

**VI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL
IV CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA**

COMISION 1. MORALIZACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES

Luisa Isabel BORGARELLO¹ y Efraín Hugo RICHARD (Paraguay nº 351 - 5000 CÓRDOBA, Tel. 0351 4242830 ehrichard@arnet.com.ar)

LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR PROPUESTAS DE ACUERDO IMPUTABLES A SOCIEDADES COMERCIALES.

Tema: Concursos con propuestas írritas.

Sub tema: Imputabilidad de la propuesta a la sociedad concursada y sus socios.

En los concursos preventivos de las sociedades, la práctica es que la propuesta sea formalizada por el representante legal o el mandatario para el juicio, a lo mas por el representante estatutario.

No cabe duda que esa propuesta no es imputable a la sociedad, surgiendo el interrogante si es el órgano de administración o el órgano de gobierno el que debe formularla.

En el caso de propuestas que puedan ser írritas, abusivas o ilegales formalizadas en concursos de sociedades comerciales, es fundamental que la misma sea realizada por el órgano societario competente, a fin que la misma sea imputable a la sociedad, y –conforme a ello- los socios (mayoritarios o minoritarios) y los terceros (particularmente los acreedores) puedan promover las acciones que estimen pertinentes, frente a la no homologación o la homologación de esa propuesta.

1. Cuando la concursada preventivamente es una sociedad comercial, en la práctica, se cumple con las disposiciones del art. 43 LCQ² con la formulación de la propuesta efectuada por el representante legal o el apoderado de la sociedad concursada, sin que se acredite la intervención de ningún órgano societario .

Creemos que ello no implica la presentación de una propuesta de acuerdo imputable a la sociedad, y por tanto corresponde tenerla por no formulada.

2. Si tenemos en cuenta que para la solicitud de apertura del concurso preventivo de una sociedad, la ley concursal en su art. 6, exige la participación de los órganos societarios³: la decisión de pedir el concurso preventivo corresponde al órgano de administración; la petición judicial de apertura corresponde al representante legal de la sociedad y la decisión de continuar el trámite incumbe al órganos de gobierno, resulta

totalmente lógico y congruente que la construcción de la propuesta y la formulación de la misma a los acreedores concurrentes no sea solamente decisión del representante legal, quién es el que la hace pública en el expediente.

Para que la propuesta de acuerdo preventivo sea imputable a la sociedad no existe duda alguna que debe partir de un órgano societario competente, el que evidentemente no es un mandatario ni representante alguno.

¿Cuál es entonces el órgano societario que debe resolver la propuesta que se formulará a los acreedores en el concurso preventivo de la sociedad?

La participación del órgano de administración es indubitable. No podemos dejar de afirmar que el órgano de administración debe efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión en el que se evalúen fundamentalmente las posibilidades de continuación de la empresa, los posibles acuerdos a formular y la factibilidad de cumplimiento de los mismos y planificar el régimen de administración y de limitación a la disposición de bienes de la sociedad.

Pero la propuesta de acuerdo preventivo que debe presentar la sociedad concursada juntamente con el régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento⁴, va a determinar los derroteros de la vida societaria por un largo tiempo, en la mayoría de los casos, que seguramente excederá con creces el período por el cual se designaron los administradores sociales, que desempeñan sus funciones en ese momento.

Entonces la decisión de cuál es la propuesta mas adecuada que ha de formularse a los acreedores para llevar a buen fin el concurso preventivo y el diseño del plan de administración para la etapa de cumplimiento, ¿es en su esencia un acto propio y exclusivo de los administradores? ¿No debería participar el órgano de gobierno de la sociedad en una cuestión de tanta trascendencia para la vida de la sociedad?

Debería entonces el órgano de administración convocar al órgano de gobierno para, debidamente informado, tomara la decisión imputable a la sociedad por el largo período de cumplimiento del acuerdo.

3. En realidad cuando se resuelve la presentación solicitando la apertura del concurso preventivo de la sociedad, ¿no debería estar ya delineado un plan de empresa y una determinación de las propuestas factibles o posibles que pueden ser viables para formular a los acreedores y que puedan ser aptas para sanear la insolvencia? Si esto no fuera así aparecería un alto grado de improvisación al someter a la sociedad a un proceso concurso preventivo sin una planificación adecuada por parte de los administradores sociales.

También debemos advertir que en la Memoria –si la sociedad comercial fuere por acciones- deberán los administradores informar el estado de la sociedad y la proyección de las operaciones y los aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad⁵. Consecuentemente la planificación previa para sobrellevar la crisis societaria juntamente con las estrategias y propuestas factibles para arribar al acuerdo concordatario con los acreedores, y la información pertinente que deben brindar a los socios con las proyecciones futuras, serían las conductas adecuadas de los administradores sociales, en cumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, que establece el ordenamiento legal⁶.

Va de suyo que si en el ínterin entre la reunión de una Asamblea para ratificar la presentación en concurso y la presentación de la propuesta de acuerdo se hubiera gestando una Asamblea para aprobar el ejercicio, la Memoria no podría dejar de hacer referencias a la situación concursal y a los actos a cumplir para continuar el giro a través de un concordato. Particularmente si la sociedad tuviera domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, ante la reciente Resolución 6/2006 de I.G.J.N..

4. Con estas consideraciones previas ¿podría el régimen de administración y la limitación de disposición de bienes así como la propuesta que se hará a los acreedores concordatarios, no estar aprobado por los órganos de gobierno de la sociedad? La negativa deviene lógica, así como los socios tienen la facultad de revisar la Memoria presentada por el órgano de administración y –en cualquier tipo de sociedad- pronunciarse sobre la gestión del mismo y su eventual responsabilidad –particularmente si no afrontaron la crisis en sus comienzos-, obviamente deben revisar y aprobar todas las cuestiones fundamentales atinentes al proceso del concurso preventivo de la sociedad. No solo sobre la continuación del trámite iniciado, sino respecto al plan de empresa y las estrategias a seguir, que incluyen el contenido de la propuesta a formularse, evitando la disolución de la sociedad.

Por otra parte debemos tener presente que los socios deben conocer e intervenir en la decisión acerca de la propuesta y el régimen de administración por los efectos y consecuencias que pueden llegar a producirse, sobre la sociedad de que ellos son partícipes como de sus propias participaciones.

La posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva o ilegal, autorice la aplicación del art. 48 LCQ⁷, de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros, como así también la posibilidad de incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción prevista en el art. 54 in fine LS contra los controlantes abusivos o torpes⁸; el costo impositivo que podría generar una propuesta de quita y espera por la ganancia que genera en el patrimonio de la sociedad y de los socios, impone, en una visión más estricta, la intervención en estas cuestiones del órgano de gobierno de la sociedad.

Por las razones apuntadas creemos que es el órgano de gobierno de la sociedad el que debe aprobar las bases del acuerdo que será propuesto a los acreedores concordatarios y el plan de empresa que determine el régimen de administración de la sociedad durante todo el proceso concursal, no solamente durante la etapa de cumplimiento de la propuesta.

Los controles jurisdiccionales (judiciales o administrativos) de la vida de las sociedades son muy estrictos en cuanto a asegurar el ejercicio de las competencias por el órgano de gobierno de las sociedades comerciales, incluso frente a meros defectos formales de su convocatoria, lo que podría llevar a que un concordato homologado pudiera ser cuestionado por dicho órgano estatal por falta de imputabilidad de la propuesta –y obviamente del concordato- a la sociedad.

Con igual criterio lo podrían impugnar los socios minoritarios, requiriendo la convocatoria a asamblea para analizar lo actuado, inclusive para promover acciones de responsabilidad social en minoría contra los administradores (art. 275 LS.).

Incluso, cuando los terceros acreedores afectados por la propuesta írrita homologada –y que no votaron- intentaran accionar contra los socios de control (art. 54 in fine LS), estos podrían sostener que no les es imputable la acción, por no haber intervenido al respecto y corresponder al Juez la homologación de un acuerdo en el que no intervinieron.

Por otra parte, en la idea que son los socios los que deben asumir la crisis, incluso mucho antes de la presentación en concurso, la intervención del órgano de gobierno para formular una propuesta írrita de quita y espera predatoria, debe entenderse como una negativa a capitalizar los socios la sociedad o la de capitalizar el pasivo, que son los remedios que ofrece la ley societaria para aventar la crisis, incluso la cesación de pagos.

Referirse a un régimen de administración y de disposición de bienes diferente al que resulte del estatuto social implica su modificación, con efectos para la sociedad, los socios y terceros contratantes, por lo menos por el largo período de cumplimiento de los

llamados acuerdos írritos –con larguísimas esperas-, lo que no puede realizar imputativamente a la sociedad un representante legal ni un mandatario, ni un órgano de administración efímero siempre en el sistema societario, sino que debe ser adoptado por el órgano de gobierno de la sociedad, incluso con inscripción del mismo cuando fuere aprobado.

5. Se dirá que tal recaudo puede entorpecer el proceso concursal. También el cumplimiento de ciertos recaudos puede entorpecer la vida normal de la sociedad, como puede ser un proceso de capitalización que requiere la intervención del órgano de gobierno. Pero es un sofisma.

Como sostuvimos, es obvio que cuando una sociedad comercial es presentada en un proceso concursal preventivo los administradores, como buenos hombres de negocio debieron haber realizado una serie de actos previos. En primer lugar haber cumplido con las previsiones de la ley societaria, poniendo en conocimiento y decisión de los socios la salida de una crisis que llevaría a la disolución a la sociedad.

En tal sentido, y coherente con los deberes del órgano de administración, para evitar dificultar el trámite durante el procedimiento con convocatoria a asamblea o reunión de socios, resultaría conveniente que la decisión del órgano de gobierno sobre estos temas sea debatida en la asamblea que debe llevarse a cabo a los fines del cumplimiento del art. 6 LCQ. En esta oportunidad, cuando ya ha mediado una decisión del órgano de administración acerca de la necesidad de solicitar la apertura del concurso preventivo de la sociedad, deberá éste último hacer saber a los socios, además de la situación actual de la sociedad, cuales son las perspectivas futuras, las bases del plan de empresa delineado que a su vez impone un adecuado régimen de administración y los lineamientos generales de las propuestas factibles de cumplimiento. Asimismo esa asamblea autorizaría⁷ las bases para las modificaciones de la propuesta que fuere menester efectuar en el desarrollo de la negociación con los acreedores durante el período de exclusividad, sin duda por acción u omisión descartando lo ya referido de capitalizar la sociedad a través de los mismos socios o de los acreedores.

En conclusión y en base a los argumentos expuestos, consideramos que la propuesta de acuerdo preventivo, integrada con el régimen de administración y limitación a la disposición de bienes durante el período de cumplimiento –que en las propuestas írritas que referimos alcanza a decena de años- sea imputable a la sociedad, deberá ser aprobada –por lo menos en sus bases- generales por el órgano de gobierno de la sociedad, quién podrá delegar en el órgano de administración aspectos no esenciales o modificaciones dentro de ciertos parámetros, asegurando así las posibilidades negociales.

Asegurar la imputabilidad de la propuesta a la sociedad concursada lo es en beneficio de la buena fe negocial, resguardando a la propia sociedad, la empresa que explota, los derechos de los socios mayoritarios y minoritarios, y a los terceros, sean los convocados, o los que con posterioridad a la homologación contraten con la sociedad.

¹ Profesora de Derecho Concursal. Secretaria Académica del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba..

² Art. 43:... El deudor deberá hacer pública su propuesta presentando la misma en el expediente con una anticipación no menor a veinte días (20) del vencimiento del plazo de exclusividad. Si no lo hiciere será declarado en quiebra, excepto en el caso de los supuestos especiales contemplados en el artículo 48....

³ Art. 6 L.C.Q. ARTICULO 6º.- Personas de existencia ideal. Representación y ratificación. Tratándose de personas de existencia ideal, privadas o públicas, lo solicita el representante legal, previa resolución, en su caso, del órgano de administración. Dentro de los TREINTA (30) días de la fecha de la presentación, deben acompañar constancia de la resolución de continuar el trámite, adoptada por la asamblea, reunión de socios u órgano de gobierno que corresponda, con las mayorías necesarias para resolver asuntos ordinarios. No acreditado este requisito, se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento, con los efectos del desistimiento de la petición.

⁴ Art. 45 Ley de Concursos y Quiebras

⁵ art.66 L.S.

⁶ art.59. L.S.

⁷ RICHARD Efraín Hugo *CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA* en RDCO Julio-Agosto 2006, n° 519, dentro de la 9ª parte: “Pero el enriquecimiento de los socios, la posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva, autorice la aplicación de la legitimación para nuevas propuestas, incluso heterónomas (art. 48 LCQ) de la que puede devenir la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros”.

⁸ RICHARD obra y parte citada “El enriquecimiento de los socios, la posibilidad antedicha, el incumplimiento de las normas societarias sobre la patrimonialización de la sociedad que podría autorizar la acción del art. 54 in fine LS contra los controlantes, impone, en una visión más estricta, que la propuesta de acuerdo a los acreedores sea formalizada por el órgano de gobierno de la sociedad”.

⁹ RICHARD, trabajo citado en el inicio de la 9ª parte “Un primer tema de aplicar el derecho societario a la solución de la crisis, es determinar que órgano de la sociedad debe formalizar la propuesta a los acreedores. Sin duda que ella podría ya formalizarse en el mismo acto que el órgano de gobierno ratifica la presentación en concurso decidida por el órgano de administración”.