

**EFICIENTIZAR LAS RESPUESTAS A LA INSOLVENCIA SOCIETARIA**  
(sugerencias para los jueces que deben decidir sobre la homologación de propuestas  
concuriales)

Efraín Hugo RICHARD

Desde hace algún tiempo vemos usar el derecho como fachada de verdaderos despojos. Ello particularmente en la administración de sociedades comerciales, cuyos patrimonios son usados indebidamente en beneficio de los socios, o ante la crisis de las mismas el problema no es soportado por ellos sino que se lo hace soportar a los acreedores, en beneficio directo de los socios que no lo asumieron.

Nuestro objetivo no es proponer un cambio de normas, que lo hemos hecho<sup>1</sup>, sino un cambio de visión, sobre aspectos objetivos que no son analizados normalmente y que los jueces deberían tener en cuenta necesariamente al decidir sobre la homologación de ciertos acuerdos concursales.

Miremos un poco lo que pasó y lo que esta pasando.

**1. INSOLVENTAR LAS SOCIEDADES EN BENEFICIO DE LOS SOCIOS.**

En la época de “privatizaciones” advertimos la práctica del *leverage buy out*, o sea del apalancamiento financiero por el cual se usa el patrimonio de la sociedad para satisfacer las obligaciones de los socios.

Tal práctica, no autorizada por nuestra legislación societaria, permitía que al recibir en la “privatización” el 85% de las acciones de una sociedad sin deuda, el precio de esas acciones comprometido por los adquirentes “privados” era satisfecho en gran medida con bienes de la sociedad, perjudicando a ésta e indirectamente al Estado que retenía el 5% y a los trabajadores a los que se les asignaba el 10% con el programa de propiedad participada (los porcentajes podían variar en cada caso).

El P.E. Nacional “no advirtió la maniobra” en ningún caso, incluso la facilitó como veremos.

1.1. La intervención de un Poder Ejecutivo Provincial cambió la historia en uno de los casos.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 12 de julio de 2001 en la causa “CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, consideró ilegal y de nulidad absoluta el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el proceso licitatorio.

La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues los socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés social y orden público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general.

De esta manera la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90: el llamado apalancamiento financiero con la sociedad para asumir deudas de los socios, denominado eufemísticamente “leverage buy out”, aceptando por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto.

Adviértase que la cuestión fue promovida por el socio provincial y no por el Estado Nacional, que luego necesariamente adhirió pero que venía tolerando ese apalancamiento financiero.

La calificación que hace el máximo Tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas<sup>2</sup>.

1.2. Lamentablemente en el caso de Aerolíneas Argentinas sólo actuó el Estado Nacional en una confusa y lamentable gestión. Sin duda la visión nacional del *leverage buy out* practicado en las privatizaciones era tolerante, pese a su incompatibilidad con la legislación societaria argentina<sup>3</sup>. Las consecuencias de haberse tolerado, generando -casi genéticamente pese a que la sociedad nació sin deudas- la insolvencia de nuestra mayor línea aérea las soportamos y las seguiremos soportando.

El Dr. Domingo F. Cavallo y otro Contador –ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta: que la Sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. tomara a su cargo lo que los

accionistas que adquirieron del Estado el 85% de esa Sociedad libre de pasivo debían pagar al Estado. O sea que es un caso mucho más grave que el que falló la Corte. De allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentinas S.A. trayendo los perjuicios al Estado, los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio.

Por eso el Diputado Nacional Dr. Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado" expresó: "¿Cómo fue posible que en 4 días, desde el 17 de julio hasta el 21 se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires, que no era justamente de abogados del Estado, nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/92 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17.7.92; con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro; el 20.7.92, el acuerdo<sup>4</sup> entre Ruben Domingo Poncio, por el Estado, y Horacio Fargosi por ARSA, y el convenio final entre el Ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21.7.92. La computadora indiscreta contó la verdad". Ello habría sido denunciado y generado la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulado Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado n° 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires..

El *leverage buy out*<sup>5</sup> generado en esos casos, y particularmente el de Aerolíneas Argentinas, constituye un clásico caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde el año 1992, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyéndolo el poder ejecutivo a la esfera del poder judicial<sup>6</sup>, y condenando indirectamente al Estado a soportar la pérdida de su posición en la sociedad, como la de sus trabajadores, que no sólo perdieron el valor de su participación accionaria sino también sus empleos, y las consecuencias que aún soportamos, y que llevan hoy a un nuevo desembolso del Estado para alcanzar el 5% que le estaba asegurado en las condiciones de la privatización.

## 2. LAS ESTRATEGIAS CONCURSALES.

El caso de Aerolíneas Argentinas S.A. es emblemático, pues se la dejó en insolvencia casi desde su misma privatización, con diversos artilugios –seudo legales- generados por funcionarios públicos otorgando beneficios no previstos contractualmente. Se contradijo todo lo que se sostiene desde la doctrina del derecho concursal en torno a

adelantar las soluciones cuando aparece el estado de cesación de pagos o de insolvencia o de dificultades financieras insuperables, y tardíamente se recurre a la suspensión de pagos, cuando ya existe un inmodificable estado de insolvencia. Empresas españolas fueron instrumento de esos operadores económicos ajenos a las mismas, que las arrastraron con un espejismo.

Desde hace tiempo venimos sosteniendo que la ley concursal argentina n° 24522 resulta ineficiente para afrontar los problemas substanciales de la insolvencia, por lo que es importante analizar las vías no concursales que pueden reconducir la situación, particularmente en torno a la insolvencia societaria<sup>7</sup>, por el daño generado por el incumplimiento por insolvencia de las sociedades.

El incumplimiento responde, normalmente, a una decisión meditada del incumplidor que transfiere su problema a sus acreedores, no satisfaciendo sus acreencias, permitiéndose la posibilidad que su empresa siga en marcha pese a la falta de capital o medios financieros suficientes para la continuidad de su giro. Esto es advertible en los últimos años con propuestas de quita y espera írritas, donde a través de determinadas “estrategias” se afecta al crédito y a los acreedores en beneficio directo de los socios de la sociedad en problemas.

Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado, sostenía el sociólogo Gabriel Tarde.

“Hoy es opinión unánime que los intereses que la quiebra pone en juego no son solamente los de los acreedores. Están también en juego los intereses de los trabajadores, de los proveedores, de los clientes, de los subcontratistas, de los asociados en un grupo de interés económico o en un joint venture, de las colectividades locales... Las quiebras en cadena no son raras. La crisis financiera y comercial de una empresa puede implicar la de sus proveedores, la de sus clientes exclusivos o la de sus subcontratistas”<sup>8</sup>.

El derecho concursal viene en apoyo de normas existentes en el derecho común para paliar los efectos de la insolvencia. Problema central es que bien jurídico tutela la ley concursal, particularmente para luego poder apreciar la eficiencia de la norma conforme

al análisis económico. "El Derecho tiene una misión que cumplir en este crucial momento económico, mediante el aporte de remedios apropiados"<sup>9</sup>.

Sobre ese bien jurídico tutelado nos hemos pronunciado<sup>10</sup> basados en la teoría de la bipolaridad de los valores. Se trata –a nuestro criterio- de la absolución del estado de cesación de pagos, o sea del cese de sus efectos negativos, atento que el presupuesto objetivo de aplicación del sistema normativo concursal es la cesación de pagos.

La crisis ha puesto en evidencia las carencias del derecho concursal<sup>11</sup>. Como señalaba Bolaffio al referirse a la quiebra de la quiebra.

“Muchas otras deficiencias acusa el derecho de la quiebra. La falta de un sistema de detección de dificultades y el retardo en la promoción...traen como consecuencia que muchas empresas soliciten su concurso cuando ya hace tiempo que están en situación desesperante”<sup>12</sup>.

Basados en los deberes fiduciarios de los administradores societarios se buscan soluciones para anticiparse a la crisis, con nociones de sobre endeudamiento, infracapitalización material e insolvency test. Se flexibiliza el concepto de “insolvencia”, para estimular la presentación no tardía, para que los remedios sean adoptados a tiempo.

## 2.1. EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL. EL SISTEMA SOCIETARIO.

Un punto central de preocupación es la presentación temporánea en concurso ante el estado de cesación de pagos, para prevenir y estar en mejores condiciones de corregir la situación económica que da lugar al inicio del desastre y evitar sus efectos expansivos. Este es un objetivo de toda legislación concursal, conforme lo señala uniformemente la opinión doctrinal<sup>13</sup>.

Nuestro criterio es que ello ocurre por otorgarse una preeminencia formal a las normas concursales, meramente ordenadoras de la concurrencia, por sobre las normas societarias que tienen en sí mismas, o en su congruencia con el sistema normativo general, respuestas preventivas.

Se trata de tomar conciencia e insistir que la empresa esta normalmente organizada como sociedad y dentro de la regulación de estos centros imputativos debe encontrarse la solución, no en el sistema concursal que implica una simplificación de procedimientos.

La tesis pesimista de la escuela económica del derecho (Bowers), quién sostiene que las soluciones se logran al margen de este juicio, donde muchos profesionales lucran con ello. Los grandes acreedores ya constituyeron hipotecas o garantías, participar en el juicio concursal es ineficaz. En ese sentido Thomas H. Jackson (EEUU) expresa "como muchas especias arruinan la sopa, muchas funciones arruinan el derecho, opacan la verdadera función del Derecho Concursal". Y al lado de esas posiciones nihilistas, los constructivistas dentro de esa misma escuela optan por la preparación de un plan de reorganización de la sociedad con los acreedores y accionistas, con una huida de la judicialidad. ¿Hacia donde deberían tender las nuevas técnicas jurídicas en torno a la insolvencia?

No tengo dudas que una demorada presentación concursal implica responsabilidad, y hemos desenvuelto esa tesis para disuadir en operar en cesación de pagos<sup>14</sup>. De tal suerte se presenta la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplarizada por Garríguez y Uría<sup>15</sup> frente al tercero por lesión directa a su patrimonio, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria<sup>16</sup>.

Se enfrenta esa responsabilidad ante una insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. Se afirma entonces la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo<sup>17</sup>, aunque en relación a los efectos que esta puede producir hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal y material. La primera se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, se trata de infracapitalización nominal cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Es necesario separar ambos

supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad de los administradores y la inoponibilidad del recurso técnico de la personalidad jurídica de la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios.

La Comisión Nacional de Valores, superando el criterio formal de capital en la ley de sociedades, en artículo 8.1.8.1.11 del Libro VII de Normas Compiladas por la Resolución General 290/97, incluye en el concepto de capital las primas de emisión, los aportes irrevocables y los ajustes de capital, pudiéndose pensar que dentro del mismo criterio podría ubicarse a los préstamos de los socios a la sociedad<sup>18</sup>.

Con ello se seguiría el "modelo italiano" de tratamiento positivo de la infracapitalización material, basado ante todo "en la función empresarial del capital social y, por tanto, en soluciones que atienden a la ineptitud del fondo patrimonial que esconde para la explotación de la empresa social y, por ello, para la realización del objeto social."<sup>19</sup>.

### 3. ASUNCION DE LA CRISIS DE SOCIEDADES COMERCIALES A TRAVÉS DEL DERECHO ESPECÍFICO (LA CONSERVACION DE LA EMPRESA ES UNA CUESTIÓN PRIVADA, SOCIETARIA).

3.1. Los problemas, como se señaló, deben solucionarse entre socios y acreedores, en último caso intentando la capitalización del pasivo, conforme prevé expresamente el art. 197.2 de la ley de sociedades.

3.2. Para los jueces, cuando revisen la causa para homologar o no un acuerdo por ilicitud o abusividad, van las reflexiones siguientes.

Entrando en tema de cómo afrontar las soluciones, y sin pretender ninguna reforma, la cuestión será acotada cuando los jueces no homologuen propuestas írritas de quitas y esperas teniendo en cuenta:

a. que es abusiva la presentación de sociedades comerciales en concurso después de muchos años operando en cesación de pagos –pero el fenómeno en análisis lo es también

cuando la cesación de pagos es inmediata anterior-, es efectivizada sin que hayan recorrido el camino que la ley específica les impone.

Conforme las normas de la ley societaria –más específicas en otras legislaciones-, el actuar como buen hombre de negocios –particularmente con lealtad- impone que los administradores adopten aquellas medidas que de no ser directamente la de disolución (pérdida del capital social, imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social – con el patrimonio u organización-), convoquen a los socios que podrán rápidamente solucionarlo con una escisión, fusión, o con un aumento de capital que, de no ser deseado por los socios, puede llevarlos a la capitalización del pasivo prevista en la ley de sociedades.

La mayoría de las sociedades solucionan sus problemas a través de la ley de sociedades, y ello debería ser la regla, imponiéndose incluso por el juez del concurso en las medidas previas. Su incumplimiento genera siempre responsabilidad de los administradores, por lo menos frente a ciertos acreedores, además de recrear el análisis sobre la abusividad de la propuesta que se formule.

Implica, por otra parte, la forma más efectiva de asegurar la conservación de la empresa, argumento que es usado tardíamente por administradores societarios, ante su propia torpeza, para justificar ilegales y abusivas propuestas de acuerdo concursal.

## 2. Que ante la crisis deben actuar los administradores y socios.

Señalan Barreiro y Truffat<sup>20</sup> que “lo dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable”. Omiten la más sensata medida, que es la capitalización de las deudas, que luego receptan cuando enfrentan –a mi entender es su único error- mi visión con la de Lorente: “Se vera a continuación que sobre el punto hay dos visiones: una extrema (la de Richard) quien quiere que los administradores respondan, incluso, por la socialización de pérdidas que importan las soluciones preventivas. Otra más moderada (la de Lorente) –que es la que nos resulta más cercana- donde lo que se pretende es que el énfasis del rescate de la empresa esté en preservar a ésta y al el interés de los acreedores, antes que al interés de los socios”. Y páginas más adelante concluyen apoyando la posición de Lorente “Ya no se trata tanto de que alguien responda por los “daños” de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que –frente al desangelado fenómeno de la insolvencia-

las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

c. Que la homologación de una propuesta de quita y espera írrita enriquece a los socios que no asumieron el problema. Justamente nos hemos apoyado en la “absolute equity rule”<sup>21</sup> –recordada por Lorente-, para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 2º LS antes de pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales<sup>22</sup> si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.)<sup>23</sup>.

d. Que si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento<sup>24</sup>. A la empresa no le interesa quiénes son sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”. Con igual criterio<sup>25</sup>, señalábamos que si la empresa lo requiere debe imponerse la quita y espera, pero ello no debe beneficiar a los socios, enriqueciéndolos, sino que impone que por la tercera vía se capitaliza el monto quitado y lo que representa el diferimento<sup>26</sup>. A la empresa – metafóricamente- no le interesa quiénes sean sus dueños, sino “ser empresa” o sea “autosustentable”.

e. Que una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma participativa, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social, y ello puede hacerse privadamente en el ámbito societario. Con una presentación en concurso sin

satisfacer la legislación societaria se complica al Juez para lograr el enriquecimiento de los socios.

f.. La abusividad se califica, frente a la decisión de homologación, que en el informe general del síndico se señala el largo período de actuación en cesación de pagos, que importa haber continuado contratando la sociedad en forma dolosa (art. 931 y concordantes del C.Civil), e incluso configurar un perfecto plan de insolvencia, puesto en marcha, quizás hasta en el marco de una silenciosa complicidad de los directores o gerentes, y síndico si lo hubiera. Y a ese plan se habrá de ejecutar por actos de comisión, y de omisión preferentemente. Por supuesto que los desarrollos empresarios siempre llevan un riesgo, pero ese plan ha sido realizado cuando los responsables del gobierno de la empresa no podían dejar de saber que ese riesgo por el que transitaban encontrándose en “cesación de pagos” ya se enmarca en un riesgo jurídicamente desaprobado, transfiriéndolo a terceros al contratar con ellos a sabienda que no podrán cumplir su compromiso (deslealtad), prevista por el Código Civil como dolo civil.

Desde la perspectiva del derecho penal, ciertos casos podrían enmarcarse en el delito de administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del Código Penal), en tanto con su accionar perjudiquen los intereses confiados u obligaren abusivamente al titular de tales intereses. Pero tras la sanción de la ley 25.602 (promulgada en junio del año 2002), que deroga la ley de subversión económica, e incorpora el art 174 inc. 6<sup>27</sup> en el Código Penal, tales conductas podrían quedar comprendidas en los delitos de “vaciamiento de empresas” que contienen tales normas. Sin dudas que aludir a vaciamiento de empresas no responde a una técnica dogmática del todo ortodoxa. Las empresas no se *vacían*, y tampoco se *llenán*. Por tanto aquella idea no es más que una sarcástica metáfora; un mero término figurativo. En los hechos punibles que describe el art. 174 inc. 6 del Código Penal se dice que el agente vacía la empresa, en cuanto subsiste intacta como contenedor, es decir como entidad ideal, pero su contenido ha sido sacado, total o parcialmente. Con una salvedad: ese contenido puede referirse a sus bienes, pero también al desarrollo de su actividad. Por tanto vaciar una empresa no es solo restarle cosas. Vaciar una empresa es también restarle potencialidad a su desarrollo, imposibilitarla para competir en el mercado, para desarrollarse, para subsistir. Por ello cuando se trata de hacer sacrificios para “conservar la empresa” podríamos estar enfrentando una situación donde la empresa ha sido vaciada.

El art. 174 inc. 6 contiene dos tipos penales. Apuntamos hoy el primero: “*afectar el normal desenvolvimiento de una empresa*”. Por supuesto que no realizaremos una exégesis del tema<sup>28</sup>.

#### 4. CALIFICACIÓN DE LA ABUSIVIDAD: LA INCLUSIÓN O EXCLUSIÓN DE VOTOS.

La abusividad es puesta nuevamente de manifiesto, si superadas las vallas expuestas con anterioridad, el señor Juez se encuentra que la propuesta írrita ha sido aprobada o no por sujetos legitimados a expresar el voto.

La doctrina ha señalado sus sospechas sobre la forma de lograr las mayorías, particularmente por las intervenciones de terceros no convocados.

Sobre ese punto debe recordarse el criterio de Cámara, que hemos tratado de recrear, en torno a un principio básico: el de la concursabilidad, donde se convoca sólo a ciertas personas a la concurrencia obligatoria al proceso concursal, únicos –por tanto- que se encuentran legitimados por unidad de causa e interés a expresar voluntad en el negocio colegial de aceptación de la propuesta.

Se trata concretamente de un tema de legitimación. Al mismo tiempo esa convocatoria a iguales, ante la incapacidad patrimonial de la concursada, define el interés contrario.

La legitimación para votar constituye un derecho personal de los acreedores convocados, no un derecho creditorio.

La aceptación del criterio mayoritario para imponer una decisión a los disidentes y ausentes exige, además de un cierto procedimiento, la existencia de un interés común u homogeneidad de intereses en quienes vayan a formalizar esa declaración de voluntad. En el caso del concurso esa “legitimación” corresponde a los acreedores concurrentes para asumir la comunidad de pérdida ante la insolvencia del deudor común. No es un derecho del crédito sino del titular del patrimonio al que se le limita el ejercicio del derecho creditorio que afecta a su patrimonio.

“Para que un concurso preventivo sea una herramienta sana para que empresas viables superen situaciones de crisis económico financieras, más procurando mantener un adecuado equilibrio de intereses de manera tal que no constituya una trampa para acreedores, es clave que quienes vayan a integrar las mayorías computables sean todos los

que deban ser y no otros; sin ausencias que peden ser evitadas y sin presencias de acreedores falsos”<sup>29</sup>.

Tema central de un acto colegial es quiénes pueden formalizar su manifestación – que manteniendo su identidad (colectividad)- determina la voluntad colegial. En una asamblea societaria los accionistas que se inscribieran (art. 238 LS). Y en el concurso? Este es el tema clave. La ley concursal autoriza a votar a los acreedores convocados verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 LCQ) y no a los “créditos”. Ello se vincula indisolublemente al aspecto del “interés contrario” o al “interés concurrente”.

La visión sobre la cuestión suele ser limitada por aplicación del método de las “relaciones de cambio”, y no de las de organización. Se apunta al sistema concursal, o al orden público concursal, o al sistema de concursabilidad que implica un sistema de “relaciones de organización”, que impone la legitimación de ciertos acreedores (no de terceros que lo sustituyen). Se configura así el negocio colegial, como un negocio colectivo de participación necesaria de exclusivos legitimados para tratar una propuesta del deudor común, en un marco temporal normativa y judicialmente delimitado.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura del concurso, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda estar legitimado para votar, lo que resulta de las previsiones de los arts. 31 y 41 LCQ. Justamente en relación a ciertos créditos (45 3ª parte LCQ), se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia<sup>30</sup>.

Los efectos entre partes derivados de la subrogación y cesión de créditos han sido estudiados<sup>31</sup> desde el Código Civil, pero a nuestro entender no se ha agotado el análisis desde la particular naturaleza del acuerdo y de su aprobación como acto colegial colectivo.

La aplicación del Código Civil generó un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio. Los jueces actuando con visión formal y no con método de empresa, sino de relaciones de cambio, han aceptado subrogaciones, incluso parciales, de lo que es necesario para imponer el

acuerdo por mayoría. Ello llevaría a autorizar el voto dividido, o sea que de una misma causa de la acreencia, se despachen dos votos, alterando así la situación original (art. 32 LCQ). El caso supone que el mismo crédito verificado oportunamente, correspondiente a un acreedor verificado, y que por tanto era el único que podía votar, fuere dividido a los efectos de obtener la mayoría e imponer el acuerdo a los acreedores que votaron en contra, que no votaron o que están en trámite de verificación e incluso al acreedor original al que sólo se satisface el monto necesario para lograr la mayoría<sup>32</sup>. En efecto, en el precedente, gracias al artilugio, se impone una grave pérdida al propio acreedor cuyo crédito parcialmente fue subrogado. Se generó en el caso una situación de voto dividido sólo autorizada en el art. 45 bis LCQ.

Se trata de abuso de derecho –cuando no de un acto delictual- por “acreedores” nacidos con posterioridad, generando daños a los acreedores convocados. Nada obsta al negocio de subrogación o de cesión, con sus efectos típicos entre partes, pero con exclusión del voto en interés contrario a los que concurren al acto colegial colectivo, además de por falta de legitimación.

Existiría una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor convocado, anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, limitando el efecto de la cesión en el concurso, existe en esos actos una alteración de las consecuencias naturales del negocio<sup>33</sup>, en ese negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no su ausencia, o su ilicitud, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”<sup>34</sup> en cuanto se intenta afectar a la minoría. La “adquisición” por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renunciaciones a derechos reales o privilegios, y la aceptación de un acuerdo írrito de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto intenta perjudicar a los acreedores concursales reconocidos y enriquecer al concursado o a los socios de la sociedad concursada.

Desde la axiología concursal sólo los “acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes” pueden intervenir conforme la previsión del art. 32 LCQ, donde se expresa la “causa” de la obligación, que tiende a excluir a acreedores complacientes o conniventes, que deben corresponder al giro negocial. Aceptar la participación de subrogantes, cesionarios o adquirentes de créditos desnaturaliza el

principio, máxime cuando –escandalosa y abusivamente- se lo hace al único fin de obtener la mayoría, “adquiriendo” la porción necesaria a tal fin de un crédito mayor. Ello se corresponde al contenido del informe general (art. 39 inc. 3º LCQ) y en la categorización “fundada en agrupamiento y clasificación en categorías de los *acreedores verificados y declarados admisibles*” (art. 41ª parte LCQ) y no de otros.

Ello lleva a una interpretación congruente. La ley concursal sólo permite votar a los acreedores convocados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería congruente con el sistema concursal, donde una subrogación y/o cesión es sospechosa y ajena al “interés” de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

La limitación que surgiría de la propia ley concursal, se finca en a. la *pars conditio creditorum*, b. la naturaleza de la aceptación del acuerdo que es un acto cumplido por los acreedores convocados entre sí. Y en tal supuesto localizamos la previsión de la ley de concursos referida a los acreedores anteriores, o concursales, el interés global de los acreedores donde quién nació como acreedor con posterioridad no puede operar en conflicto de intereses, basados a su vez en la causa misma del negocio jurídico del cesionario o subrogante, o sea no en la causa inicial anterior al concurso, sino en la causa por la que un tercero paga el crédito, actuando luego contra sus propios intereses, pero sin duda contra los intereses de los acreedores anteriores.

Interpretado el sistema en su conjunto, en el análisis de una relación colegial colectiva, y no de mero contrato entre acreedor y deudor, o entre acreedores individualmente, la obtención de la mayoría implica generarles a los acreedores que votaron en contra, los que se abstuvieron, y los que están en trámite de ser reconocidos, una donación expropiatoria a favor de los socios. Un acreedor no originario, por causa o título anterior al concurso, no puede alterar el estado de cosas, rompería la *pars conditio creditorum*. En cuanto se advierta que la intervención posterior a la apertura del concurso de un tercero (“agradecido”?) empobrece a los acreedores disidentes, abstenidos o en trámite de reconocimiento, y enriquece a los socios de la sociedad concursada –o al propio concursado-, la apreciación de ese enriquecimiento complejifica la situación y califica por lo menos el abuso.

Llamó la atención que la jurisprudencia sobre exclusiones no hiciera referencia a tratados, particularmente en orden a legitimación. Consultamos a Rivera, Roitman y Vitolo<sup>35</sup> y a Junyent Bas y Molina Sandoval<sup>36</sup>, sin encontrar referencias. En Cámara

encontramos opinión concreta<sup>37</sup>. Si bien referido a la Junta de acreedores, donde se expresaba la dirección del voto, ante el título “Acreedores que pueden asistir”, se preguntaba “¿Qué acreedores comprende? Los verificados y declarados admisibles”, al ser reemplazado el anterior sistema de verificación. Posteriormente al referirse a los “acreedores votantes”<sup>38</sup> señala enfáticamente un juicio totalmente aplicable en la legislación vigente: “a) El derecho de voto se atribuye al acreedor, y no a los créditos... En consecuencia, si el acreedor tiene varios créditos dispone de un solo voto personal – principio de indivisibilidad-, por el importe de todos ellos con derecho de voto: único en su contenido que no puede fraccionarse ni por mandatario...d) El acreedor de un acreedor del concursado, ¿puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196 C.C.)... Tienen derecho de voto: a) En primer lugar, los acreedores quirografarios verificados o declarados admisibles... Ellos son los principales destinatarios del acuerdo preventivo, porque soportan las consecuencias de la insolvencia del deudor”. Es el interés común que justifica, conforme el orden público concursal, el acuerdo por mayoría de las personas unidas homogéneamente<sup>39</sup>.

4.1. Lo que es aceptable en las relaciones bilaterales, y autorizado por el Código Civil, como relación de acuerdo o contractual, no puede afectar a terceros, basados en el art. 1197 C.C.. La legislación concursal sobre la base de la universalidad o de la concurrencia impone a los acreedores anteriores a la apertura del concurso a presentarse en el juicio universal. Sólo entre ellos es aceptable el acuerdo. La subtracción o cesión de créditos es incompatible con tal sistema. Más aún la cesión o subrogación parcial que altera no sólo las relaciones por el monto de los créditos en cuanto a la aceptación, sino al número y parecería permitir el voto dividido, que sólo es aceptado en el caso del art. 43 bis. La causa es un elemento fundamental en las relaciones bilaterales, y más importante en las relaciones de organización. La causa no puede ser alterada para perjudicar a ciertos acreedores, enriqueciendo a los socios, particularmente en cuanto existen formas de acuerdos que compatibilizan ambos intereses. Alterar la causa del crédito para beneficiar al deudor importa un acto ilícito, o por lo menos abusivo.

Estas apreciaciones sobre la “causa” permiten acentuar el criterio concursalista de admitir a votar sólo a los acreedores verificados o declarados admisibles que tienen una causa evidenciada y coherente con las vinculaciones patrimoniales generadas por el

concurado. Los acreedores cuyos votos estamos cuestionando, no verificados, que advienen al concurso con una “causa” de liberalidad para renunciar a privilegios y/o al derecho propio de un acreedor de hacer efectivo su crédito, tiene interés contrario por la propia causa del negocio por el que intenta intervenir en el “negocio colegial”. “Un interés extraño, y generalmente opuesto, al meramente patrimonial derivado del crédito que tiene contra la sociedad”<sup>40</sup>.

A su vez la participación de terceros no convocados impondría el análisis de las conductas a la luz del art. 180 Código Penal<sup>41</sup>.

## 5. TERMINANDO.

Creemos que nuestras explicitaciones podrán ser de gran utilidad a los señores Jueces en el momento que deban analizar ciertas conductas de administradores y socios de sociedades comerciales cuando operan en insolvencia, particularmente en el momento del análisis de la abusividad y/o ilegalidad de la propuesta de un acuerdo de quita y espera irrita, supuestamente alcanzado con mayorías con el voto (aceptación) de acreedores no convocados o con la exclusión de acreedores convocados.

Cuando se advierta públicamente que esa no es la forma de conservar la empresa, que implica un enriquecimiento de los socios y que se ha logrado con la aplicación dogmática aislada de normas, los jueces no podrán convalidar tales despojos e inmediatamente se corregirán para el futuro esos abusos y se devolverá el uso normal y funcional de las sociedades como instrumento maravilloso de la organización económica y jurídica.

---

<sup>1</sup> Comunicación al Congreso 2000\*\*

<sup>2</sup> Sobre la ilegitimidad de esa práctica y la cesación de pagos puede verse FERRER, Patricia *La compra apalancada del paquete accionario (leverage buy-out). Efectos en el supuesto de cesación de pagos de la sociedad* en RDCO p. 605 n° 203, septiembre de 2003.

<sup>3</sup> Sobre la ilicitud de este proceder en general *Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale* de ACCINNI, Giovanni Paolo, pag. 193 Rivista delle Società enero febrero 2001.

<sup>4</sup> En un laudo arbitral donde se aconsejó profundizarlo a través de un convenio de mayor aporte del Estado.

<sup>5</sup> ACCINNI, Giovanni Paolo *Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale*, Rivista delle Società enero-febrero 2001, pag. 193

<sup>6</sup> *La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)* en libro “Estado, Poder Judicial y Derecho de Daños” de pág. 71 a 87 Coordinado por el Prof. Carlos A. Ghersi “DERECHO DE DAÑOS. Economía. Mercado. Derechos personalísimos”, Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999 ISBN 950-20-1215-1, en cap. I.

<sup>7</sup> Nto. *INEFICIENCIA DE LA LEY CONCURSAL*, en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss., Rosario, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales.

<sup>8</sup> PAILLOSEAU, Jean (traducción del francés de Antonio Tonón) *Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades. O algunas reflexiones sobre el renacimiento (?) de un derecho a la deriva* en R.D.C.O. año 17 pág. 654,

específicamente pág. 658 donde cita a otros autores.

<sup>9</sup> DOBSON, Juan M *La reforma de 1985 del Derecho concursal Inglés* en R.D.C.O. año 18, 1985, pág. 435 a 464, específicamente última página.

<sup>10</sup> Cfme. nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss..

<sup>11</sup> PAILLOSEAU ob. cit. pág. 656 con cita de varios autores.

<sup>12</sup> PAILLOSEAU ob. cit. pág. 659.

<sup>13</sup> OLIVERA GARCIA ob. cit. pág. 30.

<sup>14</sup> \* en RDCO n° 219 julio-agosto 2006 pág. 45 y ss., donde se citan otros trabajos y jurisprudencia.

<sup>15</sup> En comentario a la Ley de Sociedades Anónimas t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

<sup>16</sup> Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”.

<sup>17</sup> Cfme. BOLDO RODA, Carmen *La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español* Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones año 30, 1997, pág. 1 y ss., en especial pág. 43.

<sup>18</sup> Así lo hemos sostenido en diversas comunicaciones a Congresos, en los que sostenemos que tanto aportes irrevocables como tales préstamos deben ser considerados obligaciones subordinadas frente a los acreedores quirografarios, ante la insolvencia de la sociedad (ver Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y de la Insolvencia).

<sup>19</sup> Cfme. OTXOA-ERRARTE *Comentario a la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1993. La infracapitalización CDC*, septiembre 1994, p. 284), también en Alemania, últimamente, parece que un sector doctrinal propuga, frente a la responsabilidad por infracapitalización material, la reponsabilidad de los administradores que nace en los casos en que el sobreendeudamiento es presupuesto para la apertura de un procedimiento concursal y existe retraso por parte de los mismos en instar dicho procedimiento ante esa situación (§ 823.2 BGB y § 830 del mismo texto legal, aplicable a los socios cuando haya por su parte algún tipo de colaboración en esa actuación).

<sup>20</sup> BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. *Daniel Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en Doctrina Societaria y Concursal, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.

<sup>21</sup> En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba 2005 que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba 2005 y luego en Barranquilla.

<sup>22</sup> Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre 2005, *Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?* en el CD editado por el Congreso, y *Hacia la desjudicialización de las crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA* comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali – COLOMBIA- Martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y antes *Propuesta abusiva* para elDial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

<sup>23</sup> Comunicación con José Luis PALAZZO al \*\*\*\*\*

<sup>24</sup> Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia. También en *Otra vez sobre propuestas abusivas* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, página 409 a 434.

<sup>25</sup> Nto. *Propuesta abusiva* en El Dial.com y en página electrónica de la Academia.

<sup>26</sup> También en *Otra vez sobre propuestas abusivas* citado.

<sup>27</sup> Sufirá prisión de 2 a 6 años: “*el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinada a la prestación de servicios; destruir, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital*”

<sup>28</sup> Sobre el particular véase Palacio Laje, Carlos *Los Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002; y un trabajo más actualizado en “Derecho Penal económico, Parte Especial” Tomo 2, *Vaciamiento de Empresas*, por Carlos Palacio Laje, pag. 304 en adelante, EDITORIAL Mediterránea.

<sup>29</sup> AQUINO, Mariano J. *Algunas notas sobre los acuerdos preventivos para acreedores privilegiados* en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 2005, año 38 tomo 2005-B pág. 554 y ss., específicamente pág. 562 “2. El pasivo que integra las mayorías. La importancia de la etapa informativa”, si bien tratando de acreedores privilegiados introduce las condiciones de “legitimidad”.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona 1989, pág. 73 en orden a que “Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos –y el negocio colegial, agregamos- pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho”.

<sup>31</sup> STUPNIK, Andrés A.; STUPNIK, Sergio A.J. y STUPNIK, Martín G. *El pago con subrogación y la cesión de créditos. Su aplicación en los procesos concursales* en Doctrina Societaria y Concursal Diciembre 2005, año XIX tomo XVII n° 217, p. 1551.

<sup>32</sup> Contra la división Cámara en ob. y pág. citada, conforme al principio de indivisibilidad del voto, que no puede fraccionarse ni por mandatario. Dentro de la estructura general de las decisiones tomadas por mayoría, el principio de indivisibilidad puede verse en JAEGER, Pier Giusto *Il voto divergente nella società per azioni* Casa Editrice Giuffrè, 5 Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, Milán 1976.

---

<sup>33</sup> BETTI, Emilio *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág.. 187

<sup>34</sup> BETTI, ob. cit. pág. 278.

<sup>35</sup> *Ley de concursos y quiebras*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, tomo I pág. 313 y ss..

<sup>36</sup> *Ley de concursos y quiebras comentada*, Editorial Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2003, tomo I pág. 271 y ss..

<sup>37</sup> CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra – Comentario de la ley 19551*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1979, tomo II pág. 933 y ss “acreedores que pueden asistir”, específicamente pág. 933.

<sup>38</sup> CÁMARA ob. cit. en nota anterior pág. 965 y ss., específicamente pág. 966. A pág. 968 refiere “puede votar usando la acción subrogatoria? No corresponde, porque el derecho de voto es inherente a la persona del acreedor (art. 1196, Cód. Civil”, que se repite a pág. 223 tomo II de la Segunda Edición Actualizada bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Buenos Aires 2006 Lexis Nexis..

<sup>39</sup> Sin ingresar en estudios de derecho comparado –nos hemos limitado a la sistemática concursal-, la legislación italiana en el art. 127 con referencias al “Voto en el concordato “in fine” disponía que “Las transferencias de los créditos producidas después de la declaración de quiebra no atribuyen derecho de voto”.

<sup>40</sup> Del Dictamen fiscal de Alejandra Gils Carbó aceptado por la CNCom. Sala A 8.10.2004 “Productos Mainumbi S.A. s/ Concurso preventivo” en libro *Conflictos en la Insolvencia* Directores Nissen, Vitolo, Editorial Ad Hoc, Bs. Aires 2005 pág. 352 y ss. .

<sup>41</sup> Comunicaciones con Carlos PALACIO LAJE al Congreso\*\*\*