y tampoco expresa que en caso de quiebra deba formarse masa única (situación absolutamente excepcional).

Dentro de esta posición, nos importa analizar la oportunidad en que se declararían quiebras de todas las empresas y cuáles serían sus consecuencias:

- *Declaración de quiebra por no alcanzar el acuerdo.*

Sostenemos que si frente a la propuesta unificada, los deudores no alcanzan las conformidades necesarias, la ley manda que se declare la quiebra de todas las empresas.- Ahora bien, si la quiebra se ha producido como

⁷⁰ (MAFFIA, TRUFFAT, FARINA-FARINA, MANOVIL, entre otros)

consecuencia de no haber logrado alcanzar un acuerdo con los acreedores (frustración o impugnaciones), técnicamente no hubo acuerdo y tampoco homologación, por lo cual, la propuesta unificada y sus consecuencias no han llegado a producirse y como tal, si bien debe declararse la quiebra de cada empresa por haber ejercido esta opción y porque la ley le impone esta sanción, consideramos que ésta tramitará bajo el régimen de *masa separada*. Ampliamos estos conceptos, reflexionamos, que si aplicáramos a “ultranza” el principio de que al no haberse alcanzado el acuerdo en realidad *no hubo acuerdo y tampoco aprobación de la propuesta*, podríamos ponernos directamente frente a la individualidad e independencia absoluta de cada proceso, tal cual existieron hasta dicho momento y en tal orden, sería masas separadas pero sin conformación de fondo de remanente. No obstante, nos inclinamos por sugerir que debe formarse el fondo de remanente tomando en consideración dos aspectos: 1) La decisión expresa por el grupo de unificar la propuesta y tratar unificadamente el pasivo, asumiendo las consecuencias legales de sus propios actos, y; 2) Al optar por unificar la propuesta, también accedieron a la posibilidad de beneficiarse “eventualmente” con al régimen de las mayorías especiales que implica la doble mayoría de capitales y su posibilidad de compensación.-

Declarada la quiebra de todas, cada empresa tendrá su proceso de quiebra, con su propio pasivo y su propio activo, y cancelado el pasivo propio, se conformará el fondo de remanente con los excedentes que existieran en algunas quiebras en beneficio de las que han tenido faltantes.

- *Con acuerdo homologado:*

Desde la presentación grupal en adelante y aún luego de la homologación del acuerdo con propuesta unificada, cada sujeto o cada empresa, continúa su actividad en forma independiente de las otras empresas, generando un nuevo pasivo posconcurzal. Luego de la homologación, cada persona debe pagar su propio pasivo y queda además obligado indirectamente a enfrentar un pasivo “eventual” del resto del grupo, para evitar la quiebra de todos.

Nuestra ley no habla de consolidación de activos y pasivos en ningún momento, es más, frente al *incumplimiento* del acuerdo, solo se limita a decir que se declara la quiebra de todo el grupo, sin indicar de modo alguno que tipo de conformación de “masas” se va a producir. La falta de una norma expresa que disponga que la declaración de quiebra de todas, produzca la consolidación patrimonial, nos permite afirmar que debe aplicarse un régimen que respete en la mayor medida posible el principio de la personalidad jurídica diferenciada, que a su vez, tenga las consecuencias menos gravosas para los acreedores, terceros y socios extragrupos, y en tal orden, el juez deberá aplicar un criterio de interpretación restrictiva.-

De aceptarse la consolidación automática por haberse realizado una propuesta unificada, además de las consecuencias sobre los acreedores anteriores y sobre los socios o accionistas minoritarios extra-grupo⁷¹, ello implicaría una gran dificultad operativa para cada una de las empresas, porque el acceso al crédito posconcurusal se vería muy dificultado, dado que el activo de la persona se transformaría en un activo común de todo el grupo para responder igualmente a todo el pasivo del grupo y bajaría la protección que representa el patrimonio de la empresa con la cual contratan los acreedores posconcursoales. De tomar esta posición, deberíamos decir que es preferible que el grupo se fusione directamente y se simplifica el análisis posterior de las relaciones internas del grupo y de este ante sus acreedores, siendo esta una de las posibilidades que los deudores pueden formular como propuesta para el arreglo grupal.

Luego del análisis que hemos desarrollado, sostenemos que en caso de declararse la quiebra de todas las empresas del grupo por incumplimiento del acuerdo, se debe aplicar el principio de *masa separada*, dado que estamos en presencia de un caso de extensión de quiebra por responsabilización, de modo tal que se liquidan los bienes de cada empresa, se pagan con su producido a sus propios acreedores (concursoales y posconcursoales) y si existe excedente, van a conformar un fondo común que el producido de la liquidación de las otras empresas, para satisfacer a los acreedores de cualquier empresa que no ha

⁷¹ MANOVIL, Rafael., ob. cit., p. 162.

alcanzado a cobrar en su proceso liquidativo, hasta el límite de los pasivos totales existentes y si aún queda remanente, este pertenecerá a la empresa donde se produjo el excedente de liquidación.

4. Con consolidación:

Otra parte muy relevante de la doctrina concursal argentina⁷² sostiene que la “propuesta unificada” produciría una suerte de consolidación de pasivos y activos (consolidación patrimonial), y como resultado de ello, en caso de frustración o incumplimiento, si se declara la quiebra se produce la formación de *masa única*, o sea, lo ponen frente al supuesto de extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible. La propuesta unificada habría consolidado todos los patrimonios.

5. *Algunas reflexiones sobre el régimen de la propuesta unificada*

Como vemos, el planteo argentino tiene sus aristas, sus pros y sus contras y además, diversas interpretaciones sobre sus efectos, alcances y consecuencias. Realmente, el legislador argentino mostró tempranamente su preocupación por el fenómeno de la insolvencia grupal y generó una herramienta para el tratamiento de la crisis del agrupamiento. Es sin duda la ley concursal - de las que hemos tenido oportunidad de conocer- que mas audazmente ha abordado el verdadero concurso del agrupamiento, o sea, ha regulado el proceso reorganizativo grupal dando la posibilidad al agrupamiento de tratar el conflicto de la insolvencia de forma conjunta.

No obstante ello, a nuestro juicio, la ley no ha definido con claridad los efectos y consecuencias que se producen cuando el agrupamiento opta por la propuesta unificada, lo que da lugar a las interpretaciones divergentes que hemos desarrollado, en un tema de tamaña trascendencia, lo que produce incertidumbre e inseguridad jurídica.

⁷² RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, HEREDIA, GRAZIABILE, entre muchos otros.

De un repaso por los repertorios de jurisprudencia, corroboramos que los fallos volcados a los mismos sobre este procedimiento, abordan solo aspectos relacionados con la configuración de los presupuestos de proponibilidad, o sobre la competencia, pero no se detectan -habrá alguna excepción seguramente- fallos sobre lo relativo a la propuesta unificada, sus efectos o consecuencias, lo que sin duda muestra que la opción no es utilizada por los grupos. Concluimos entonces, que en el concurso reorganizativo grupal, la opción de la propuesta unificada es muy poco usada.

Como hemos visto, las leyes de concursos de los demás países, aceptan la acumulación de los procesos ante un mismo juez, la coordinación de los mismos y la “comunicación o condicionamiento” de las propuestas, pero no receptan la “consolidación patrimonial”, o solo en supuestos muy excepcionales establecidos expresamente en la ley, en los cuales el tratamiento consolidado es resuelto por el juez frente a las severas patologías grupales y no como una “opción” que maneja a voluntad el grupo; por último, la consolidación se recepta en los casos de *procesos liquidativos y no en los reorganizativos*.

7) Control, límites y responsabilización de los grupos insolventes

A lo largo del trabajo hemos puesto de manifiesto que la organización grupal, con la división del riesgo entre una multiplicidad de sujetos que operan con limitación de la responsabilidad, permite, o facilita la realización de *actos abusivos*, que perjudican tanto a los acreedores, como a los propios socios minoritarios extragrupos, abusos estos que deben ser corregidos utilizándose para ellos diversas herramientas jurídicas. En tal orden, dejaremos presentados sumariamente algunos de los remedios o institutos que se aplican en el derecho comprado y en nuestro derecho, para desalentar, limitar o impedir conductas abusivas en los procesos de insolvencia de los grupos, sin pretender que los que mostremos seguidamente sean los únicos:

a) *La actuación de los grupos en los procesos concursales*

- *Exclusión de voto*; de modo tal, que los integrantes del agrupamiento, que a la vez pueden tener acreencias intragrupo, no pueden votar las propuestas de acuerdo o convenio que propone un deudor del grupo.⁷³
- *Subordinación de créditos*; Los créditos intragrupos, no obstante que hayan sido reconocidos o verificados, quedan postergados frente al resto de los acreedores, o sea, son *créditos subordinados*.⁷⁴ En muchos ordenamientos la excepción a este principio se refiere a los créditos que cualquiera de las empresas del grupo hubiera suministrado a una insolvente luego de la apertura del proceso concursal y a fin de sostenerla en la actividad y favorecer su reorganización (financiamiento posconcursal), situación que está siendo revisada en el derecho Europeo en razón de la pandemia y la necesidad de financiamiento interno⁷⁵.
- *La recalificación de créditos*; Se trata de créditos que aún teniendo algún privilegio e incluso una garantía real, pueden llegar a quedar postergados por previsión de la ley o del tribunal (según los países). Este procedimiento de lo denomina “recalificación” de créditos.⁷⁶
- *Recalificación como capital de riesgo*; En este caso, no se produce la pérdida del crédito sino que el mismo es recalificado mediante la transformación del mismo en capital social, o sea, se transforma en un aporte social, con lo cual tiene la subordinación legal propia de todo socio accionista con relación a sus aportes.⁷⁷

⁷³ Ej. LCRE Uruguay art. 126 inc. 1 y 112. Exclusión de voto en nuestro régimen concursal art. 45 y desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

⁷⁴ Ej. LCRE Uruguay art. 111 y 112. Colombia. Ley de Insolvencia Empresarial, art. 69.-

⁷⁵ Leyes de emergencia de Italia (D. Ley n° 23/2020 art. 8°.)

⁷⁶ Ej. Art. 510 (c) del Código de Quiebras de EEUU (US Code)

⁷⁷ La posibilidad nace de considerar que la empresa del grupo que le ha prestado a la insolvente, en realidad debió capitalizarla y no endeudarla con un crédito, por lo cual este crédito es reconocido, pero como capital social.

- *La pérdida de los derechos de crédito*; que pudiera tener los administradores, aún de hecho y la obligación de reintegrar los bienes y reparar los daños y perjuicios.⁷⁸
- *Acciones de ineficacia, inoponibilidad, reintegro o rescisorias*, que se aplican en todos los ordenamiento concursales para los actos dados con empresas del agrupamiento y/o con terceros.

b) *Comunicación o extensión de la responsabilidad (responsabilización)*

- *Propias del derecho concursal*
 - Acción de extensión de quiebra, que incluye a la actuación de los grupos (Art. 161 en sus tres incisos, LCQ)
 - Acciones de responsabilidad a terceros por su obrar doloso o culposo, que incluye a los actos dados intragrupos.
 - La responsabilización de los “administradores”; La posibilidad de responsabilizar solidariamente a los administradores, liquidadores, gerentes y otras personas vinculadas a la administración y gestión de las sociedades, que resultan del derecho societario y también del derecho concursal⁷⁹.-
 - *Responsabilización de los administradores de hecho*”; Se trata de una persona, física o jurídica, que aún sin ser el administrador “formal” de la misma, es realidad quien toma las decisiones y administra en los “hechos” al sujeto insolvente. Esta situación es muy propia de los conglomerados empresarios, donde la Holding o la sociedad Matriz, dirige los destinos de las empresas que integran el grupo.⁸⁰

⁷⁸ Ej. LCRE Uruguay art. 201 inc. 4.; LCQ de Argentina Art. 173.-

⁷⁹ EN orden a los Organismos Internacionales, CNUDMI, Guía Legislativa Parte Cuarta aborda el tema de la responsabilidad de los administradores.

⁸⁰ Ej. LCRE Uruguay, art. 201 inc.4.- Argentina. Art. 52 Ley 27349 (S.A.S. – Apoyo al capital emprendedor) y art. 2° de la Ley 27401 de Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- *Acciones del derecho común;*
 - Acción de fraude o pauliana, de simulación y de descorrimento del velo o inoponibilidad de la personería jurídica.
 - *La apariencia de solvencia.* También puede comunicarse responsabilidad a los sujetos que sin comprometerse u obligarse a título personal, ha facilitado o mantenido una exteriorización de solvencia de un sujeto que en realidad no la tenía.⁸¹

8) REFLEXIONES FINALES

De lo antes expresado, nos permitimos reflejar las siguientes conclusiones:

- ✓ En lo que va del siglo XXI, se evidencia el interés por regular la reorganización grupal, receptando la posibilidad de tratar a las empresas insolventes -dos o más- a través de procesos concursales conjuntos, conexos y coordinados, pero sin fusionar patrimonios.
- ✓ Que el procedimiento que es aplicado por la gran mayoría de los países y alentado por los Organismos Internacionales, parte de respetar la personería jurídica diferenciada de cada empresa, lo que nos conduce a aplicar el sistema de “*consolidación procesal*”.
- ✓ Que la insolvencia de los grupos se proyecta sobre el derecho internacional privado, en razón de que es habitual que los mismos tengan bienes, o empresas en más de un país (sociedades controladas, filiales, agencias, etc.), con lo cual es necesario regular los efectos y

⁸¹ Hemos referido como ejemplo, al art. 35 del Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades de Argentina, que no ha sido sancionada que dice; “Responsabilidad por la apariencia. Responde ante terceros, quien siendo socio o no, difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la captación de depósitos o a la obtención de recursos o de créditos que de otro modo no se hubiera obtenido.”

procedimientos que deben ser aplicados para atender la insolvencia transnacional de los grupos (concursos transfronterizos).-

- ✓ Que la “*consolidación patrimonial o sustantiva*”, que implica la formación de una masa única (total de activos y pasivos de todas las integrantes), con desinterés de la personalidad jurídica diferenciada, tiene muy baja receptividad. Esta opción es solo tolerada en forma “excepcional o residual” y se la deja para situaciones que no admitan otra posibilidad para destrabar -*con eficiencia*- el conflicto de la insolvencia grupal, posibilidad que -prácticamente- solo es admitida en los procesos liquidativos y no en los reorganizativos y nunca hemos leído en el derecho comparado, que pueda depender de la sola voluntad del propio del grupo.-
- ✓ En nuestro concurso en caso de agrupamiento con propuesta unificada (Art. 67 LCQ) sostenemos que “tratar unificadamente el pasivo, no implica consolidación patrimonial y que en caso de sobrevenir la quiebra de las empresas del agrupamiento, se formarán masas separadas.
- ✓ Los “abusos” en que pueda incurrir el grupo en su operatoria, que generen daños y perjuicios a terceros, o a los propios socios, deberán ser reparados a través de las acciones de responsabilidad que resultan aplicables desde el ordenamiento jurídico de cada país.
- ✓ En orden a la comunicación de la responsabilidad, es importante destacar que se ha ido consolidando en el derecho comparado, la responsabilización a los *administradores de hecho*, tal como puede advertirse entre otros, Uruguay, Chile, España, Francia.⁸²
- ✓ La “*extensión de la quiebra*” como forma de comunicar la responsabilidad “agravada” y en algunos casos, aplicada como remedio sancionatorio o disuasivo de inconductas comerciales o empresariales, está en franca

⁸² A título de ejemplo: Código de de insolvencia de Portugal, arts. 49.2.c, 82.2.a, 186. 2.3; Derecho Español, arts. 93.2.2, 164.1, 172.2 y 172.3; el C. Comercio Francés, art. L. 653.4 (extensión de quiebra); Uruguay art. 201, 248.- En el Derecho Argentino la figura ya aparece en las Sociedades por Acciones Simplificadas (ley 27.349) y en la ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley 27.401), no así aún en forma expresa o directa en el texto de la norma concursal, pero el supuesto quedaría comprendido dentro de una de las posibilidades de extensión de la quiebra al controlante, por abuso de control (Art. 161 inc. 2 LCQ).-

DECONOMI

AÑO IV – NÚMERO 11

retirada, siendo abandonada por las normas del derecho concursal del siglo XXI



DECONOMI