

NOTAS EN TORNO A LA EXCLUSIÓN DE VOTO EN EL ACUERDO POR INTERÉS CONTRARIO CON LA CONCURSADA (Y MUCHO MÁS)

Efraín Hugo RICHARD

Diariamente la realidad señala que los representantes de sociedades concursadas solicitan al Juez del Concurso que excluya del cómputo del voto, el que ha emitido o no emitirá favorablemente un supuesto acreedor con interés contrario al de la concursada.

Ello nos lleva a algunas reflexiones, en voz alta, para tratar de interpretar lo que esta sucediendo en el “derecho concursal” argentino, sin ingresar en el análisis de ninguna jurisprudencia en particular, por las características que puede tener cada caso frente a ciertos principios que queremos señalar.

Particularmente nos referimos a lo que damos en llamar “Derecho concursal societario” o “Derecho de la crisis societaria”.

1. La petición se formaliza, sin duda, contra un acreedor concurrente, cuyo crédito ha sido verificado o declarado admisible. O sea que se intenta excluir del ejercicio de un derecho al titular propietario de un crédito indubitable, legítimo, generado normalmente por una relación contractual¹ asumida libremente por los representantes legales de la sociedad concursada cuando la misma no se encontraba en concurso. Parece así indubitable que –en la normalidad de los casos- el crédito nació por una relación voluntaria entablada por los representantes legales de la sociedad concursada con normalmente otra sociedad a la que se reputa interés contrario al social.

Como en la verificación se ha analizado la causa de la obligación, se supone que el crédito y la legitimidad del acreedor concurrente se basa en la legalidad de aquella relación causal y en el incumplimiento de la concursada de satisfacerla oportunamente, presentándose en concurso e imponiendo a todos “sus” acreedores la concurrencia.

O sea que la presencia del competidor en el concurso responde a una actuación de los representantes legales de la concursada.

2. La incapacidad de pago de una sociedad esta sometida en primer lugar a su propio sistema: la legislación societaria. Los administradores como buenos hombres de negocios y los socios, particularmente si alguien ejerce el control de derecho, deben cumplir con previsiones expresas de la ley en torno al capital social, publicidad, disolución, etc., que ante la imposibilidad patrimonial de continuar el giro comercial imponen conductas, una de ellas la capitalización de los pasivos².

¹ No siempre sería contractual, por ejemplo derivado de un accidente, pero naturalmente los créditos concurrentes resultan del giro funcional de una sociedad.

² Cfme. MUIÑO-RICHARD *Organización societaria*, Ed. Astrea. EN Libro colectivo “Acciones de recomposición patrimonial y conflictos laborales en la quiebra” dirigido conjuntamente con Daniel R. Vitolo, Ad Hoc, Buenos Aires 2005: *La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución* conjuntamente con Graciela A. Haggi, pág. 229 del primero, y *La continuación de la empresa y la reorganización empresarial como un problema eminentemente societario*, conjuntamente con Laura Filippi, pág. 227 del segundo; en Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, nuestro “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811; *Hacia de la desjudicialización de la crisis: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA*, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali, Colombia; *Funcionalidad de sociedad y*

O sea que todo representante legal de una sociedad que contrata con competidores debe tener especial cuidado en cumplir el contrato, pues puede ser ejecutado en caso de incumplimiento, si carece de capacidad patrimonial para cumplir deberán los socios aumentar el capital social o capitalizar el pasivo³, lo que llevaría a compartir con tales acreedores –competidores- el gobierno de la sociedad.

3. El acuerdo concursal corresponde al sistema de acuerdos colectivos colegiales, o sea adoptados por mayoría de los que estén legitimados a votar. Y en el derecho argentino sólo están legitimados a votar los “acreedores verificados o declarados admisibles”, es un derecho personal de los acreedores concurrentes, o sea que legitima a ciertos sujetos y no a otros conforme el orden público concursal⁴.

4. Ha pasado a ser una constante que los acuerdos sean de quita y espera⁵. O sea que los representantes de la concursada, sus socios, pretenden incumplir las previsiones de la legislación societaria y que sus acreedores sean despojados de casi la totalidad del crédito por quitas desmesuradas e inconstitucionales, y esperas ajenas a las prácticas de mercado. Obviamente que tales quitas y esperas, de ser aprobado el acuerdo disminuye el pasivo y automáticamente se enriquecen los socios de la concursada⁶, devenida de la “habilidad” de sus representantes y de la “omisión” de las obligaciones de los socios.

5. Ese enriquecimiento se obtiene a través de intentar que se verifiquen la menor cantidad de créditos –o se declaren admisibles- en tiempo útil, a fin que la menor cantidad de acreedores, y de los créditos de los que son propietarios, sean necesarios para aprobar el acuerdo, imponiéndolo así no sólo a los que votan en contra y a los que no votan, sino también a todos los que componen el pasivo real de la concursada.

Sospechosamente esa mayoría se logra por opinables medios, a nuestro criterio ilegales, como la adquisición de créditos con garantía real o privilegios renunciando luego a esos beneficios, subrogaciones y/o cesiones, y hasta a la subrogación parcial de

propuesta concursal abusiva en Zeus Córdoba, tomo 7 página 505 a 515, 8 de noviembre de 2005; *Propuesta abusiva* en El Dial. Express; *Responsabilidad de administradores y socios por pagos en negro y trabajo clandestino* en El Dial.com 2005; *Técnicas para lograr la eficiencia del sistema concursal* en Anuario VII (2002-3) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ed. Lerner, Córdoba 2005, págs. 153 y ss.; *ESTA LLOVIENDO ¡SE ACABO LA SEQUÍA!* (En torno la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores) en *Doctrina Societaria y Concursal* de Ed. Errepar, diciembre 2005 n° 217, tomo XVII pág. 1532; En Libro colectivo en homenaje a Beatriz Mauri –en prensa- *Ensayo en torno a CONTRATO Y ACUERDO (aspectos societarios y concursales)*; *Nota al acuerdo concursal* en “Vía Crisis” Revista Electrónica de Derecho Concursal (Lima, Perú, año 2 n° 11 del 17 de marzo de 2006); *El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba)* en RDCO n° 216 Enero Febrero 2006.

³ Nto. *CRISIS DE SOCIEDADES: PROPUESTAS CONCURSALES ABUSIVAS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* en prensa RDCO y trabajos citados en nota anterior sobre propuesta abusiva.

⁴ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* en diario La Ley del 13 de marzo de 2006.

⁵ Pese al catálogo que ofrece la ley 24.522, no limitativo. Claro que la quita y espera implica una apropiación de los créditos de los acreedores en beneficio de los socios de la sociedad concursada. Solución nada despreciable mientras sea tolerada.

⁶ Nto. *Otra vez sobre propuesta abusiva* en Libro Colectivo “Conflictos en la insolvencia” dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo, Editorial Ad Hoc Bs. As., noviembre 2005, pág. 409 y bibliografía allí citada.

ciertos créditos exclusivamente en relación al monto con el que se lograría la mayoría, incluso frente a la oposición del acreedor que, por el remanente resultará afectado.

Señalamos que tal criterio es aceptable por aplicación automática del Código Civil y sin advertir que el sistema concursal entronca un sistema propio de acuerdos colegiales, de un orden público concursal, que excluye a subrogados o cesionarios, pues importa un derecho del acreedor concurrente y no del crédito.

6. Y el clímax de esta nota se alcanza cuando los representantes de la concursada, a través de las “maniobras” ilegales que apuntamos precedentemente, advierten que no alcanzan los porcentajes logrados para su propósito de despojar a los acreedores y enriquecer a los socios. Ante ello revisan los votos negativos o no emitidos y encuentran al “competidor”.

Competidor cuya legitimación generaron causalmente los propios representantes, que debieron imaginar la posibilidad de capitalización de tal pasivo, no sólo conforme las reglas societarias, sino también conforme a un principio concursal inexcusable que señala Lorente⁷, y que hemos recordado Barreiro y Truffat⁸ y nosotros⁹.

7. Ha llegado el momento de pensar sistémicamente en el derecho de crisis de las sociedades para no estimular maniobras que claramente afectan el derecho de propiedad, la seguridad jurídica, y estimulan que las sociedades sean alejadas de su funcionalidad, trastrocando su calidad de herramienta maravillosa de la organización empresaria¹⁰.

8. Claro que la aceptación de este estado de cosas, de esas actitudes de los representantes de la sociedad concursada justifican plenamente nuestras aseveraciones sobre la posibilidad de ejercer acciones individuales de responsabilidad aún con el acuerdo homologado y, porque no, contra los controlantes por su conducta abusiva¹¹.

9. Como anticipamos no intentamos comentar jurisprudencia, pues pensamos que en cada caso la sapiencia y capacidad del juez lo habrá llevado a dictar la resolución que correspondía.

10. Un supuesto especial podría derivar de situaciones societarias internas que conllevará a que un grupo de control perdiera presencia en la administración social y, habiendo generado créditos en su favor se supusiera un voto en contra para la

⁷ LORENTE, Javier A. *El acuerdo preventivo extrajudicial (APE) argentino y el “prepackaged plan” (“PREPACK”): coparación sistemática y específica de ambos procedimientos concursales* en *Doctrina Societaria y Concursal* agosto 2004, tomo XVI pág. 893, especialmente pág. 902

⁸ *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?*, publicado en *Revista “Doctrina Societaria y Concursal”* de ese mes de Octubre 2005 -tomo XVII pág. 1205-

⁹ *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

¹⁰ Nto. En Libro colectivo sobre Concursos y Quiebras coordinado por Lidia Vaisier, en prensa, nto. *HACIA LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CRISIS: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA*.

¹¹ Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO Doctrina n° 203 página 553 y ss., donde señalábamos en las líneas finales p. 585: “Sin duda nuestra posición levantará cuestionamientos, pero al mismo tiempo hará raepensar a los asesores jurídicos y contables los alcances de nuestra legislación. Ello llevará a que los administradores de sociedades –y a los socios controlantes- reciban el alerta correspondiente para permitirles gozar el principio societario de la irresponsabilidad”

continuidad de la gestión de la concursada. La situación de hecho y de derecho puede ser complejísima, pero se nos ocurre la necesidad de abordarla desde el derecho societario. Por un lado en ningún supuesto puede intentarse que sean los acreedores los que soporten las pérdidas sociales y con ello enriquezcan a los socios: la capitalización del pasivo, el esfuerzo compartido, es –a nuestro entender- la única solución constitucional y que cubre el verdadero bien jurídico tutelado por la legislación concursal.

Pero, por otro lado, en todo supuesto que existió control abusivo existe responsabilidad –incluso imputabilidad- de actos y obligaciones contra el controlante. Y esta acción la pueden ejercitar todos los acreedores de la sociedad concursada en su beneficio, aunque exista homologación de acuerdo. También lo podría ejercitar la propia sociedad concursada por el control abusivo ejercido –aunque haya cesado- si el control abusivo la llevó a ese estado de cosas. La previsión del art.54 in fine LS y las acciones individuales de responsabilidad contra administradores societarios son parte de las vías que deberían resolver el problema.

La exclusión de voto del controlante abusivo, o del ex controlante abusivo, para homologar un acuerdo de quita y espera que genera enriquecimiento de socios en detrimento de los acreedores sociales no es la solución “concursal” lógica, pues afecta a otros acreedores. Y este es otro tema: ¿ el interés contrario que excluye el voto de acreedores concurrentes debe ser por interés contrario al colegio o a quién contrata con el colegio ? Parecería que la legitimación para votar el acuerdo se basa en el interés común o legitimación para formar el acuerdo colegial, que excluye a su vez a quienes tengan interés connivente con la concursada. Se supone un interés contrapuesto entre acreedores concurrentes y concursada, que intenta ser compuesto a través del acuerdo, que no puede ser impuesto por concurrencias conniventes.

Esperamos ahora el chubasco, que es bueno que llueva...