

HÉCTOR JOSÉ MIGUENS



# El Grupo Insolvente

Prólogo de Julio C. Otaegui

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	121.195
Ubicación	D2945



## ÍNDICE GENERAL ✓

Abreviaturas utilizadas .....	XIX
Prólogo.....✓	XXIII
Introducción.....	XXVII
I. Justificación de la investigación.....	XXVIII
II. Objetivos.....	XXXI
III. Significado del derecho empresarial de grupos de sociedades .....	XXXII
IV. Advertencia preliminar.....	XXXIII

### CAPÍTULO I

#### EL CONCEPTO ENTITATIVO Y EL EMERGENTE DERECHO ✓ EMPRESARIAL DE GRUPOS

I. Concepto y elementos del grupo de sociedades.....	1
II. El desarrollo del concepto entitativo ( <i>entity law</i> ) .....	2
III. Contenido del concepto entitativo.....	4
IV. Desarrollo del <i>enterprise law</i> o derecho de los grupos de sociedades .....	6
V. Derecho concursal norteamericano aplicable .....	8
VI. La creciente aceptación del nuevo derecho empresarial ( <i>enterprise law</i> ) de los grupos de sociedades en el derecho estadounidense.....	11
VII. El papel de la jurisprudencia sobre el <i>piercing the corporate veil</i> .....	13
1. La doctrina o regla de la instrumentalidad .....	15
2. La doctrina del <i>alter ego</i> .....	16
3. La doctrina de la "identidad".....	16
4. La teoría del <i>estoppel</i> .....	17
5. La teoría de la <i>agency</i> .....	17
6. La perforación del velo societario a favor del grupo .....	18
VIII. La doctrina de la limitación de la responsabilidad societaria .....	19
IX. El aporte del análisis económico de la responsabilidad limitada y de la responsabilidad del accionista .....	24
X. La responsabilidad limitada y los grupos de sociedades .....	30
XI. Los distintos tipos de sociedades subordinadas .....	34
XII. El control no implica necesariamente ilicitud o abuso .....	36
XIII. Los objetivos de la política del derecho concursal y los grupos de sociedades .....	37
XIV. La dimensión ética de la cuestión y sus implicancias como principios jurídicos.....	38

## CAPÍTULO II

## LA TIPOLOGÍA DE LAS SITUACIONES DE ABUSO O ILICITUD

I. La subordinada sumisa o servil.....	41
1. Maximización de las utilidades del grupo.....	42
2. Manipulación de los precios de transferencia.....	42
3. Desvío de oportunidades de negocio.....	43
4. Manipulación de activos.....	47
5. Asistencia financiera al grupo.....	49
6. La dependiente que opera sin ganancias.....	50
7. La dependiente como mera simulación.....	51
8. La violación de deberes fiduciarios.....	51
II. La subordinada infracapitalizada. Inadecuada estructura financiera o infracapitalización.....	55
1. La subordinada inadecuadamente financiada.....	55
2. La jurisprudencia sobre el <i>piercing of the corporate veil</i> .....	58
3. Los créditos subordinados en el Anteproyecto español de Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	62
4. Propuesta de reforma en la doctrina inglesa.....	64
4.1. ¿Qué cantidad de fondos necesitaba la dependiente para honrar sus obligaciones ordinarias?.....	65
4.2. ¿Qué proporción de los fondos aportados por la controlante lo fueron de capital riesgo?.....	66
III. La integración económica.....	69
IV. La situación del grupo personal.....	71
V. Elementos comunes para la configuración de los remedios contra los abusos.....	74

## CAPÍTULO III

## LA SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS INTERSOCIETARIOS INTRAGRUPPO

I. Desarrollo inicial.....	79
II. La doctrina de la instrumentalidad.....	83
1. Su origen: el caso “Watertown Paper Co.”.....	83
2. Consecuencias del caso.....	84
3. La doctrina y los reclamos dentro de un grupo en situación concursal. Criterios para la configuración del rechazo o subordinación.....	85
III. La aparición de un nuevo criterio: la conducta inequitativa.....	86
1. El caso “Deep Rock” (“Taylor v. Standard Gas & Electric Co.”).....	87
1.1. Los hechos.....	87
1.2. Las cuestiones.....	88
1.3. Su significación.....	90
1.4. La nueva doctrina de la <i>fairness</i> y el caso “Deep Rock”.....	91
2. El caso “Pepper v. Litton”.....	91
3. El caso “Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois”.....	93
4. El caso “Comstock v. Group of Institutional Investors”.....	94
4.1. Los hechos.....	94
4.2. Las cuestiones.....	95

4.3. Su significación.....	96
IV. La <i>fairness</i> como criterio: clases de conductas inequitativas que acarrearán el rechazo o la subordinación de los créditos de la dominante en el concurso de la dominada.....	98
1. Introducción.....	98
2. Inadecuada capitalización de la dominada.....	99
2.1. Caracterización de la demanda de la dominante como deuda ( <i>debt</i> ) o provisión de capital ( <i>stock</i> ).....	99
2.2. Inadecuada capitalización inicial.....	102
2.2.1. Razonable expectativa de reembolso o devolución.....	103
2.2.2. Relación o ecuación entre deuda y acciones.....	103
2.2.3. Comparación con la previa experiencia societaria o de representaciones.....	104
2.2.4. Subsiguiente historia de los préstamos.....	104
2.2.5. Subsiguiente historia de las ganancias.....	105
2.2.6. Inadecuación de la provisión de fondos para necesidades “permanentes” de capital de la dominada.....	105
2.3. Inadecuada capitalización subsiguiente.....	106
2.3.1. Inhabilidad del pedido de préstamos a terceros.....	107
2.3.2. Adelantos a subordinadas <i>in extremis</i> .....	107
2.3.3. Préstamo en exceso del límite estatutario registrado.....	108
3. Administración negligente, ilegítima o abusiva.....	108
3.1. Relación entre la administración ilegítima y la capitalización inadecuada.....	109
3.2. Elementos constitutivos o criterios para la aplicación de la subordinación.....	109
3.2.1. Ilegalidad o ilegitimidad.....	109
3.2.2. Fraude o mala fe.....	109
3.2.3. Transacciones desmedidas o irrazonables.....	109
3.3. Criterios para la determinación de la <i>fairness</i> .....	110
3.3.1. La ventaja-desventaja.....	110
3.3.2. La prueba de la “negociación entre terceros independientes”.....	111
3.3.3. El exclusivo interés de la dominada.....	112
3.3.4. La <i>fairness</i> como criterio objetivo.....	112
3.4. Modelos o ejemplos de conducta inequitativa con las dominadas.....	113
3.4.1. Ausencia de finalidad lucrativa.....	113
3.4.2. Política de dividendos.....	114
3.4.3. Injusta conducta frente a los acreedores.....	116
3.4.4. Otros criterios.....	116
4. Incumplimiento de normas sobre separación societaria.....	117
5. Confusión y transferencias de activos.....	118
5.1. Integración económica de las operaciones de la dominante y la dominada.....	119
5.2. Jurisprudencia sobre la perforación del velo societario.....	119
V. Análisis general de la subordinación equitativa como remedio patrimonial frente a abusos de los grupos de sociedades en situación concursal.....	120
1. La naturaleza del remedio de la subordinación.....	120
1.1. Extensión.....	120
1.2. Subordinación <i>versus</i> rechazo de la demanda inequitativa.....	121
1.3. Enriquecimiento sin daño como fundamento para la subordinación.....	122
2. Conflictos de demandantes.....	123

2.1. Demanda intersocietaria de la dominante insolvente <i>versus</i> demandas de los acreedores de la subordinada <i>in bonis</i> .....	124
2.1.1. Accionistas preferidos de la subordinada.....	124
2.1.2. Accionistas comunes minoritarios de la subordinada.....	124
2.1.3. Acreedores con garantías de la dominante en cuyo beneficio el capital de la subordinada ha sido puesto en garantía <i>versus</i> acreedores sin garantía de la dominante.....	125
2.1.4. Tenedores de obligaciones alegando fraude en la emisión de sus títulos.....	126
2.2. Subordinación <i>pari passu versus</i> consolidación sustancial.....	126
2.3. Subordinación de demandas intersocietarias de un acreedor de la filial.....	127
2.4. Demandas viciadas.....	129
2.5. Demandas intersocietarias contra una subordinada adquirida, anteriormente independiente.....	130
2.6. Prestamistas.....	131
3. Defensas frente a la subordinación.....	133
3.1. Cosa juzgada.....	133
3.2. <i>Colateral estoppel</i> .....	134
3.3. Prescripción de la acción.....	135
3.4. Otras defensas.....	135
3.4.1. Buena fe.....	135
3.4.2. Administración beneficiosa en conjunto o en su totalidad.....	136
4. La subordinación como un remedio equitativo.....	136
4.1. Innecesariedad de la prueba del daño.....	136
4.2. Efecto sobre pretensiones judiciales de la subordinada.....	137
4.3. Recupero directo contra la dominante.....	138
5. Significado del desarrollo histórico de la doctrina. Conclusiones para el derecho continental europeo.....	138

## CAPÍTULO IV

## GARANTÍAS INTRAGRUPPO

I. Introducción.....	141
II. El poder de garantizar.....	142
1. La doctrina <i>ultra vires</i> .....	142
2. Ejercicio del poder de garantizar.....	143
III. Garantías dentro de un grupo societario.....	144
1. Introducción.....	144
2. Garantías <i>hacia abajo</i> .....	146
3. Garantías <i>hacia arriba</i> .....	147
IV. Transferencias intragrupo. Estatutos aplicables en los Estados Unidos.....	148
1. La ley de concursos. Garantías y transferencias reguladas por el art. 548 de la ley de concursos.....	148
2. La <i>Uniform Fraudulent Conveyances Act</i> (UFCA).....	151
3. La <i>Uniform Fraudulent Transfer Act</i> .....	152
4. <i>Enterprise law</i> .....	154
V. Transferencias y garantías intragrupo como preferencias nulas o anulables.....	159

1. Preferencias nulas a <i>insiders</i> . Arts. 547 y 550 (a) del <i>Código Concursal</i> .....	160
2. El art. 60 de la <i>ley concursal</i> .....	160

## CAPÍTULO V

## LA RESPONSABILIDAD DEL DOMINANTE POR LAS OBLIGACIONES DE UN SUJETO DOMINADO

I. Derecho de los Estados Unidos.....	163
1. Introducción.....	163
2. Casos que imponen la responsabilidad.....	167
3. Casos que deniegan responsabilidad.....	173
II. El derecho de la Argentina.....	176
1. El sistema de la ley concursal.....	176
1.1. La responsabilidad de terceros.....	176
1.2. Extensión de la quiebra.....	177
2. El sistema de la Ley de Sociedades.....	182
2.1. Artículo 54, párrafos 1 y 2, de la Ley de Sociedades Comerciales.....	182
2.2. La inoponibilidad de la personalidad societaria: artículo 54, párrafo 3º, de la Ley de Sociedades 19.550, modificada en 1983.....	183
2.3. La responsabilidad de administradores y directores de una sociedad: art. 274.1 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 modificada en 1983.....	184
3. El sistema del Código Civil argentino.....	185
III. La disolución de la sustancia de la sociedad dependiente en el derecho comparado.....	187
1. Desvalorización intencional del patrimonio de la dependiente.....	188
2. Inducción a realizar negocios malos y riesgosos y a privarse de los buenos: el desvío de oportunidades.....	188
3. Relaciones comerciales intragrupo desventajosas.....	188
4. Movimientos financieros y de capitales.....	189
5. Préstamos y garantías intragrupo.....	189
6. Política de precios en el mercado.....	190
IV. La reforma del sistema argentino. Propuesta de texto legal <i>dè lege ferenda</i> .....	191
V. Los interrogantes planteados por la doctrina inglesa y sus posibles soluciones.....	193
1. ¿Debe la responsabilidad plantearse sólo en caso de quiebra de la subordinada?.....	193
2. Responsabilidad directa de la controlante.....	194
3. Responsabilidad solidaria.....	195
4. Insolvencia de los activos concursales.....	196
5. Limitación de la responsabilidad.....	197
6. Categorías de acreedores concursales.....	197
7. Cláusula contractual de exclusión de responsabilidad.....	198
8. Subordinada total o parcialmente poseída.....	198
9. Dimensión del grupo societario.....	199
10. Sujeto pasivo de la responsabilidad.....	199
11. Control efectivo o potencial.....	199
12. Responsabilidad por infracapitalización.....	200
13. Subordinación y responsabilidad intragrupo.....	200
14. Responsabilidad y presunciones legales.....	200

15. Responsabilidad por deudas anteriores a la adquisición.....	201
16. La subordinación en los sistemas de derecho continental europeo.....	201
17. Monto de la indemnización.....	202
18. Responsabilidad en caso de concurso preventivo.....	202
VI. La responsabilidad del dominante en el restante derecho comparado.....	202
1. Introducción.....	202
2. Reino Unido.....	203
3. El derecho de Nueva Zelanda.....	204
4. El derecho de Canadá.....	205
5. El derecho de Australia.....	206
6. El derecho de Francia.....	207
7. El derecho de Bélgica.....	209
El caso "Badger".....	210
8. El derecho de Alemania.....	213
8.1. Convenios de control (arts. 291-310).....	214
8.2. Control de hecho (arts. 311-318).....	214
8.3. Incorporación o integración (arts. 319-328).....	216
8.4. Acciones de responsabilidad (art. 117).....	216
8.5. Grupos de hecho calificados.....	216
9. El derecho de Italia.....	218
El Proyecto italiano de "estatuto de la empresa".....	221
10. Derecho de Brasil.....	222
11. Derecho de Uruguay.....	223
12. Derecho comunitario europeo.....	223
12.1. Derecho concursal.....	223
12.2. Proyecto de sociedad europea.....	224
12.3. Proyecto de Novena Directiva.....	224
12.4. Proyectos Cousté.....	226
VII. Conclusiones del capítulo.....	226

## CAPÍTULO VI

## LA CONSOLIDACIÓN SUSTANCIAL EN LOS GRUPOS CONCURSADOS

I. Introducción.....	231
II. El Código Concursal.....	232
La ley concursal.....	233
III. La consolidación sustancial.....	233
1. Jurisdicción.....	233
2. Consolidación parcial y consolidación total.....	233
3. Los casos del Tribunal Federal del Segundo Circuito.....	235
3.1. El caso "Soviero".....	235
3.2. El caso "Chemical Bank".....	236
3.3. El caso "Flora Mir Candy".....	237
3.4. El caso "Continental Vending Machine".....	238
4. Conclusiones. El derecho de la empresa multiarticulada en los tribunales concursales.....	239
5. Las causas de la consolidación sustancial.....	240

5.1. La integración económica del grupo de sociedades.....	240
5.2. Las expectativas de los acreedores.....	241
5.3. Confusión de la contabilidad.....	243
5.4. Confusión de los activos.....	243
5.5. Factibilidad creciente de la <i>reorganización</i> .....	244
5.6. Jurisprudencia sobre el levantamiento o perforación del velo societario.....	245
5.7. El caso de la confusión patrimonial inescindible.....	246
6. Casos de denegación de la consolidación.....	246
6.1. Jurisprudencia sobre la perforación o levantamiento del velo societario.....	247
6.2. Expectativas de los acreedores.....	248
6.3. La inminente liquidación de la empresa.....	248
6.4. Ausencia de relación entre la consolidación y la factibilidad extensiva de la <i>reorganización</i> de la empresa.....	248
6.5. Rechazo o abstracción de la integración económica del grupo.....	249
6.6. Rechazo de la confusión de la contabilidad.....	250
6.7. Conclusiones.....	250
7. Consolidación entre deudor concursado y ente no integrante del grupo.....	251
8. Consolidación y subordinación equitativa.....	252
IV. Comparación con la responsabilidad de la dominante por las deudas de la dominada concursada.....	252
V. El análisis económico de la institución de la consolidación.....	254
1. El debate sobre la consolidación.....	255
2. La microeconomía de los grupos de sociedades y los nuevos criterios reguladores.....	259
VI. Conclusiones del capítulo.....	262

## CAPÍTULO VII

## TRATADOS MULTILATERALES. LA PERSPECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS

I. Introducción.....	265
II. Los textos proyectados.....	265
III. La extensión de la quiebra dentro de los grupos de sociedades.....	269
IV. La responsabilidad patrimonial intragrupo frente a las desventajas de la extensión del concurso.....	272
V. Conclusiones.....	274

## CAPÍTULO VIII

## JURISDICCIÓN. ADMINISTRACIÓN CONJUNTA

I. Supuestos generales.....	275
1. Sociedad dominada concursada.....	275
2. Sociedad dominada no concursada o solvente.....	276
3. Significado del concursamiento ante el mismo tribunal.....	276
II. Transferencia de procesos.....	276
III. Medidas precautorias.....	277

1. Medidas cautelares concernientes a acciones procesales relacionadas con una sociedad dependiente.....	278
2. Medidas relacionadas con la administración de una sociedad dominada.....	280
3. Medidas cautelares a fin de proteger un activo de una dominada.....	281
4. Medidas cautelares contra una dominante no parte en el proceso concursal de la dominada.....	281
5. <i>Turnover</i> y los grupos de sociedades.....	282
IV. Propiedad del deudor.....	282

## CAPÍTULO IX

## EL DERECHO CONCURSAL PREVENTIVO ARGENTINO SOBRE GRUPOS DE SOCIEDADES ✓

I. Concurso en caso de agrupamiento.....	287
II. Análisis de los requisitos sustanciales de la ley 24.522.....	288
1. Sujetos.....	288
2. Acreditación de la existencia de un conjunto económico.....	288
3. Permanencia.....	288
4. Exteriorización del grupo.....	289
5. Oportunidad de la presentación.....	289
6. Totalidad de los integrantes.....	290
7. Presupuesto objetivo.....	291
III. Alternativas procesales.....	292
1. Competencia.....	292
2. Sindicatura.....	292
3. Tramitación individual.....	292
4. Trámite.....	292
IV. Propuestas.....	293
1. Propuesta unificada.....	293
2. Mayorías especiales.....	293
3. Sanción.....	293
4. Propuestas individuales. Mayorías.....	294
5. Créditos entre concursados.....	294
V. Derecho de voto.....	294
VI. Tratamiento de los créditos.....	294
VII. Situación de los sujetos <i>in bonis</i> .....	295
VIII. El concurso del garante.....	295

## CAPÍTULO X

## CONCLUSIONES FUNDAMENTALES DE LA INVESTIGACIÓN ✓

1. Marco conceptual de análisis casuístico (introducción).....	297
2. Limitaciones de la jurisprudencia del <i>piercing the veil</i> respecto de los grupos de sociedades (capítulo I).....	299
3. Búsqueda de soluciones superadoras de las limitaciones del <i>entity law</i> respecto de los grupos de sociedades (capítulo I).....	299

4. Interrogantes a plantear a la hora de juzgar la conducta de los grupos de sociedades concursados (capítulo I).....	300
5. Campos de aplicación de la doctrina del <i>enterprise law</i> (capítulo I).....	302
6. Vínculo entre el <i>entity law</i> y el principio de la responsabilidad limitada (capítulo I).....	302
7. Valoración de la responsabilidad limitada (capítulo I).....	303
8. La responsabilidad limitada y los grupos de sociedades (capítulo I).....	304
9. La responsabilidad limitada y la responsabilidad por abuso de control (capítulo I).....	304
10. Clases de sociedades subordinadas (capítulo I).....	305
11. Justificación de los grupos de sociedades (capítulo I).....	305
12. Los objetivos de política legislativa respecto de los grupos de sociedades en situación concursal (capítulo I).....	306
13. La ética del obrar de los grupos de sociedades y su relación con las normas jurídicas positivas (capítulo I).....	307
14. Responsabilidad por manipulación de activos (capítulo II).....	308
15. Responsabilidad por requerimiento de asistencia financiera a la dependiente (capítulo II).....	308
16. Responsabilidad por operar a la controlada sin ganancias (capítulo II).....	309
17. Responsabilidad por dependiente simulada (capítulo II).....	309
18. Responsabilidad por dependiente servil (capítulo II).....	309
19. Responsabilidad por violación de deberes fiduciarios de los administradores de la sociedad (capítulo II).....	310
20. Responsabilidad por inadecuada financiación de la dependiente (capítulo II).....	310
21. Responsabilidad por abusiva integración grupal (capítulo II).....	313
22. Responsabilidad por abusiva apariencia (capítulo II).....	313
23. Irrazonabilidad de la subordinación automática (capítulo III).....	314
24. La aplicación no automática de la regla de la instrumentalidad y los grupos de sociedades (capítulo III).....	314
25. La doctrina de la perforación del velo societario y la doctrina del <i>enterprise law</i> de los grupos de sociedades concursados (capítulo III).....	315
26. La doctrina de la subordinación en los grupos de sociedades concursados (capítulo III).....	315
27. Garantías intragrupo (capítulo IV).....	320
28. Transferencias y garantías intragrupo como preferencias nulas o anulables (capítulo V).....	321
29. Responsabilidad del controlante respecto de los acreedores de la controlada concursada (capítulo VI).....	322
30. La consolidación sustancial (capítulo VII).....	327
Propuesta de texto legal <i>de lege ferenda</i> .....	329
Bibliografía.....	341 ✓
Jurisprudencia argentina.....	361
Jurisprudencia extranjera.....	363