

SOBRE EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE AEROLÍNEAS ARGENTINAS

Liliana NEGRE de ALONSO y Efraín Hugo RICHARD

Publicado en La Ley

La confluencia en el caso Aerolíneas Argentinas de dos artículos de doctrina: el primero “Nulidad absoluta de actos societarios y el caso Aerolíneas Argentinas”, en 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), Libro del Congreso pág. 159, del segundo de nosotros, y el segundo artículo “Por qué Aerolíneas Argentinas debió ser declarada en quiebra” en LA LEY 24/10/2008, 1, de la primera de nosotros, nos llevó a comunicarnos y pensar en pergeñar una nueva comunicación, integrando ambos puntos de vista, sintetizando esos ensayos.

I. Introducción

La historia de A.A. que se ha visto al desnudo en este último tiempo, lleva a asegurar que lo mejor para esta empresa hubiera sido la declaración de quiebra, y también lo mejor para nuestro país, que en momentos absolutamente difíciles decide tomar su paquete accionario sin siquiera tener un balance aprobado y, posteriormente, ante el fracaso de ese camino, intentar una expropiación de particulares ribetes...

Lo informábamos ambos en esos artículos.

Damos por expuesta la minuciosa historia realizada en el segundo artículo, que el segundo de nosotros comparte por corresponder no sólo a una historia verdadera sino que las consideraciones y conclusiones que expone constituyen una integral doctrina. que señalaba en “IX. El rescate: un camino errado”.

Conforme esa historia –que no repetiremos, pero a la que remitimos- “el Poder Ejecutivo tenía las herramientas en las manos para avanzar en una quiebra, que era la única manera de transparentar todo lo ocurrido y también con transparencia adquirir la empresa por un precio justo. Los presupuestos para la quiebra y la administración por parte del Estado estaban todos plasmados:

“a) La empresa se encontraba en estado de cesación de pagos

Esto no sólo fue expuesto por el Poder Ejecutivo en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley; en igual sentido se expresó el Sr. Julio Alak, director del Estado y Gerente General de A. A.: "que el grupo empresario se encontraba en una grave situación de insolvencia. La recurrencia permanente a gestiones de préstamos transitorios a altas tasas de interés a distintas entidades bancarias, la postergación de pagos de compromisos corrientes a lessors, a empresas petroleras y sistemas de reservas y proveedores, como así también la falta de inversión en los repuestos para las aeronaves que entraban en reparación, eran

signos claros de esta situación"¹ ; y dicha situación fue expresamente reconocida por el señor Vicente Muñoz, Director Corporativo de Marsans y miembro del Consejo de Transición, quien expresara: "usted dice que la compañía estaba en cesación de pagos. Sí, no lo hemos negado nunca. Nos habíamos cansado de perder dinero. No se pagaron las nóminas de junio. Se pagó el aguinaldo con dinero que trajimos de España, y no se pagaron las nóminas: las pagó ya el Estado. Cierto, estaba en cesación de pagos, y lo dijo la Presidenta"². Desde la constitución misma de AA y la entrega a los privados estaba en cesación de pagos, con patrimonio inoperable, conforme los antecedentes que relataremos al referirnos a responsabilidad,

"b) El Estado se encontraba legitimado como acreedor para solicitar la declaración de quiebra" –postulado del segundo artículo-

"c) Estaba asegurada la continuidad del servicio", otro postulado del segundo artículo, debidamente informado en cuanto a la continuidad de la gestión empresarial, particularmente en el caso de servicio público y muy especialmente en el caso.

Efectivamente, el Estado Nacional estaba aportando fondos, comenzó las transferencias el 11 de julio, alcanzando al 26 de agosto la suma de pesos 309.200.000 (pesos trescientos nueve millones doscientos mil), según informara el Sr. Julio Alak, Director y Gerente General de la empresa por el Estado Nacional, y no es menor recalcar que las transferencias se realizaron aun antes de suscribir el Acta Acuerdo de rescate de la empresa que lleva fecha del 17 de julio³. Tácticamente el Estado había tomado la conducción de la empresa, como emerge claramente de lo expuesto por el propio Julio Alak, y en la audiencia que se realiza el día 15 de julio en el juzgado, las autoridades de la Secretaría de Transporte informan sobre las gestiones que estaban realizando. En definitiva, se lo quiera o no catalogar como un servicio público, en los hechos se le estaba dando ese tratamiento, el propio juzgado lo había consignado en sus resoluciones, consecuentemente se estaba aplicando el artículo fácticamente sin haber declarado la quiebra; la sentencia si se dictaba, tendría sólo un efecto jurídico, con consecuencias importantísimas para las cuestiones que mencionaré seguidamente, pero no afectaría de ninguna manera la prestación del servicio.

En definitiva, los presupuestos para la declaración de quiebra y para la continuidad del servicio estaban asegurados".

Y aquí entramos a compartir la conveniencia de esa declaración de quiebra. En la actual coyuntura, en vez de una negociación o una expropiación, la actuación concursal⁴ –quizá en una quiebra indirecta por incumplimiento de las

¹ Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de Infraestructura, Vivienda y Transporte y de Presupuesto y Hacienda, 20/8/08, H. Senado de la Nación.

² Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las comisiones de Infraestructura, Vivienda y Transporte y de Presupuesto y Hacienda, 1/9/08, H. Senado de la Nación.

³ Versión taquigráfica de la Reunión Plenaria de las Comisiones de Infraestructura, Vivienda y Transporte y de Presupuesto y Hacienda- 28/08/08- H. Senado de la Nación.

⁴ Hemos accedido a un trabajo aún inédito de Francisco Junyent Bas sobre el caso Aerolíneas Argentinas S.A. con una valiente apreciación, particularmente abogando por la promoción de acciones de responsabilidad e ineficacia, de ser posible desde lo concursal.

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.

II. El beneficio para el país de avanzar en el camino falencial (título X del segundo artículo)...

El porqué de la conveniencia de avanzar en la declaración de quiebra tiene no solamente una razón jurídica, sino también el análisis de una política pública y que merece ser examinada, para evaluar si se encamina al bien común.

“a) La declaración de quiebra, permitía la determinación en forma transparente del pasivo. Además “La República Argentina podía evitar hacerse cargo del pasivo y, no obstante ello, se tomó la decisión en contrario, tomando la obligación de pagarlo en un 100%”.

“b) La declaración de quiebra permitía la investigación de las actuaciones realizadas en la operatoria de la empresa

“En el Mensaje de Elevación al Congreso, del proyecto de ley de rescate de Aerolíneas Argentinas, el Poder Ejecutivo Nacional expresó refiriéndose a la gestión de Air Comet S.A.: “La gestión del nuevo titular de las empresas no logró sacar a Aerolíneas Argentinas de dicha situación judicial y patrimonial manteniendo la misma un pasivo concursal de U\$S 18.656.588 (dólares dieciocho millones seiscientos cincuenta y seis mil quinientos ochenta y ocho). Luego de dicha operatoria comercial, los contratos comerciales entre las dos empresas y sus balances dieron cuenta de que Marsans S.A., como titular mayoritario de ambas, procedió a efectuar una serie de maniobras comerciales con el fin de confundir los patrimonios, asumiendo Aerolíneas Argentinas S.A. las pérdidas y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. las ganancias de la operatoria.” Agrega el Poder Ejecutivo: “Estos ardides impidieron a los usuarios identificar con claridad al responsable en la prestación del servicio público de transporte, ya que muchas veces en el pasaje se consigna el nombre de una empresa como prestataria del servicio y la aeronave pertenece a otra... Esta evidente confusión patrimonial fáctica fue desarrollada durante años por las autoridades del grupo Marsans S.A., quienes desde el inicio de la gestión comercial procuraron que Aerolíneas Argentinas S.A. asumiera la totalidad de los pasivos, preservando a su controlada Austral Líneas Aéreas -Cielos del Sur S.A.” Pero también en general los gremios, al asistir al Senado de la Nación en la Reunión Plenaria de Comisiones, más allá de sus distintas posturas denunciaron graves irregularidades en el manejo de la compañía y de sus activos.

Agregamos ahora que 14 aviones en leasing habrían sido cedidos en mayo de 2005 a Air Comet, quedando por ejemplo Córdoba con vuelos solamente a Buenos Aires, cuando antes los contaba a Neuquen, Mendoza, Tucumán, Santiago del Estero, La Rioja, Catamarca, Salta, Jujuy e Iguazú. También se discontinuaron esos vuelos a Córdoba, encubiertos por problemas de radar y de niebla. La situación continúa a la fecha con la reprogramación o cancelación de los varios vuelos diarios, pero se mantienen supuestamente las frecuencias lo que beneficia una tasación favorable de la empresa.

En este océano de dudas, y en el marco de políticas públicas, debemos agregar otro elemento muy importante, en oportunidad de realizar el informe general la Sindicatura, cuando se pronuncia sobre el inciso 8° del art. 39 L.C.Q., consigna "A pesar de los requerimientos realizados, no se ha podido tener acceso a la documentación y a los registros de estas empresas. Esta situación hace que algunos actos que podrían estar incursos en los artículos 118 y 119 de la normativa concursal no hayan podido ser esclarecidos debidamente, entre ellos: la constitución del Fideicomiso Cóndor, el rescate de las acciones preferidas, el pago del costo de la privatización y de los intereses por Aerolíneas Argentinas S.A. y de aquellos actos eventualmente perjudiciales a saber: el mecanismo del apalancamiento instrumentado para la adquisición de la unidad operativa, la sobrevaluación de los activos aeronáuticos por revalúos técnicos, la transferencia a Interinvest S.A. de las acciones de Austral, entre otros." Agrega la Sindicatura: "Por otro otra parte, y tal como se manifestara existen causas penales, las cuales se encuentran en estado probatorio, de las que podrían derivar hechos susceptibles de ser revocados, luego del dictado de la sentencia correspondiente."⁵. Asimismo consigna que los originarios accionistas no hicieron los aportes económicos correspondientes para pagar el costo de la privatización, cargando Aerolíneas Argentinas, con el pago y con el cumplimiento de los intereses de la financiación.

Se trata, ni más ni menos que una operación de apalancamiento financiero.

III – LA INVESTIGACIÓN Y EL APALANCAMIENTO FINANCIERO.

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. 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”.

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

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

⁵ El informe se encuentra firmado por los contadores Luciano Rosano, Marta Susana Serra, y por María Marta Vidal, socia del Estudio Amaya & Asociados Síndicos Concursales.

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”⁶ en ningún caso, incluso la facilitó..

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 lo 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 Argentinas⁷.

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 out*⁸ 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

⁶ RICHARD, Efraín Hugo *RESPUESTAS A LA INSOLVENCIA SOCIETARIA (sugerencias para los jueces que deben decidir sobre la homologación de propuestas concursales)* en La Ley diario del 24 de septiembre de 2007, pág. 1.

⁷ 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.

⁸ Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale por Giovanni Paolo Accinni a pag. 193 Rivista delle Società enero febrero 2001

que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustrayéndolo el poder ejecutivo ilegítimamente a la esfera del poder judicial⁹ -e incluso a las condiciones previstas de arbitraje-, 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.

Contra el leverage buy out, si bien no recibiendo el precedente de la Corte, cabe apuntar otros pronunciamientos¹⁰. 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.

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 argentina¹¹. 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 Bedomir 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,

⁹ RICHARD, Efraín Hugo *La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)* en libro “DERECHO DE DAÑOS. Economía. Mercado. Derechos personalísimos”, coordinado por el Prof. Carlos Ghersi, edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999, cap. I.pág.71.

¹⁰ CNCom., Sala A, Sentencia del 7 de junio de 2007. "GIRAUDI, Pascual c/ MAROFA S.A y otros s/ordinario" (*Expte. n° 272.361, Registro de Cámara n° 19.083/1996*), Causa originaria del Juzgado del Fuero Nro. 20, Secretaría Nro. 40. ([elDial - AA41FD](#)), 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 financieristas de la operación, con el consiguiente traslado de la garantía de la operación sobre la propia sociedad adquirida.

¹¹ 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.

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 caratulado Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado n° 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires, a la que no hemos podido acceder.

IV – LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

Se afirmó en el segundo artículo señalado inicialmente, y nos unimos en esa hipótesis que:

"c) La declaración de quiebra permitía asegurar la prestación del servicio por parte del Estado Nacional y adquirir la empresa a un precio justo fijado judicialmente, con transferencia de los contratos laborales

Y que la compra de acciones constituía d) "Una decisión pública equivocada" concluía la primera de nosotros en lo que ahora convergemos ambos.

Por todo ello podemos afirmar que ha sido desacertado el camino elegido. Se adquiere un pasivo generado por actuaciones privadas con dinero de todos los argentinos; se ha impedido realizar las investigaciones sobre los responsables del supuesto vaciamiento denunciado, donde el Estado nacional como acreedor es uno de los perjudicados, y así mismo se ha impedido la promoción de las acciones judiciales para recuperar activos; activos que sí o sí se tendrán que adquirir ineludiblemente por ser necesarios para la empresa.

En definitiva un camino errado, ya descartado a corto tiempo de la toma de decisión, como era de prever y ahora se retorna a la idea de expropiación, que no creemos sea la ruta adecuada, y donde se discutirá la justa retribución.

Adviértase que, a la fecha la expropiación impondría analizar los bienes necesarios para la continuación de la explotación que son el patrimonio de dos empresas distintas, aunque tengan el mismo socio de control o se correspondan al mismo grupo. No hay duda que se ha tratado de mantener en solvencia a Austral, y se ha tratado que cargue con la insolvencia de Aerolíneas el Estado.

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.

El 22/06/01 se presentó en concurso preventivo de acreedores, A. A. S. A.. No se usa de la posibilidad de convocar al grupo, o sea que no se concursara Interinvest ni Austral.

En el año 2001, la titular del capital accionario de A. A. S.A., Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S. A. , OPTAR Operadores de Servicios Turísticos S. A., Jet Pack S. A., Aerohandling S. A. y Air Patagonia S. A. , era INTERINVEST S. A., cuyo capital accionario estaba en manos de la SEPI Sociedad Estatal de Participaciones Industriales de España, y en octubre de dicho año, Air Comet S.A. adquiere la totalidad del capital accionario que la SEPI. La firma Air Comet encabeza un grupo turístico que opera a escala mundial, con compañías Aéreas, agencias de viajes, cadenas hoteleras y que en el país controla la operadora turística mayorista Marsans S.A.

Consigna asimismo el Poder Ejecutivo Nacional, en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley que Marsans S. A., en su carácter de titular mayoritario del paquete accionario, realizó maniobras comerciales con el fin de confundir los patrimonios y haciendo que A. A. S. A. asumiera las pérdidas y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S. A. las ganancias de la operatoria, denunciando que la empresa, a dicha fecha (julio de 2008), se encontraba en estado de cesación de pagos expresando que "la evolución de los indicadores financieros refleja el deterioro de todas las variables de la empresa, tanto en materia de endeudamiento como de solvencia general, que, en estas condiciones carece de financiación propia, de liquidez, y, especialmente, de capital de trabajo para atender la demanda comprometida"; agregando que la sociedad a dicha fecha tenía una deuda posconcurzal de u\$s 890.684.122 (dólares ochocientos noventa millones, seiscientos ochenta y cuatro mil ciento veintidós) siendo la suma de U\$S 240.417.072 (dólares doscientos cuarenta millones cuatrocientos diecisiete mil setenta y dos) exigibles.

De conformidad con los antecedentes a los que pudo acceder uno de nosotros con motivo de la discusión parlamentaria, el acuerdo homologado en el concurso preventivo se ha cumplido en gran parte, y se encuentran pendientes de pago los siguientes créditos: A) Privilegiados: Banesto (U\$S 13.986.462) y Fuerza Aérea Argentina (U\$S 1.480.230); B) Quirografarios: los incidentes de verificación o revisión pendientes de resolución de un monto total de \$13.946.765,76 (pesos trece millones novecientos cuarenta y seis mil setecientos sesenta y cinco, con setenta y seis); y los incidentes de verificación, revisión y procesos de conocimientos resueltos, pero no firmes, cuyo monto total asciende a la suma de \$6.882.983,60 (pesos seis millones ochocientos ochenta y dos mil novecientos ochenta y tres, con sesenta).

En definitiva, la empresa se encuentra con un acuerdo homologado y con un alto porcentaje cumplido, con créditos pendientes de resolución o resueltos, pero recurridos, y en estado de cesación de pagos, en virtud de la deuda posconcurzal, que hasta donde se conoce es de alrededor de u\$s 890.000.000. (dólares ochocientos noventa millones), y que según el listado que entregara el Secretario de Transporte de la Nación en oportunidad de concurrir a la reunión

Plenaria de Comisiones en el Senado de la Nación, entre los acreedores posconcursoales se encuentran varios organismos del Estado Nacional.

En esta situación, no podía acceder a un nuevo concurso y sólo le quedaba como remedio judicial la declaración de quiebra.

Pero también cabe la posibilidad de la declaración de quiebra por incumplimiento del acuerdo o deudas preconcursoales o concursoales.

En la quiebra se asegurarían los contratos de leasing, sobre los aviones, fundamentales para continuar volando. En igual sentido en lo relacionado con la sentencia del juez, (art. 191 L.C.) entendemos que ésta es una directiva, plan de explotación, (inc. 1) bienes a emplearse, (inc. 4) los contratos, (inc. 6). También la situación de los trabajadores como esta apuntado en el segundo de los artículos.

En definitiva "En el caso de las empresas que prestan servicios públicos, no hay tal suspensión de los contratos, porque continua la actividad sin solución de continuidad; efectivamente, existe una prohibición expresa de la ley al juez de suspender la prestación del servicio antes de pasados treinta días de notificarle a la autoridad respectiva su decisión de no continuar con la explotación. El juez notifica la quiebra y además si continúa o no con la explotación, pero mientras tanto se cumple el plazo de treinta días, debe seguir trabajando y prestando el servicio; por ello, no hay suspensión de los contratos laborales. ¿Qué pasa si continúa? Pues bien, ésta es una de las diferencias importantes entre la ley 19.551 y la 24.522; expresábamos que la quiebra es liquidativa, pero con la primera, si la empresa se vendía en marcha, los contratos laborales continuaban, se transferían al comprador, respetando los derechos adquiridos, y el pasivo laboral si existía era abonado por la quiebra, era otra filosofía la que inspiraba la ley, nos referimos a ella en el punto V-B; actualmente la transferencia del establecimiento produce la disolución de los contratos laborales, porque el mantenimiento de la fuente de trabajo no era el objetivo perseguido en el año 1995. Pues si bien actualmente la venta del establecimiento en marcha -o que ha estado en marcha hasta el momento de la transferencia- no implica la transferencia de los contratos de trabajo, ello no es óbice para que el juez pueda establecer las condiciones de venta de otra forma; efectivamente no existe prohibición en tal sentido y como director del proceso puede perfectamente ordenar la licitación con transferencia de los trabajadores"¹²

V. Recomposición patrimonial: ineficacia y responsabilidad.

Contempla la ley frente a la quiebra acciones expresamente reguladas, tendientes a la recomposición del patrimonio de la sociedad fallida, para lo cual regula distintos trámites: desde la declaración de ineficacia de determinados actos realizados durante el período de sospecha, como la extensión de la quiebra principal u originaria a otras sociedades o personas, como así también las responsabilidades de administradores y terceros que participaron o coadyuvaron a la insolvencia de la sociedad.

¹² Si bien la fuente es una noticia periodística, actualmente se ha conocido que el ingenio Esperanza, ubicado en la Pcia. de Jujuy, se está licitando su venta en la quiebra, contemplando expresamente la transferencia de los contratos laborales.

A) Actos ineficaces

Se presume que durante el período anterior a la declaración de quiebra, el estado cesante de la sociedad influye en la decisión de realizar determinadas acciones que resultan perjudiciales para los acreedores. A los efectos de la recomposición patrimonial, pero a su vez dando la garantía suficiente al tráfico comercial, se fija un determinado período limitado en el tiempo a los efectos de revisar esos actos, y si se plasman los presupuestos establecidos por la ley, declarar la ineficacia o promover las acciones respectivas, a esos fines. El lapso de tiempo es de dos años -período limitado-, y comienza a correr desde la fecha en que el juez fija como inicio del estado de cesación de pagos, hasta la sentencia de quiebra cuando la misma es directa, pero cuando la declaración de quiebra es indirecta -fracaso de un concurso preventivo o incumplimiento o nulidad de un acuerdo-, los dos años se cuentan desde la presentación en concurso preventivo. En ese lapso, es que pueden revisarse los actos que la ley expresamente establece: actos a título gratuito, pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía; ítem éstos que la ley contempla como presupuestos de la ineficacia de pleno derecho. Otros actos realizados en el período de sospecha, perjudiciales para los acreedores, también pueden ser declarados ineficaces si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. En este caso debe promoverse la acción expresamente, y tiene el trámite regulado por el segundo párrafo de art. 119 L.C.Q. El efecto de la declaración de ineficacia es sólo frente a los acreedores y produce que el bien reingresa a la masa activa falencial a los efectos de ser liquidado y con su producto abonar los pasivos respectivos.

Claro que el período de retroacción máxima de dos años a contar, en el caso de incumplimiento del acuerdo y quiebra indirecta, de la presentación en concurso preventivo, o sea 1.6.2001 (2.6.1999) art. 116 LCQ), con la interpretación más flexible que pudiera intentarse.

Y por el apalancamiento financiero que acabamos de señalar, el vaciamiento de activos se produjo en los años 1991/2, y también la efectiva cesación de pagos.

B) Extensión de la quiebra

Como recomposición del patrimonio del fallido se contempla también la extensión de la quiebra hacia otras sociedades, pero también hacia personas físicas. Contempla la ley cuatro supuestos de extensión de quiebra, que se han referido en el segundo de los artículos individuales.

Para el supuesto de tipificarse alguna de ellas, cabe apuntar que se genera una subordinación pasiva de la masa de acreedores de Aerolíneas Argentinas S.A., con lo cual es de pensar que poco se cobrará por ese medio.

Más interesante parece la posibilidad de aplicar el art. 54 ter LSA. El Poder Ejecutivo Nacional, en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley que Marsans S. A., en su carácter de titular mayoritario del paquete accionario, realizó

maniobras comerciales con el fin de confundir los patrimonios y haciendo que A. A. S. A. asumiera las pérdidas y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S. A. las ganancias de la operatoria, denunciando que la empresa, a dicha fecha (julio de 2008), se encontraba en estado de cesación.

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 giurídica”, levantamiento del velo, piercing the corporate veil¹³, 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 fue 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 fue 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

¹³ MIOLA, Massimo *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascicolo 6° p. 1199, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.

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.

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 Palomeque¹⁴. 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 responsabilidad¹⁵.

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..

La calificación de los actos cuestionados por la misma Corte –en el primer fallo Provincia de Chubut-, 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, .

C) Responsabilidad de representantes y terceros

Lo fundamental de la declaración de quiebra es que permitiría investigar la actuación de representantes y terceros en la facilitación, producción y/o agravamiento de la insolvencia de la empresa, para establecer las responsabilidades que marca el art. 173 L.C.Q.; y finalmente si los supuestos que referencia el Poder Ejecutivo Nacional en su Mensaje se logran probar, como así también el vaciamiento denunciado por los gremios, sería pasible de producir la extensión de quiebra a los causantes de tal situación y lograr así una verdadera recomposición patrimonial de Aerolíneas Argentinas, además de las respectivas responsabilidades.

La ley contempla la responsabilidad de representantes y de terceros, y a ambos le impone sanciones de carácter patrimonial cuyo producido ingresa al

¹⁴ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

¹⁵ Nuestra originaria posición ante la reforma del año 83. NISSEN, Ricardo *La importancia del capital social* en libro colectivo “Panorama Actual del Derecho Societario” pág. 29, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2000; MILLER, Alejandro *Sociedades Anónimas – Directorio – Síndico* pág. 112 y ss., Editorial AMF, Montevideo 2005; RIPPE, Siegbert *Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores*, en JA año 1997, pág. 725.

activo falencial. En primer lugar se extiende en este caso el período durante el cual se pueden investigar los actos realizados por representantes y terceros, ya no es como máximo dos años desde la petición de concurso preventivo o desde la declaración de quiebra, -o sea durante el período de sospecha-, sino que desde la fecha de cesación de pagos fijada por el juez se puede extender un año hacia atrás consecuentemente el período es mayor. En el caso de los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado, la situación patrimonial del deudor o su insolvencia deben indemnizar los perjuicios causados. En cambio cuando la responsabilidad se refiere a los terceros, que hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo antes o después de la declaración de quiebra, deben no sólo indemnizar los daños causados, sino también reintegrar los bienes que tuvieren en su poder. No pudiendo reclamar ningún derecho al concurso (art. 173 L.C.Q.).

Y esta acción tiene otro marco temporal (Art. 174 LCQ). La verdadera cesación de pagos existió desde que el Ministro Cavallo llamó al arbitraje falso que refiere y resulta de "Privatizaciones en Privado". La cesación de pagos se produce desde el mismo instante de la privatización, cuando los adquirentes del paquete mayoritario se apalancan en la sociedad controlada para formalizar los pagos.

Esa fecha inicial de la cesación de pagos, que nada tiene que ver con el período de sospecha o plazo para la retroacción por ineficacia, mide para anticipar aún en un año los actos u omisiones que generan esa acción de responsabilidad. O sea que se podrían apuntar a sujetos que realizaron actos u omisiones imputables dentro de la tipicidad referida, administradores societarios, administradores públicos, o terceros. Por otra parte no debe descartarse tratándose de sociedades de la promoción de acciones previstas en los arts. 59 y 274 L.S.A.

Para esa extensión de responsabilidad parece importante conocer la evolución de la propiedad de A. A., a los efectos de poder dimensionar el impacto de las acciones de responsabilidad. El 18/07/90 se adjudicó mediante Decreto 1354 al Consorcio integrado por Iberia Líneas Aéreas de España S. A. - Florencia Aldrey Iglesias, Leandro José Bonancea- Alfredo Carlos Pott - Luis Zanón - Devi Construcciones S. A. - Cielos del Sur S. A., se adjudicó el objeto de la licitación, y por Decreto 2438/90 se aprobó el contrato de transferencia de acciones y el contrato general de transferencia de A. A. En el segundo artículo referido inicialmente se hace un particular recorrido sobre los cambios de tenencias.

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 transcrito, y luego totalmente alterado en negociaciones posteriores, y que el Estado se había visto obligado a formalizar desembolsos no previstos en la "privatización".

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.

d) NULIDAD ABSOLUTA E INCONFIRMABLE DE ACTOS SOCIETARIOS.

La cesación de pagos existió, sin dubitación alguna en el año 1991, o sea coetáneamente a la privatización, atento el leverage buy out usado, calificado por la Corte en el caso promovido por la Provincia de Chubut.

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.

V – MEDITACION FINAL.

Ante un camino tan claro ¿para que torturarse en vericuetos judiciales, como la negociación inconclusa, o la expropiación con indemnización a determinar? Claro que la cuestión la pagarían administraciones muy posteriores atento la lentitud de nuestro sistema procesal.

¿O es premeditado para evitar acciones de responsabilidad, quizá contra funcionarios estatales, o para asegurar a los controlantes torpes la posibilidad de una indemnización que no lograrían jamás en una quiebra?

Interrogantes que, obviamente, no estamos en condiciones de dilucidar, aunque si tenemos muy claro el camino que aconsejaríamos recorrer.