

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS CONCURSOS DE GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

*Héctor José Miguens Ponssa De La Vega**

INTRODUCCIÓN

256 El objeto de este trabajo, es establecer el “status quo” de la legislación internacional proyectada en el seno de la Comunidad Económica Europea sobre la extensión de la quiebra dentro de un grupo de sociedades y proponer como solución más justa a la misma, la de los principios del moderno derecho empresarial y más concretamente-como parte integrante de la misma- los de la responsabilidad del sujeto dominante, respecto de la quiebra de alguno de los sujetos dominados pertenecientes al grupo de sociedades y demás instituciones que están naciendo a partir del moderno derecho empresarial propio o específico de los grupos de sociedades.

Para ello, se han utilizado las fuentes jurídicas de la Comunidad Económica Europea publicadas hasta la fecha de este trabajo.

* Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialista en Sindicaturas Concursales por la Universidad Nacional de Tucumán. Doctor en Derecho Summa Cum Laude por la Universidad de Navarra. Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra; Profesor de Derecho Concursal y Quiebras y de Etica Profesional en la Universidad Austral de Buenos Aires y en la Universidad de Rosario, Argentina.

EL TEXTO PROYECTADO

La doctrina ha puesto de relieve la dificultad inherente a la tarea de lograr una convención europea acerca del derecho internacional falimentario, comparándola a la del hallazgo del “Santo Grial” y que por ello la tarea llevará muchos años. Pero el éxito de la empresa dependerá de que en cada paso, más que fruto de elaboraciones perfeccionistas y demasiado ambiciosas, poco a poco se vayan consiguiendo logros como fruto del “arte de lo posible” en la materia¹.

El problema de los concursos con elementos multinacionales no es nuevo, ya que el primer caso registrado es el de la Casa Bancaria Ammanati, de Pistoia, en 1302². Fletcher³ cita el reciente caso del Polly Peck plc, grupo de sociedades cuya quiebra afectó a varios países europeos y en el que existieron grandes dificultades para su liquidación, por encontrarse su sede social en el norte de la isla de Chipre. En esta década podemos citar el caso de la quiebra del Bank of Credit and Commerce, que afecta los derechos de países de Europa, Asia y América⁴.

257

Europa tampoco ha sido ajena a conflictos de quiebras con elementos multinacionales. En Alemania, por ejemplo: cobro asincrónico de los créditos; no reconocimiento de los privilegios ya ejecutados sobre bienes situados en países diversos del sujeto concursado; demandas por saldos insolutos o dividendos cobrados en otro país e interpuestas en el país donde se encuentra el concursado; remisión de fondos hacia otro país; demandas de enriquecimiento sin causa por violación de la igualdad de los acreedores concursales; imposibilidad legal de actuación extraterritorial del síndico concursal. En Suiza: abandono o renuncia a embargos; los múltiples problemas planteados por la quiebra del Banque de Financement SA de Geneva

1 Cfr. Fletcher, Ian F. Harmonization of Jurisdictional and Recognitional Rules: The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention, en AAVV. Ziegel, Jacob S. (ed.). *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*. Clarendon Press. Oxford. 1994, p. 713.

2 Cfr. Nadelman, Kurt H. *Conflict of Laws: International and Interstate*. 1972, 299-336 y 328.

3 Ob. cit. loc. cit. en nota 1.

4 Cfr. Hal S. Scott, Multinational Bank Insolvencies: The United States and BCCI, en Ziegel, ... p. 733-747.

(Finabank) respecto de los acreedores norteamericanos; solicitudes de adquisición por un síndico concursal extranjero denegadas⁵. En el caso de la extensión de quiebra ha sido también objeto de estudio y discusión la jurisdicción internacional y la ejecutabilidad de bienes del sujeto a quien se le extendió la quiebra, con fundamento en el art. 99 de la ley francesa de quiebras de 1967⁶.

De ahí la preocupación de los juristas en general⁷ y de los europeos en particular por lograr un consenso para la sanción de un texto regulatorio de estas cuestiones internacionales de la insolvencia, requerimiento necesario para cumplir lo dispuesto en el artículo 220, párrafo 4 del Tratado de Constitución de la CEE. Aparte de algunas convenciones bilaterales⁸ y de la vigente Convención Nórdica

258

- 5 Cfr. la detallada descripción de algunos de los casos europeos más importantes de este siglo que efectúa Nadelmann, Kurt H. en The Lure in "International Bankruptcies" of assets located abroad, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, 431-436.
- 6 Cfr. fallo de la Cour de Justice des Communautés européennes del 22 de febrero de 1979 (arrêt 133/78), con nota de Jacques Lemontey, publicado en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, 657-668.
- 7 Cfr. los intentos pactistas durante los siglos XVII, XVIII y XIX, en Nadelmann, Kurt H. An international Bankruptcy Code: new thoughts on an old idea, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, 70-82 y Bankruptcy Treaties, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1944, pp. 161-165; Plaisant. Los tratados en materia de quiebra en Derecho Internacional Privado, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1952, 13 y ss.; Cfr. asimismo la amplia bibliografía que cita Pastor Ridruejo, J. A., La faillite en droit international privé, en *Académie de Droit International. Recueil des Cours*, vol. 133, 1971, II, pp. 177-186, especialmente las notas 44-50; Hunter Muir. The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities, en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1976, 685 y notas 13 a 16. Sobre las consecuencias internacionales -en Europa y América pero sobre todo dentro de los países europeos- de la quiebra del Banco alemán Herstatt, y su influencia en el derecho de los estados involucrados puede verse Spennemann, J. *Insolvenzverfahren in Deutschland - Vermögen in Amerika: Das Beispiel Herstatt*. Diss. Münster. 1980, publicada en 1981. Sobre la problemática de los grupos internacionales en quiebra y la ley aplicable puede verse Großfeld, Bernhard. *Internationales Unternehmensrecht*. Müller. Heidelberg. 1986. y en especial pp. 244-251. En la p. 248 este autor menciona entre otros casos concursales con elementos multinacionales de importancia y su regulación jurídica, tales como la Barcelona Traction, Light, Power & Co. (España), Rolls Royce (Reino Unido), Israel British Bank (Reino Unido), Banque de Financement (Gante, Bélgica) y el ya mencionado Banco Herstatt, de Colonia, Alemania. En la p. 119 y 248 Großfeld estudia la aplicabilidad de la doctrina del "Levantamiento del velo" a los casos de grupos internacionales. La reforma de 1978 del derecho norteamericano de quiebras ha previsto el supuesto en el Bankruptcy Code, Chapter 11, section 304, especialmente en lo que se refiere a la defensa de los acreedores multinacionales. Pueden verse las condiciones de aplicación de esta norma y el derecho vigente sobre la misma en Estados Unidos en Trautman, Donald, T. / Westbrook, Jay Lawrence. / Gaillard, Emmanuel. Four Models for Internatioal Bankruptcy, en *American Journal of comparative Law*, vol. 41, 1993, 611-622.
- 8 Cfr. las del siglo pasado y del presente mencionadas por Lemontey M. Jacques. / Noel, M. Jean. Aperçu sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1968, 705 y Ganshof, Louis F. *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne*. Centre Interuniversitaire de Droit Comparé. Bruxelles. 1969. p. 3.

sobre Bancarrotas del 7 de noviembre de 1933 (que comprende a los países de la península Escandinava), hasta el momento no existe ningún texto multilateral vigente.

El primer Proyecto de Convención europeo fue firmado el 4 de junio de 1968 (algunos autores lo llaman “Proyecto de 1970” por la fecha de su publicación en el *Journal Officiel* como documento 3327/ XIV/1/70-D de la Comisión de las Comunidad Europea del 16 de febrero de 1970) y consta de 87 artículos, dos Anexos y un Protocolo⁹.

Este proyecto es de naturaleza diversa de la Directiva del Consejo 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario, publicada en el *Journal Officiel* de la CEE, L, n° 283 del 28 de octubre de 1980, pues éste no regula cuestiones concursales sino que contiene medidas de protección de uno de los grupos implicados en estos procedimientos, en cumplimiento del art. 117 del Tratado de Roma¹⁰.

Posteriormente, el texto fue objeto de algunas reformas y el llamado “Proyecto de Convenio sobre la quiebra, los convenios y los procedimientos análogos” se publicó como suplemento número 2 de 1982, del “*Bulletin des Communautés Européennes*”. El Presidente del Grupo de Expertos, Sr. Lemontey, trasladó este Proyecto en junio de 1980 al Presidente del Consejo, a los representantes permanentes

259

9 Puede encontrarse su texto en lengua inglesa en Fletcher, Ian F. *Conflict of Law and European Community Law*. 1982. Appendix C; y también en AAVV. Lipstein K. (ed.). *Harmonization of private international law by the EEC*. Institute of Advanced Legal Studies. University of London. London. 1978. Appendix A, ps. 169-195; también puede verse el texto en lengua francesa en AAVV. *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*. Travaux de la Quatrième Journées d'Etudes Juridiques “Jean Dabin” (17 mai 1968). Bruylant. Bruxelles. 1969. pp. 397-433 y en AAVV. *Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun. Actes du colloque international sur l'avant-projet de convention CEE en matière de faillite, concordats et procédures analogues*. Milan. 12-14 juin 1970. Cedam. Padova. 1971. pp. 263-304. En lengua italiana puede verse Daniele, Luigi. *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*. Cedam. Padova. 1987. Appendice. pp. 329-387 y en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1970, I, 146 y ss. Y en lengua alemana en la revista *Konkurs, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1971, 167-187 y en AAVV. Kegel, Gerhard. / Thieme, Jürgen. (eds.). *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Tübingen. 1988, ps. 1-42.

10 Sobre la génesis y características de esta Directiva ver Leitao, A. R. L'Insolvabilité des Employeurs et les droits des Travailleurs, en *Cahiers de Droit Européen*, 1981, 545-546. Sobre el concepto restringido o amplio de insolvencia del empleador que puede interpretarse de la Directiva puede verse Jamouille, Micheline. / Bertrand, Véronique. L'incidence du droit communautaire sur le droit belge du travail, en *Cahiers de Droit Européen*, 1989, 156-159.

de los Estados miembros y al Presidente de la Comisión. La Comisión emitió el 10 de diciembre de 1981 un informe¹¹ que, en conjunto, puede estimarse favorable al texto elaborado, pero luego al parecer no han continuado los procedimientos dentro de la CEE tendientes a la sanción definitiva del texto en cuestión.

Este proyecto y sus modificaciones posteriores (algunos autores lo denominan “Proyecto de 1980”, fue publicado en el *Journal Officiel* de la CEE doc. III/D/72/80-DE) y en especial el Proyecto revisado en 1984 por el Grupo de Trabajo de la Comisión Ad Hoc de la CEE, fue objeto de diversos comentarios globales publicados por la doctrina¹². Pero hasta ahora no ha sido posible lograr su sanción positiva.

11 Publicado en el *Journal Officiel* des Communautés Européennes, n° L 391/23 del 31.12.1981.

12 Cfr. el más exhaustivo de todos ellos en AAVV. Kegel, Gerhard. / Thieme, Jürgen. (eds.). *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkurrenzübereinkommens*. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Tübingen. 1988. (Max Plank Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht; n° 32). En este volumen puede encontrarse los textos en alemán del Proyecto de 1970, de 1980 y el mismo revisado en 1984 en las ps. 1-42; 45-92 y 417-447, respectivamente. Los comentarios a los arts. 11 y 12 del Proyecto de 1970 -sobre la extensión de la quiebra- pueden encontrarse en las páginas 220, 236, 254, 271, 302, 303, 305 y 479. Específicamente sobre el art. 11 ver ps. 292, 296, 306, 315, 384, 393, 395, 396, 398, 400, 404 y 479. Ver las demás correlaciones en la p. 510. Excelente es el comentario de Fletcher, Ian. *The Law of Insolvency*. London. 1990, 542 y ss. Ver también del mismo autor. *Conflict of Laws and European Community Law*. London. 1982. En el Appendix C figura también el texto del Proyecto de 1982. Pueden verse asimismo los comentarios a estos Proyectos entre otros a los de Coppens, Pierre. *Aperçu de l'avant-projet de convention européenne sur la faillite*, en AAVV. *Idées nouvelles dans le droit de la faillite. Travaux de la Quatrième Journée d'Etudes Juridiques "Jean Dabin" (17 mai 1968)*. Bruylant. Bruxelles. 1969, 171-200; AAVV. *Les problèmes internationaux de la faillite et le Marché Commun cit ...* pp. 1-261; Hirsch, Alain. *Vers l'Universalité de la faillite au sein du Marché Commun?*, en *Cahiers de Droit Européen*, 1970, 50-60. Nadelmann, Kurt H. *Il trattamento discriminatorio nelle leggi fallimentari, dei creditori non locali*, en *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 1973, I, 65-75. AAVV. Lipstein K. (ed.). *Harmonization of private international law by the EEC*. Institute of Advanced Legal Studies. University of London. London. 1978; Sequeira Martín, Adolfo. *Las obligaciones y los procedimientos concursales*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1981, 713 y bibliografía allí citada en ps. 752-753; Hauschild, Winfried M. *Creditor Protection in the European Community*, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, 1982, pp. 17-35; Jahr, Günther. *Vereinheitlichtes Internationales Konkursrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Der Vorentwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren*, en *Rabels Zeitschrift*, vol. 36, 1972, 620-652; Borrás, Rodríguez, Alegría. *Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos*, en AAVV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Civitas. Madrid. 1986. tomo III. pp. 827-851; Iglesias Buigues, José Luis. *Ley aplicable y efectos de la quiebra en el mercado común (Proyecto de Convenio CEE) y en derecho español*, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 4, 1977, 367-401; Hunter, Muir. *The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities*, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1972, 682-698; AAVV. *Lezioni pressu a*

Con el fin de avanzar en las negociaciones y eliminar los puntos más conflictivos, consensuando un texto de menor alcance pero de mayor acogida ante el imperativo de una integración económica total de la CEE, el 5 de junio de 1990 fue firmado en Estambul otro Proyecto de Convención Europea sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, proyecto de tratado que a partir de entonces ha sido denominado con el nombre de dicha ciudad para identificarlo¹³. Ha sido firmado por seis países de la CEE pero aún (a septiembre de 1993) no ha sido ratificado por ninguno de ellos. Este proyecto de convención tiene 44 artículos y dos anexos. Está abierta a todos los países del Consejo de Europa. Es de menor envergadura que el anterior, en lo que respecta a las materias contenidas y principios aplicables. No establece ningún precepto sobre el tema que nos ocupa.

l'Università di Parma, en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1970, I, 194 y ss.; Hunter, Muir. The Draft EEC Bankruptcy Convention. A Further Examination, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, 310-328; Trautman, Donald, T. / Westbrook, Jay Lawrence. / Gaillard, Emmanuel. *Four Models for International Bankruptcy*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, 1993, 573-625. En este último artículo se analiza con profundidad el Proyecto de 1990, en forma comparada a los anteriores; Lüer, Hans-Jochem. Einheitliches Insolvenzrecht innerhalb der Europäischen Gemeinschaften - Die Quadratur des Kreises? Anmerkungen zum Entwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnlich Verfahren, en *Konkurs, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1981, 147-165.; García Villaverde, Rafael. *Los procedimientos concursales*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pp. 445-449 y la bibliografía allí citada; Thieme, Jürgen. Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, en *Rabels Zeitschrift*, vol. 45, 1981, 459-499; Hunter, Muir. The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1972, 682-698; Hunter, Muir. The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities. A Further examination, en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1976, 310 y ss. Interesante es el fallo del *Bundesgerichtshof* alemán del 11 de julio de 1985 sobre el reconocimiento creciente de la extraterritorialidad del concurso extranjero en el sistema germano, con comentario de Luderlitz, publicado en *Juristenzeitung*, 1986, 91 y ss. Esta evolución hacia la internacionalidad de la quiebra se observa también en el sistema inglés, en la nueva *Insolvency Act* de 1986. Ver al respecto el comentario de la sección 426 de la misma que hace Woloniecki, J. W. Co-operation between national courts in international insolvencies: recent united kingdom legislation, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, 644-663. Interesantes son los comentarios generales que hace recientemente Daniele, Luigi. Les problèmes Internationaux de la Faillite: Heur et Malheur du Projet de Convention Communautaire, en *Cahiers de Droit Européen*, 1987, 512-525.

13 Los países firmantes son Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Turquía. El texto puede verse en lengua francesa en *Revue des Sociétés*, 1990, 669-679. Cfr. asimismo los comentarios generales positivos de Fletcher, Ian F. Harmonization of jurisdictional and recognition rules: the Istanbul Convention and the Draft EEC Convention, en Ziegel, ... p. 709-727; en mayor profundidad Cfr. Trautman, Donald, T. / Westbrook, Jay Lawrence. / Gaillard, Emmanuel. *Four Models for International Bankruptcy*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, 1993, 573-625.

LA EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA DENTRO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El proyecto de 1968 ha generado reservas, particularmente por las delegaciones alemana y británica, respecto de la norma que permite la extensión de la declaración de la quiebra a los dirigentes, lo que dió lugar a una nueva redacción del art. 11 en el sentido de que los jueces del Estado en que se declara la quiebra de una sociedad o persona jurídica tienen competencia exclusiva para conocer sobre las acciones: a) de responsabilidad por la gestión social interpuestas contra dirigentes de la sociedad o persona jurídica para reparar el perjuicio sufrido por la masa de acreedores o, cuando la ley de Estado en cuestión lo consienta, por esta sociedad o persona jurídica; b) referentes a las obligaciones sociales de dicha sociedad o persona jurídica, por las que todo socio responda ilimitada y solidariamente¹⁴.

262 El texto primitivo de 1970 permite extender la quiebra de una sociedad o persona jurídica en determinados casos a sus dirigentes de hecho o de derecho, ya sean evidentes u ocultos. El texto primitivo del art. 12 también permite hacerlo a todo dirigente, incluso oculto que hubiera sido condenado con ocasión de su gestión a resarcir a la sociedad o persona jurídica o a asumir total o parcialmente las cargas del pasivo y no hubiera cumplido esta obligación. Para el caso de tratarse de sociedades madres y filiales, hay parte de la doctrina que sostiene la legitimidad de la extensión de la quiebra en ambos sentidos recíprocamente, de acuerdo a tales normas del proyecto, por aplicación analógica o extensiva. En general, para la doctrina del “*maître d'affaire*” francesa, para algunos, es -al menos implícitamente- apli-

14 García Villaverde, Rafael. op. cit., loc. cit., p. 448. AAVV. Kegel, Gerhard. / Thieme, Jürgen. (eds.). *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Tübingen. 1988, ps. 306. Sobre estas reservas e incluso dentro del sistema concursal italiano, en el Proyecto de reforma de Provinciali, publicado en *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1971, I, 148 y ss. ver también Vanetti, Carlo Bruno. Il recente progetto comunitario di convenzione sul fallimento, en *Rivista delle Società*, 1981, 679-680. Sobre la crítica al sistema de extensión de la quiebra desde la óptica del derecho inglés puede verse Connerton. Directors' Liability and the EEC Draft Convention on Bankruptcy, en *Journal of Business Law*, 1977, 8 y especialmente p. 16. Sobre la crítica desde el sistema alemán ver Hübner. Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, en *Juristenzeitung*, vol. 21, 1978, 703 y especialmente p. 706.

cable al caso de los grupos de sociedades¹⁵, con fundamento en el art. 446 del Código de Comercio francés y posteriormente los arts. 96, 97 y 101 de la ley francesa de quiebras de 1967, ampliada por el art. 105 de la ley de 1985. Esta doctrina defiende su bondad y por ende su aplicabilidad al ámbito de los países de la CEE,¹⁶ apoyándose en la jurisprudencia interna de algunos países europeos como Bélgica e Italia; en cambio, más específicamente, otra parte de la doctrina la aplica expresamente para los grupos de sociedades¹⁷. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, Pastor Ridruejo critica el proyecto de 1970 respecto del tema de la extensión de la quiebra societaria a sus órganos societarios por una mala adaptación al método conflictual¹⁸.

15 Cfr. Ganshof, Louis F. *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne*. Centre Interuniversitaire de Droit Comparé. Bruxelles. 1969. p. 29-30. El mismo autor brinda un panorama general del proyecto de convención en L'Elaboration d'un Droit Européen de la Faillite dans le Cadre de la CEE, en *Cahiers de Droit Européen*, 1971, 146-189. En las ps.161-163 comenta especialmente ambos artículos. Ver los comentarios a ambos artículos de Ganshof, Louis F. Le Projet de Convention CEE Relative a la Faillite, en *Cahiers de Droit Européen*, 1983, 164, en los que no se pronuncia por la aplicabilidad de estas normas a los grupos de sociedades ni por su bondad en su aplicación en general. Lo mismo puede afirmarse de los comentarios que hace al proyecto y en concreto a ambos artículos en L'Elaboration d'un Droit Européen de la Faillite dans le Cadre de la CEE, en *Cahiers de Droit Européen*, 1971, 146-189. En las ps.161-163. El texto es casi idéntico al texto concursal francés de 1967: Cfr. Vanetti, Carlo Bruno. Il recente progetto comunitario di convenzione sul fallimento, en *Rivista delle Società*, 1981, 679-680.

16 Cfr. Ganshof, Louis F. *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne*. Centre Interuniversitaire de Droit Comparé. Bruxelles. 1969, p. 208. Sobre la aceptación de la doctrina del "maître d'affaire" por la jurisprudencia belga puede verse Coppens, Pierre. L'Extension de la faillite au maître de la société, en AAVV. *Idées nouvelles dans le droit de la faillite. Travaux de la Quatrième Journée d'Etudes Juridiques "Jean Dabin" (17 mai 1968)*. Bruylant. Bruxelles. 1969. pp. 185 y ss.

17 Cfr. entre otros Amilcare Lanza, Considerazioni sulle "filiali" in relazione al progetto di convenzione comunitaria in materia di fallimento concordato preventivo e procedure analoghe, en *Rivista delle Società*, 1970, 667-674, especialmente p. 673, con fundamento en el art. 147 de la ley de quiebras italiana y el art. 2362 del Código Civil italiano, sobre responsabilidad subsidiaria e ilimitada del socio único de una sociedad por acciones o de responsabilidad limitada; Cfr. también la relación de las doctrinas contrarias en Borrás Rodríguez, Alegría. Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos, en AAVV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Civiltas. Madrid. 1986. tomo III. pp. 841; sobre la correlación entre estos artículos del Proyecto y su similitud y aplicabilidad con la doctrina italiana del "imprenditore occulto", e incluso con la doctrina francesa del "maître d'affaire" ver Daniele, Luigi. *Il fallimento nel diritto Internazionale Privato e Processuale*. Cedam. Padova. 1987. p. 168. Sobre las alternativas y consecuencias de la aplicación de una sentencia extranjera de extensión de quiebra puede verse Fois, Paolo. Considerazioni sulla delibazione delle sentenze straniere di estensione del fallimento, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1967, 246-267.

18 Cfr. op. cit. p. 217

En aquellos dos países (Reino Unido y Alemania)¹⁹ el legislador ha preferido evitar la extensión de la quiebra a terceros - particularmente en el caso de los grupos de sociedades- y establecer un régimen de responsabilidad civil o patrimonial respecto de aquellos terceros que han cooperado o agravado el estado de cesación de pagos, o que han dirigido fácticamente el negocio fallido, en contraposición al régimen de extensión de la quiebra, de origen típicamente francés²⁰. Es sintomático que estas normas no sean reproducidas en las reformas posteriores de 1980, 1984 y en 1990.

También, en igual línea se sitúa, por ejemplo, la reforma de la ley de sociedades en Australia, de 1992, en la que por la sección n.º 588, en sus diversos incisos, en el caso de insolvencia de la sociedad dependiente, se elimina el privilegio de la responsabilidad limitada de la sociedad dominante como accionista de la sociedad subsidiaria o dependiente concursada. Bajo este régimen, cuando una sociedad holding permite que una de sus subsidiarias o dependientes caiga en insolvencia, el órgano liquidador de ésta puede reclamar a aquélla el

264

19 Cfr. para el sistema inglés, por todos, el trabajo de Dan D. Prentice. *Group Indebtedness*, en AAVV. Schmitthoff, Clive M. / Wooldridge, Frank. (eds.). *Groups of Companies*. Sweet & Maxwell. Centre for Commercial Law Studies. London. 1991. pp. 55-80. Para el sistema alemán, puede verse, por todos, Acher, Franz Josef. *Vertragskonzern und Insolvenz*. Verlag Kommunikationsforum. Köln. Beitrage zum Insolvenzrecht. 1987. Para un panorama general del tema ver Antunes, José Engracia. *Liability of corporate Groups. Autonomy and control at parent-Subsidiary Relationships*. Kluwer. Deventer. 1993.

20 Cfr. entre otros, Hunter Muir. The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities, en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1976, 320 donde critica el sistema; Lemontey M. Jacques. / Noel, M. Jean. Aperçu sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1968, 714 n.º 16; Jahr, Günther. Vereinheitlichtes Internationales Konkursrecht in der Europäischen Wirtschafts- gemeinschaft. Der Vorentwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, en *Rebels Zeitschrift*, vol. 36, 1972, 651, para el sistema alemán; y últimamente y por todos los artículos de L. S. Sealy, Abe Herzberg, John H. Farrar y Ronald J. Daniels, en Ziegel, ... 485-575, para el sistema inglés. Para el origen francés de la institución y su influencia en el proyecto de 1970 Cfr., entre otros AAVV. Kegel, Gerhard. / Thieme, Jürgen. (eds.). *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Tübingen. 1988, ps. 236 y 479; Schmidt, Joachim. Französisches Recht für Europa. Der "Konkursdurchgriff" im Vorentwurf eines EG-Konkursabkommens, en *Konkurs-, Trauhand- und Schiedgerichtswesen*, 1976, 11-35 y el trabajo de Thieme ya citado. Para un panorama exhaustivo del sistema galo ver Zahn, Philipp Johannes. *Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften im Frankreich*. Alfred Metzner Verlag. Frankfurt a M. 1986. Sobre el estado actual del proyecto de Tratado de Estambul pueden verse los comentarios del titular la Comisión del Consejo de Europa sobre derecho concursal, Dr. Manfred Balz, en *The European Union*, en *Insol, International Insolvency Review*, vol. 4, 1995, 60-71.

pago del equivalente de la pérdida o daño patrimonial sufrido por los acreedores concursales no asegurados. Se ha calificado a esta reforma como un significativo progreso jurídico respecto del anterior régimen, que sostenía a ultranza la responsabilidad limitada de la sociedad dominante en estos casos, siguiendo el anterior derecho inglés aplicable²¹.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INTRAGRUPPO FRENTE A LAS DESVENTAJAS DE LA EXTENSIÓN DEL CONCURSO

En concordancia con lo expuesto, la proyectada Novena Directiva de la CEE, sobre la disciplina de los grupos de sociedades, que todavía no ha alcanzado el status de propuesta formal de la Comisión, regula la responsabilidad civil o patrimonial dentro de un grupo de sociedades, con el fin de proteger a los socios externos o minoritarios,

265

-
- 19 Cfr. para el sistema inglés, por todos, el trabajo de Dan D. Prentice. *Group Indebtedness*, en AAVV. Schmitthoff, Clive M. / Wooldridge, Frank. (eds.). *Groups of Companies*. Sweet & Maxwell. Centre for Commercial Law Studies. London. 1991. pp. 55-80. Para el sistema alemán, puede verse, por todos, Acher, Franz Josef. *Vertragskonzern und Insolvenz*. Verlag Kommunikationsforum. Köln. Beitrage zum Insolvenzrecht. 1987. Para un panorama general del tema ver Antunes, José Engracia. *Liability of corporate Groups. Autonomy and control at parent-Subsidiary Relationships*. Kluwer. Deventer. 1993.
- 20 Cfr. entre otros, Hunter Muir. The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities, en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 21, 1976, 320 donde critica el sistema; Lemontey M. Jacques. / Noel, M. Jean. Aperçu sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1968, 714 n° 16; Jahr, Günther. Vereinheitlichtes Internationales Konkursrecht in der Europäischen Wirtschafts- gemeinschaft. Der Vorentwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren, en *Rebels Zeitschrift*, vol. 36, 1972, 651, para el sistema alemán; y últimamente y por todos los artículos de L. S. Sealy, Abe Herzberg, John H. Farrar y Ronald J. Daniels, en Ziegel, ... 485-575, para el sistema inglés. Para el origen francés de la institución y su influencia en el proyecto de 1970 Cfr., entre otros AAVV. Kegel, Gerhard. / Thieme, Jürgen. (eds.). *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). Tübingen. 1988, ps. 236 y 479; Schmidt, Joachim. Französisches Recht für Europa. Der "Konkursdurgchgriff" im Vorentwurf eines EG-Konkursabkommens, en *Konkurs-, Trauhand- und Schiedsgerichtswesen*, 1976, 11-35 y el trabajo de Thieme ya citado. Para un panorama exhaustivo del sistema galo ver Zahn, Philipp Johannes. *Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften im Frankreich*. Alfred Metzner Verlag. Frankfurt a M. 1986. Sobre el estado actual del proyecto de Tratado de Estambul pueden verse los comentarios del titular la Comisión del Consejo de Europa sobre derecho concursal, Dr. Manfred Balz, en *The European Union*, en *Insol, International Insolvency Review*, vol. 4, 1995, 60-71.
- 21 Cfr. Herzberg, Abe. Insolvent Trading "Down Under", en *Ziegel, ...* p. 516-518.

respecto de la entidad dominante del mismo²². Este sistema bien podría aplicarse en caso de quiebra de un ente o sociedad dominada del grupo, a favor de los acreedores concursales de ésta. Este proyecto de Directiva no establece en modo alguno la extensión de la quiebra frente a la situación de un grupo societario.

La tesis de este trabajo a la luz de los antecedentes premencionados y dentro de los estrechos límites de espacio de que disponemos consiste en que:

- 266
- a) no consideramos lisa y llanamente aplicable la doctrina de la extensión de la quiebra tal como es concebida por los sistemas francés e italiano al caso de concurso de grupos de sociedades. Sólo podría ser aplicable en caso de confusión patrimonial inescindible, supuesto en principio improbable considerando a los grupos como estructuras económicas basadas en una mínima organización empresarial.
 - b) la solución a los problemas de daños causados a acreedores, accionistas minoritarios, trabajadores y demás terceros, por abusos en la estructura empresarial de los grupos de sociedades, encuentran su solución en la aplicación de los principios del *nuevo derecho empresarial de los grupos de sociedades*, en reemplazo de los principios del antiguo derecho societario tradicional, estructurado para su aplicación a las sociedades-isla y sólo aplicable oblicua o indirectamente a aquellos. La novedad de la cuestión, su conveniencia, justificación y experiencia, encuentra su origen en el derecho norteamericano, que se sitúa por delante del menos desarrollado derecho europeo sobre el punto²³.

22 Puede verse un somero análisis del mismo en Velasco, Gaudencio Esteban, en *Las Sociedades*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1981, 676-678. Para un análisis exhaustivo y comparado Cfr. Embid Irujo, José Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia. Secretaría General y Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1987. pp. 137-146 y 250-266.

23 ver la recensión de Phillip I. Blumberg al libro AAVV. *David Sugarman and Günther Teubner*. (Eds.) *"Regulation Corporate Groups in Europe"*. European University Florence. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft. 1990. 551 p., en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, 1992, 1011-1023, en la que remite a sus cinco obras sobre grupos de sociedades citadas en la p. 1013, nota 4, doctrina basada en la reunión sistemática de aproximadamente unos mil quinientos casos jurisprudenciales norteamericanos en total. Ver finalmente la sistemática exposición de esta doctrina en Blumberg, Phillip. *The multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate personality*. 1993. *passim*.

a) Lo primero por las siguientes razones:

1º La extensión de quiebra es un remedio extraordinario pensado sólo para casos extremos de simulación absoluta empresarial donde casi siempre el elemento del fraude se encuentra presente. El elemento fraudulento no se encuentra intrínseca y necesariamente presente en la noción de grupo de sociedades y en consecuencia eventualmente habrá que demostrarlo *en cada uno de los casos* de las relaciones entre las sociedades o sujetos componentes del grupo para que sea operativa la extensión de la quiebra. Y en caso positivo, la misma será procedente sólo respecto de dichos entes, no respecto de todo el grupo en general.

2º La doctrina del “disregard of legal entity” que ha fundado en ciertos casos la extensión de quiebra dentro de los grupos de sociedades, constituye una solución en nuestra opinión acertada pero precaria; asistemática; inorgánica; basada fundamentalmente en la equidad que caracteriza la naturaleza de los tribunales norteamericanos sobre la materia falimentaria, (que no son en su origen tribunales de “common law” sino de “equity law”, en los cuales el juez tiene mayores facultades decisorias); aplicable a los grupos de sociedades sólo por analogía; desprovista de principios sólidos propios del derecho continental europeo; que además, está siendo paulatinamente reemplazada por los principios del *moderno derecho empresarial de los grupos de sociedades*, según la doctrina anglonorteamericana más calificada, citada en último término. Por otra parte, su carácter excepcional, que requiere la prueba del abuso societario en cada caso²⁴ y el sólo hecho de carecer de límites en cuanto a los efectos o consecuencias de su aplicación, da la pauta de la prudencia con que debe ser usada en cada uno de ellos, máxime en el caso de los grupos de sociedades, donde los problemas resultan de una mayor complejidad, dada su envergadura económica, social y jurídica. Además, su automatismo en la práctica puede resultar arbitrario en la mayoría de los casos.

267

²⁴ Cfr. Serick, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Ariel. Barcelona. 1958. Trad. de José Puig Brutau.p.260.

3º Las consecuencias materiales y procesales de la extensión de quiebra aplicables a los grupos de sociedades, en los escasos casos de distintos países a que han sido aplicadas, han tenido el efecto de resultar antieconómicas, inoportunas, extremadamente dilatorias, constitucionalmente objetables, y a la postre, han fracasado en la consecución de sus objetivos, en la medida proporcional al dispendio jurisdiccional ocasionado, destinado a la satisfacción de los acreedores y la reparación del orden público dañado y de la economía en general. Además, usualmente no han sido beneficiosas para la continuidad de la explotación de la empresa poliarticulada societariamente, dada la rigidez del mercado, la pérdida de confianza del mismo en el grupo y la desintegración de su organización estructural, base de su rentabilidad y sostenimiento económico. Pueden citarse en nuestro ámbito los casos de Matesa y Rumasa²⁵.

b) Lo segundo por los siguientes argumentos:

268 1º Resulta más justo la aplicación de nuevos principios jurídicos derivados de la naturaleza y operar de los grupos de sociedades, en los que existe una relación de dependencia o subordinación y una dirección empresarial unificada, por adecuarse a su estructura y actuación y no, por el contrario, instituciones jurídicas nacidas ocasionalmente por medio de soluciones jurisprudenciales parciales destinadas a resolver problemas no previstos por los sistemas concursales o para paliar los daños a terceros derivados de abusos estructurales de la empresa, como en el caso de la extensión de quiebra.

2º De aceptarse la responsabilidad en cada caso del causante del daño irrogado a terceros, sus consecuencias quedan circunscriptas a los sujetos activos y pasivos intervinientes en la relación, y limitadas a su justo contenido, lo que ahorra dispendios inútiles de jurisdicción y limita la satisfacción del daño a sus exactos límites, siempre menores económicamente que el valor económico de todo el grupo en conjunto.

²⁵ En estos casos, si bien no hubo formal declaración de quiebra del grupo en su conjunto, su crisis económica de hecho fue la formal justificación para su decreto de intervención y de expropiación, respectivamente, tendiente – en la óptica del legislador – a la defensa de los accionistas, empleados y demás acreedores.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, en nuestra opinión, para una futura y eventual Convención sobre quiebras en el ámbito de la Unión Europea debe tenerse en cuenta que:

- 1° No resulta adecuada la extensión de quiebra a los grupos de sociedades, salvo en el raro supuesto de una confusión patrimonial inescindible.
- 2° Para el caso de abusos o fraudes, basados en la estructura empresarial poliarticulada en varios sujetos jurídicos o sociedades, resulta pertinente la aplicación del *moderno derecho empresarial de los grupos societarios*, en contraposición al antiguo derecho societario, dada su mayor adecuación a su estructura económica. Asimismo y como parte de ella, es aplicable lo pertinente a la responsabilidad civil o patrimonial entre los sujetos afectados. Ambas doctrinas vienen desarrollándose principalmente en los derechos anglonorteamericanos y alemán, los que podrían tenerse en cuenta para futuras elaboraciones de textos jurídicos europeos sobre la materia.

269