

1.- Concurso en caso de agrupamiento. Concurso del garante. Propuesta unificada. Consecuencias.

1.1.- Diferentes posiciones doctrinales:

La ley 24.522 regula en sus artículos 65 a 68 el concurso en caso de agrupamiento previendo que, cuando dos o más personas físicas o jurídicas integren en forma permanente un conjunto económico, pueden solicitar en conjunto su concurso preventivo (L. 24.522:65).

Idéntica franquicia gozan quienes, por cualquier acto jurídico garantizan las obligaciones de un concursado, exista o no agrupamiento; proceso al que se aplican las disposiciones de la Sección (L. 24.522:68).

Admitido el concurso grupal, los concursados se encuentran facultados para ofrecer propuestas tratando unificadamente su pasivo. La consecuencia de la propuesta aunada es la quiebra de todos los concursados si no se consiguen las mayorías o si, durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo, se produce la declaración de quiebra de uno de los cesantes (L. 24.522:67).

La cuestión es saber, en el contexto de la quiebra derivada, cual es la dimensión del pasivo del garante: en otras palabras, determinar si, en este supuesto, el garante continúa respondiendo solamente por las deudas afianzadas y por las suyas propias o responde por el pasivo consolidado del grupo.

Por la primer postura Bergel y Paolantonio sostienen que si el pasivo es tratado unificadamente *"...cada sujeto debe asumir el pago de las obligaciones propias y garantizar las demás obligaciones correspondientes a los otros entes..."*. Pero en realidad lo interpretan como una garantía tácita, no formal, por cuanto el pago de las deudas del resto

resulta imprescindible para permanecer en pie y evitar la quiebra. Ello así por cuanto, párrafos más adelante, sostiene que, una vez homologado el acuerdo, y como consecuencia del patrimonio propio, cada sociedad tendrá un activo propio con el cual afrontará su pasivo¹.

A este predicamento ha adherido de modo expreso Molina Sandoval en su obra sobre el concurso del garante².

Por su parte Martorell sostiene idéntica tesis cuando, al referirse a la propuesta unificada y quiebra grupal señala: “...Cada uno de los integrantes de esa ‘entente’ –para llamarla de alguna manera- responde con su propio patrimonio frente a sus acreedores (arg. Arts. 505 y 2312 del Código Civil), salvo –claro está-, las hipótesis de comunicación de responsabilidad que puedan surgir por aplicación específica de diversos cuerpos legales...”³.

En consonancia Javier Lorente, luego de criticar la disposición legal del párr. 7° del art. 67 LCQ, recuerda que la mera existencia de un grupo empresario no es causal de extensión de quiebra, excepto cuando se diera alguno de los tres casos previstos en el art. 161⁴.

En la vereda opuesta Héctor José Miguens, con cita de Manovil, sostiene que en estos casos deberá aplicarse al conjunto de los fallidos el régimen legal previsto para los supuestos de extensión de la quiebra en los arts. 162 a 171 explicando que “...a falta de otro régimen, éste será el que resulte de la analogía de los casos...”⁵.

¹ Bergel, Salvador y Paolantonio, Martín; “Concurso en caso de agrupamiento”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Concursos y Quiebras – I, p. 249 y 251, Ed. Rubinzal Culzoni.

² Molina Sandoval, Carlos. Concurso Preventivo del Garante, pág. 210, Editorial Depalma, Buenos Aires, octubre de 2000.

³ Martorell, Ernesto Eduardo, Tratado de Concursos y Quiebras, Tomo II-B, pág. 750, Editorial Depalma, Buenos Aires, octubre de 2001.

⁴ Lorente, Javier; Ley de Concursos y Quiebras, Tomo 1, p. 680, Ediciones Gowa, Buenos Aires, octubre de 2000.

⁵ Miguens, Héctor José; “El Grupo Insolvente”, p. 293, Abeledo Perrot, Buenos Aires, marzo de 2009.

La aplicación de este sistema implicaría la solidaridad del garante por todo el pasivo del grupo ya que, conforme edicta el art. 168 LCQ, los remanentes de cada masa separada, constituyen un fondo común, para ser distribuido entre los acreedores no satisfechos por la liquidación de la masa en la que participaron, sin atender a los privilegios.

En el mismo carril Miguel Raspall sostiene que la ley no resuelve qué pasa en caso que se declare la quiebra de todo el grupo y cómo responden los activos de cada empresa, respecto del pasivo de la misma empresa o del pasivo total. Propone también, para tal supuesto la aplicación de las normas de la extensión de quiebra:

“...La otra opción, que tiene más sentido con el concepto grupal, pero que a la vez respeta razonablemente el principio de la personalidad jurídica, es la solución que provee el principio de conformación de "masas separadas" en la quiebra por extensión (art. 161 y 168), donde se liquida los bienes de cada empresa, se cancelan sus pasivos propios y si hubiera excedente, éste pasa a integrar un fondo común o fondo de remanentes para pagar los saldos insolutos en las demás quiebras. ...”⁶.

1.2.- Nuestra opinión.

Nos inclinamos por la primera de las posiciones, con base en los siguientes argumentos:

1.2.3.- Quienes predicán la responsabilidad del garante por el pasivo del todo el grupo lo sostienen en que la propuesta unificada importa la garantía por todo el pasivo del agrupamiento, lo cual justificaría la aplicación de las normas de la extensión de quiebra.

Pero en realidad, ni de la presentación grupal ni de la formulación de la propuesta unificada podría inferirse el afianzamiento de la deuda colectiva, ni tampoco la solidaridad por todo el pasivo.

⁶ Raspall, Miguel A.; “El concurso grupal y el derecho comparado”, publicado en: La Ley 10/07/2013, 10/07/2013, 1 - LA LEY2013-D, 847, cita online: AR/DOC/1883/2013.

La L.C.Q. ha establecido una determinada consecuencia frente a la declaración de quiebra de uno de los concursados durante la etapa de cumplimiento del acuerdo preventivo, que es el contagio de esa falencia a todos los participantes.

Se trata simplemente de un efecto derivado de una manda legal basada en determinadas razones de política legislativa, pero que no se extiende a una responsabilización por todo el pasivo del agrupamiento. Está claro que el garante podría evitar su quiebra pagando el pasivo total, pero ello jamás podría equivaler a una garantía por todas las deudas.

Mucho menos podría entenderse que la presentación de la propuesta unificada podría implicar para el garante el comprometerse por todo el pasivo consolidado. Se trataría, en el pensamiento de quienes así lo proponen, de una suerte de asunción de deuda o de delegación imperfecta de ella -toda vez que no se exoneraría al primitivo deudor-, pero sin que norma alguna así lo dispusiera y sin la aceptación del nuevo deudor, en extraña y desviada aplicación de la norma del art. 814 del Cód. Civil.

Mucho menos podría pretenderse la solidarización por todo el pasivo. Colisiona ello con el principio de derecho privado que predica que las obligaciones solidarias solamente pueden provenir de la voluntad de las partes o de la ley (Art. 699 C. Civil), y que la asunción de solidaridad debe ser pactada de modo expreso o impuesta del mismo modo por la ley (art. 701 del C. Civil).

Así enseña Alterini que resultan caracteres típicos de la solidaridad: *“...Es excepcional y debe ser expresa: la regla general en las obligaciones mancomunadas es la división de la deuda; por lo tanto la*

solidaridad, siendo excepcional, debe ser expresamente establecida por la voluntad de las partes o de la ley (art. 701, Cód. Civil)...”⁷.

En el mismo sentido Trigo Represas cuando explica que en nuestro régimen jurídico la solidaridad debe ser expresa: “...Así ocurre en nuestro derecho, en el que el art. 701 del código civil, por dos veces exige la concurrencia de ese requisito. Sea que la solidaridad emane de la voluntad de las partes o de la ley, se requiere la expresión asertiva y manifiesta de la solidaridad...”⁸.

1.2.4.- Encontramos, también, una objeción constitucional a la posición de responsabilización total, ya que se opone al principio constitucional de reserva en punto a que nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19 C.N.).

La pretendida asunción de responsabilidad por todas las deudas del grupo, como se anticipara, no proviene de la ley y su aplicación, sin la voluntad expresa del garante concursado conculcaría además el derecho de propiedad y las normas del debido proceso (arts. 17 y 18 C.N.).

1.2.5.- Mucho menos admisible nos resulta la aplicación analógica de las normas de la extensión de quiebra en la forma en que lo proponen Miguens y Raspall.

Según es sabido, la extensión de quiebra solamente puede ser decretada en los supuestos de los arts. 160 y 161 L.C.Q.. Trátase de una enumeración taxativa, que no admite otros supuestos extraños a la enunciación de la ley y que exige una ponderación judicial rigurosa de los recaudos debido a que rige el principio de la interpretación restrictiva al momento de decidir la extensión. Ello en razón de que la sola verificación de

⁷ Alterini, Atilio Aníbal, Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, pág. 536, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Julio de 2001.

⁸ Cazeaux - Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, Tomo 2, pág. 85, Librería Editora Platense, Buenos Aires, enero de 1980.

la relación o vínculo entre empresas no constituye de ninguna manera causal de quiebra refleja⁹.

De tal forma, tan gravosa afectación del patrimonio jamás podría producirse sin una norma legal específica que así lo dispusiera.

En este orden de razonamiento, no podemos menos que oponernos a la aplicación analógica de las normas sobre extensión al instituto del concurso agrupado.

En primer lugar porque la aplicación analógica requiere la existencia de un vacío que no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley (art. 16 C. Civ.). Y en nuestro caso, el texto de los art. 67 y 68 L.C.Q. resulta explícito en cuanto al funcionamiento de las pautas de liquidación en el caso del concurso del garante.

Tiene dicho de modo reiterado el tribunal cimero que la primer fuente de aproximación de la ley es su letra, sin que resulte admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal, pues la exégesis de la norma, aún con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales debe practicarse sin violación de su letra o su espíritu¹⁰.

Pero además de ello, se encuentran ausentes las condiciones para la procedencia de la analogía o sea afinidad de hecho y una relación precisa en el caso previsto por la ley y el conflicto y que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma en que lo hace la ley análoga¹¹.

Ninguna correspondencia tienen las normas del concurso del garante, instituto facultativo destinado a facilitar la crisis con la

⁹ Rivera – Roitman – Vítolo, “Ley de Concursos y Quiebras” tercera edición, Tomo III, pág. 37, Editorial Rubinzal Culzoni Santa Fe, marzo de 2005.

¹⁰ C.S., 1997/12/10, D.T., 1998-A, 707.

¹¹ Santos Cifuentes, Código Civil Comentado, Tomo 1, pág. 21, Editorial La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008.

extensión de quiebra, entidad eminentemente sancionatoria, tal como se ha explicado con claridad antes de ahora:

“...Por ello, entiendo que no corresponde aplicar normas netamente sancionatorias y que parten de la mencionada patología a un supuesto que no es exactamente el legal, máxime si en nuestra propia Ley de Concursos y Quiebras el status falencial de algún integrante de un "grupo económico" (que puede dar lugar al concurso preventivo) sin las características previstas por el art. 161 "no se extiende a los restantes" (art. 172)...”¹².

1.2.6.- Y, finalmente, la solución que criticamos colisiona con las normas referidas a la personalidad jurídica, que vedan la comunicación de pasivos entre diferentes sujetos de derecho sin causa legal o convencional que lo justifique (arts. 33 y 39 del Cód. Civil).

Ello se vincula con la inalienabilidad del patrimonio, en tanto atributo inherente a la persona, que veda la posibilidad de transmitir o comprometer el patrimonio por deudas de un tercero sin motivo jurídico alguno¹³.

1.2.7.- Nos adherimos, de tal modo a las sugerencias de Truffat cuando señala que tanto en el caso de los sujetos agrupados como en el caso del garante, es evidente que sólo se está hablando de "tramitación conjunta" de una pluralidad de concursos; no perdiendo ni los sujetos en tal situación (ni los trámites procesales) su individualidad. No se trata del concurso de ningún "supra-ente" surgido ex nihilo de la voluntad del Legislador. No hay tal cosa (más allá de que el lenguaje común lleve indirectamente a una reificación de los agrupados erigiéndolos en una suerte de ente colectivo que, como ya se dijo, no existe como tal).

¹² Fragapane, Héctor, "Alcances y efectos de la propuesta unificada de un conjunto económico", J.A., 2003-IV-1341, Abeledo Perrot n° 0003/010015.

¹³ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, págs. 292 y 293, Editorial Perrot, Buenos Aires, marzo de 1980.

“...Y de igual modo no hay nada realmente existente que pueda denominarse "propuesta unificada" (lo que sugiere la existencia de una propuesta común y una consolidación definitiva del pasivo). Lo que la ley trae es la posibilidad -para los integrantes del agrupamiento y para los concursados como garante- la posibilidad (sin perjuicio del derecho de que cada concursado haga su propuesta, intente reunir a su respecto las mayorías de ley y obtener homologación, y siga con su propio destino) de "... ofrecer propuestas tratando unificadamente el pasivo..." (art. 67, LCyQ). ¿Y esto qué significa? ¿Qué hay una propuesta única? ¿Qué el pasivo devino común? Entiendo que no. Los sujetos conservan su independencia en tanto tales. Cada deudor formula su propia propuesta... Es obvio que el único modo de "tratar unificadamente el pasivo" es que los deudores cuenten con categorías comunes. Pero sentado esto de lo único que se trata, y no más que ello, es de efectuar los cálculos como si se estuviera frente a un pasivo consolidado; pero sólo a los fines del cómputo sin importar auténtica "consolidación". De tal obrar se siguen dos ventajas evidentes: (a) se neutraliza la eventual duplicación, triplicación, etc de los pasivos reflejos (en tanto y en cuanto todos ellos sean quirografarios u ostentando privilegio general se hubiera ofrecido concordato para tal clase), (b) el mejor perfil de alguno de los concursados puede funcionar como tracción para obtener conformidades que algún miembro débil o poco confiable del grupo o del conjunto de garante o garantidos fuera incapaz de suyo de obtener¹⁴.

En similar carril:

“Así, si no se obtuvieron las mayorías legales (en alguna de las variantes expuestas), si bien debe declararse la quiebra de todo el conjunto porque los entes jugaron su suerte junto con la del grupo (19), no por ello considero aplicables las normas que prevén la formación de

¹⁴ Truffat, Edgardo Daniel "Otra vez sobre la así denominada "propuesta unificada", Publicado en: La Ley 2003-E, 586 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 541, Cita Online: AR/DOC/10635/2003.

masa única (art. 167) o, en su caso, la formación de un fondo remanente destinables a satisfacer las obligaciones de los acreedores del resto del grupo (art. 168 LCQ.), ya que de ninguna manera pueden atenderse pasivos de uno de los integrantes del grupo con los activos de otros...”¹⁵.

Que coincide con el pensamiento que desarrollara

Mosso:

“...Pese a esta posibilidad, como garante y garantizado no conforman un agrupamiento y son sujetos con patrimonios independientes cuyo único vínculo está dado por la prestación de las garantías, podría suponerse que las propuestas serán individuales, una para cada uno con condiciones también distintas. Empero, el examen de la inmensa realidad de las garantías rendidas, hace ver que el garante (generalmente socio, accionista o administrador de sociedades en las que revista en sus elencos directivos), tratará de "cobijarse" totalmente bajo la propuesta del deudor originario principal (la sociedad), sujetándose por entero a lo que ésta pueda ofrecer. Truffat expresa con realismo que como a la hora de la verdad el patrimonio del garante es más exiguo que el del garantizado, su única "chance" para superar la crisis será que se esconda bajo el paraguas patrimonial del afianzado, pasando a depender íntegramente de éste (106)...”

“...De todas maneras -exista o no la "sombriilla"- como se trata de procesos separados se formarán dos masas activas y dos masas pasivas (108), revistando en las primeras lo que cada concursado tenga y en las segundas lo que cada uno deba por sí y además -en la del garante-, por las seguridades que dio...”¹⁶.

1.3.- Solución propuesta.

¹⁵ Fragapane, Héctor, “Alcances y efectos de la propuesta unificada de un conjunto económico”, J.A., 2003-IV-1341, Abeledo Perrot n° 0003/010015.

¹⁶ Mosso, Guillermo G.; “El concurso del garante”, JA 1999-II-758, ABELEDO PERROT N°: 0003/000148, N°: 0003/000232.

En el caso de quiebra del agrupamiento, cuando ha habido propuesta unificada, el garante no puede evitar la quiebra, la que debe decretarse inexorablemente por imperio de la previsión del art. 67 L.C.Q., aún cuando se haya cancelado el pasivo afianzado.

Transitada la etapa informativa, el garante quebrado responde por el pasivo garantizado más el suyo propio determinado en el proceso verificadorio.

En la quiebra del garante el activo está determinado por los bienes de éste y su pasivo no es mayor que el determinado en su propio proceso, no debiendo en ningún caso responder por el pasivo del grupo.

Guillermo Marcos