

FUNCIONALIDAD DE SOCIEDAD Y PROPUESTA CONCURSAL ABUSIVA

Efraín Hugo RICHARD¹

(publicado en ZEUS Córdoba el 8 de noviembre de 2005)

“No es oro todo lo que reluce”.

INDICE.

I - INTRODUCCIÓN: donde apuntamos sobre lo que es público y notorio de las propuestas concursales. II – LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA donde marcamos algunos avances del Anteproyecto 2003 de reformas. III – LO ABUSIVO DE LA PROPUESTA donde miramos los efectos depredatorios de las propuestas cuando la sociedad ha operado mucho tiempo en cesación de pagos. IV – ¿CÓMO EQUILIBRAR LA PROPUESTA? donde tratamos de aprovechar el fastidio judicial que se advierte ante las propuestas abusivas que se someten a su consideración so pretexto de la conservación de la empresa y las reacciones que se van produciendo, y alguna propuesta de profundización. V - MANIOBRAS CONEXAS donde se enumeran las justificaciones que intentan darse a operar en cesación de pagos, algunas consideraciones, sobre el voto de los créditos cedidos o el pago bajo subrogación y encuadre penal de la cuestión. VI – INCONSTITUCIONALIDAD donde dirigimos la vista al art. 14 C.N. en un tema aún no planteado, pero obvio... VII - COLOFÓN donde simplemente tratamos de dar más opciones a la tercera vía, incluso sin alterar la resolución homologatoria final, y a la postre tratando que disuadir a los administradores societarios –y a los socios- de la perniciosa costumbre de trasladar el problema a los acreedores: sin duda la cuestión es sencilla, pero

I - INTRODUCCIÓN.

1. La conservación de la empresa aparece como un elemento fundamental al momento de la decisión de un juez de homologar una propuesta de acuerdo. Ello aún cuando medien impugnaciones sobre lo abusiva de la misma, por cuanto contiene quitas y esperas que aparecen como confiscatorias del crédito de los acreedores que no prestaron conformidad, o se abstuvieron o que se incorporaran por resoluciones posteriores por diversas causas.

En momentos en que aparecen voces que se alzan contra la inconstitucionalidad de la pérdida del depreciado pago consursal depositado por el deudor (art. 226 LCQ), por el transcurso del tiempo, no advertimos que se alcen esas mismas voces ante la evidente inconstitucionalidad de las propuestas depredatorias por violación al derecho de propiedad.

¹ Agradeceremos las críticas a richardjuris@arnet.com.ar. Otros trabajos sobre esta misma temática pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

La cuestión central es que los socios que generaron una nueva persona jurídica, instrumento maravilloso para la organización empresaria, no usen esa técnica jurídica -ellos o dejen usar a los administradores que designaron- para perjudicar a terceros.

El sistema jurídico societario brinda suficientes instrumentos para solucionar internamente cualquier cuestión sobre insuficiencia patrimonial de la sociedad, sea genética o funcional, sin afectar a terceros. Y de no ser suficientes los mismos –a los que los administradores y socios no suelen recurrir-, el sistema concursal está preparado para operar aún antes que la cesación de pagos se haya producido, con tan sólo ser avizorada.

La falta de presentación tempestiva en concurso, en violación a deberes fiduciarios de los administradores societarios, es la que genera propuestas con quitas y esperas que aparecen como abusivas.

Poner la atención en la falta de presentación tempestiva y los efectos de ello es la labor que nos compete.

2. Parece fundamental volver sobre un punto esencial de la construcción del sistema societario y concursal: la operatoria de sociedades con dotación patrimonial adecuada. Ello como coherente a la limitación de la responsabilidad de socios y administradores en ciertos tipos societarios, y a justificar la legislación concursal con remedios preventivos que aconsejan e imponen la rápida asunción de un procedimiento por parte de los administradores societarios o por un tercero.

Es de público y notorio que las normas del derecho concursal vigente aparecen como ineficaces para prevenir la insolvencia o actuar temporáneamente con sus síntomas. Lo que era excepcional se convirtió en generalidad, facilitando en muchos casos la acción depredadora de los concursados en perjuicio de la empresa, los trabajadores, y los acreedores, como sujetos pasivos de acuerdos concursales de quitas y esperas que lindan la expropiación, generando el riesgo de producir una cadena de cesaciones de pagos de los acreedores de un concursado y el aumento de los costos de transacción que afectan al mercado argentino en general.

Hoy, en torno a esa problemática, señalaremos nuestro criterio sobre “propuesta abusiva” de acuerdo, en cuanto que no pueden referirse parámetros cuantitativos, sino el análisis de cada caso, partiendo de la razón misma de la legislación concursal, el comportamiento de la deudora más la propuesta en sí, o sea aspectos cualitativos.

Centraremos la cuestión en torno a sociedades, pues allí los parámetros son más claros y permitirán alguna conclusión.

II – LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA.

1. La capacidad jurídica de la autonomía de la voluntad de generar nuevos centros imputativos o personas jurídicas, con limitación de responsabilidad de los socios, es congruente con una adecuada dotación patrimonial genética y durante la vida societaria, implicando causales

de disolución tanto la pérdida del capital social como la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social.

Los administradores tienen el deber de asegurar la normal vida societaria –conforme al estándar de buen hombre de negocios- con la sociedad, los socios y los terceros.

Esos administradores, ante una dificultad financiera o económica general, o el estado de cesación de pagos, tienen la obligación interna de convocar a los socios y proveer las medidas necesarias y, ante su imposibilidad, afrontar externamente la cuestión, sea con la liquidación o la convocatoria de acreedores de la sociedad.

2. En orden a las preocupaciones que venimos manteniendo para asegurar la funcionalidad de las sociedades, evitando generar inseguridad jurídica, el Anteproyecto de Reformas de la Ley de Sociedades (ALS) ha agregado algunas normas que se perfilan tímidamente en la concepción que sostenemos, integradoras de un Derecho Concursal moderno.

Hemos señalado ciertas debilidades² del Anteproyecto en aspectos estructurales que aumentan la inseguridad, pues permitirán que deudores inescrupulosos puedan simular o hacer aparecer inesperadamente “sociedades” no publicitadas, eligiendo- cuando no gestando- los acreedores que tendrán privilegio sobre los bienes y subordinando a otros acreedores.

Pero al mismo tiempo, subrayamos algunas propuestas que hacen a los deberes fiduciarios de los administradores societarios para asegurar la funcionalidad de la administrada, en los cuales debemos reparar³, para que junto a otras normas colaboren en la obtención de una mayor seguridad jurídica, tornando más eficiente el sistema concursal argentino:

a.- La planificación como un elemento necesario tendiente a la concreción de una política de empresa sólida, que permita: i) un conocimiento de la realidad de la empresa y sus objetivos a corto, mediano y largo plazo, ii) una herramienta de trabajo que constituya el faro que guíe a los administradores en el ejercicio de sus cargos, iii) una eficaz herramienta desde el punto de vista concursal que impide actuar en cesación de pagos a la empresa en el año en curso. Si el concurso no es abierto cuando aún es posible el cumplimiento del objeto social (empresa) todas las técnicas están destinadas a su fracaso. Es imprescindible, para que el sistema concursal sea efectivo que el saneamiento de la empresa se inicie a la mayor brevedad posible. Como sostiene Ángel Rojo, “...el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres.”⁴. Asimismo, como contracara, la demora en adoptar los remedios adecuados para el saneamiento de la empresa conlleva la responsabilidad de quienes la administran. El art. 66, apartado 6 del ARLS abre el camino en el sentido expuesto: “La política empresarial proyectada y los aspectos relevantes de su planificación y financiación con una

² *Tempestividad en la presentación en concurso*, pag. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial”, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

³ Comunicación al PRIMER CONGRESO NACIONAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES Mar del Plata, 14 y 15 de abril de 2005, tema: OBLIGACIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES, nuestra con RODRIGUEZ, Pablo Javier, VELEZ, Héctor Guillermo *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y SOCIOS EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA EN LA CONCEPCION DEL ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES*.

⁴ ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, pag. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal”, dirigido por el mismo, específicamente pag. 113.

estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar”. Ello se plasma en el art. 66 ap. 6º ALS.

b.- La planificación no es el único punto relevante a la hora de conseguir un sistema falencial eficaz, y así parece haberlo entendido el ALS, que en el art. 34, 2ª parte hace responsable ante terceros al socio que “...difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la concesión de recursos o de crédito.”

c.- En esta línea el art. 94, apartado 4º ARLS avanza sobre lo dispuesto por la ley vigente al disponer que la sociedad se disuelve “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...”, lo que es obvio en casos de insolvencia o de insuficiencia patrimonial.

d.- Congruentemente, pero ya en lo relativo a la previsión de conductas grupales, el art. 54 cuenta con un agregado, el que dispone que “...En la ejecución de una política empresaria en interés del grupo es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de una política grupal, en un plazo determinado, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada”. Si alguien generó un daño debe repararlo, ello en orden a los administradores de la sociedad que operó en cesación de pagos.

e.- El art. 190 en su nueva redacción previendo la restitución por parte de los prestamistas de las sumas de dinero que les fueron devueltas durante el año que precede a la insolvencia de la sociedad, cuando se trate de préstamos hechos por un accionista, su cónyuge, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo o por una sociedad controlante, controlada o vinculada, como asimismo los provenientes de terceros que hayan recibido garantía de alguna de las personas mencionadas.

f.- Al acotar la adquisición de acciones propias por la sociedad regulada en el art. 220, puntualmente en su apartado 4, al disponer que será excepcionalmente, para evitar un daño grave a la sociedad con sendos informes de los órganos de vigilancia y control, exigiendo que en tal caso la resolución debe esclarecer la consistencia del daño, la disponibilidad de ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, con las que exclusivamente puede realizarse la adquisición, sin afectar la solvencia y liquidez de la sociedad.

g.- También el nuevo art. 261 cuando prevé la hipótesis de insolvencia y regula que los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos deben restituir las remuneraciones recibidas en el curso de los dos (2) últimos ejercicios, a menos que prueben que las condiciones establecidas por la ley y el estatuto para su distribución se cumplieron y que se adecuaron a los resultados de balances ajustados a las reglas y principios aplicables.-

3. En ese orden analizar las obligaciones, deberes y responsabilidades de socios y administradores es un tema prioritario, debiendo tender la legislación a establecer normas concretas, claras y sólidas que favorezcan el ejercicio responsable de los derechos de los mismos –cuya exoneración de responsabilidad debe defenderse-, haciéndolos responsables cuando

protagonicen desviaciones de las que resulte daño, como es la continuación de la actividad de una sociedad en insolvencia.

La legislación societaria contiene hoy normas que permiten reencauzar las crisis patrimoniales, pudiendo entenderse aplicables las específicas soluciones que apunta el Anteproyecto. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

III - LO ABUSIVO DE LA PROPUESTA.

No intentamos ingresar en el análisis de si una propuesta es o no abusiva, sino en algunas consideraciones genéricas que normalmente no son abordadas. No nos satisfacen argumentos tales como que en caso de liquidación lo que se obtendría sería menor, y que se eliminó el umbral legal del 40% de pago, lo que permitiría quitas totales, además de eternas esperas que implican en la realidad acrecentar las quitas.

1. Las continuas reformas de la legislación concursal, que facilitan la acción depredadora de los concursados en la seguridad del tráfico mercantil, particularmente cuando operan sociedades, imponiendo quitas y esperas que superan todo lo imaginado, unido a las ideas sobre continuación de la empresa en la quiebra liquidativa, nos ha llevado a replantearnos si existe algún patrón, algún principio, algún eje, que permita el análisis y aplicación integral del sistema.

Lo concreto y objetivo es que hoy pareciera que se autoriza el aniquilamiento del pasivo de una sociedad, afectando a sus acreedores quirografarios, sea no admitiéndolos al concurso o generándole expropiatorias quitas y esperas⁵, y trasladando ese beneficio al patrimonio de la sociedad en directo enriquecimiento de los socios que ni aportaron más capital, ni reintegraron el existente, ni vigilaron el accionar de los administradores.

Sin plan alguno:

1.1. se sacrifica la situación de los trabajadores imponiendo modificaciones en los convenios y condiciones de trabajo, y haciendo inaplicable en la práctica las disposiciones del pronto pago que prescribe la ley 24522.

1.2. se sacrifica la situación de los acreedores imponiéndoles quitas y esperas que implican la expropiación del crédito, obligando incluso a los que se oponen a tales acuerdos, y sugiriendo el voto favorable ante la previsión de una liquidación aún más ruinosa, y las dificultades de toda acción de reconstrucción patrimonial o de responsabilidad, sujetas a limitaciones y aprobaciones inimaginables.

1.3. se autoriza la intervención de acreedores subrogados, entendiéndose que la cesión o delegación de créditos incobrables es normal en el comercio, y no excluyendo a esos

⁵ Por ejemplo en el caso Entertaimet Depot S.A. fallo de la CNCom. Sala E del 10.10.2003 que rechazó las impugnaciones a un acuerdo irrisorio, donde también se determinó –aunque sin prueba en autos– que inmediatamente los socios vendieron su participación accionaria en la concursada. Libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, pág. 298.

créditos de la votación, obteniendo la exclusión de votar a muchos acreedores por razones diversas, y que ello no altera la *pars conditio creditorum*.

1.4. se autoriza al juez a imponer el acuerdo cuando no se obtengan las mayorías, aún en las previsiones referidas, y previas alambicadas categorizaciones de acreedores tendientes a superar cualquier resistencia de los acreedores.

1.5. se autoriza que un tercero asuma la conducción de sociedades, no imponiéndole la continuación de su actividad y beneficiándolo de la plusvalía que obtendría de la expoliación que la ley permite a la propiedad de los acreedores (art. 48 LCQ).

1.6. no se limita la venta inmediata de la empresa o del paquete accionario de control de la sociedad, y por el contrario el concurso suele ser prolegómenos o parte de la estrategia de una de esas ventas.

Resulta de toda evidencia que la ley, sin contraprestación alguna, permite - particularmente a las sociedades comerciales, sus socios o quiénes ofrezcan un acuerdo heterónomo- y autoriza la degradación del derecho de propiedad de los acreedores, imponiéndoles quitas y esperas que importan en la práctica una expropiación sin indemnización alguna, generando una plusvalía que se traslada directamente al patrimonio de los socios de la concursada (por su derecho sobre el patrimonio incrementado de la sociedad concursada), sin imponerles ninguna obligación para el cumplimiento del acuerdo, la continuidad de la actividad de la sociedad, del desempeño de sus trabajadores, ni planificación alguna.

¿Es esto correcto? Se corresponde a algún bien jurídico tutelado, eje o política legislativa, a alguna técnica jurídica, a un valor determinado? ¿O aparece como injusto y contrario a la seguridad jurídica?

Ante esa evidencia parece importante analizar si ello es congruente con el sistema jurídico argentino, y si existen normas de derecho vigentes, o es conveniente pensar en otras para una futura reforma que equilibre esta situación.

La sincronía normativa debe atender a la eficiencia del sistema concursal.

2. Así deberíamos analizar como justificar una propuesta. A nuestro entender ello debe ser vinculado directamente a la necesidad de la “empresa” de eliminar el “estado de cesación de pagos”. O sea como absolver el estado de cesación de pagos y permitir la continuidad de la empresa explotada por la sociedad⁶.

Si este aserto es compartido, no debe dubitarse en exigir una justificación de la propuesta en ese sentido. La propuesta no será abusiva si se corresponde con una planificación coherente para lograr salir del estado de cesación de pagos y continuar la explotación de la empresa. Sobre

⁶ Nto. *Bien jurídico tutelado por la legislación concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p. 262 y ss., donde recurriendo a la teoría de la bipolaridad de los valores señalamos claramente el antivisor: “la cesación de pagos”, y por tanto como valor la eliminación del estado de cesación de pagos, connatural a la idea de empresa, que en numerosas referencias de autores o jurisprudencia citadas más adelante aparece la conservación de la empresa como valor a tutelar.

el punto Bargalló apunta para determinar si una propuesta no es abusiva “La existencia de un plan de empresa del que surjan las posibilidades de cumplimiento de la propuesta”⁷.

Martín Arecha⁸ informa sobre las dificultades del tema “por la variedad de factores que pueden influir y se agravan por los escasos informes con los que debe enfrentarse el juzgador al no imponerse al síndico pronunciarse sobre la propuesta, su viabilidad y alternativas de mejora; ni siquiera se exige al deudor la fundamente o explique su razonabilidad económica al presentarla en el expediente, empero lo cierto es que en algunos casos, esas omisiones han sido bien suplidas por los jueces requiriendo de funcionario concursal informes precisos y fundados sobre la propuesta y hasta sobre el modo de su negociación con los acreedores. Por cierto que también resultaría de toda ventaja imponer la presentación del “plan de empresa” cuestión sostenida por Richard, apuntando a la necesidad de contar con un sustrato económico realista para el concurso”.

No mediando tal justificación cualquier propuesta de quita o espera será abusiva, pues implicará una expropiación del crédito de acreedores en beneficio de los socios de la sociedad, pues esta enriquecerá su patrimonio con la quita generada, además de los beneficios financiero-patrimoniales de la espera.

A poco de entrar en vigencia la ley 24522, la Cámara Comercial de la Capital se pronunció en torno a que el juez estaría renunciando a los deberes propios de su función jurisdiccional si actuare compelido de modo irrestricto y absoluto a la homologación de un acuerdo que si bien fue aprobado por los acreedores afectaba el orden público, desde que se conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal⁹.

Bargalló sugiere recurrir al art. 1071 C.C. para establecer que es una propuesta abusiva, para determinar el límite de razonabilidad en orden a evitar todo lo que implique un abuso de derecho. Allí sugiere contemplar la conservación de la empresa “en cuya prédica se ha afirmado que la ley 24522 potencia como ninguna otra hasta hoy el objetivo del salvataje de la empresa,

⁷ BARGALLO, Miguel en erudito artículo *Control por el juez concursal del abuso en las propuestas de acuerdo preventivo* p. 259 libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, especialmente pág. 265 con cita de RUBIN, Miguel E. *Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25589, ED año XL n° 10563* revista del 9.8.2002, a lo que agregamos los trabajos anteriores. Ello conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías (En “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III p. 1187 *El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario*), un constante requeriente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Recalcó la cuestión Alberti (ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard) que señala “Expresó nuestro ...amigo ... que la carencia de ese plan provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su *Efectos societarios de la insolvencia*, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación. La postergación de esa inevitable extinción de las empresas insolventes conviene, por cierto, a los dirigentes societarios que de modo artificioso malvivan de esas empresas deficitaria, pero la comodidad subjetiva de este logro aventajado resulta tanto onerosa como inútil para la sociedad económica”.

⁸ En el mismo libro colectivo *Propuesta y homologación* p. 271 y ss., donde relata que “En varios pronunciamientos se han admitido quitas que permiten pagar porcentajes del 10% en una sola cuota sin intereses y a los 90 días de la homologación” generando una “atenuación del principio de conservación del crédito, lo cierto es que también aparecen reforzados otros principios como lo son el de conservación de la empresa y el de resguardo de la fuente de trabajo”.

⁹ CNCom. Sala C “La Naviera...” del 27.10.1995, LkD, Textos, idem. Sala B “Covello...” del 23.9.96 LL 1997-E.244, citados por BARGALLO, Miguel en erudito artículo *Control por el juez concursal del abuso en las propuestas de acuerdo preventivo* p. 259 libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004.

habiéndose destacado también la importancia del salvataje de la empresa útil en tanto productiva de bienes, dadora de servicios y generador de empleos”¹⁰.

Así se ha considerado en el caso "Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash SA s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo promovido por Calcon Construcciones SRL" por la CNCOM con fecha 19/05/2005, que ante 1. "La propuesta presentada en autos por la concursada -respecto de los créditos por obligaciones dinerarias- (que) consiste en el pago del 40% de los créditos quirografarios en veinte cuotas iguales anuales y consecutivas; la primera de ellas a los seis años contados desde la homologación del acuerdo. Por ende, el acuerdo comenzaría a cumplirse en seis años y terminaría en veintiséis. No contempla el pago de intereses.". 2. Se rechaza la homologación ante los criterios de la Fiscal General: "Estimo que el excesivo plazo previsto para el pago, sin que se contemple ningún tipo de retribución por la espera, conduce a la virtual pérdida de los derechos de los acreedores quirografarios, quienes recibirían sumas insignificantes en pago de sus créditos, debido a la licuación de su valor por el transcurso del tiempo."... "La homologación de un acuerdo celebrado en esas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes, evitando las consecuencias de la declaración de quiebra en materia de inhabilitación (art. 234 a 238 L.C.), responsabilidad (art. 160 a 171 L.C.) y acciones persecutorias (art. 119 L.C.), si hubiere lugar."... "Evaluadas las circunstancias del caso, la composición del activo y pasivo de la deudora, y demás información brindada por la sindicatura respecto de la empresa concursada en su informe general (fs. 1957/2013 del principal), considero que la propuesta ofrecida vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito (art. 52 inc. 4 L.C.)." ... "La homologación de un acuerdo que implica desvirtuar la eficacia de los medios compulsivos con que cuentan los acreedores para hacer valer sus derechos, va más allá de su particular interés para convertirse en una cuestión que afecta el interés general."

3. En el caso "Sociedad Comercial del Plata s/ concurso preventivo", fallado por la CNCOM, SALA D el 22/06/2005 se considero: ""El dato objetivo en una propuesta de acuerdo de una quita del 80 %, tal como reconoce la concursada en varias de sus contestaciones a las impugnaciones formuladas, resulta a priori perturbador, si es tomado aisladamente. Cabe preguntarse si es éste el único dato que debe considerarse al momento de evaluar la existencia de un abuso en la propuesta concursal, frente a la remoción legislativa del piso del 40 % y la introducción de la "novedad" -que no es tal, porque el cciv 1071 y 953 es aun anterior a la reforma de la ley de quiebras- que introduce la actual redacción de la LC 52:4. La respuesta a este interrogante es negativa porque la combinación de factores es mucho más compleja que cotejar si una quita del 80 % es más que una del 40 % o del 60 %. Tanto más si se analiza la condición de la persona concursada, cuya complejidad se hallará dada, al menos en este caso, por su condición de sociedad "holding" de participaciones en otras sociedades, entre las cuales dos se encuentran también en cesación de pagos.... También debe considerarse que no es sólo una quita

¹⁰ BARGALLO trabajo citado, especialmente pág. 264 y doctrina allí mencionada.

importante del 80 %, sino que representa, en gran medida, una abrupta reorganización de la sociedad, con una capitalización de \$ 400.000.000, la incorporación de nuevos socios y una recomposición elíptica de su relación con las sociedades vinculadas, y la entrega de bonos o valores convertibles en acciones, con un "precio" fluctuante y actualmente imponderable en forma concreta.... No aparece pues suficiente tachar de abusiva una propuesta concursal compleja, que relaciona extrínseca e intrínsecamente mucho más que una quita en los créditos concurrentes, planteado como dato crítico aislado, divorciado de la dinámica económica, financiera y concursal dentro de la cual la misma se encuentra inmersa.... La potencialidad de la combinación de sus factores aparece, aún ante esta propuesta preventiva, más beneficiosa que su disolución y realización por separado.... Ergo, no se advierte ni explícita ni implícitamente que la alternativa a esta propuesta -es decir el procedimiento de cramdown o la quiebra- fuere más eficiente para los intereses combinados de la concursada y sus acreedores, que el acuerdo aquí analizado."

Y consecuentemente la Cámara rechaza los planteos de abuso y homologa la propuesta. La planificación del futuro aparece en los considerandos como "imponderable". Y por tanto la supuesta conservación de la empresa hipotética.

Nos parece inconclusos dichos criterios.

4. El análisis no debería detenerse en esa planificación para el futuro, sino en el análisis de las causas que generaron el estado de cesación de pagos de la sociedad. Si un acuerdo puede generarse anticipatoriamente al estado de cesación de pagos, e indubitablemente al caer una sociedad en cesación de pagos, la continuidad del giro social infringiría por parte de los administradores la conducta de un buen hombre de negocios y los haría contratar dolosamente con sus acreedores, no parecería justificable grandes quitas o esperas para solucionar una situación advertida rápidamente por un "buen administrador".

¿O se supone que no es dolosa la actuación de administradores societarios que continúan el giro y siguen contratando con terceros a sabiendas de las dificultades de cumplir los acuerdos conforme los están asumiendo?

Las soluciones societarias internas o las concursales externas oportunas permitirían que con una leve quita y una corta espera se solucionara la situación más crítica.

En tales supuestos sólo podrían entenderse grandes quitas o esperas ante las crisis generadas por una abrupta devaluación, una inesperada apertura de mercados o situaciones no mensuradas por un buen administrador, y asumiendo los socios junto a los acreedores el perjuicio, pues en caso contrario la propuesta es abusiva.

IV - ¿CÓMO EQUILIBRAR LA PROPUESTA?

A nuestro entender los puntos centrales para determinar si una propuesta es o no abusiva: 1º. Si los proponentes actuaron diligentemente ante el estado de cesación de pagos, y 2º. Si proponen un plan congruente para solucionar el problema.

En caso negativo de respuesta a alguna de esas proposiciones, la propuesta será abusiva.

Remarcamos que no descartamos propuestas de quita y esperas importantes para salvar la empresa, aún contrariando esos presupuestos, pero en tal caso para que la propuesta no fuere abusiva deberá compartirse el perjuicio entre socios y acreedores.

1. En tales supuestos, de no existir la lucidez por parte de los administradores y socios de la sociedad concursada de actuar congruentemente con el sistema jurídico, formulando una propuesta equilibrada conforme sus responsabilidades en la génesis del problema, los jueces podrán aplicar la tercera vía como una forma de evitar la quiebra. La misma condicionará la declaración de quiebra a la aceptación por parte de la deudora de una reformulación del acuerdo abusivo, aunque el mismo hubiera sido aprobado por las mayorías necesarias, o el juez dudare de asumir lo requerido por el deudor, de imponer en ciertos casos el acuerdo. Existen ya precedentes de ello. Se trata, como señala Bargalló, de la reformulación direccionada de la propuesta o su adecuación o la formulación de otra propuesta por el juez, homologándola condicionada a la aceptación de la concursada¹¹.

2. Si la sociedad hubiera arrastrado un largo período en cesación de pagos, que ha generado tal descalabro que impone una quita importantísima y largas esperas, no descartamos la

¹¹ Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18 77882 Juez Eduardo Favier Dubois (h) "LA QUINQUENAL SAIC S/ CONCURSO PREVENTIVO" Buenos Aires, 14 de julio de 2004. La concursada "señaló que existe un plan de empresa del que surge que las posibilidades de cumplimiento se basan en la facturación anual... que ...es imposible mejorar la propuesta, por cuanto necesita mantener el stock de materias primas necesarias para poder cumplir con los pedidos pendientes.", ... "II) CARACTER ABUSIVO DE LA PROPUESTA.... se advierte que, el acuerdo aprobado consistió en el pago del 40% del capital quirografario verificado y declarado admisible en la resolución de fecha 15/5/03, en diez (10) cuotas iguales, anuales y consecutivas, pagadera la primera de ellas a partir del segundo año de la fecha de celebración de la audiencia informativa, sin pago de intereses de ningún tipo. Siendo ello así, se observa que la propuesta de acuerdo preventivo, tal como fue formulada, es abusiva no solo frente a una alternativa de inflación, posibilidad que no puede ser descartada desde que nuestro país –lamentablemente- ha tenido que afrontar y contrarrestar -en más de una oportunidad- dicho flagelo, sino por la ausencia absoluta de intereses. Es que resulta indudable que la propuesta consistente en el pago del 40% del capital verificado, sin intereses y a doce años (dos de espera, y diez cuotas anuales), se traduce en una quita groseramente mayor que la del 60% al término del plazo (ver CNCom., Sala "A", in re: "Arcangel Maggio, s/inc. de impugnación al acuerdo preventivo", del 3/5/04, donde se destacó que el 40% a 15 años, sin intereses, implica una quita aproximada al 95%), lo que se agrava si se considera que la suspensión de intereses se remonta al 9/10/02, fecha de declaración en concurso. Por otro lado, y como se dijo, conforme lo dictaminado por la sindicatura, en caso de decretarse la quiebra de la deudora, "...los acreedores que detentan privilegios especial y general cobrarían el 100% de sus reencias. En tanto los acreedores quirografarios verían satisfechas las suyas en el 82% de los créditos verificados y/o declarados admisibles..." (sic). Queda claro entonces que, entre las dos modalidades en análisis, a los acreedores les resultaría mucho más favorable la alternativa indicada en el párrafo precedente, pues obtendrían un mejor resultado económico en caso de quiebra y en menor tiempo que el propuesto. Con tales aclaraciones corresponde concluir que, en los términos en que fuera efectuada la propuesta, ésta no se encuentra en condiciones de ser homologada sin más, dado que es abusiva en los términos del art. 52 inc. 4° de la ley 24.522, modificada por ley 25.589. ... a fin de evitar que sea abusivo un acuerdo preventivo cuando es extremadamente inferior a la capacidad de pago del deudor proyectada en el tiempo (conf. Figueroa Casas, Pedro J., "Aproximación al concepto de acuerdo preventivo abusivo; Facultades judiciales", ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, 2002, publicada en "Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano", Editorial Ad Hoc, octubre de 2003, pág. 661 a 666). III) ADECUACION DE LA PROPUESTA:... En dicho orden, juzgo que ante el abuso de la propuesta aprobada corresponde, en lugar de decretar la quiebra, que el deudor adecúe su propuesta, lo que constituye una "tercera vía" entre la homologación y la quiebra (confr. CNCom., Sala "C", voto en disidencia del Dr. Monti en "Línea Vanguard S.A. s/concurso preventivo" del 4/9/01; fallo firme del suscripto, in re: "Curi Hnos. S.A. s/conc. Prev.", del 3/4/02 (Errepar, "Doctrina Societaria y Concursal", N° 176 - Julio 2002, T° XIV, pág. 378 y ssgetes., con comentario de Jorge Daniel Grispo, "Las facultades homologatorias del juez del concurso", op. Cit., pág. 383; Suprema Corte de Justicia de Mendoza, in re: "Argenfruit S.A. en Pedro Lopez e Hijos S.A.C.I.A. s/conc. prev.", del 24/6/03). Sentado ello, para tomar parámetros mínimos que se adecúen a la realidad actual socio-económica del país, debe considerarse, como hecho público y notorio, que el Poder Ejecutivo Nacional ha ofrecido a sus acreedores pagar la deuda pública del Estado Nacional en un 25% nominal (propuesta de Dubai), la que ha sido recientemente mejorada con el pago de intereses (propuesta de Buenos Aires), disminuyendo así la quita real hasta alcanzar el 75%. ... Dicha condición se tendrá por aceptada por el deudor -con los alcances de una adecuación de propuesta- en caso de silencio dentro de los cinco días de notificado, y por los acreedores en forma presunta dado que los beneficia. Tal mecanismo, al posibilitar la homologación, impedirá la quiebra, la que iría en desmedro de uno de los pilares de la constitución económica argentina: la conservación de la empresa en marcha como modo de conservar las fuentes de trabajo (art. 14 bis de la Constitución Nacional), armonizándolo con la debida tutela del crédito." . Un reciente caso de aplicación de tercera vía, en forma muy conservadora lo fue el fallado por el Juzgado Nacional Comercial N° 16 Secretaría N° 32, en la causa 048639 *MODO SOCIEDAD ANONIMA DE TRANSPORTE AUTOMOTOR S/ Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, cuyo titular Alfredo A. Kölliker Frers lo resolvió en la Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2005.

posibilidad de presentar y homologar esa propuesta, pero la misma debería introducir el “esfuerzo compartido” de los socios, transfiriendo las participaciones societarias a los acreedores en forma proporcional a la quita. Caso contrario aparecería como un enriquecimiento sin causa a favor de quienes usaron indebidamente un instrumento de organización, como es la sociedad, de quienes contrataron dolosamente –en estado de cesación de pagos, sin darles información- con acreedores, generándoles un perjuicio.

3. Los socios incluso deben asumir la falta de diligencia de los administradores por ellos elegidos en cuanto dejaron que el patrimonio de la sociedad se deteriora de tal manera que hiciera necesario el concurso, no pudiendo sobrellevar las soluciones previstas en la ley de sociedades, y potenciado con quitas y esperas que implican la expropiación sin contrapartida de los créditos de los acreedores. Ello entonado con una importante disminución de pasivos, por ser rechazado o no verificado el crédito –contemplado en títulos valores p.ej. debidamente firmados por los administradores, quitas de intereses, alteraciones de cambios de moneda, etc..

4. Si el Juez estimare abusiva la propuesta, pero al mismo tiempo valorable la conservación de la empresa, podrá asumir la “tercera vía” en forma muy práctica: homologarla, condicionadamente a la aceptación de la concursada, capitalizando la quita (y pérdidas por espera) de los acreedores quirografarios, en forma similar a lo que prevé el art. 197 de la Ley de Sociedades inc. 2º in fine, acciones dadas “en pago de obligaciones preexistentes”, que es lo que pudieron haber realizado los socios de la sociedad insolvente sin recurrir al concurso y al desgaste jurisdiccional consiguiente.

5. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹², incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista por el art. 197.2 LS, que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

V – MANIOBRAS CONEXAS.

1. Ciertos “empresarios”, quizá acompañados por alguna doctrina complaciente, formalizan una visión coyuntural y egoísta de la situación (micro) intentando justificar mantener la operatoria de una sociedad –normalmente la propia- en insolvencia, sosteniendo que se trata de situaciones financieras coyunturales, culpando al gobierno, a la imprevisibilidad de las medidas económicas, al mercado, al sistema impositivo, a los competidores, a la intolerancia de los proveedores, etc., las causas de la situación. Las soluciones financieras que suelen intentar, y

¹² Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

con las que justifican transitoriamente haber superado el problema, no hacen sino profundizarlo a la larga. De todas formas no descartamos que administradores y socios intenten esas soluciones, pero lo que no pueden hacer es cargar el perjuicio a los acreedores cuando la situación por fin explota. Si afrontan maniobras riesgosas para superar la cesación de pagos, deben asumir los riesgos y consecuencias, que es lo que no hacen al presentarse tardíamente en concurso.

2. Claro que mientras ello ocurre, esa sociedad suele deprender en el mercado, alterando los costos, no pagando los impuestos, violando la libre competencia, y las leyes de ese mercado, bajo cuya invocación requiere plena libertad para seguir operando ilícitamente. Correlativamente en el concurso que abrirá tardíamente, intentando traspasar todos los daños –por socios y administradores generados- a los acreedores, solicitará que se impida el voto hostil de ciertos acreedores, de competidores, de proveedores, del Estado en sus diversas manifestaciones.

Obviamente que esos administradores, que sin duda mantuvieron muy bien informados informalmente a los socios, se abstienen de convocar a una Asamblea o Reunión de Socios para estos consideren el problema y asuman los remedios que la ley de sociedades ofrece: aumento o reintegro de capital, capitalización de deudas, o liquidación de la sociedad, y en último caso la presentación en concurso preventivo en forma lo más inmediata posible, para evitar la propagación del daño al mercado. Claro que esto implica una visión globalizante (macro) del sistema jurídico y empresario, que es soslayado.

Después de ello se plasma una ingeniería jurídico financiera para despojar a los acreedores con quitas y esperas que superan en mucho el capital social con que operaba la sociedad concursada.

3. Cuestiones conexas a una propuesta abusiva –y que pueden constituir ilícitos penales- suelen ser la existencia de compra de créditos, subrogación, cesión, etc. que sin duda hacen presumir de maniobras para obtener mayorías, como así también las pretensiones de exclusiones de votos. La diligencia de los administradores es también un punto de análisis, pues ella debe ser soportada por los socios y no por los acreedores. Ello calificado con que en el concurso de una sociedad la pretensión de quitas y esperas se corresponde a la decisión de los socios de no aumentar, o reintegrar, el capital social. Panorama muchas veces vinculado con anterioridad o paralelismo al concurso, aunque se manifieste a veces algún corto tiempo después, a una venta del paquete accionario de la concursada, con importante beneficio de los socios, frente a la pérdida generada a los acreedores sociales.

Sobre la curiosa costumbre de que terceros paguen a acreedores concursales y se subroguen en sus derechos, por supuesto para votar afirmativamente las propuestas, la C.Civil y Comercial de Azul, Sala 1º, en autos “Abran, José F. s/ concurso preventivo” con fecha 7 de julio de 2005 se expidió en el sentido de “no hacer lugar a la subrogación de terceros que si había sido aceptada en primera instancia, al considerar, que la subrogación pretendida resultaba

violatoria de la *pars conditio creditorum*¹³. En esta misma dirección se había expedido la CNCom. Sala A en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004 donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público¹⁴, los fines del concurso y el interés general, argumentando: a) que la reunión de las mayorías legales es una condición necesaria pero no suficiente, b) que el diferimiento excesivo del pago sin reconocer intereses implica una quita relevante, c) haber mediado manipulación de las mayorías legales mediante la cesión de créditos cuyo privilegio luego se renunció para participar en la aprobación de la propuesta, afectando el derecho de los restantes acreedores, y d) resultar receptable la doctrina sentada en el precedente Línea Vanguard.

4.. No descartamos que todas esas conductas también puedan quedar atrapadas en varias figuras penales. Particularmente en un ilícito penal¹⁵ normado coetáneamente con los cambios en la legislación concursal. En oportunidad de generarse la crisis bancaria que alteró la vida de nuestro país –que fue un vaciamiento anunciado, que luego el Ministro Zaffaroni calificó de “complot” en su voto en el caso Bustos-, el Fondo Monetario Internacional requirió como exigencia la derogación de las normas sobre subversión económica, quizá para evitar que se pensara en aplicarla a las Entidades Financieras que operaban desde el extranjero o en el país, a la par que exigieron el dictado de una ley 25.738 que desresponsabiliza a los Bancos propietarios de Sucursales instaladas en el país, en una normatividad única y alejada de principios de organización empresarial. Quizá por ello la doctrina en general no puso demasiado énfasis en los estudios en torno a la derogación de la ley de subversión económica y la que se dictó en su reemplazo incorporando al Código Penal, como una nueva forma de defraudación, el art. 174 inc. 6º, bajo la visión englobante de “Delitos de vaciamiento de empresa”, con la sanción de la ley 25602, por la que “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”. El autor anotado se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que se califica como “ardid”. Se apunta que el trasvasamiento también es el cometido de un plan que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los

¹³ En Lexis Nexis, entrega electrónica Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones del lunes 25 de julio de 2005, Jurisprudencia.

¹⁴ En el mismo libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, págs. 277 a 296.

¹⁵ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

hechos punibles que se analizan. La figura del art. 174 6º CP., un delito penado con 2 a 6 años, determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común, y tipificar otro delito en la segunda parte de ese art. 174 art. 6º (pág. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo”.

Estos delitos son figuras diferentes al delito de insolvencia fraudulenta, referido en el art. 179 2º párrafo CP que sanciona con 6 meses a 3 años, que tiene una sanción menor del que acabamos de comentar.

VI – INCONSTITUCIONALIDAD.

Un acuerdo presentado por socios y/o administradores de una sociedad que implique despojar a los acreedores de sus créditos so pretexto de los fines del concurso y de la conservación de la empresa, enriqueciendo sin contrapartida a los socios, es inconstitucional por atentar contra el derecho constitucional de propiedad (Art. 14 C.N.).

¿El límite, condicionamiento y afectación al derecho de propiedad que genera el derecho concursal, persiste como para imponer –aunque sea a una minoría, que no lo es tanto por el diferimento al reconocimiento de muchos acreedores que deben padecer verificaciones tardías, recursos de revisión, etc.-, la aprobación de las quitas y esperas de créditos en beneficio de los propietarios de la sociedad deudora?

El cuestionamiento se consolida toda vez que los propósitos del derecho concursal (sobreser el estado de cesación de pagos, asegurar la conservación de la empresa) pueden lograrse compartiendo los socios con los acreedores la titularidad del capital social.

Un acuerdo de quita y espera depredatoria, que pudiera asegurar realmente la conservación de la empresa –lo que deberá ser adecuadamente justificado-, se concilia con normas constitucionales si los socios comparte con los acreedores la propiedad de la sociedad que explota la empresa, en forma equivalente a la pérdida de valor del crédito de éstos.

Transcribimos la opinión de un constitucionalista cuyo nombre por ahora reservamos:

“No es constitucional, bajo ninguna razón ni aún de carácter "social", QUITAR el patrimonio en un 80% a los acreedores, y darles una espera para los otros 20%. Es algo ABERRANTE, que afecta sustancialmente el derecho de la propiedad garantizado por el art. 17 CN. El eufemismo usado como “expropiación no corresponde, pues no hay expropiación, porque no hay "utilidad pública". Hay confiscación!!

Es demasiado simple y transparente, para que los "juristas" y "leguleyos" pretendamos oscurecerlo y enrevesarlo!! Nuestro orden jurídico presidido por la Constitución Nacional,

debe ser congruente con los valores y fines que nutren la axio-teleología constitucional, que constituye su espíritu, su razón de ser y la conciencia constitucional de una Nación.

Esta axio-teleología esta plasmada en todo el plexo de la Ley Fundamental, pero de modo especial en los fines preambulares, entre los que se encuentra el de "afianzar la justicia" como garantía de la seguridad jurídica que sustente un orden de convivencia justo en la sociedad, bajo el imperio de un auténtico y eficiente Estado Constitucional de Derecho, el cual es un Estado de poderes limitados pero no sólo respecto de las competencias de los órganos estatales, sino además y también fundamentalmente, respecto del ejercicio de los derechos constitucionales.

A la luz de estos valores y fines, y de esta limitación de los derechos para lograr el orden de convivencia justo, compartir el paquete accionario entre socios y acreedores parece equitativa. Y ya que la sociedad y los socios no pueden hacer frente a las deudas contraídas por aquélla, parece justo y razonable que las acreencias sean saldadas con acciones de la propia sociedad, de forma tal que, en la medida que no puedan pagar, respondan con su capital empresarial. De otra forma, la sociedad y los socios deudores, corren en la relación jurídica con todos los "comodum" y se evitan todos los "periculum".

Las propuestas depredadoras de quitas y esperas son manifiestamente arbitrarias, irrazonables y por lo tanto, INCONSTITUCIONAL, a poco que reparemos que siempre la "razonabilidad" es la medida de la constitucionalidad."

Agregamos nosotros, como un parámetro de la confiscación que pueden sufrir los acreedores (propietarios de su crédito) en el caso del litigio concursal debe recordarse la ley 24.432 que incorporó como párrafo final del art. 505 C.C. que fija "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor" que son "1. Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado. 2. Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor. 3 Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes", y donde se acotan la "responsabilidad por pago de costas, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados" no excederá del veinticinco por ciento del monto de la sentencia". Ello se correspondía a criterios de la S.C.J.N. considerando expropiatorios ciertos excesos¹⁶.

La inconstitucionalidad por afectar el derecho de propiedad de los acreedores que no votaron a favor, incluso de los que serán aceptados con posterioridad, sería fácilmente superada por el otorgamiento de participaciones sociales equivalentes porcentualmente a las quitas y esperas generadas en relación al crédito, para asegurar la conservación de la empresa.

Quiénes son los socios no afecta a la continuidad de la empresa. Se autoriza así la posibilidad que los acreedores no sufran sólo las pérdidas sino que puedan recuperar en el transcurso del tiempo algo de lo que perdieron. Se los iguala a los socios, que de no se enriquecerían sin causa a costillas de estos acreedores.

¹⁶ Si bien ajena al tema que hoy abordamos, la cuestión lleva a repensar los honorarios que se regulan en incidentes de verificación cuando ya existe una propuesta de pago del 10% a veinte años de plazo, sea que se admita o rechace la pretensión de admisibilidad.

Estamos seguros que, en supuestos semejantes, desaparecerían ciertos “acreedores” generados para imponer las mayorías y se lograría un acuerdo legítimo con los legítimos acreedores.

Llega el punto de pensar cuanto puede expropiarse a un acreedor en un juicio concursal, declarando no abusivo un acuerdo, fundamentalmente en atención al principio rector de tempestividad en la presentación en concurso, que de ser aplicada por administradores societarios, buenos hombres de negocios, permitirían solucionar la crisis de una sociedad con una pequeña espera sin intereses, a lo más con una recortada quita, como lo podemos acreditar quiénes convivimos con procedimientos incluso anteriores a la ley 19550, cuando no era necesario más de dos años de espera, y eventualmente quitas no mayores del 20%. Claro que en ese entonces todavía existían otros criterios sobre la responsabilidad social de la empresa, de los deberes fiduciarios de los administradores, y una más recatada administración pública, cuya influencia sobre la administración privada hace descreer sobre los discursos privatizadores.

VII – COLOFÓN.

Avizoramos que la tempestividad en la presentación en concurso debe ser el parámetro central para determinar si una propuesta es o no abusiva¹⁷, y en orden a la conservación de la empresa, cuando la presentación fuere tardía deberá llevar, como compensación del daño causado por administradores y/o socios, una cesión de participación a favor de los acreedores, congruente con la quita del acuerdo por corresponder al daño causado a sabiendas a sus acreedores¹⁸.

Esa modalidad permite asegurar la extinción de la cesación de pagos, la conservación de la empresa, y la prosecución de la actividad de la sociedad concursada, con una reorganización equilibrada, que no es el resultado de una abusiva planificación de la insolvencia por parte de administradores y socios de una sociedad para transferir el daño, en un supuesto marco de legalidad, a sus acreedores sin contrapartida alguna ni indemnización de perjuicios.

La visualización de ese efecto por parte de los administradores y socios de una sociedad en insolvencia les harán recapacitar en la planificación de su insolvencia, permitiéndose actuaciones más preventivas o, en su caso, imponiendo la coexistencia de socios y acreedores en la propiedad de la sociedad deudora, estos últimos en proporción al daño recibido por la actuación de la sociedad en insolvencia y los costes de su reestructuración.

Así nos permitimos recomendar que en el caso de propuestas con grandes quitas y esperas en concursos de sociedades que han operado durante largo tiempo en cesación de pagos

¹⁷ Nto. *Pedido de quiebra vs. Ejecución individual* pág. 309 en libro colectivo citado “Reestructuración de deudas...”, especialmente el apartado 12. *El centro de la escena: tempestividad de la apertura de un proceso concursal*, pág. 322 y otros trabajos allí citados.

¹⁸ Cfme. ntos. trabajos. *CESACION DE PAGOS Y RESPONSABILIDAD (EL EJE DEL SISTEMA PREVENTIVO DE LA INSOLVENCIA)* p. 2 número especial de Jurisprudencia Argentina “Perspectivas actuales del Derecho Concursal”, 7 de agosto de 2002, JA 2002 III Faxscículo n° 6 donde divagábamos sobre el bien jurídico tutelado y las técnicas jurídicas para aplicar al sistema concursal y *Proceso concursal oportuno* en fascículo colectivo n° 10 de Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina “Derecho Concursal. Cuestiones actuales del régimen de la ley 25589 primera parte, p. 11, del 3 de diciembre de 2003. *Los administradores societarios y la insolvencia* en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 203, Buenos Aires septiembre 2003, pág. 553 a 586; *Ensayo sobre la buena fe y la insolvencia comercial* en libro colectivo “Tratado de la buena

o con dificultades económicas o financieras generales, ante la presentación de una propuesta de acuerdo que presuntamente permita que la “empresa” mantenga su actividad, la misma sea homologada –sea porque obtuvo la mayoría requerida o en ejercicio de la potestad judicial de imponerla en ciertos supuestos-, pero bajo la siguiente alternativa para que el sistema judicial no se vuelva cómplice de un abuso:

a. ejerciendo la tercera vía, compense a los acreedores de la quita y espera con una participación en el capital de la sociedad, sea restándoselo a los socios en una reestructuración o a través de una capitalización de esas obligaciones, conforme prevé el art. 197 2º párrafo in fine de la ley de sociedades.

b. en forma más conservadora homologue la propuesta en la forma solicitada, pero señalando las posibles responsabilidades que pudieran caber a administradores y socios por los daños causados en el incumplimiento a los acreedores sociales, inhiban a aquellos de transferir sus participaciones societarias durante el tiempo de cumplimiento del acuerdo. Ello permitiría que el efecto que no generó el sistema judicial en uso de la tercera vía, sea asumido por los acreedores que se sientan legitimados activamente a ejercer acciones de responsabilidad contra socios y administradores¹⁹.

Un remedio más drástico podría ser considerar que una sociedad que continúa operando en cesación de pagos realiza actividad ilícita²⁰.

Nuestro rol: mostrar sin hipocresías la realidad, para intentar afrontarla en beneficio de la República y asegurando la vigencia del sistema jurídico integral. (micro/macro). Se verá que, a la postre, sólo tratamos de disuadir a los administradores societarios –y a los socios- de la perniciosa costumbre de trasladar el problema a los acreedores: sin duda la cuestión es sencilla –volver a los principios rectores del sistema concursal-, pero

fe”, Buenos Aires 2003, y demás doctrina allí citada. Pueden verse otros trabajos en el mismo sentido en www.acader.unc.edu.ar citada.

¹⁹ Cfme. ntos. *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2002, tomo XIII pág. 887; *Administración societaria. Responsabilidad por deudas contraídas en cesación de pagos* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 507.

²⁰ Cfme. nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.