

NULIDAD ABSOLUTA DE ACTOS SOCIETARIOS Y EL CASO AEROLÍNEAS ARGENTINAS

Efraín Hugo RICHARD

Comunicación a las XV JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA : CONFLICTOS SOCIETARIOS: Impugnación de actos societarios (San Nicolás, 17 y 18 de octubre de 2008)

1. En la privatización de Aerolíneas Argentinas se generó un vaciamiento a través del llamado eufemísticamente "leverage buy out" en forma inmediata, arrastrándose desde ese mismo momento un estado de incapacidad patrimonial y cesación de pagos.

Esa actuación extrasocietaria resulta doblemente calificada por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por un lado determinando que tales actos son de nulidad absoluta e insanable. Por la otra generando la aplicabilidad del instituto llamado de "inoponibilidad de la personalidad jurídica".

2. Otro aspecto a tener en cuenta es que fue condición de la licitación internacional de privatización que se mantendría la participación estatal del 5% y del 10% para el programa de propiedad privatizada a todo evento, situación que fue inmediatamente alterada unilateralmente en aumentos de capital para encubrir el vaciamiento, y posteriormente en negociaciones incompatibles con esa condición licitatoria.

3. Obviamente se intentará nuevamente encubrir la posibilidad de esas acciones a través de la llamada "reestatización", lo que sin duda cedería ante una investigación profunda de lo actuado en la administración societaria y en los controles estatales.

4. No tenemos dudas que la investigación se facilitaría y potenciaría si se tramitara la quiebra indirecta de la sociedad hoy concursada, asegurando la inmediata continuidad de la actividad y de las relaciones de trabajo. La estatización podría también asegurarse en la transferencia de la empresa en marcha, incluso donde podrían posibilitarse las contribuciones del Estado a tal fin.

Desde allí se facilitaría la impugnación de actos societarios ilícitos y las acciones de responsabilidad.

5. Un análisis de lo acaecido en la privatización de Aerolíneas Argentinas en la Sociedad ARSA permitiría promover a su vez acciones de impugnación de cualquier decisión asamblearia que hubiera aprobado actos de apalancamiento financiero extraños al objeto social, nulos de nulidad absoluta, imprescriptibles e inconfirmables, incluso de los actos que indirectamente aparecieran aprobándolos como podría ser la aprobación de balances o de gestión del directorio. El ocultamiento de actos de extrema gravedad -quizá delictuales- llevó desde el inicio de la privatización al estado de cesación de pagos que hoy padece la empresa de servicios públicos de aerotransporte.

* Desde hace algún tiempo vemos usar el derecho como fachada de verdaderos despojos al crédito o al erario público, terminando por sufrir las consecuencias de desmanejos en sociedades los trabajadores o la comunidad, con un desprestigio del sistema..

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 los socios sino que se traspasa a los acreedores, en beneficio directo de los socios que no lo asumieron. Miremos un poco lo que pasó y lo que esta pasando.

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

Tal práctica, no autorizada por nuestra legislación societaria -ni por ninguna del mundo en la forma que se la usó-, permitió que al recibir por el sistema de "privatización" el 85% de las acciones de una sociedad sin deuda, el precio de esas acciones comprometido por los adquirentes "privados" era satisfecho 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"1 en ningún caso, incluso la facilitó..

1.1. La intervención de un Gobierno 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 apalancamiento financiero de los socios con la sociedad para asumir deudas de aquellos, 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 particularmente el que hoy se debate de Aerolíneas Argentinas².

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 argentina³. Las consecuencias de haberse tolerado, generó genéticamente (pese a que se constituyó sin deudas), la insolvencia de nuestra mayor línea aérea. O sea que la cesación de pagos se remonta al año 1991 y desde allí la soportamos y la seguiremos soportando. Así 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. Determinando la situación transcribimos parte del dictamen del 7 DE JULIO DE 1992, NRO. 76955, dirigido al SEÑOR SECRETARIO DE TRANSPORTE, que expresa "Que el balance de ejercicio en análisis exhibe . a)La asunción sin contrapartida por ARSA de las obligaciones a cargo del grupo adjudicatario; b)La licuación de la participación del Estado y del Programa de Propiedad Participada. El caso es que el Estado hoy tiene una participación del 1,2827% en lugar del 5% original y el PPP un 2,5654% en lugar del 10% original, quedando gravemente afectados el ejercicio de derechos de minoría previstos por la ley de sociedades.. Dr. Jorge Pablo Bendomir a/c Dirección General de Asuntos Jurídicos". Este dictamen fue aceptado por el Secretario de Transporte que lo elevó, ingresando en la Procuraduría General del Tesoro el 8 de

julio de 1992.

Desviándose el trámite el Ministro de Economía Domingo F. Cavallo y otro Contador -ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde indirectamente se evitó considerar el vaciamiento soslayando dictámenes de la Secretaría de Transporte que señalaban la administración fraudulenta, desviándose la atención y no considerando 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.

El Diputado Dr. Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado" dice: "¿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 entre Rubén 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 en la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulada Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado nº 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires, a la que no hemos podido acceder.

Lo que es importante apuntar es que ni en el arbitraje ni en las decisiones societarias se señaló expresamente que se usaban los bienes de la sociedad para pagar los pasivos contraídos por los socios conforme la licitación. Sólo se uso de ingeniería financiera y jurídica para encubrir el ilícito. Modalidad que no modifica la nulidad absoluta de los actos así cumplidos.

Así el leverage buy out⁴ 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 1991, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyéndolo el poder ejecutivo a la esfera del poder judicial⁵, 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 son de público y notorio.

1.3. Contra el leverage buy out, si bien no recibiendo el precedente de la Corte, cabe apuntar al pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, recaído en la causa "GIRAUDI, Pascual c/MAROFA S.A", que analizó la

operatoria de adquisición de una sociedad (target company), por parte de un grupo de sujetos adquirentes (socios de esa sociedad), con intervención de otros sujetos que revestían supuestamente el carácter de financistas de la operación, con el consiguiente traslado de la garantía de la operación sobre la propia sociedad adquirida⁶. En el tratamiento de la temática examinada el Tribunal aludió al L.B.O. como una modalidad usual en el mundo de los negocios, donde una parte, más o menos sustancial del precio de compra de una compañía (o más específicamente de las acciones que confieren el control de ella), es abonada con el producido del giro de la propia compañía adquirida. Herramienta -ésta- frecuentemente utilizada en los procedimientos de toma de control o adquisición de empresas, conocido en el lenguaje común como "M & A" (mergers & acquisitions), caracterizadas por la utilización de distintas técnicas combinadas que posibilitan trasladar el costo de la adquisición a la propia compañía adquirida (bootstrapped transactions). Si bien se suelen olvidar jurisprudencias como las que hemos señalado de la Corte, se suele citar abundante doctrina, que la sentencia de marras referencia, la existencia de dos criterios en torno de la legitimidad de este instrumento⁷.

Se reflejó así la existencia de consenso acerca de que si bien el L.B.O. no constituye por sí mismo un procedimiento ilícito o ilegítimo, lo es en la medida que no causase perjuicios a terceros (particularmente accionistas minoritarios y a los acreedores de la sociedad adquirida).

El pronunciamiento del Tribunal, con el primer voto de Kölliker Frers, afirmó que si bien la medida de la ilicitud de la operatoria estaba dada por la existencia de perjuicio para los acreedores de la sociedad (conclusión a la que arriba a través de la figura del LBO) era indudable el carácter ilícito a la simulación mentada, en los términos del art. 957 del Cód. Civil.

2. El caso de Aerolíneas Argentinas S.A. es emblemático, pues se la dejó en insolvencia desde su misma privatización, con diversos artilugios -seudo legales- generados por funcionarios públicos otorgando beneficios no previstos contractualmente. Se contradujo 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 operadores económicos ajenos a las mismas, que las arrastraron con un espejismo.

2.1. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del "superamento della personalità giuridica", levantamiento del velo, piercing the corporate veil⁸, o sea al uso

funcional de la sociedad como persona jurídica. Claro que al mismo fin debería llegarse a través de principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, quizá más sofisticadamente uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. Un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, con asiento en la Ciudad de San Francisco, integrada por los Dres. José Felipe Blengini, Oscar Hugo Venica y Jorge Ernesto Merino, recaída en autos "Mandatos Argentinos SRL -Quiebra pedida por acreedor- c/ R. Cáceres Inmobiliaria SRL, Mónica Fabiana Cáceres de Martínez, Ramón Carlos Hugo Cáceres y Ramón Ricardo Cáceres - Demanda", del 2 de marzo de 1994, inédito, trata un caso de leverage buy out, resolviendo en torno a la inoponibilidad de ciertos actos cumplidos por la sociedad. Ello lo fué ante la falta de bienes suficientes en el patrimonio de la fallida, y haberse transmitido todos los inmuebles, por parte del representante legal de la fallida, a una sociedad integrada por hijos del ese representante legal, en la cual luego aparece como mandatario aquel representante legal. Esto sin que se hubiera podido acreditar en que se emplearon los fondos que supuestamente debieron ingresar, lo que fué imposible dilucidar pues no se aportaron los libros obligatorios de ninguna de las sociedades, sin que tuviera éxito el intento de la sindicatura de localizarlos, generándose la presunción de que se trataba de un fraude. Los bienes parecían entregados como contrapartida de la transferencia de las cuotas mayoritarias de ese representante a terceros, que luego presentaron la sociedad en concurso. Se sostuvo que la sociedad creada e integrada por los hijos del representante legal de la fallida, se constituyó buscando frustrar los derechos de terceros, correspondiendo aplicar los arts. 59 y 54 de la ley de sociedades comerciales, confirmando el fallo de primera instancia que hacia lugar a la demanda condenando en forma solidaria e ilimitada a los demandados, pagando a la quiebra la suma a la que asciende el monto de los créditos verificados y declarados admisibles, declarando la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la demandada frente a la quiebra.

Como elementos de consideración, cabe apuntar que había vencido el plazo para ejercer acciones de extensión de quiebra y que los actos cumplidos escapaban al período de sospecha. Tampoco interesaba deducir la acción de responsabilidad, pues la solvente era una nueva sociedad y no los representantes de la sociedad fallida: El patrimonio de la sociedad cuya personalidad se declara inoponible a la quiebra estaba constituido -aparentemente- en forma exclusiva por los bienes inmuebles que habían sido de propiedad de la fallida. El efecto fundamental resulta que no se revocan los actos, ni se consideran simulados, sino que se declara la inoponibilidad jurídica de la personalidad de la misma, amén de su responsabilidad, permitiendo así rematar los bienes inmuebles como si fueran de la fallida.

2.2. El segundo precedente fijado por nuestra Corte Suprema de Justicia aplicable

al caso. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infracapitalizada materialmente en forma genética autorizaría esa llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica", conforme al criterio sentado en el caso Palomeque⁹. En dicha causa, al hacer suyas las consideraciones del Procurador, parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad, lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal del art. 19 LSA, sobre actividad ilícita que autoriza declarar de oficio la disolución y responsabilidad de socios y administradores. Es, a la postre la inoponibilidad del beneficio de la limitación de responsabilidad¹⁰.

No hay duda que ese criterio también podría ser considerado en el resonante caso de Aerolíneas Argentinas, pues el leverage buy out dejó despatrimonializada la sociedad desde la iniciación de sus actividades en manos de los nuevos socios..

3. La calificación de los actos cuestionados por la misma Corte -en el primer fallo-, el ocultamiento de los mismos por parte de los administradores societarios y el grupo de control licitante, pues nunca se trataron, permite presumir que nada podrá convalidarlos, ni siquiera la negociación realizada entre una Secretaria del Poder Ejecutivo y los titulares del paquete accionario de una sociedad tercera propietaria de las acciones de las sociedades "reestatizadas", ni con la intervención de las Cámaras del Congreso, pues son actos inconfirmables, .

4. Adviértase también que fijadas las condiciones de la participación estatal y del PPP en la licitación, asegurando sus porcentajes de participación a cualquier evento, el mismo fue modificado ab initio como resulta del dictamen transcripto, y luego totalmente eliminado en negociaciones posteriores.

Las negociaciones posteriores en las privatizaciones, incompatibles con actos licitatorios fue una constante en las mismas, normalmente en perjuicio del Estado. En el caso de Aguas Argentinas se usó el mismo sistema que se había usado en Aerolíneas Argentinas. Por Decreto 149/97 el gobierno habilita la instancia negociadora, bajo la consideración que es posible que la empresa demande judicialmente al gobierno -lo que luego esta desmentido por una serie de informes de asesores independientes-, y por Dto. Presidencial 1167/97 de noviembre de 1997 se aprueba el Acta-Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Empresa Aguas Argentinas.

En Aeropuertos Argentinos se intenta la misma maniobra, se habilita la instancia negociadora, se designa una Comisión para renegociación por el Estado de tres miembros, pero se les complica cuando el miembro jurídico Dr. José Antonio Hernández sostiene que los contratos administrativos nacidos de una licitación son no

renegociables. Igual siguieron adelante separando a dicho miembro.

También resulta inexplicable que las participaciones accionarias en Aerolíneas Argentinas S.A., donde debía participar el Estado, hayan sido substituídas por el control societario de una sociedad tercera, que es cuyas acciones "reestatiza" el P.E., como tenedor del paquete accionario de Aerolíneas y Austral.

5. Por eso en la actual conyuntura, en vez de una negociación o una expropiación, la actuación concursal¹¹ -quizá en una quiebra indirecta por incumplimiento de las obligaciones asumidas en el concurso o nacidas del mismo- permitiría ejercitar acciones de responsabilidad eficaces, al permitir referirse a actuaciones anteriores en un año al de la real cesación de pagos dentro del criterio fijado por el art. 173 de la actual ley concursal, y mucho más amplia en la anterior legislación.

La cesación de pagos existió, sin dubitación alguna en el año 1991, o sea coetáneamente a la privatización, atento el leverage buy out usado.

Por otra parte, y en el tema que nos convoca, al revelarse estos hechos, el accionista Estado podría promover las acciones de nulidad de cualquier resolución asamblearia que hubiera dispuesto expresamente pagar las deudas del grupo accionista mayoritario por la compra de las acciones al Estado con bienes de la sociedad o con créditos obtenidos por la sociedad, resoluciones así expresas que no las hubo, pero que -en su caso- serían nulas de nulidad absoluta, imprescriptibles e inconfirmables, por lo que deberán corregirse los balances fraudulentamente confeccionados y ejercitarse desde la sociedad y desde la quiebra las acciones de ineficacia, integración patrimonial y de responsabilidad consiguientes. Igual efecto nulificante se generaría sobre la aprobación de balances y actos conexos.

La quiebra indirecta no afectaría la continuación inmediata de la actividad empresarial, incluso autorizando las ayudas estatales y facilitando posteriormente la transferencia de la empresa en marcha, incluso asegurándose prácticamente la adquisición por parte del Estado para asegurar esa continuidad -atento el financiamiento que efectivizaría-, por el procedimiento previsto en la liquidación falencial.

Obviamente, en este caso paradigmático -pero genérico de conductas reprochables-, además de esas acciones de responsabilidad, la quiebra no afectará la promoción de las acciones de impugnación de actos societarios nulos de nulidad absoluta, pues la personalidad y órganos de la sociedad perduran durante la liquidación concursal.