

INTERES CONTRARIO A LA CONCURSADA COMO EXCLUSIÓN DE VOTO

Efraín Hugo RICHARD¹

Donde se afronta con perplejidad las soluciones en concursos de sociedades que se apartan del derecho societario de base.

Índice: 1. Destinatario de la pretensión de la concursada. 2. Concurrencia. 3. El incumplimiento de la concursada. 4. Sobre el acuerdo concursal. 5. Legitimación para proponer el acuerdo. 6. El enriquecimiento de los socios: el acreedor con interés contrario. 7. El derecho de crisis de las sociedades. 8. El control abusivo o torpe.

La realidad señala que los representantes de sociedades concursadas solicitan al Juez del Concurso la exclusión del derecho a votar o del cómputo del voto emitido -o que no emitirá favorablemente- por un acreedor supuestamente con interés contrario al de la concursada.

Ello lleva a algunas reflexiones para tratar de interpretar lo que está 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 en lo que consideramos un “Derecho concursal societario” o “Derecho de la crisis societaria”.

1. Destinatario de la pretensión de la concursada.

La petición se formaliza contra un acreedor concurrente cuyo crédito ha sido verificado o declarado admisible. Se intenta así excluir del ejercicio de un derecho al titular de un crédito indubitable, legítimo, generado normalmente por una relación contractual², formalizada por los representantes legales de la sociedad concursada cuando la misma no se encontraba en concurso.

Es indubitable que –en la normalidad de los casos- el crédito nació de una relación voluntaria de los representantes legales de la sociedad concursada con un acreedor personal u otra sociedad, para la que ahora se reputa interés contrario al social de la sociedad en pagos.

2. Concurrencia.

Conforme a ello, dicho acreedor concurre ante el Juez del Concurso, junto a los demás por imperio de la cesación de pagos del deudor común.

Y en esa concurrencia, en la verificación impuesta como carga, se analiza la causa de la obligación, por lo que 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

¹ Agradeceremos opiniones a ehrichard@arnet.com.ar

² No siempre sería contractual, por ejemplo derivado de un accidente, pero naturalmente los créditos concurrentes resultan del giro funcional de una sociedad.

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, por su gestión en el nacimiento de la obligación imputable y en el incumplimiento de la misma por su cesación de pagos.

3. El incumplimiento de la concursada.

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 algunos ejercen el control de derecho, deben cumplir con previsiones expresas de la ley en torno al capital social, su integración, reintegración, aumento, llegando eventualmente a analizar una causal de disolución y la eventual liquidación ante la imposibilidad patrimonial de continuar el giro comercial. Esa imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social por infracapitalización material o por insuficiencia patrimonial imponen conductas, una de ellas la capitalización de los pasivos³.

Conforme a ello los representantes legales de una sociedad que contrata con competidores –y obviamente los administradores que los autorizaron- deben tener especial cuidado en cumplir el contrato, pues podrá ser ejecutado en caso de incumplimiento. Si la sociedad carece de capacidad patrimonial para cumplirlo, deberán los socios aumentar el capital social o capitalizar el pasivo⁴, lo que llevaría a compartir con tales acreedores –competidores- el gobierno de la sociedad. La solución está expresamente prevista en la ley de sociedades.

4. Sobre el acuerdo concursal.

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

3 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 empresaria 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 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.

⁴ Nto. *CRISIS DE SOCIEDADES: PROPUESTAS CONCURSALES ABUSIVAS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* en prensa RDCO y trabajos citados en nota anterior sobre propuesta abusiva.

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 concursal⁵.

Es un sistema de orden público donde la mayoría de los acreedores sólo puede decidir si esta legitimada a votar.

5. Legitimación para proponer el acuerdo.

Ha pasado a ser una constante que los acuerdos propuestos impongan importantes quitas con inusuales períodos de gracia e interminables plazos de cumplimiento⁶, pese a la variedad de acuerdos posibles, incorporados a la ley de sociedades y a la de concursos.

Con una quita y espera de esa naturaleza los representantes de la concursada y sus socios pretenden incumplir las previsiones de la legislación societaria y que sus acreedores sean despojados de casi la totalidad del crédito. Tales quitas y esperas, de ser aprobado el acuerdo, disminuyen el pasivo y automáticamente enriquecen a los socios de la concursada⁷, devenida de la “habilidad” de sus representantes y de la “omisión” de las obligaciones de los socios.

Ello impone echar una mirada a quién debe construir la propuesta de acuerdo. La propuesta de quita y espera suele ser introducida al expediente concursal en un breve escrito donde se indica la magnitud de ambos sacrificios a los acreedores, expuesta por el representante legal de la sociedad bajo el patrocinio legal, cuando no por el abogado con facultades suficientes para intervenir en el concurso.

Creemos que ello no implica la presentación de una propuesta de acuerdo imputable a la sociedad. Una propuesta de acuerdo debería corresponder al análisis formalizado por el órgano de administración de la sociedad, donde se evalúan las posibilidades de continuación de la empresa, los posibles acuerdos, la posibilidad de cumplimiento de los mismos, y se aprueba lo que se presentará en el concurso autorizado a alguno de los representantes legales, orgánico o por mandato, para formalizar la presentación de la propuesta con el documento legitimante.

El enriquecimiento de los socios unido a la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores sociales potencia la posibilidad de acciones contra ellos por parte de los acreedores que se sientan perjudicados, aunque se homologara el acuerdo.

6. El enriquecimiento de los socios: el acreedor con interés contrario.

El enriquecimiento referido 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.

⁵ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* en diario La Ley del 13 de marzo de 2006.

⁶ 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.

⁷ 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.

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 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. Así nos hemos expresado fundadamente⁸.

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.

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 Lorente⁹, y que hemos recordado Barreiro y Truffat¹⁰ y nosotros¹¹.

7. El derecho de crisis de las sociedades.

Debemos 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 empresarial¹².

Es en el derecho societario, y en el Código Civil, donde deben abreviar los administradores societarios sobre sus obligaciones de actuar con lealtad –sin dolo- y con la diligencia de un buen hombre de negocios –sin culpa- para evitar responsabilidades¹³, y a su vez los socios de control no pueden usar a la sociedad antifuncionalmente, para frustrar derechos de terceros.

La aceptación de tales quitas y esperas, de situaciones para imponerlas, de esas actitudes de los representantes de la sociedad concursada, justifican plenamente nuestras aseveraciones sobre la posibilidad de ejercer acciones individuales de responsabilidad

⁸ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* citado en nota anterior.

⁹ 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

¹⁰ *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-

¹¹ *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.

¹² 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*.

¹³ JUNYENT BAS, Francisco *Responsabilidad de los administradores societarios*, Córdoba 1996, Editorial Advocatus, en todas sus reflexiones, y también en nuestro prólogo donde anticipábamos las nuevas fronteras de responsabilidad en las sociedades en crisis.

aún con el acuerdo homologado y, porque no, contra los controlantes por su conducta abusiva¹⁴.

8. El control abusivo o torpe.

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 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 supuestos que haya existido control abusivo se genera responsabilidad –incluso imputabilidad- de actos y obligaciones contra el controlante, por los daños causados a la propia sociedad, a socios y a terceros (art. 54 in fine LS).

Y esta acción la pudieron ejercitar antes del concurso la propia sociedad en dificultades, sus nuevos representantes y los socios. A su vez todos los acreedores de la sociedad concursada en su beneficio –incluso en forma individual y obviamente por acción extraconcursal-, aunque exista homologación de acuerdo.

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.

Es otro tema si 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.

En esta misma publicación, en diciembre del año pasado nos alborozamos que hubiera terminado la sequía y hubiera empezado a llover, esperamos ahora el chubasco, que es bueno que siga lloviendo en el otoño...

¹⁴ 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 repensar 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”