
ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL

2001 – AÑO 1

Director:
JORGE DANIEL GRISPO

Subdirector:
SEBASTIÁN BALBÍN



Buenos Aires

BREVE ANÁLISIS SOBRE EL GRUPO ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ¿GRUPO O EN-GRUPO?

GASTÓN A. MONTAGNA

*Y es misterio tan profundo
Lo que está por suceder,
Que no me debo meter
A echarla aquí de adivino:
Lo que decida el destino
Después lo habrán de saber.¹*

1. *Introducción*

Es común, ver publicidades haciendo referencia al nombre de una empresa precedida por la palabra “grupo”, palabra que también se utiliza en la legislación concursal, aunque no es definida en dicho ordenamiento.

Bajo este escudo o palabrería, ciertas personas tienen la opción de presentarse en conjunto a solicitar la apertura de su concurso preventivo; lo interesante del tema es que el requisito de encontrarse en cesación de pagos puede no aplicarse a algún integrante del grupo. Ello, en contraposición con el dogma concursal.

El resto queda librado a la imaginación del lector...

2. *¿Quién juzga al grupo?*

Primero: Dado el carácter de orden público del que se hallan investidas las normas de competencia, todos los supuestos que impli-

¹ HERNÁNDEZ, José: *El gaucho Martín Fierro y la vuelta de Martín Fierro*, Ciordia & Rodríguez, Buenos Aires, 1955, p. 227.

quen una excepción o desplazamiento de aquéllas deben interpretarse con criterio restrictivo; en tal sentido, resulta adecuado entender que las reglas atinentes al sorteo de causas, que tienen *prima facie* a una equitativa distribución del trabajo, constituyen verdaderas reglas de competencia que resultan ajenas a la voluntad de las partes y de los magistrados.

Los elementos a analizar a los efectos de determinar la existencia de un conjunto económico son vastos, y su examen, por otra parte, resulta por demás complejo. Así, para determinar su configuración, deviene adecuado entre otras cosas, probar la existencia de un paquete accionario de control de las sociedades en manos de las mismas personas, comunidad de órganos de administración, ejecución y fiscalización, interdependencia económica, de modo tal que la actividad de una de ellas constituya factor desencadenante de la suerte de la otra, existencia de registros contables paralelos, etcétera.

La petición de concurso en caso de agrupamiento, prevista por el art. 65 de la ley 24.522 se halla referida a la presentación de un concurso conjunto, solicitado por la totalidad de los integrantes del grupo, y en el que se resalta el carácter unívoco y simultáneo del requerimiento. Tal situación no se configura cuando el concurso de una de las sociedades que integran el grupo tienen acuerdo homologado, por lo cual no se advierten razones que autoricen la sustracción de la jurisdicción oportuna y regularmente asignada para conocer en los concursos presentados, ya que tal circunstancia impide que los fines de conocimiento de cuestiones comunes a los procesos pueda lograrse en el caso.

En ciertos casos, dado que se trata del concurso preventivo de distintas personas de existencia física, cuyo vínculo se basa en su carácter de avalista de una sociedad, no se advierte que la calificación de grupo de garantes constituya fehacientemente la conformación de un verdadero conjunto económico que justifique el desplazamiento de las reglas de atribución de la competencia en razón del turno, que tienden a asegurar una mejor división del trabajo y poseen el carácter de verdaderas normas de competencia. Aun cuando ha transcurrido el plazo previsto por el art. 68 de la ley 24.522 para su aplicación, razones de conexidad tornan procedente la atribución del concurso del avalista, al juez que interviene en el concurso de la sociedad garantizada.²

² CNCom., Sala C, *in re* "Cohen David s/concurso preventivo", sentencia del 17/8/1998.

Segundo: En materia de agrupamiento, debe distinguirse el aspecto económico del jurídico. Desde el primer punto de vista, el grupo constituye una empresa unitaria pero jurídicamente se presenta como una pluralidad de sujetos.

En el grupo, un mismo emprendimiento es ejercitado por varios titulares y ésta es la esencia del fenómeno; en suma, unidad económica o empresarial (integración) ejercitada por plurales sujetos físicos o jurídicos.

Faltan elementos configurativos del grupo económico cuando no existen unidad de objeto, por no encontrarse configurada una integración o al menos una complementación económica directa entre ambas actividades. A ese respecto, expresan los redactores de la ley 24.522 que de lo que trata en el art. 65 es de los casos en que exista diversidad de sujetos y unidad empresarial, entendida ésta tanto como unidad de emprendimiento como de emprendimientos vinculados bajo un esquema común.

Tercero: No se cumple con lo dispuesto por el art. 65 de la ley 24.522 cuando faltan elementos configurativos del grupo económico, como la dirección unificada, la reiteración de los mismos directores o administradores en todos los integrantes del grupo, identidad de gran parte de los acreedores, existencia de pasivos cruzados entre ellos, garantizándose unos miembros a otros, comunidad de bienes básicos para el desenvolvimiento de la actividad, fuente de provisión de materias articuladas, procesos económicos concatenados, identidad de sedes, inexistencia de unidad de asesoramiento jurídico y contable ni existencia de un proveedor común, no habiendo sido acreditado tampoco ni la existencia ni la permanencia en el tiempo del grupo. Esto es que los terceros que puedan entrar en relaciones negociales sepan la existencia del conjunto económico o más propiamente que los terceros conozcan que si bien contrataban formalmente con una persona física o jurídica, en el fondo, lo estaban haciendo con un agrupamiento que, económicamente funciona de un modo unificado y ello de un modo no fugaz ni ocasional, sino permanente.

Cuarto: La jurisdicción donde se desempeñe un integrante del grupo sin deuda alguna y con mayor activo, atraerá a la del integrante con deudas y menor activo.

Tal razonamiento resulta ser un disparate, debido a que movilizará a todo un grupo de acreedores a una jurisdicción que puede resultarles totalmente extraña y dificultosa para controlar.

En suma, la competencia del juzgador, se determina por el activo más importante, sin tener en cuenta su pasivo, ni la radicación de los bienes que componen el activo, para poder determinarlo, en caso de ser comerciante, se determinará según el último balance

3. *El distingo del grupo*

Las formas de exteriorización del grupo son múltiples, pero en su conjunto deben tener entidad suficiente para permitir formarse un juicio aseverativo acerca de su existencia, que debe ser de conocimiento general. No es suficiente el simple conocimiento que pueda tener un sujeto o grupo de sujetos sino que, en atención a las consecuencias que la presentación produce respecto de terceros, debe ser general, lo que implica que cualquier sujeto pueda haber tenido oportunidad de conocerlos.³

Si bien el art. 68 de la ley 24.522 no exige probar la existencia de agrupamiento económico o confusión patrimonial, es menester que quien solicita la tramitación conjunta de su concurso con el garantizado pruebe el presupuesto fáctico que la norma requiere, es decir, la calidad de garante de las obligaciones del concursado. Las referencias a obligaciones que efectúa el art. 68 de la ley 24.522, para tener por configurado el supuesto de hecho, torna operativa la previsión legal.

Como fundamento para la presente alteración, se busca fundamentar tal postura con el hecho de que quien se concursa, no es una persona sola, sino un grupo abarcativo de diversas personas.

Note el lector, lo que no ha sabido observar el legislador. En el caso de un grupo de empresas, donde uno sea accionista de una que participe en un grupo, ese accionista no obstante estar conforme por las ganancias que obtiene de la empresa que forma parte, se verá perjudicado, debido a que el grupo ha decidido concursarse. No sólo un accionista, cualquier acreedor de la empresa, que ha concedido crédito, sobre la base de la excelente relación comercial, ya que la misma no registraba pérdidas, ni atrasos en sus pagos, posea un activo mucho mayor que su pasivo, y de una gran solvencia e imagen en el mercado.

³ Fallo del Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza de la Primera Circunscripción Judicial, *in re* "Quiroga, Oscar Horacio y otros s/concurso preventivo", sentencia del 21/6/1999.

El legislador ha considerado al estado de cesación de pagos como una enfermedad infecto-contagiosa que comienza atacando a un integrante para luego infectar a los demás. Desdichadamente no se ha dado cuenta de que esta materia no es parte de las ciencias médicas, sino jurídicas.

No se ha tenido en cuenta el integrante del grupo que ha ejercido la dirección unificada, por lo que creo por allí la solución.

Tramitan por expedientes separados, en razón de un mejor ordenamiento, por lo que las fechas a fijarse pueden llegar a ser disímiles. Ahora bien el informe general será uno solo debido a que los patrimonios individuales son tomados al fin de la presentación como uno solo; si bien se diferencian los sujetos.

La falta de obtención de las mayorías en cualquiera de los integrantes equivale a la quiebra del grupo íntegro; al igual que se le declare la quiebra indirecta o directa durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo. Solución lógica, ya que si se presentan en grupo, que quiebran en grupo, en virtud de los mismos principios y recaudos que tomaron al analizar su presentación, y siempre en salvaguarda de los acreedores.

Inocentemente, el legislador ha intentado encontrar una solución al problema que se suscita con los créditos intragrupo; al igual con lo que ocurre en el art. 45, se pretende dejar fuera de la verificación en este caso a los acreedores por créditos entre integrantes del agrupamiento o sus cesionarios dentro de los dos años anteriores a la presentación en concurso. Si el legislador quiere ahondar en la idea de evitar actos fraudulentos y preparados debe no condicionar el período en el cual intenta abarcar dichos supuestos, entendiendo por la totalidad del lapso temporal y no por uno o dos años.

4. *Que el grupo no sea un en-grupo*

Resulta más que interesante, a manera de planteo, que las empresas identifiquen abiertamente a todos los miembros del grupo, a fin de que uno sepa con quién contrata. A tal fin uno sabrá que cuando contrató lo hizo con una persona, pero que a su vez, esa persona por formar parte de un grupo —económico— con otras, puede traer aparejadas diversas consecuencias jurídicas. Todo ello supuesto casi imposible de demostrar, ya que según qué criterio tomemos para definir al control, desde una simple penetración y o influencia por un contrato de suministro pueden existir miles de empresas vinculadas a la misma.

Con la abstracción de lo que pudiera considerarse en cuanto a la necesidad de que los pedidos de las personas que integran un "conjunto económico" deben verse unidos en un instrumento, en un escrito único, el art. 65 de la ley 24.522 se refiere a pedidos simultáneos, es decir que la cualidad de único debe darse necesariamente en el plano temporal.⁴

El delito al que se podría hacer hincapié bajo esta figura, y la utilización que el calificativo deriva, es la defraudación;⁵ expresión genérica dentro de la cual está comprendida la estafa misma, por lo que estafar no es sino defraudar de una manera determinada, siendo la denominación genérica de una serie de tipos. Con la expresión defraudación se designa a toda lesión patrimonial producida con fraude.

El verbo defraudar empleado en sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide.

La comisión de la estafa comienza con el despliegue de un ardid cuyo objeto es suscitar un error; sin error no hay estafa, a su vez en ese error se apoya la determinación tomada de efectuar la prestación que se traduce en un puro perjuicio. Se trata de una figura que encierra elementos subjetivos específicos, esto muestra un aspecto del error pernicioso que representa la teoría que habla de dolo civil y de dolo penal, terminología propicia al equívoco, porque con ese elemento psíquico de la estafa no se trata del dolo, sino de estados y actuaciones psíquicas condicionantes para el dolo mismo; pero que pertenecen al lado fáctico de la figura en la cual integran un elemento, el ardid caracterizado por hechos externos y cargados de malicia. Requiere un elemento psíquico subjetivo ínsito en el ardid y elemento psíquico objetivo consistente en el error del cual es víctima una persona dotada del poder de tomar una disposición patrimonial viciada.

Ardid es el astuto empleo de medios engañosos, nuestra ley no lo define, por lo que se interpreta que para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad cuyo efecto sea

⁴ CNCom., Sala D, sentencia del 23/10/1998, *in re* "Industrias Textiles Apolo S.A. s/concurso preventivo".

⁵ Conf. art. 173 del Código Penal de la Nación Argentina, en sus diversos incisos.

el de hacer aparecer a los ojos del sujeto una situación falsa como verdadera y determinante. El ardid debe haber determinado el error y éste a su vez debe haber determinado la prestación. La estafa es un delito para cuyo perfeccionamiento se requiere la efectiva producción de un daño, el que debe estar constituido o derivado directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engañado.

Quizás este último punto esté de más; ello con seguridad para algunos, aunque no tan seguro para otros.