

P O N E N C I A S

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

EFRAÍN HUGO RICHARD

JORGE FERNANDO FUSHIMI

JUAN CARLOS VEIGA

ADVERTENCIA PRELIMINAR

A través de estas trece comunicaciones, varias en colaboración con distinguidos Profesores –que han presentado otras individualmente- se intenta una visión integral de las crisis financiero-económico-patrimoniales de las sociedades. Desde los deberes de responsabilidad de la actuación ex ante de los administradores, de su obligación ex post de reparar daños, en una integración de las normas imperativas específicas que regulan estas personas jurídicas, introduciéndose en la diferencia entre cesación de pagos e insolvencia para incorporar las obligaciones de socios y administradores ante una causal de disolución: la pérdida del capital social, asegurando la oportunidad en asumir la crisis, los requisitos de la propuesta de acuerdo, su negociación, los legitimados para expedirse positiva o negativamente sobre la misma conforme a normas del Código Civil; la confiscatoriedad de la misma a partir de la Constitución Nacional, ahondando sobre abuso y fraude a la ley en propuestas de quita –incluyendo apreciaciones sobre la tercera vía y una posible interpretación pretoriana-, el tratamiento fiscal de éstas; pasando sobre el proceso de verificación, el valor de la contabilidad, el financiamiento post concursal y nuevas modalidades de financiamiento.

Siempre centramos la mirada en la conservación de la empresa socialmente útil y económicamente viable, en la equidad, en descartar el abuso de derecho y los enriquecimientos sin causa, o el perjuicio innecesario, conforme la integración de normas imperativas de la Constitución Nacional, el Código Civil y particularmente del derecho societario cuando se trata de la crisis en la funcionalidad de sociedades, para centrar nuestra visión en las soluciones que brinda esta última ley para afrontarlas y la subsidiariedad de los procesos concursales.

E.H.R.

ehrichard@arnet.com.ar

INDICE:

NEGOCIACIÓN Y FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA	2
EXCLUSIÓN DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA	9
LEGITIMACIÓN DE PROPOSICIÓN E INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO DE SOCIEDADES	15
LA REORGANIZACIÓN PATRIMONIAL Y EL PLAN DE NEGOCIOS	20
NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CONQUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE, con Juan Carlos VEIGA	27
LA TERCERA VIA Y EL CONCURSO DE SOCIEDADES	35
VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS. LA REVOLUCIÓN CONCURSAL (no siempre se avanza sobre la concursabilidad!)	40
CRISIS DE LOS PRINCIPIOS CONCURSALES: El financiamiento post crisis.	44
LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos) con Jorge Fernando FUSHIMI	49
LA INFORMACIÓN: LIBROS DE CONTABILIDAD E INFORME GENERAL DEL SÍNDICO con Jorge Fernando FUSHIMI	54
COOPERATIVAS DE TRABAJO Y FINANCIAMIENTO	61
LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES con Juan Carlos VEIGA	68
Responsabilidad de administradores societarios ante la crisis	77

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL**VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA****Tucumán (R.A.) septiembre de 2012****Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO****NEGOCIACIÓN Y FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA**

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Debe aspirarse a una negociación leal ante la explicitación de la crisis que el concursado hace conocer a sus acreedores, imponiéndoles de la imposibilidad de cumplir normalmente las obligaciones contraídas, pero con la verisimilitud de un plan para cumplir lo que acordaren. Ese acuerdo no puede ser logrado con prácticas ilegales, o con regateos ajenos al sistema de comercial leal. La información y las posibilidades deberían ser tales que llevaran a los acreedores a formas asociativas, de menor coste y conforme a un “esfuerzo compartido”.

La ley argentina impone que la propuesta de acuerdo se integre con “la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital” (la reforma sólo agrega a continuación “y permanecerán en su cargo los representantes de los trabajadores de la concursada”).

La ley argentina 24522 expresa que “La negociación que lleva a cabo con sus acreedores”, sea que el deudor que se ha convocado sea persona natural o sociedad, imponiéndose que “dará explicaciones” en una Junta, “y los asistentes podrán formular preguntas sobre las propuestas” (art. 45 ref. ley 24522). La norma señala que “la audiencia no se llevará a cabo” si “el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas por el artículo 45” –en realidad el mismo artículo de la ley de concursos vigente en la República Argentina-.

La experiencia indica que esa audiencia no se lleva a cabo, en la mayoría de los casos, por cuanto el deudor ha contado con las mayorías casi antes del inicio del proceso concursal, asegurándolas en el trámite de verificación y muchas veces con negociaciones incompatibles con la legalidad (adquisición de créditos por cesionarios, intervención como acreedores de sociedades *off shore*, unido a la desaparición de libros de contabilidad que impiden al Síndico el rastreo de los activos que deberían haber ingresado al patrimonio de la concursada).

1.No obstante esas circunstancias, se ha convocado a analizar la “Negociación” y ello nos compromete a recordar previsiones legales que no se cumplen normalmente, y que es nada menos que: uno de los elementos que “integra” la propuesta.

La negociación del acuerdo debería estar vinculada –en el caso de una sociedad– a las causas de su crisis, al plan para superarla y a las previsiones normativas de la ley de sociedades específica.

2. En el derecho comparado ese aspecto impone planes de reorganización, información interna y externa, la formulación de la propuesta (o propuestas en su caso), la recepción de observaciones, explicaciones en juntas, etc., antes de ser sometida a la decisión de los acreedores y la validación de la autoridad judicial o administrativa¹. En este Congreso sin duda recibiremos otros aportes en este aspecto, para componer las futuras relaciones de todos los interesados, asegurando la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo.

3. En ponencia premiada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (México mayo 2012), Diego Martín Parducci expresa que se “trata el cambio de paradigma que se ha apreciado en el Derecho Concursal Comparado a partir de las reformas concursales de la última década. En ese orden de ideas, se puso de relieve **un vetusto derecho concursal preventivo** desentendido de la viabilidad empresarial post falencial, y **cuyas técnicas de superación de la insolvencia se centraron en la mera reestructuración de pasivos**, por otro moderno, que evidencia en las nuevas legislaciones un interés estratégico en la reorganización empresarial y en la sustentabilidad de la empresa en crisis, para construir la nueva fisonomía legal de los procesos preventivos”.

Así, este autor en su trabajo titulado “Lineamientos para la profundización del régimen financiero en el Derecho Concursal moderno”, apuntó que “El Derecho Concursal Preventivo, desde su primer antecedente en el derecho belga allá por 1890, **ha estado claramente dirigido a modelizar las reglas que definen el marco negocial en el que actúan el deudor y sus acreedores para determinar, en virtud de un acuerdo de mayorías, de qué forma serán canceladas las acreencias de estos últimos**. Esa realidad, situó a las legislaciones concursales en un obvio ámbito judicializado para el tratamiento de la cesación de pago o insolvencia, cuyo **principal interés se centró en brindar herramientas negociales que coadyuvasen en la mencionada negociación**, intentando conciliar las tensiones que en virtud de aquélla se generan entre los agentes económicos participantes en tales procedimientos. Fueron ejes de ese paradigma legislativo, que aún hoy se mantiene como nuclear de los ordenamientos concursales, figuras como la categorización, que matizó los alcances de una cada vez menos decisiva *pars conditio creditorum*; la renuncia a los privilegios, para facilitar con ella la obtención de un acuerdo; la flexibilización de las mayorías configurativas de aquél y de las alternativas y límites de las propuestas de acuerdo; la determinación de supuestos de exclusión de algunos acreedores en la participación de la mencionada negociación; el establecimiento de facultades homologatorias para la imposición del acuerdo a los acreedores disidentes en determinados supuestos; posibilidad de adquisición de la empresa por terceros, e, incluso, la aparición de figuras preventivas extrajudiciales como alternativas a la estructura tradicional del concurso

¹ La Ley de Concursos Mexicana” del año 2000 y modificada en el año 2007. En esa última modificación destaca en el “Plan de Reestructuración Previo” el actuar tempranamente ante la “inminencia de la insolvencia”, Subraya el fin del concurso mercantil explicitado normativamente “Conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado que ponga en riesgo su viabilidad”. No se formaliza junta y se reciben adhesiones al acuerdo, y el conciliador cuando el acuerdo cuente con la mayoría de las adhesiones lo debe poner “a la vista de los acreedores reconocidos por un plazo de 10 días para que opinen sobre ésta”. Los mismos tienen “5 días para que formulen objeciones o, incluso para que apliquen el derecho de veto”.

preventivo, con los rasgos propios que a este último proceso lo define en cada país. Sin embargo, se puede apreciar a simple vista de la sola enumeración precedente, que todos estos instrumentos de los que pudo y puede valerse hoy día el deudor para definir su estrategia de negociación con sus acreedores, con mayor o menor eficacia, **sólo hasta ahí llegaron: es decir, delinearon y definieron exclusivamente a los procedimientos concursales preventivos como un mero contexto judicial o administrativo de reestructuración de pasivos**. Ninguna otra conclusión puede derivarse de tales reglas. Ante ese panorama, es posible afirmar que, hasta la fecha y sin soslayar un tenue cambio en esa tendencia legislativa en la última década, el Derecho Concursal Preventivo en las diferentes latitudes, no se ha ocupado de forma directa y concreta, de lo que debería haber sido su principal objeto de regulación: *la sustentabilidad de la empresa en crisis*. Por ello, más allá de lo retórico que pueden sonar a veces los comentarios sobre la “novedad” y “modernidad” con que fueron calificadas algunas reformas concursales, estrictamente, entendemos que **de modo alguno se ha avanzado con suficiente claridad y decisión para dejar atrás el tradicional esquema de negociación señalado**, por otro donde puedan debatirse, además, los reales horizontes de la empresa en crisis y su re inserción en el mercado; su eficiente reorganización económica y financiera, y la viabilidad de la propuesta concordataria como plan eficaz para superar tal crisis que afectó a la unidad económica” (los resaltados nos corresponden=.

Lo transcribimos porque marca con claridad meridiana las tendencias: forzar la negociación sin atender a las posibilidades reales de la empresa (objeto social en su caso).

En nuestro país, y en relación al proceso concursal, se ignora la integración con normas extraconcursoales (lo que criticó correctamente E. Daniel Truffat en ese reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en México) y se niega la obligatoriedad de presentar un plan de reorganización, que la propuesta en las sociedades debe nacer del órgano de gobierno, y que se impone un tanteo de los términos de la misma con los acreedores, por aplicación de expresas normas legales.

Divagaremos sobre ese tanteo de la voluntad de los acreedores.

4. En otra comunicación nos referiremos a esa legalidad. Ahora nos centraremos en el tema convocado de negociación del acuerdo, refiriéndonos a **un elemento integratorio de la propuesta²: EL COMITÉ DE CONTROL DEL ACUERDO**.

La ley argentina dispone que el juez deberá constatar “la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar **conformada por acreedores que representen la mayoría del capital**” (la reforma sólo agrega a continuación “y permanecerán en su cargo los representantes de los trabajadores de la concursada”).

Heredia³ comenta sobre la integración de la propuesta de acuerdo: “Del mismo art. 45 LCQ, **surge también que la propuesta debe contemplar la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá**

² Nto. “Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario”, en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1885.

³ HEREDIA, Pablo D. *Tratado exigético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, T 2, pág.78 Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000.

al comité provisorio ... El art. 260 LCQ, lo repite al decir que *“la propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores”*. ... la ley tiende a que el comité controlador tenga la integración que los propios acreedores resuelvan aceptar **en función del tipo de acuerdo que ofrezca el deudor**, con la sola limitación de que tal integración sea representativa de, cuanto menos, la mayoría del capital comprendido en la propuesta, y que no sean menos de tres acreedores. Así lo expresa claramente el art. 260, LCQ, al decir que *“sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de tres acreedores”*. Se ha resuelto que la exigencia al deudor de que agregue como parte integrante de la propuesta la conformación de un comité de acreedores, debe ajustarse a los términos del art. 260 LCQ que expresamente prevé que los integrantes del mismo son elegidos por los acreedores por mayoría de capital⁴.

Enfatizamos que la deudora integra su propuesta la conformación de un comité de acreedores elegido por la mayoría de los acreedores “en función del tipo de acuerdo que ofrezca el deudor (Heredia), lo que **implica una negociación**. No basta en el supuesto la voluntad de la deudora, sino que debe existir una **conformidad no sólo de los integrantes del Comité, sino de esa mayoría de acreedores (por capital), lo que supone un análisis previo de la propuesta** a presentar por parte de acreedores representantes de la mayoría del capital. Análisis previo que es congruente con lo previsto en el párrafo siguiente del artículo 44: “En dicha audiencia el deudor dará explicaciones respecto de la negociación que lleva a cabo con sus acreedores”.

Si bien no representa aún la mayoría necesaria para aprobar la o las propuestas, presupone una negociación seria y fundada de la factibilidad de la propuesta entre los administradores de la concursada y sus acreedores quirografarios. **Una suerte de tanteo.**

Sorpresivamente Heredia acepta la posibilidad de no cumplimiento del requisito: “La cuestión se complica en los casos en que el deudor omite acompañar como parte de su propuesta de acuerdo la “conformación” del comité controlador “conformada” (aprobada) por acreedores que representen la mayoría del capital. Ante todo, debe decirse que ello no es causal para decretar la quiebra, porque tal consecuencia no está legalmente prevista. Por tanto, la omisión debe ser corregida mediante el dictado de las medidas judiciales que fueran pertinentes.- Pero ¿cuáles serían tales medidas? En un caso judicial, partiendo de la base interpretativa de que la designación de los integrantes del comité debe emanar de la decisión de los propios acreedores y recaer en ellos mismos, se resolvió –ante la omisión indicada- que debía convocarse a una audiencia especial para la constitución del comité definitivo controlador, en la que se votaría la cuestión⁵. En otro antecedente, en cambio, se decidió que la integración del comité debía incluir a todos los acreedores a contar desde el que tenga la acreencia de mayor monto hasta el que permita arribar a la mayoría de capital⁶”. Insiste Heredia en su visión sobre la integración de la propuesta, que limita luego en sus efectos, señalando “La circunstancia de que en la propuesta de acuerdo se hubiera omitido incluir el régimen de administración y control para la etapa de cumplimiento, no configura fundamento para la declaración de quiebra, sino que procede arbitrar los medios para salvar la omisión,

⁴ CNCom. Sala E. 10.09.98 in re “La Ganga S.A., s/ concurso preventivo”, señalada por Heredia.

⁵ Cita Heredia el precedente del Juz. Procs. Concus. Y Registro n° 3 Mendoza, 22.05.97, in re “Martín S.A., Pedro y José s/ Conc.”, LL t. 1997-F, p. 183, es. Consid. 11.

⁶ Cita Heredia la resolución del Juz. Civ. Y Com. n°7 Córdoba del 17.6.97 en la causa “Minetti, José y Cía. Ltda. s/ Conc. LL 1197- F, pág. 125, esp. Consid. VI.

v.gr. intimándose al concursado para que integre la propuesta de acuerdo y designe el comité definitivo de acreedores⁷.

Nos permitimos discrepar –parcialmente- con tales criterios, particularmente con el penúltimo que como bien señala Heredia debe distinguirse integrada por aceptada, en el uso del sinónimo “conformada”. Si la del régimen de administración y la exposición del comité controlador aceptado por acreedores quirografarios que representen la mayoría de capital *integran* la propuesta, la falta de ellos implica que no se ha presentado una propuesta válida. No dudamos de la conveniencia –y así lo sugerimos- de una rápida respuesta judicial intimando a la integración –como se señala en el último párrafo-, particularmente para imponer el diálogo necesario entre deudora concursada y acreedores. Ante el privatismo del sistema, debe incentivarse la idea del legislador de imponer que **sea la propia concursada la que aporte al expediente el fruto de esas tratativas generadas por la conformación y aprobación del comité por los acreedores**. Particularmente en los casos de sociedades, que es donde centramos nuestra atención, conforme la diligencia que deben tener los administradores de la concursada, la falta de integración hace suponer que no existen esos contactos, que los acreedores no se interesan en la obtención de un acuerdo preventivo, y debe darse lugar a las propuestas heterónomas, de donde hoy no se excluyen las nuevas propuestas de la concursada, conforme la previsión del art. 48 LCQ, en interpretación amplia, conforme formalizamos en otra comunicación..

Tal integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara.

Se trata nada más y nada menos que el Juez asegure la existencia de la negociación en su sentido cabal, en la forma prevista por la ley como “tanteo” de la propuesta a los acreedores para la novación de sus acreencias. La no presentación de esa parte de la propuesta importa un grave apartamiento de la estructura de nuestra ley.

Ya la negociación se encuentra altamente comprometida por la falta de tempestividad en la verificación de créditos –destiñendo lo que se había logrado en la ley 19551-, alejando a muchísimos acreedores de la negociación. A su vez para esa negociación los acreedores no cuentan con información adecuada sobre el futuro del negocio, o su perspectiva.

5.La cuestión de la integración de la propuesta se encuentra ratificada por otra norma, como vimos, que ahora transcribimos in extenso: “*Controlador. Comité de acreedores*. Art. 260. El comité provisorio de acreedores en el concurso es un órgano de información y consejo. **El comité definitivo es el controlador necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo**, y en la liquidación en la quiebra. Sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de 3 (tres acreedores). **La propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores**. El comité constituido para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo... Debe informar de su gestión a los acreedores con la periodicidad que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 (cuatro) meses...*Contratación de asesores profesionales*. El comité de acreedores podrá contratar profesionales

⁷ Cita Heredia la resolución del Juzg. Civil y Com. n° 13 Rosario del 4.6.96 en el caso “Massey Ferguson Argentina S.A.”, en LL Litoral, t. 1998, pág. 308.

abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasados y cualquier otro que considere conveniente, para que lo asista en su tarea con cargo a los gastos del concurso. La remuneración de dichos profesionales será fijada por el juez al momento de homologación del acuerdo...”.

Adviértase el énfasis del legislador respecto a la integración de la propuesta de acuerdo con la designación del comité controlador “necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo”, y la obligatoria mención en la propuesta de la periodicidad de la información **“que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 meses”**, lo que contrasta con las predatorias propuestas de acuerdo que se pusieron de moda sin tener en cuenta las previsiones concursales, constitucionales y del derecho privado para tornar viable una propuesta. Énfasis que se recoge desde el Capítulo II Funcionarios y empleados de los concursos. Sección I, Designación y Funciones, cuando en la “Enunciación” que contiene el art. 251 además del síndico y el coadministrador incorpora “los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo”, que –como ya hemos visto- su designación se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero “tanteo” de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. **Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.**

Retrocedemos a las expresiones de Heredia en cuanto a que la falta de integración de la propuesta no se traduce en la quiebra, porque no hay tal sanción. El primer párrafo del art. 45 requiere que “el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada...” y luego en el párrafo 4º se expresa “El deudor deberá acompañar asimismo, como parte integrante de la propuesta... la conformación de un comité...”. En buena inteligencia el “texto de la propuesta” que conforman los acreedores debe llevar la integración del comité. A su vez el art. 46 se refiere a “las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de ... mayorías previstos en el artículo anterior”, en caso de sociedades se aplicará el art. 48 –tema sobre el que volveremos en otra comunicación-. Y la conformidad de acreedores también se decide por mayoría. Así que, convenimos con Heredia que no corresponderá la declaración de quiebra de la sociedad concursada pero si abrir el trámite previsto por el art. 48.

Por último, también retrocedamos en relación a la audiencia informativa prevista en el último párrafo del art. 45, que normalmente se suspende. Y esa suspensión acaece sin atender a todas las previsiones del art. 45, pues si no se presentare la conformación del comité de control aprobado por mayoría de los acreedores, por los mismos argumentos dados en el párrafo anterior, si no se ha presentado –eventualmente tardíamente como acepta Heredia- esas conformidades de los acreedores respecto al Comité de Control, la audiencia debe realizarse.

El punto debe ser materia de expresa mención en la homologación. Deberá tenerse en cuenta que el actual sistema de “concuralidad” favorece la estrategia de los administradores y socios de la sociedad concursada de negociar con la menor cantidad de acreedores verificados y declarados admisibles, y de ser posible con cesionarios y subrogados, para imponer a toda la masa pasiva quitas y esperas abusivas.

¿Se pretende más argumentación para entender que la proposición del Comité de Control es parte de la propuesta? Y, obviamente, que no acompañada la propuesta no estará integrada e impondrá, como mínimo el otorgamiento de un plazo perentorio para su integración. Por ello no podemos entender la manifestación de que ha sido imposible constituir ese Comité, pues está a cargo de la sociedad deudora lograrlo, pues si no cuenta con el asentimiento de acreedores en tal sentido deberá entenderse que no aceptan la propuesta, que **debe** estar integrada por la constitución del Comité de Control por los acreedores.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL
VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA
Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

EXCLUSIÓN DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero, sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o de los que votaron en contra.

La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. 1195 in fine CC “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 CC. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por la noticia que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

Nos hemos referido en otra comunicación a la negociación de la propuesta. Ella debe ser con los acreedores anteriores a la apertura del concurso.

No se podrá usar del arbitrio de la introducción de terceros no convocados para entenderlos legitimados. Sólo los convocados pueden expresar su voluntad sostiene parte de la doctrina, y otra parte de ella se expresa en el sentido que sólo los verificados pueden hacerlo⁸.

⁸ Nto. LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?) en La Ley del 13 de marzo de 2006 y particularmente en ¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?, Publicada en JURISCONCURSAL n° 5, Mayo 2007 San Miguel de Tucumán. Año II Publicación de Sindicaturas y Derecho Concursal pág. 95 contestando la polémica sobre el punto de E. Daniel Truffat en la misma publicación pág. 85 La cesión de créditos en los concursos preventivos

Aún en la hipótesis de la absoluta autonomía de la voluntad, incompatible con el sistema concursal preventivo, la cesión de créditos a los terceros no convocados o no verificados no podría perjudicar a terceros, por lo que no podrían con su voto generar la mayoría que imponga a los que no adhieren o no pueden expresar su voluntad, acuerdos que afectaren sus derechos –arg. Art. 1195 C.C.–.

Los derechos deben ser ejercidos regularmente, dentro del contexto del derecho concursal, sin afectar los derechos de los restantes acreedores⁹.

1. DESDE EL CÓDIGO CIVIL.

Veamos este tema poco trabajado¹⁰. La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros. Se ha destacado la opinión de Cámara negando el “voto” a los cesionarios por aplicación del art. 1196 C.C..

El perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil. Los arts. 1195 in fine “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 CC. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.¹¹. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticiamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

⁹ Ha señalado la Dra. Villanueva refiriéndose a los acreedores que renuncian a su privilegio, “... la participación de estos acreedores en la formación del acuerdo se supedita a que los presupuestos de su legitimación –reconocimiento y categorización- logren ser reunidos a tiempo ...” -VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, págs. 392-. E indica, “... quien decide renunciar a su privilegio para adherir o rechazar la propuesta, debe hacerlo antes del inicio del trámite tendiente a la categorización, el que, como hemos visto, comienza con la propuesta del deudor prevista en el artículo cuarenta y uno. Admitir la posibilidad de dicho acreedor de renunciar en tiempo ulterior, es –a nuestro juicio- inadmisibles a estos efectos. Primero, porque importaría soslayar el derecho del deudor a diseñar las categorías del modo que mas convenga – siempre dentro de los límites que le marca la ley- a su interés, derecho que reconoce un presupuesto obvio: que la agrupación efectuada por él al presentar su propuesta, no sea alterada por la posterior incorporación de quienes no fueron considerados en esa ocasión por causa sólo a ellos imputable. Y segundo, porque el trámite de dicha categorización exhibe, desde cierta perspectiva, un matiz típicamente concursal, dado por la posibilidad de participar que la ley otorga a todos los interesados. En ese marco, quien renuncia con posterioridad a la oportunidad prevista en el citado artículo 41, se coloca al margen de ese trámite, privando –sin ninguna razón que justifique ese obrar- a sus coacreedores de la posibilidad de opinar acerca de la categoría que a él corresponda asignar ...”. Concluyendo señalando que, “... cuanto llevamos dicho importa sostener que, a nuestro juicio, la renuncia al privilegio no puede ser posterior a la categorización a los efectos de votar ...”. Los derechos deben de ser ejercidos en forma regular, siendo que el mismo no puede ir en contra del orden público, la moral y las buenas costumbres, expresándose: “... la finalidad de la norma en análisis es encauzar el ejercicio del derecho a voto en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones. En este sentido, considero que si bien es un derecho esencial del acreedor prestar su conformidad o no, este derecho debe ser ejercido de modo regular. Cabe recordar que el instituto del concurso preventivo tiene por finalidad alcanzar una solución consensuada entre el deudor y sus acreedores, contemplando, asimismo, el interés general. Y en este contexto, es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores. En efecto, es deber del juez la protección de todos los intereses en juego en el proceso colectivo ...” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, N° 17, Secretaría N° 34, 23/08/07, UNION ARGENTINA DE RUGBY CONCURSO PREVENTIVO-

¹⁰ Nto. EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS, en libro colectivo “Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

¹¹ Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas, con conformidades obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos¹² y el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

2. Estos votos de utilería imponen analizar cuando han pasado la barrera de su admisibilidad de si no contaminan por abusividad el acuerdo.

Es claro que el “colegio” como asamblea ha desaparecido, no obstante mantenerse como instituto al determinar los legitimados para generar la mayoría. Los votos de utilería –rectius aunque la ley mantenga el vocablo-, las manifestaciones de voluntad positiva de aceptar un acuerdo predatorio que empobrece a los acreedores (particularmente a los que no pueden votar o los que votan negativamente) y enriquece a los titulares del patrimonio concursado, alcanzan exactamente para lograr los mínimos personales y de capital que la ley impone.

3. El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito o subrogación es la alteración de las consecuencias naturales del negocio¹³, en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”¹⁴ en cuanto se intenta afectar a la minoría.

Perfeccionado la cesión-contrato se genera una relación jurídica cuyos efectos se proyectarán entre las partes, y eventualmente a quienes llegaren a ser sucesores, ya sea mortis causa o por actos entre vivos, como consecuencia de la aplicación del art. 1195

¹² U otras formas de generar la mayoría: En la causa MODO S.A. el juez Kollinger Fraga, en Buenos Aires, septiembre 12 (doce) de 2005, decidió sobre la homologación de la propuesta y rechazo de las impugnaciones. ... (viii.) En lo atinente a la transparencia del acuerdo alcanzado, luego de realizar un estudio exhaustivo y fundado del crédito de cada acreedor, dedujo que no podía descartarse la existencia de manipulaciones y/o abusos en la obtención de las mayorías que pudieran incidir en restar fidelidad a los porcentajes alcanzados. Sobre el particular, puso de manifiesto que de la inspección ocular realizada por dicho órgano no había podido inferirse indicio alguno acerca de la efectiva realización de los trabajos invocados por “TROQUERS S.A.” y “NEYMARK S.A.”, siendo de destacar que ninguno de estos dos acreedores pudo ser hallado en los domicilios señalados en las respectivas facturas.- ... Cabe destacar en este sentido que si bien, frente a las investigaciones llevadas a cabo por la sindicatura “ad-hoc” (v. especialmente antecedentes glosados a fs. 1.456/71), aparecen como poco serias y hasta infantiles las explicaciones de la deudora con respecto a los elementos de juicio objetivos que han impedido verificar que efectivamente hayan sido contraídas las obligaciones denunciadas como existentes en relación a “NEYMARK” y “TROQUERS”, lo cierto es que la entidad cuantitativa de esos créditos, si bien no despreciable, tampoco alcanza una entidad tal como para poner en tela de juicio la seriedad del acuerdo en el sentido de comprometer la real conformación de las mayorías legales para la configuración del acuerdo.-

¹³ BETTI, EMILIO Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág. 187

¹⁴ BETTI, ob. cit. pág. 278.

del Código Civil, precepto que nos manifiesta el llamado “efecto relativo” de los contratos.

De acuerdo con este principio, los derechos y obligaciones que surgen del contrato, recaen exclusivamente sobre las partes, y llegado el caso en sus sucesores o herederos, que se convierten en partes una vez producida la sucesión o transferencia del contrato, y también como consecuencia del mismo “los contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195) “no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos” (art. 1199), es decir esos efectos no les llegan o alcanzan.

4. Formalicemos un recorrido doctrinario. Betti expresó “El fundamento de la relatividad debe ser buscado en la autonomía privada, en la idea de contrato como expresión de esa autonomía. El contrato es un acto de ejercicio de poder de autonomía privada, que consiste en la posibilidad de dictar la ley, el precepto, por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. De donde un contrato, con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino constituiría una invasión en la esfera jurídica ajena”¹⁵.

Spota¹⁶ sostenía “el efecto relativo de los contratos significa que por ello, no cabe hacer surgir obligaciones que los terceros deban soportar, ni estos terceros pueden invocar tales contratos para hacer recaer sobre los otorgantes del negocio jurídico bilateral y patrimonial una obligación en beneficio de personas que no son partes en la relación jurídica creada...”.

La última parte del art. 1195 dispone que los contratos no pueden perjudicar a terceros, y Piantoni expresó “... es evidente que el alcance de esta disposición es que esa declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos patrimoniales de las partes, no puede vincularse con efectos jurídicos sino a las partes intervinientes en la celebración del acuerdo por lo que todos aquellos que no han intervenido, no quedan sometidos a la responsabilidad que emerge de la declaración de voluntad común. No pueden prevalecerse del contrato para ejercer a su favor, como propios, los derechos que de él emergen...”¹⁷

Comentando el art. 1195 y citando a Algorta, R. *Efecto de los contratos* LL 130-743 “Se consagra el principio del efecto relativo de los contratos, el cual sólo alcanza a las partes contratantes, y sus sucesores singulares y universales,... Los contratos, si bien no pueden perjudicar a los terceros, pueden beneficiarlos (art. 504 C.C.)”¹⁸.

De Messineo¹⁹ transcribimos “A) Por contrato en perjuicio de terceros se entiende el contrato que, de reflejo, produce perjuicio a los terceros, aunque no haya sido destinado a tal fin.... La sustancia del contrato en perjuicio de terceros consistiría en una incompatibilidad entre los efectos del contrato y los efectos que éste produce sobre los derechos del tercero, con perjuicio para éste. Para que exista contrato en

¹⁵MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel “Código Civil Comentado”; ed Rubinzal-Culzoni, 2006) Mosset Iturraspe. “Contratos”; ed. Ediar.

¹⁶ Cita de ALTERINI, Atilio “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo - Teoría General”, Ed. Abeledo Perrot.

¹⁷ PIANTONI, Mario “Contratos Civiles” t. I, ed. Lerner, Córdoba.

¹⁸ “Código Civil Argentino y legislación complementaria. Edición Concordada y comentada” Marcelo U. Salerno y Carlos A.R. Lagomarsino, Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires 1992, , pág. 345.

¹⁹ MESSINEO, Francesco “Doctrina General del Contrato”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, traducción al español de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, con notas de derecho argentino por Vittorio Neppi, tomo II pág. 186

perjuicio de tercero, es preciso que se pueda establecer una dependencia (o nexo) causal entre el contrato y la consecuencia dañosa sufrida por el tercero, la que puede ser inmediata o mediata, según los casos”.

5. Por último la causa del negocio de cesión de crédito es el derecho patrimonial, o sea hacerse propietario del crédito, pudiendo formular remisión de su deuda, pero ello sin afectar a terceros y menos cuando el efecto inmediato no es el cobro del crédito sino la aquiescencia a la pretensión de la concursada en su propuesta de acuerdo, para alcanzar ajustadamente las mayorías legales e imponérselas al resto de los acreedores, que son así terceros perjudicados.

La reciente ley uruguaya también excluye el voto de interesados o terceros no acreedores a la fecha de apertura del concurso, con diversas soluciones y sanciones.

Claro que la intervención de terceros ajenos a la concursabilidad favorecen la “estrategia” de la concursada para la aprobación de su propuesta de acuerdo, pues sólo deben negociar con los acreedores que tengan sus créditos verificados o declarados admisibles.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

LEGITIMACIÓN DE PROPOSICIÓN E INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO DE SOCIEDADES

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: La propuesta de acuerdo se integra con tres elementos: la conformación del comité de control, ahora complejificado, el régimen de administración y disposición de bienes, y la propuesta sobre la novación de las obligaciones quirografarias (tradicionalmente de quita y espera). La primera y la tercera requieren determinadas mayorías para su formulación o aprobación.

A su vez, en caso de concurso de sociedades comerciales, debe determinarse cual es el órgano legitimado para formalizar esa propuesta compleja.

Nos hemos referido a la negociación de la propuesta. Esa propuesta de acuerdo se integra con tres elementos. Nos hemos referido a uno de ellos: la integración del comité de control, ahora complejificado.

Otros dos elementos la integran: el régimen de administración y disposición de bienes, y la propuesta sobre la novación de las obligaciones quirografarias (tradicionalmente de quita y espera sin “esfuerzo compartido alguno”).

1. La ley 24.522 LCQ y sus reformas es lacónica en torno a ciertos aspectos de la propuesta de acuerdo, limitándose a disposiciones que refieren a deudores concursados, sin detenerse en general a sobre si ellos son personas físicas o jurídicas-, salvo en los presupuestos de los arts. 6 y 48 LCQ. Las normas que se concatenan respecto a la propuesta y su homologación son las contenidas en los arts. 43, el 45 - 4º párrafo, 49 y 52. LCQ²⁰.

En ningún momento se prevé resolución particular del Tribunal sobre: 1. legalidad de la propuesta, en su contenido y por la imputabilidad de la misma a la

²⁰ Cramdown. Artículos 48 y 52 de la ley 24.522 en versión ley 25589. La propuesta heterónoma y nuevas “variantes” (¿un juego de ajedrez?) en Doctrina Societaria y Concursal de Editorial Errepar n° 177 Agosto 2002, tomo XIV pág. 441, donde como abstract anticipábamos “Desde una visión integral se intenta anticipar actividades de concursados inescrupulosos y de terceros conniventes ante las posibilidades que abre las nuevas formulaciones de los arts. 48, 52 y concordantes de la legislación concursal”.

sociedad concursada; 2. presentación y legalidad del “régimen de administración...”, 3. configuración del Comité de Acreedores con aceptación preventiva mayoritaria de acreedores o 4. legitimación de las personas –físicas o jurídicas- que pueden adherir a la propuesta de acuerdo. En cambio el art. 42 LCQ impone que el juez debe dictar resolución respecto a la propuesta de categorización de acreedores.

El art. 43 LCQ, en su undécimo párrafo señala que “El deudor deberá hacer pública su propuesta –de novación- presentando la misma en el expediente con una anticipación no menor a veinte días (20) del vencimiento del plazo de exclusividad”. O sea que la concursada puede estar negociando con sus acreedores para que estos “opten” –voten- conformando la propuesta. Pero resulta congruente que el juez se expida sobre la legalidad de esa propuesta.

Cabe suponer que el Juez tiene libertad para hacer apreciaciones sobre ello en cada caso. Esa libertad el Juez debería usarla tempestivamente para evitar equívocos, pues permitiría que la propuesta fuera formalizada por quién correspondiera y se integrara con los requisitos que exige la ley, integración que no podría acaecer cuando se le somete a homologación, pero que le impone revisar si la propuesta es legal. En fallo del Juez de Mendoza Dr. José E. G. Arcaná en “VILLAFANE, JUAN AGUSTIN P/ CONC. PREV.”, en Mendoza, el 10 de Julio de 2.008²¹, consideró “Si bien la Ley Concursal no prevé en el Art. 43 ninguna resolución del Tribunal con respecto al contenido sustancial de la propuesta, si le fija una serie de condicionamientos ... estableció que en ningún caso el Juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la Ley. Adviértase que el texto de la Ley no se refiere a un “acuerdo” abusivo, sino a una “propuesta” abusiva, situación que permite dictar esta resolución en este momento procesal, que es cuando se presenta la propuesta al expediente”, resolviendo en definitiva considerar abusiva la propuesta dando cinco días para reformularla”. O sea que consideró ilegal la propuesta, delineando una posición judicial de prevención procesal y sustancial para el éxito del trámite. Un fallo que señala camino –aunque no en un concurso de sociedad-, acota el abuso y al mismo tiempo lo previene ejercitando tempestivamente el control judicial.

2.Los puntos que hacen a la legalidad de la propuesta en concurso de sociedad²² son:

A. ÓRGANO societario LEGITIMADO PARA FORMALIZAR LA PROPUESTA. Ha pasado a ser una constante que los acuerdos propuestos impongan importantes quitas con inusuales períodos de gracia e interminables plazos de cumplimiento²³, pese a la variedad de acuerdos posibles, incorporados a la ley de sociedades y a la de concursos. Con una quita y espera de esa naturaleza los representantes de la concursada y sus socios pretenden incumplir las previsiones de la legislación societaria y que sus acreedores sean despojados de casi la totalidad del crédito. Tales quitas y esperas, de ser

²¹ “También señala que si no presenta la propuesta veinte días antes del vencimiento del plazo de exclusividad, será declarado en quiebra y que puede presentar modificaciones hasta el momento de celebrarse la audiencia informativa; pero reitero que nada dice la Ley de si el Juez debe dictar alguna resolución para el caso que la propuesta no se adecue a estas previsiones, situación que no impide que el Juzgador tenga la facultad, como director del proceso (Art.274) de analizar si sustancialmente la propuesta presentada es ajustada a la Ley”.-

²² Nto. “Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario”, en SUMMA CONCURSAL, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1885.

²³ Pese al catálogo que ofrece la ley 24.522, no limitativo. Claro que la quita y espera implica una apropiación de los créditos de los acreedores en beneficio de los socios de la sociedad concursada. Solución nada despreciable mientras sea tolerada.

aprobado el acuerdo, disminuyen el pasivo y automáticamente enriquecen a los socios de la concursada²⁴, devenida de la “habilidad” de sus representantes y de la “omisión” de las obligaciones de los socios. De acuerdo a estas consideraciones, no podría el órgano de representación, y menos quién ejercita una representación de la sociedad por mandato, proponer un acuerdo –del cualquier naturaleza-, sin acompañar la correspondiente decisión del órgano social pertinente. Una mirada apresurada llevaría a pensar que la propuesta podría emanar del órgano de administración –Directorio o Gerencia según el tipo social-, pero normalmente las propuestas exceden a un mero acto de administración. Implica en el caso de quita y espera la pretensión de superar una causal de disolución y estar en condiciones de enfrentar el futuro, con una profunda alteración de la cuenta patrimonial, con cargas impositivas que alcanzarán el interés de los socios –homologación de una propuesta heterónoma en el trámite del art. 48-. A su vez importa adoptar una decisión en beneficio de los socios que puede importar acciones de responsabilidad contra los mismos. Ante tal visión, no tenemos dudas que la propuesta debería formalizarse a través de convocar a Asamblea o Reunión General de Socios, informando sobre el acuerdo que se propondrá para superar la situación, hacer posible el cumplimiento del objeto –en ese momento comprometido-, posibilidad de votación por los acreedores que evite la quiebra o el ejercicio de un derecho heterónimo por un tercero²⁵.

Adviértase la incongruencia. Frente a situaciones de crisis de sociedades, Truffat, Barreiro y Lorente sostienen que la cuestión debe ser puesta a decisión de los socios. Los administradores omiten considerar la causal de pérdida del capital social –prácticamente la única que autorizaría una quita- a los socios, presentan la sociedad en concurso, obtienen una mera ratificación de esa conducta violatoria de normas imperativas de la ley de sociedades- y luego presentan una propuesta de quita traspasando a los acreedores la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar la sociedad.

Abonando la competencia del órgano, y otros aspectos que fundarán aspectos posteriores, la legislación uruguaya en Ley nº 18.387, en el Título VII “Convenio”, Cap. I “Propuesta de convenio”, art. 138 dispone “Con una anticipación no menor a 60 días de la reunión de la Junta de Acreedores, el deudor podrá presentar al Juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación. – El plan de continuación deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes. El plan deberá incluir una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial. - La propuesta deberá estar firmada por el deudor y, en caso de personas jurídicas, por todos los administradores o liquidadores, **acompañando testimonio de la resolución social aprobando la presentación de la propuesta**. Si faltara la firma de alguno de ello, se expresará en el documento, con expresión de la causa....”. Se advertirá así que el legislador uruguayo, quizá contemplando los problemas de las Ciudades del frente del Río de la Plata, atiende a los puntos centrales de la construcción de un sistema concursal eficiente: la

²⁴ Nto. Otra vez sobre propuesta abusiva en Libro Colectivo “Conflictos en la insolvencia” dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc Bs. As., noviembre 2005, pág. 409 y bibliografía allí citada.

²⁵ BORGARELLO, Luisa “Legitimación para formular propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades comerciales”, en Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia de Rosario, tomo 1, pág. 763.

imputación de la propuesta y la formalización de un plan para la continuidad de la explotación, al margen del obvio cumplimiento de la propuesta.

B. EXISTENCIA DE UN RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN. En segundo lugar el Tribunal debería expedirse sobre la presentación y régimen previsto en el art. Art. 45...4º párrafo “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”. Heredia señala “Del art. 45, LCQ, resulta que el deudor *debe acompañar como parte integrante de la propuesta un régimen de administración y de limitaciones a los actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento, así como la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al comité provisorio*”. Se trata de un aspecto formal-substancial. Formal la presentación del régimen, substancial que este se corresponda al contenido exigido. En el mismo sentido, en *El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?* Lidia Vaiser²⁶ preclaramente se refiere al “plan de empresa” –apuntando a la visión globalizante para enfrentar las crisis- y su germen en la actual ley 24.522, concordando con la referida ley uruguaya y toda la tendencia mundial. Además de, en caso de concurso de sociedades, entender que los administradores deben actuar con diligencia, y ello impone un plan de cumplimiento. Sobre esta cuestión nos hemos referido –en otra comunicación- a la posición que hemos sostenido hace muchos años con los Dres. Junyent Bas y Muiño.

C. LA INTEGRACIÓN DEL COMITÉ DE CONTROL.

Nos hemos referido –en otra comunicación- a esta parte integrante de la propuesta. Se nos suele decir que es imposible para el Juez constituir el comité de control. Y ello es correcto, porque su integración por acreedores es una tarea de la concursada previa a la presentación de su propuesta integral. Si los acreedores no han prestado conformidad a la integración y comprometido su rol, es una forma de negar conformidad a la propuesta integral, aunque aparezca aceptada en relación a la novación de su obligación.

Si la sociedad concursada no asegura la integración con la representación de los acreedores no habrá presentado una propuesta legítima, y el resultado deberá entenderse como no obtención de las mayorías necesarias.

3. Cerrando estos aspectos nos preguntamos ¿Que es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal. Conforme a esa integración, la falta de presentación ese régimen de administración, o la integración del comité de control por los acreedores, o al no ser imputable a la sociedad, implicaría que no se ha presentado propuesta de acuerdo, al integrarse con la propuesta de novación y constituir una unidad.

Particularmente la falta de constitución por el acreedor del comité de control en tiempo permite abrir el procedimiento del art. 48. El primer párrafo del art. 45 requiere

²⁶ VAISER, Lidia “Visisección de la propuesta de concordato” comunicación al II Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Editorial Ad Hoc, tomo I pág. 441, y en similar forma “El régimen de administración en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” en LA LEY 1999-D, 1073.

que “el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada...” y luego en el párrafo 4º se expresa “El deudor deberá acompañar asimismo, como parte integrante de la propuesta... la conformación de un comité...”. En buena inteligencia el “texto de la propuesta” que conforman los acreedores debe llevar la integración del comité. A su vez el art. 46 se refiere a “las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de ... mayorías previstos en el artículo anterior”, en caso de sociedades se aplicará el art. 48 –tema sobre el que volveremos en otra comunicación-. Y la conformidad de acreedores para la constitución del comité de control también se decide por mayoría, por lo que corresponderá abrir el trámite previsto por el art. 48.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL
VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

LA REORGANIZACIÓN PATRIMONIAL Y EL PLAN DE NEGOCIOS

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Frente a la crisis de una sociedad, la visión procesal concursal de una reorganización societaria tiende a la conservación de la empresa²⁷ a través de un acuerdo con los acreedores, o sea heterónoma.

Ninguna reorganización es factible sin un plan que guíe primero los pasos de los administradores de la sociedad concursada, que sea conformado por los socios y que recepte la credibilidad de los acreedores, llamados a novar sus créditos conforme el efecto del proceso.

Las quitas y esperas, forma habitual de esos acuerdos, importan no una reorganización societaria –totalmente factible y deseable- sino una reorganización del patrimonio de la concursada.

La reorganización societaria –que no será abordada ahora- podría implicar escisiones, fusiones y –mucho mejor aún- la capitalización del pasivo, compartiendo el negocio con los acreedores incumplidos.

La reorganización patrimonial debería exponerse en la misma presentación o al exponer sobre los “fondos disponibles” para afrontar los créditos con “pronto pago”, anticipándose a su necesaria formulación en la propuesta de acuerdo.

En esta comunicación nos vamos a limitar a la reorganización patrimonial, alejándonos de una visión preconcursal –que afrontaremos en otra comunicación-, y al indispensable plan de negocios –o de empresa- para su consideración. Esa posición la habíamos sostenido muchos años atrás y reiterado en el Prólogo del libro de Francisco Junyent Bas *Responsabilidad de los Administradores* (Ed. Advocatus, Córdoba 1996, puntos 3 y 4 págs. 5/6).

1. Ya nos hemos referido en otra comunicación que el “plan de negocios” integra la propuesta, particularmente en el caso de concurso de sociedades.

²⁷ Nto. “Ensayo sobre axiología del derecho concursal” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 479.

Alberti²⁸ con la profundidad de su escarpelo jurídico subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolvente vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente solución concordataria ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios. La necesidad de requerir en el concurso la enunciación y difusión del llamado *plan de empresa* fue sostenida perpicazmente por Richard, en referencia al acuerdo preventivo prejudicial; formulando en torno de ello una exposición válida para toda forma concordataria... 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*²⁹; ...sostuvo ... valerosamente al hacerlo en un medio más proclive a la tolerancia vergonzante que a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones del tráfico, *que un juez podría no homologar un acuerdo que no previera su factibilidad en una formulación mínima en torno de la viabilidad, expresada juntamente con la fórmula de la quita, espera u otras*. Fue esta una tesis atinada; que indica constituir un débito implícito de la obtención del concordato con los acreedores, la formulación de un programa de operaciones ulteriores al acuerdo... la disponibilidad de ese plan permitiría advertir desde una etapa inicial del procedimiento, y casi inequívocamente la viabilidad de la empresa del insolvente”.

2. Las soluciones están hoy en nuestra legislación. Así lo sostuvimos primero conjuntamente con Orlando Manuel Muñiz³⁰, y luego ambos con Francisco Junyent Bas

²⁸ 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*, citado tomo II pág. 949. Cfme. ntos. “SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO”. año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de 1997. Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; “Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección” en *Doctrina Societaria* n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss.. “ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO” en Revista *Estudios de Derecho Comercial* del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70. “EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. “Crédito y plan de empresa” en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; “¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?” tomo I pág. 433. - Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997.

²⁹ En Anales XXVI (1987) 161 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y sigue Alberti “retomó el tema, por segunda vez hasta donde conocemos en su *El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa” –Doctrina Societaria y Concursal, abril 1993 pág. 337”*.

³⁰ *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997, 1 tomo, pág. 165, -o sea ya en la primera edición- puede leerse: “Es un criterio de buen administrador la necesaria correlación que debe existir entre capital social y objeto social, de manera tal que el primero sea suficiente para posibilitar la consecución del segundo...”; pág. 184: “...La noción de capital social es de política legislativa, subrayándose la idea de “patrimonios suficientes” para afrontar las operaciones sociales. Introduce la cuestión a la noción de infracapitalización material, vinculada a las obligaciones de los administradores sociales para continuar o disolver la sociedad...”; pág. 185: “La noción estática de capital social, debe ser vinculada a la obligación de mantener la sociedad *patrimonialmente apta* para enfrentar los negocios sociales que en concreto se planifican realizar año por año. Estamos hablando del concepto de subcapitalización material, o sea de patrimonio insuficiente, que importa una noción dinámica que escapa a la simple subcapitalización formal”; pág. 232: “Contrasta con nuestra visión que, mientras se da enorme

hace muchos años³¹: “La cuestión se centra sobre el buen hombre de negocios... No existe duda de que para la continuidad de la empresa el síndico “debe informar... sobre la posibilidadde continuar con la explotación de la empresa...” Y esta obligación natural de los administradores societarios aparece impuesto por el artículo 181 al juez de la quiebra.... Si esa conducta se pretende de los funcionarios judiciales, es exigible una similar para el administrador natural de la empresa. En su presentación la concursada deberá presentar su plan de dirección o de empresa, que en lo interno debe haber presentado a sus socios para superar la cesación de pagos. De una lectura integral del sistema normativo concursal resulta una respuesta afirmativa a esa necesidad de planificación del saneamiento empresario. Si bien el artículo 11 LC no lo dice expresamente, ello resulta de entender funcionalmente el inciso 2): “Explicitar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera materializado”, que sin duda deberán estar acotados por las expresiones del administrador de lo que ha hecho para superarlos y de lo que hará al presentarse al concurso, pues no se asumirá responsabilidad en los términos del artículo 59 LS, y 173 LC n° 22.452. Esa lectura debe integrarse con el artículo 16.2 LC, respecto a créditos de pronto pago “que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”³², y que es ello sino el análisis económico periódico (no anual) que permitirá afrontar esos pagos con disponibilidades. Si hubiere alguna duda, imbricando las normas concursales con las societarias, y se advirtiera un administrador abúlico y que no planifica, a los fines del artículo 16 LC, el juez deberá pedirles informaciones de cómo está manejando la sociedad, y en el caso que “omita las informaciones que el juez o el síndico le requiera, incurra en falsedad en las que produzca... el juez puede separarlo de la administración...” (artículo 17 2º párrafo, LC). ... No hay duda que el Síndico deberá referirse a esa planificación en su informe general, vinculando los incisos 1) y 5) del artículo 39. A estos fines tiene expresas facultades, conforme al artículo 275, inciso 3): “Requerir al concursado... las explicaciones que estime pertinentes. En caso de negativa o resistencia, puede solicitar al juez la aplicación del artículo 17...” En idéntica línea se ubican los incisos 4) y 6). Esta razonable interpretación se confirma mediante el texto del artículo. 45, cuarto párrafo: “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración...”. Las interpretaciones de esa referencia deberán formalizarse en forma congruente con los deberes de un administrador, y por tanto en el sentido de cómo desarrollar su administración, cómo dirigir el decurso de las actividades de la empresa. No cabe pensar en que se ha hecho referencia a la firma de negocios, pues deberá referirse a régimen de representación o de imputación o de legitimación. Régimen

importancia a una noción vacía cual es la del capital social nominal... se descuidan las consecuencias de la falta de un “plan de empresa” o de planificación de sus prospectiva. Esa previsión razonable es la que debe usarse como estándar para calificar la actividad de un administrador en los términos de un “buen hombre de negocios”; pág. 233: “Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan de empresa, si no hay dotación patrimonial suficiente, aportes, para enfrentar la actividad social, hay responsabilidad por los daños”.

³¹ “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?, conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 página 527 y en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 2297, y en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1995..

³² Hoy modificado por “si existieren fondos líquidos disponibles”, “y hasta que se detecte... se deberá afectar el tres por ciento mensual del ingreso bruto de la concursada”, piso que hemos entendido puede acotarse en caso de existencia de un plan que lo justificare (nto. *IDEARIO DEL SISTEMA CONCURSAL EN LA REFORMA POR LEY 26.684*, en Jurisprudencia Argentina 2011-III-1002).

implica el modo de gobernarse o regirse en una cosa; regir es dirigir, gobernar o mandar, guardar, llevar o conducir una cosa. Administrar gobernar, dirigir o aplicar, reiterando la concepción de “régimen” como planificación de la dirección o gobierno de la empresa, o sea asegurar el cumplimiento del objeto social en caso de tratarse de una sociedad.... La falta de ese plan de administración o régimen de administración anexo a la propuesta de acuerdo o propuesta de solucionar el estado de cesación de pagos, conforma e la planificación futura de la empresa, impide su homologación, pues se tendrá la propuesta por no presentada... Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance, sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley, las cosas seguirán como hasta ahora. El síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. Los problemas concursales –o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19550“. Con nuestras personales perspectivas –que hemos reforzado en anteriores y posteriores trabajos- mantenemos aquellas afirmaciones, que hemos tratado de consolidar en la visión de la reforma y de las realidades posteriores.

3. Para el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, se formalizó la PONENCIA: SOBRE LA NECESIDAD DE INSTALAR LA IDEA DE “PLAN DE EMPRESA” Y DE “TEMPESTIVIDAD DE LA SOLICITUD DE CONCURSO PREVENTIVO”, COMO PAUTAS OBJETIVAS DE VALORACIÓN DEL JUEZ A LA HORA DE HOMOLOGAR, por la argentina María B. Fernanda SORIA, afirmando: “se requiere la necesidad –a modo de paso previo- de instalar en el criterio judicial dos pautas objetivas de ponderación a la hora de decidir sobre la homologación del acuerdo: la tempestividad de la solicitud de concursamiento, y la elaboración de un plan de empresa; implicando ello a su vez un obrar responsable del sujeto en cesación de pagos”. En su desarrollo expuso “En general, muchos de los cambios legislativos en materia concursal se originan o bien ante una situación económica determinada -básicamente de crisis-, o bien son el resultado o consecuencia de movimientos reformadores engendrados tanto desde el ámbito doctrinario como desde el pretorio. La experiencia –al menos nacional- de las reformas originadas en épocas de crisis profunda, no han sido mayormente plausibles, y han debido en muchos casos ser objeto a su vez de nuevas reformas emprolijadoras de las primeras... Es precisamente –en especial en el plano doctrinario- donde se presenta como materia de profunda preocupación todo lo vinculado con la tempestividad de la solicitud en concurso preventivo del deudor. La enorme incidencia que una empresa en crisis –también cuando se trata de persona física aunque con indudable menor grado- genera hacia su seno interno, trasciende en todos los casos hacia lo externo³³. Y ello no sólo por

³³ Richard expresa adecuadamente esta incidencia, que podrá ser mayor o menor dependiendo de la importancia de las prestaciones: “*Todo el sistema general del cumplimiento de las prestaciones derivadas de los repartos determinados por los negocios jurídicos, aparece convulsionado por el estado de cesación de pagos de una persona, como centro de un haz de derechos y deberes subjetivos.* “El Bien jurídico tutelado por el Derecho Concursal”, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Hugo Efraín Richard.

la ruptura de la cadena de pagos sino por el desequilibrio que se genera en el campo jurídico-económico. La idea de la tempestividad, o de la detección temprana de una situación de insolvencia, tiene vinculación con la responsabilidad que cabe a los administradores en tanto tales. No es novedosa la natural tendencia del empresario a intentar por cualquier medio sostener una situación de crisis ya insostenible, aumentando el endeudamiento, asumiendo conductas más riesgosas intentando postergar una situación ya inevitable. ...Desde otro aspecto, aunque con un sustrato similar según se verá, se ha venido intentando introducir la idea de la necesidad de imponer al deudor la carga de presentar un “plan de empresa” como recaudo imprescindible para la obtención de un concordato exitoso. Este plan puede ser visto desde dos aspectos. Uno de ellos, vinculado con la necesidad del empresario de informar sus objetivos en el desarrollo empresarial, y otro más ambicioso –y por cierto, el ideal- vinculado con la presentación de un proyecto de empresa, su viabilidad e inversión estimada. Ambas cuestiones –la detección temprana de la crisis y la idea del plan de empresa- son dos tópicos que la doctrina ha venido trabajando fuertemente y que sin embargo no han logrado a la fecha tener plasmación legislativa³⁴. ...Siguiendo la legislación americana, se trataría del “deber fiduciario” que pesa sobre los integrantes del órgano de administración donde no sólo interesa la gestión de los administradores hacia los socios y accionistas, sino también busca resguardar los derechos de los terceros que contratan con ella. ...Cómo lograr ésto? Por vía de “instalar” en el criterio judicial la necesidad de valorar estos dos tópicos que se vienen enunciando a modo de parámetro a los fines homologatorios. Es cierto que mucho se avanzó”.

4. Debemos conectar esta comunicación –que se vincula también con la presentada sobre responsabilidad de administradores-, con la que hemos formalizado sobre los elementos que integran la propuesta de acuerdo, que importa ya una visión de *legge lata* y no de *legge ferenda*, conforme las posiciones apuntadas de Junyent Bas y Muíño, y la de Lidia Vaiser –que expusieramos en otra ponencia-. El distinguido doctrinario tucumano Bernardo Carlino³⁵ ha agotado la visión sobre la necesidad, actual y funcional, de trabajar sobre un plan de negocios.

5. También hemos dedicado mucho esfuerzo para demostrar que los administradores societarios, en la diligencia que deben adoptar para no asumir responsabilidad, planifican continuamente y lo hacen obligatoriamente con alcance del año futuro cuando confeccionan la Memoria social, acompañando en los casos obligatorios la presentación del balance anual para su aprobación por los socios.

Ese plan de negocios es fundamental para que los socios decidan ellos mismos capitalizar la sociedad en crisis, u obtener fácilmente otros capitales, y absolutamente necesario si pretenden crédito, pre o post concursal –*fresh money*- de acreedores profesionales. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL³⁶ que “En el caso que un deudor presentar dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él

³⁴ Ello no obstante, haber existido distintos proyectos de reforma en tal sentido, cuya recopilación puede verse en Raspall, Miguel A. “Derecho de la empresa en crisis”: concursos reorganizativos. Plan de empresa. Una mirada en el derecho iberoamericano”, publicado en Sup. CyQ 2008 (diciembre), 19-LA LEY 2009-A, 719 (ver nota a pie de página nro. 42).

³⁵ CARLINO, Bernardo *GENETICA DEL PLAN DE NEGOCIOS (MÁS SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE E. H. RICHARD)* en Jurisprudencia Argentina, Newsletter del 20 de marzo de 2009.

³⁶ ANICH, Juan A. *Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial* en Doctrina Societaria y Concursal Octubre 2003, tomo XV pág. 1007.

información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes ... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”. Normalmente esa información es retaceada o deformada.

6. Parece que cierta postura trata de soslayar la exigibilidad actual del plan de empresa para mantener en las sombras la información del proyecto que los administradores de la concursada han forjado para trasladar los costos de la reorganización a los acreedores³⁷.

Y ese plan se debería visualizar mucho antes de la formulación de la propuesta, en la presentación misma –para demostrar la funcionalidad del recurso técnico y el abuso del proceso- o en la determinación de los “fondos disponibles” para afrontar o acotar el pronto pago.

Refiriéndonos a ese plan de negocios señalábamos con Muiño “Es el documento a través del cual podrá –la sociedad en dificultades- mantener o no el apoyo de sus acreedores”³⁸.

³⁷ Sobre el punto puede verse PALACIO LAJE, Carlos “Trasvasamiento de empresas”, Ed. Lerner, Córdoba 2005. Allí se refiere al plan de insolvencia trazado por la administración societaria de stockeo, sobreendeudamiento, traslado de capitales –muchas veces provenientes de operaciones en negro- a sociedades off shore que luego aparecen acreedoras, o de créditos calzados, desvío de clientela y marcas, etc..

³⁸ *Derecho Societario*, citado pág. 235.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

**NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS
CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL
FRAUDE.**

Efraín Hugo RICHARD

Juan Carlos VEIGA

Síntesis: Debemos investigar si los problemas de las crisis de sociedades son atendidos por la ley específica. Corresponde en las sociedades distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. La primera se genera –entre otros supuestos- cuando el activo corriente es inferior al pasivo corriente. La segunda se corresponde con la falta de patrimonio neto, o sea con la pérdida del capital social.

La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad.

Frente a situaciones de crisis de sociedades, Truffat, Barreiro y Lorente bien sostienen que la cuestión debe ser puesta a decisión de los socios. Pero a sabiendas los administradores omiten considerar la causal de pérdida del capital social –prácticamente la única que autorizaría una quita- a los socios, presentando a la sociedad en concurso, obteniendo una mera ratificación por ellos de esa conducta violatoria de normas imperativas de la ley de sociedades, y luego presentan una propuesta de quita

traspasando a los acreedores la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar la sociedad.

Sobre este aspecto y en torno al muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado en el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL. MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012 por Daniel Truffat en su “ponencia no competitiva” sosteniendo “La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supraleales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico”, en síntesis que el derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho concursal. Incluso el derecho concursal no se limita al “proceso concursal” –sea administrativo o judicial-. Formalizó, además una referencia fundamental al “esfuerzo compartido” sobre la asunción de los costos de la crisis.

Antes Truffat en el VI Congreso, en Montepulciano, en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concurso, en su comunicación “*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*”, expresó: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...”.

Con la corrección de estas tres afirmaciones del distinguido colega, se abre, en la renovada agenda concursal y para la crisis societarias, un diálogo indispensable entre derecho societario y concursal.

Ello impone que debemos señalar algunas consecuencias en el concurso si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias³⁹.

1.La especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena⁴⁰, con una visión contable-económica, señala en relación a “**cesación de pagos**” e “**insolvencia**” que **“no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no**, es decir de acuerdo a sus resultados. Refiere a la teoría amplia (sobre la cesación de pagos), que sería a la que adhiere nuestra legislación concursal. Apunta que en ella se considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que demuestre o revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que exista la cesación de pagos: “*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El*

³⁹ “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 543.

⁴⁰ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro

estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social⁴¹.

Casadio Martínez, con su doble perspectiva profesional, se refiere a esa cuestión: “Según Argeri, en cuanto al concepto de *cesación de pagos*, para una corriente de opinión es sinónimo de *desequilibrio aritmético* entre activo y pasivo patrimonial (Salvat, García Martínez, entre otros), mientras que hay quienes hacen hincapié en las cantidades y no en la imposibilidad de cancelar las obligaciones... Por su parte, Quintana Ferreyra realiza una amplia revisión de las concepciones de la doctrina y sostiene que –en su opinión– los términos *cesación de pagos*, *insolvencia* y *quiebra económica* son equivalentes... No obstante, otra línea jurisprudencial distinguió ambos conceptos, postulando que ***no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo...***”⁴². Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –insolvencia–, y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

2.Sostuvimos *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el general*⁴³: “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”. “El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?”

“No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

“Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo”.

Se trata, ni más ni menos, que el Síndico analice los balances y señale si **la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes,**

⁴¹ Nto. “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

⁴² CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

⁴³ Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.

o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSC. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSC.

Por lo que acabamos de determinar, “the best interest of creditors” o sea la apreciación de que es correcto aceptar una propuesta donde se ofreciera una quita inferior a la que se recibiría en la liquidación del acervo patrimonial parece correcta frente a la liquidación de un patrimonio individual, pero inaceptable en el caso de una sociedad, pues si ello ocurriera –salvo casos de desastres- se abrirían acciones de responsabilidad contra administradores y socios, pues la liquidación se debió iniciar cuando había desaparecido el capital social y por lo menos contablemente se podía satisfacer el 100% del pasivo. En este aspecto, la mera comparación –intentando aplicar la previsión del art. 52 2. iv) LCQ- de la propuesta apoyada por la mayoría y los montos de activo y pasivo señalados por el Síndico en el informe general (art. 39 2 y 3 LCQ) pueden llevar a equívoco. La comparación inicial debería ser frente a las manifestaciones e información de la sociedad concursada presentadas conforme requiere el art. 11 3. 4. y 5 LCQ. Una diferencia entre esta información y la brindada por el Síndico puede devenir de dos factores: una sobrevaluación del activo por parte de la deudora o un ocultamiento de pasivo. En estos casos se abrirían acciones de responsabilidad previstas en el art. 99 LSC y/o del art. 173 LCQ en caso de quiebra, sin descartar previsiones penales según el caso⁴⁴.

3. Volvamos ahora sobre un aspecto substancial de la propuesta que el Juez debería considerar *ab initio*. La quita no debería superar la tercera parte de los créditos –calculado el costo de las esperas- para no incurrir en la **confiscatoriedad** del derecho de propiedad de los que no aceptaron la propuesta o los que no pudieron –por cuestiones procesales concursales- expresar su voluntad. Sobre el punto nos hemos expedido⁴⁵. De no mediar conformidad expresa no puede entenderse que por medio de un acuerdo concursal se pueda conculcar el derecho de propiedad de los acreedores que no adhieren a la propuesta de acuerdo o que no pueden expresar su opinión por el estado de la causa. Así también lo entendió el Juez Arcaná en “VILLAFañE, JUAN AGUSTIN P/ CONC. PREV.”, en Mendoza, el 10 de Julio de 2.008⁴⁶, particularmente con las expresiones sobre la legalidad de la propuesta económica: *“ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino también por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone es claramente excesiva.”* (“ARCANGEL MAGGIO SA p/Conc. Prev.” Suplemento LL “Concursos y Quiebras” 24/04/2.007, pág.48 y ss.).- La propuesta presentada, tanto en su ínfimo porcentaje (10 %), como en el plazo de pago, el plazo de gracia, la indeterminación del comienzo del término y la falta de contabilización de intereses por el lapso de espera a que se somete el pago de

⁴⁴ Una situación muy particular resultaría de un aumento del pasivo significativo, como obligaciones postconcursoales (que deberían integrar el informe del síndico art. 39 3 LCQ) que podría estar indicando la inviabilidad de la empresa, o también estar significando la pérdida del capital social, situación prevista en la legislación societaria, que no es absorbida por la situación de concurso.

⁴⁵ En libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO Tomo I pág. 715.

⁴⁶ Nto. INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO SOCIETARIO (en torno a reciente fallo señero) en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

los créditos, resulta en rigor una quita superior a la mera expresión de la merma prevista, una licuación total del pasivo y **una clara afectación del derecho de propiedad de los acreedores. Un verdadero abuso del Derecho**⁴⁷.

Lo fundamental es determinar que una quita y espera empobrece a acreedores quirografarios y enriquece directamente a socios de la sociedad concursada, rompiendo así la axiología jurídica y el valor justicia que tiende a asegurar el equilibrio en los repartos, justamente bien logrado en la última crisis, en las relaciones individuales al hacer soportar a ambas partes los efectos de las medidas económicas.

Y el análisis sobre la confiscatoriedad de la propuesta –y del acuerdo por mayoría, en su caso- debe formalizarse para asegurar el derecho constitucional de propiedad de los que no han prestado su conformidad, pero que sufrirán los efectos de ese acuerdo ilegal.

4. “El concepto de abuso, como acción y efecto de abusar, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien (Real Academia Española “Diccionario de la Lengua Española”, 2.002). El Art.1.071 del C.Civil, luego de recordar que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, agrega “*La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”. Como lo reafirma Lidia VAISER, el Art.1.071 del C.Civil resulta, a no dudarlo, una norma fundamental en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central (“El Abuso de Derecho en los Procesos Concursales” JA 2.003-IV- 1.328). A ello debe agregarse el contenido del art. 953 del C.Civil que sanciona con nulidad absoluta (art. 1044 C.C.) a este tipo de actos. **En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a su obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad**⁴⁸.

Con relación al fraude a la Ley, Adolfo ROUILLON expresa: “*Genéricamente, ella se refiere a cualquier acto o actividad enderezados a soslayar, contradecir o de cualquier modo burlar disposiciones imperativas*” (“Régimen de Concursos y Quiebras” Ed. ASTREA, 15° Ed., Pág.155). Y que los socios y administradores continúen el giro social habiendo perdido el capital social, sin reintegrarlo e incumpliendo así con una norma imperativa de la ley, intentando cubrir su personal obligación con quitas impuestas a los acreedores **implica un claro fraude a la ley societaria**.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁴⁹ u en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias. Allí se abrirá –pues estamos ensayando sobre sociedades- el proceso previsto en el art. 48 LCQ⁵⁰.

⁴⁷ Múltiples artículos en torno a la confiscatoriedad de los porcentajes de la Resolución n° 125/08 del 11 de marzo de 2008 del Ministro de Economía liberan de más comentarios de quitas tendientes a soslayar la capitalización de la sociedad, sencillo método societario para superar las crisis económico-financieras de la sociedad de la que son propietarios.

⁴⁸ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

⁴⁹ Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

5. SOBRE LA HOMOLOGACIÓN EN APRECIACIÓN CONCLUSIVA. Con lo acumulado nos referimos específicamente a la resolución de homologación de la propuesta, tema clásico de la doctrina concursalista. Pero nos anticipamos a los contenidos clásicos de las sentencias homologatorias.

Nos referimos a que la apreciación judicial debe versar en primer lugar sobre la existencia o no de propuesta en los términos de la ley, o sea que no bastará determinar la quita y espera pretendida –u otras variantes-, sino si la misma se encuentra debidamente integrada con el régimen de administración y el comité de control debidamente apoyado por los acreedores. En segundo lugar si la propuesta integrada es imputable a la sociedad .-lo que hemos tratado en otra comunicación-.

El tema de la abusividad es harina de otro costal que debería engarzarse inmediatamente después que el juzgador afronte las declaraciones precedentes.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resultará claro cuando, en caso de sociedades, los administradores no hayan cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando el problema a la decisión de los socios y éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo –capitalización del pasivo art. 197 LS-, que en el concurso conllevan a integrar la propuesta.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de la homologación ha empobrecido a los acreedores y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial –aparentemente disponible- para enriquecerse.

Por supuesto que estas apostillas son para la meditación, pues muchos las profundizarán y otros las cuestionarán. Pero ese es el método de construir un sistema jurídico y judicial más eficiente, particularmente respetando los criterios de equidad, justicia y esfuerzo compartido (*absolute equity rule*).

De no estaría afectado el orden público. Sobre orden público suele acordar la jurisprudencia que siguiendo a prestigiosa doctrina, el orden público es el "conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida" que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil- Parte General”, t. I, nros. 184, 195 y 197, pgs. 158, 163 y 197, ed. 1973).

Ha expresado Otaegui que hay una difundida opinión “consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público. La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales

⁵⁰ La abusividad es calificada si para imponer la mayoría aparece un tercero adquirente de un crédito que se “despoja” de su derecho, que no aparece ningún elemento de seriedad –ni antes ni después de la apertura del concurso- para enfrentar la crisis, ni plan ni régimen de administración y disposición para cumplir el acuerdo, ni libros, ni conformación del comité de control.

particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), **la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18)**, y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser. ... No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19)... Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros...Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario” Pero en cuanto aparece comprometida la continuidad del giro empresario –objeto de la sociedad- **aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, además de la afectación del derecho de propiedad** con el intento de imponer quitas a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Para meditar y decidir.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 1. NEGOCIACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO

LA TERCERA VIA Y EL CONCURSO DE SOCIEDADES.

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: No dudamos de la posibilidad de uso de la tercera vía, o sea la práctica de que el Juez imponga –por diversos medios- una nueva posibilidad o mejora en la solución allegada en el caso de acuerdos logrados por deudores individuales.

Es indudable que ello ocurre cuando el Juez considera que la propuesta puede mejorarse, o sea que es abusivo el acuerdo que se intenta imponer⁵¹, o le permita una nueva propuesta ante circunstancias especiales.. Y ello siempre para evitar la declaración de quiebra al rechazar la homologación o ser imposible la misma.

Esas soluciones, no previstas por la ley, aparecen opinables en el caso de sociedades, pues ante este supuesto podría evitarse la declaración de quiebra, ampliando la previsión legal del art. 48 LCA abriendo en cualquier caso un período que sólo relativiza la exclusividad de propuesta por parte de la sociedad concursada, sin excluir sus nuevas formulaciones.

Al fin de este período podría pensarse nuevamente en la tercera vía.

1.Las facultades pretorianas del juez para imponer o aconsejar una mejora de la propuesta –o su formulación- en especiales circunstancias, generó la mayor polémica en un reciente Seminario⁵² cuestionando el otorgamiento de la llamada “tercera vía”.

Allí se trataron los fallos “Bendow Argentina SA s/ concurso preventivo” (09-11-11) y “Mallarini Jorge Alberto s/ concurso preventivo” (26-04-11) de la Sala F,

⁵¹ Abundamos, en otra comunicación a este Congreso, sobre abuso de derecho y fraude a la ley en los acuerdos de quitas en concursos de sociedades

⁵² Duodécimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, en Mar del Plata, 25 a 27 de abril de 2012. La jurisprudencia referida esta contenida en el libro editado en esa ocasión “Derecho Societario y Concursal. Tendencias jurisprudenciales”. Ed. Legis, Buenos Aires 2012.

“DMRT SA s/ concurso preventivo” (03-10-11) Sala C, y “Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/ concurso preventivo” (10-05-11) Sala A.

Da cuenta de la discusión, y de alguno de los matices de la “tercera vía” la publicación electrónica Mercado de Capitales en su última entrega de abril de 2012 apuntando que: “La camarista cordobesa, Verónica Martínez de Petrazzini, señaló que existen dos tipos de “tercera vía”, aquella donde se le da una oportunidad al deudor a último momento para mejorar la propuesta, y aquella donde se le permite a quien ha perdido el juicio, la posibilidad de iniciarlo de nuevo. Aquí es cuando la tercera vía pasa a ser un nuevo instrumento de fraude frente a la no homologación de un concurso fraudulento, a costa no sólo del orden público procesal y de la misma Constitución Nacional, ya que se está violando el derecho de defensa en juicio de los acreedores que deben someterse a una nueva espera y también a nuevos gastos. En relación al abuso en la formulación de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez Fernando D’Alessandro dijo que éste no está determinado solamente por el porcentaje de pago a favor de los acreedores, sino que debe evaluarse en el caso concreto, en función de las posibilidades reales de pago del deudor, los plazos, las alternativas de recupero a un eventual dividendo falencial, las tasas de interés, etc. A este último respecto D’Alessandro sostuvo que es fundamental la ponderación de las tasas en función del tiempo para ponderar de qué quita se está hablando, especialmente teniendo en cuenta la incertidumbre que hay entorno a los índices de inflación. - Por su parte, el reconocido jurista cordobés Hugo Efraín Richard sostuvo que la tercera vía ha perdido su sentido ante la modificación del artículo 48 y del sistema liquidatorio, porque sólo se estaría asegurando la continuidad de la empresa viable. Incluso, para Richard la tercera vía sólo es posible en el caso del concurso de la persona física, ya que para la persona jurídica hay un régimen imperativo previo que es el establecido por el artículo 48 de la ley concursal, referido al *cramdown*”.

Nos limitamos a transcribir la información, que se corresponde a las opiniones vertidas en ese Seminario, aunque lógicamente –por la síntesis- omitiendo algunas argumentaciones.

La “tercera vía” tiene diversas versiones⁵³. La “tercera vía” ha obtenido cierto aval de la doctrina y la jurisprudencia. En doctrina⁵⁴ se ha indicado que este instituto adquiere carta de ciudadanía en el más alto nivel judicial, al ser contemplado

⁵³ CASADIO MARTÍNEZ, Claudio A. “Tercera vía, *cramdown*, sociedades off shore y trabajadores accionistas”, en La Ley del 11/6/12, comentando un reciente fallo, apunta : “Certeramente señalan los jueces que en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ, si bien reconocen que en la práctica se ha recurrido también a otra solución: la denominada *tercera vía*. - Expresan como reiteradamente viene haciendo la jurisprudencia, que ésta “vía” consiste en facultar al magistrado a: (i) reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b) del ordenamiento concursal, o (ii) fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad”.

expresamente en el voto de la minoría en el fallo Arcángel Maggio⁵⁵, si bien se postula que no corresponde su aplicación antes supuestos de fraude o abuso de derecho⁵⁶.

2. Sólo insistimos que en el caso de sociedades, la posibilidad de no homologación del acuerdo abre, en cuanto a facultades discrecionales del Juez -a nuestro entender- la aplicabilidad del art. 48, que prevé que otros sujetos puedan presentar propuestas y negociar el acuerdo. Particularmente ante las especiales condiciones otorgadas a cooperativas de trabajo.

Parece una incongruencia que se abra la “tercera vía”, posiblemente ante una interpretación cerrada del art. 48 LCQ, o sea sólo para el caso de “vencido el período de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo”, y no para cualquier otro supuesto en el que devendría la liquidación de la sociedad concursada⁵⁷. Y frente a esa interpretación estricta de la ley, la judicatura se aparte del texto de la ley para usar de la llamada “tercera vía” en un espectro diverso, descrito por la jurista Verónica Martínez de Petrazzini.

Ampliando la interpretación para la aplicación del trámite previsto en el art. 48 al supuesto de no haberse presentado la conformación del comité de control. El primer párrafo del art. 45 requiere que “el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada...” y luego en el párrafo 4º se expresa “El deudor deberá acompañar asimismo, como parte integrante de la propuesta... la conformación de un comité...”. En buena inteligencia el “texto de la propuesta” que conforman los acreedores debe llevar la integración del comité. A su vez el art. 46 se refiere a “las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de ... mayorías previstos en el artículo anterior”, en caso de sociedades se aplicará el art. 48. Como la conformidad de acreedores también se decide por mayoría corresponderá en su falta abrir el trámite previsto por el art. 48.

Se trata de un problema valorativo⁵⁸, supuestamente para tratar de asegurar la continuación de la empresa –no necesariamente de la sociedad o de los socios que no

⁵⁴ RASPALL, Miguel, “Arcángel Maggio SA un fallo dividido de la SCJN del cual igualmente pueden extraerse conclusiones”, ponencia presentada en las XIV Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Parana 2007, libro de ponencias pag. 245.

⁵⁵ CSJN, Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev. • 15/03/2007, LA LEY 2007-C, 38 - Fallos Corte: 330:834.

⁵⁶ CASADIO MARTÍNEZ art. citado.

⁵⁷ El fallo que comenta Casadio Martínez –en el artículo citado que llegó a nuestro poder cuando esta comunicación estaba teóricamente concluida– abre esa posibilidad interpretativa. Claro que de la propia relación que formaliza el destacado comentarista, el proceso concursal encubriría un vaciamiento de los administradores y socios de la concursada a favor de una sociedad *off shore* adquirente del inmueble de la fábrica –quedando la concursada como comodataria–, quizá demorado al sólo efecto que prescriban acciones de reintegración. Un verdadero *thriller* que, de inmediato, nos recordó la presentación literaria del jurista comercialista de Mar del Plata Ricarado Ludovico Gulminelli “La Campana Mágica S.A.”, Ed. Suarez, Mar del Plata 2011, de género similar y donde con connotaciones sentimentales y mafiosas describe un novelado proceso concursal.

asumieron adecuadamente la crisis-. Apuntamos a que la creación pretoriana de la “tercera vía” a favor de esos socios para no declarar la quiebra sea reemplazada por una interpretación extensiva del art. 48 para todos los supuestos de no homologación del acuerdo, que no genera agravio a la sociedad concursada a la que se le otorga una nueva posibilidad⁵⁹. El desborde de la actitud jurisdiccional parecería más justificable en la conservación de la empresa y no del empresario abusivo. “Si no se tiene en claro... el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento”, como lo señalaba R. Franceschelli⁶⁰

De no parece lógico que el Juez no se aparte de la concreta previsión legal y declarando la quiebra abra las posibilidades de esa conservación en la etapa liquidativa.

Más lógica y aceptable como “tercera vía” sería imponer a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales disolutorias que debieron enfrentar, según el caso.

Quizá después de ese periplo pueda entenderse, ante acuerdos observables, la aplicación extralegal de la “tercera vía”, sea para la propia concursada o para un tercero. Antes aparece sospechada. Claro que parecería aceptable aplicar la “tercera vía” también en el caso que nadie se presentara para abrir la etapa, lo que –en caso contrario a esa solución judicial- impondría la declaración de quiebra. No dudamos que, en tales casos, deberá aplicarse en la modalidad de imposición de condiciones por el juez, que de no ser aceptadas por la sociedad deudora implicarán su quiebra⁶¹.

⁵⁸ Nto. ARTS. 48 y 52 LEY 24522 en versión LEY 25589. LA PROPUESTA HETERÓNOMA y NUEVAS “VARIANTES”(¿un juego de ajedrez?) en Doctrina Societaria y Concursal de Editorial Errepar nº 177 Agosto 2002, tomo XIV p´. 441.

⁵⁹ Salvo que administradores y socios de la sociedad concursada pretendieran la quiebra para eliminar la posterior competencia de la misma ante un ilegal trasvasamiento que hubieran generado.

⁶⁰ *L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss..

⁶¹ “Los jueces ante la votación formal por esa mayoría espúrea de acuerdos donde se impone todo el sacrificio a los acreedores, sin aliciente alguno sobre las posibles ganancias, tímidamente han ejercitado poderes jurisdiccionales dudosos, a través de lo que ha dado en llamarse la “tercera vía”, morigerando los acuerdos, pero sin alterar la unilateralidad del esfuerzo. Sólo en pocos fallos se ha cuestionado el voto de acreedores nacidos con posterioridad a la presentación, donde se advierte el interés contrario o el conflicto de intereses con los restantes acreedores”^o, de nto “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, 2ª parte *Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa*, pág. 363 y ss., especialmente punto 11 pág. 373..

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 2. EFECTOS DE LA CONCURSALIDAD - LA NUEVA AGENDA CONCURSAL

VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS. LA REVOLUCIÓN CONCURSAL (no siempre se avanza sobre la concursalidad!)

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Nos hemos preocupado de integración e interpretación del derecho actual frente a las crisis patrimoniales, particularmente las de sociedades.

Ahora añoraremos una vieja norma: la revolución que implicó el sistema de verificación de créditos de la ley 19551, cada vez más desdibujada en sucesivas reformas.

Ello implica alejar a muchos acreedores de la negociación del acuerdo, que luego se les impondrá.

Queda el acreedor sujeto a las decisiones del deudor respecto de su crédito: como documentar la relación, inscribirla en sus libros –si es que no los hace desaparecer- y como se preocupa de enredar la transparencia de la relación para evitar su verificación o admisibilidad, generando un largo juicio.

Sobre la concursalidad nos preocupamos con el Dr. Francisco Junyent Bas formalizando un balance sobre ello en el año 1995 frente a la vigencia de la ley 24.522⁶².

En ese entonces formalizamos un balance de los aspectos positivos y negativos en cuanto a “la concursalidad”, o sea asegurando la tempestiva verificación de créditos y participación de todos los acreedores en la negociación del acuerdo.

1. Vivimos un tiempo complicado. En conocimiento de los demorados tiempos de la administración de justicia los incumplimientos se multiplican. Se calcula el costo del cumplimiento frente a los costos de un largo proceso judicial.

Sobre los tiempos de la justicia, el juez Vassallo ha formulado una precisa crítica sobre lo que recientemente el Presidente de la Corte ha llamado el drama judicial: el de

⁶² “La concursalidad” en RDCO 1995-B-123; y ahora en *Summa Concurisal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 327.

la demora en los pleitos. En el caso más de diez años, y la expectativa de una ejecución de sentencia, que en muchos casos supera la tramitación del juicio⁶³. Así se expresó el Dr. Vassallo “I. Inicialmente debo pedir disculpas a las partes y mis colegas por haber demorado este voto más allá de lo que hubiera deseado. - Sin embargo, amén del cúmulo de tareas que pesa sobre la Sala, la complejidad del litigio, los pormenores fácticos del mismo, y el profundo voto desarrollado por el vocal que me precedió en el estudio de la causa, me generaron profundas dudas que no permitieron un más rápido desenlace. ...Tengo para mí, y así lo he intentado reiteradamente tanto como juez de Primera Instancia como en la actualidad en mi calidad de miembro de un Tribunal de Apelación, que un arreglo definitivo de estas disputas debe ser encauzado mediante el acercamiento de las partes en una audiencia de conciliación donde, con el auxilio de los jueces, es posible componer las diferencias entre las mismas, aquí hermanas”.

Todo un sabio consejo para que los jueces de la primera instancia asuman la substancia del problema, se aparten de las insidias del formalismo y eviten la “tragedia del proceso”.

2.Hace muchos años, 1981, en libro colectivo en homenaje a Rodolfo Fontanarrosa, apuntábamos “A nuestro entender la solución actual de la legislación argentina es adecuada, comprende los principios integrativos del régimen concursal que es de excepción, asegurando el fuero de atracción, la concentración de todas las causas en un único proceso con un único juez interviniente, bajo el control del síndico y de todos los acreedores concurrentes. ... A modo de conclusión destacamos que la conexión indisoluble entre procedimiento único y órgano jurisdiccional, resolviendo aún problemas llamados “de conocimiento” y no ejecutivos o ejecutorios, es básica para sentar un sistema concursal moderno...”⁶⁴.

Una verdadera revolución procesal ante el atasco de los Tribunales.

Claro que esa inteligencia, dejada hoy de lado por sucesivas reformas, se centraba en la capacitada labor técnica del Síndico para desentrañar las relaciones patrimoniales y el rápido juicio legal de un Juez expeditivo. Ya nos hemos referido al balance que formalizamos con el Dr. Junyent en el año 1995, y sucesivas reformas de la ley 24.522 agravaron los aspectos negativos.

Muchos pasos atrás. Algo se ha logrado respecto a la verificación tempestiva de acreedores laborales por el sistema de pronto pago, pero estos acreedores no intervienen normalmente en la negociación de la propuesta, por lo que gran número de acreedores quedan sometidos a la decisión mayoritaria entre los que han logrado la resolución verificatoria. Un sistema que favorece conductas desleales de la concursada.

3. Vale la pena apuntar que muchas veces se frustra la verificación o admisibilidad del crédito insinuado en títulos valores (pagaré o cheque), fundándose el

⁶³ Nto. “SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA” en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

⁶⁴ “Verificación de créditos y suspensión de las acciones de contenido patrimonial en los concursos”, pág. 163 en libro colectivo “Homenaje al Profesor Doctor Rodolfo Oscar Fontanarrosa”, edición de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario 1981.

rechazo –correcta o incorrectamente- en la aplicación de la doctrina judicial en los casos “Translinie”⁶⁵ o “Diffry”⁶⁶.

Sobre la cuestión, como el fundamento de la no admisibilidad es la posible concertación fraudulenta entre deudor y acreedor en perjuicio de los demás acreedores, por el principio de congruencia el Juez debería desplazar de la administración al o los firmantes de los títulos valores, o por lo menos designar un coadministrador, para evitar la repetición de la supuesta maniobra.

4. Estos retrocesos a un juicio de concurrencia para afectar a todos los acreedores, el trámite del reconocimiento del pasivo resulta fundamental:

- a. Para que todos los acreedores puedan negociar en torno a la propuesta que a les afectara.
- b. Para que el Síndico pueda examinar, ante el pasivo insinuado la contrapartida que debió ingresar en el activo de la concursada, y apreciar este aspecto en su informe general.
- c. Una visión para el juez del concurso de la viabilidad de la empresa y de la razonabilidad del acuerdo, evitando abusos.

5. Las reformas entorpecen la obligación del Síndico en su informe general de apreciar “la composición del pasivo” –art. 39 inc. 3º LCQ-, pero favorecen la “estrategia” de la concursada para la aprobación de su propuesta de acuerdo, pues sólo deben negociar con los acreedores que tengan sus créditos verificados o declarados admisibles⁶⁷.

⁶⁵ Cámara Nacional de Comercio en pleno, “Traslinea S.A. c. Electrodinie S.A.”, ED 86-520.

⁶⁶ Cámara Nacional de Comercio en pleno, “Difry S.R.L. s/ quiebra” JA 1980 III 1169.

⁶⁷ La estrategia debe vincularse a la intervención de cesionarios o subrogados, y a los esfuerzos económicos para ello, facilitando el logro de mayorías mínimas en relación a la totalidad del pasivo indicado por el Síndico. Pero este aspecto es motivo de otra comunicación.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 5. LA NUEVA AGENDA CONCURSAL. CRISIS DE LOS PRINCIPIOS E INSTITUTOS CONCURSALES.

CRISIS DE LOS PRINCIPIOS CONCURSALES: El financiamiento post crisis.

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Se aboga por reformas del derecho de crisis para asegurar el financiamiento postconcurzal, suponiéndose que el fracaso de acuerdos concursales es, en muchos casos, generado por la restricción del crédito de proveedores y particularmente financiero.

La reorganización societaria o concursal -no descartamos la necesidad de concursar una sociedad en crisis- debería ser acompañada por acreedores institucionales⁶⁸, asegurando la funcionalidad de la sociedad, el mantenimiento del empleo y su propia inversión, conforme el plan de negocios que hubieran trazado administradores y socios de la sociedad en crisis.

El plan de negocios es clave para la obtención de financiamiento post crisis. Pero también facilita ello la conducta de administradores y socios de la concursada para afrontar la crisis y la información brindada.

1. Se apunta que la exteriorización de la crisis genera una retracción del crédito. Esa exteriorización es una decisión de administradores y socios.

Una reorganización, con capitalización, evita esa exteriorización. Son los medios que impone el derecho societario que intenta impedir que, una herramienta técnica maravillosa de organización y funcionalidad de empresas, dañe al mercado o a terceros. Para ello es necesario que los socios analicen la situación de la sociedad de su propiedad y la exhiban a los terceros (acreedores o no) a los que intenten vincular aun plan de acción.

2. La exteriorización en un concurso genera, en ciertos casos, una retracción de crédito, de proveedores de servicios, materias primas o recursos financieros, particularmente cuando se ha recurrido a un ilegal *stockeo* y/o sobreendeudamiento, habiendo contratado omitiendo informar las dificultades que harían imposible el cumplimiento (art. 931 C.C.).

⁶⁸ Servicio público impropio bajo control permanente de los Estados, salvo los paraísos fiscales.

3. Para los Bancos es un buen panorama prestar dinero a una sociedad reorganizada o que ha afrontado un concurso, claro siempre que haya exteriorizado un plan razonable de rentabilidad.

La clave es la viabilidad de la empresa –y obviamente de la sociedad como recurso técnico-, advertible por el plan de negocios o de reorganización, indispensable para obtener crédito bancario.

4. La preocupación es que los administradores de la sociedad concursada, luego de lograr quitas y esperas –enriqueciendo a los socios con empobrecimiento de los acreedores- vayan por más, beneficiando a nuevos proveedores de bienes o créditos⁶⁹, o mejorándolos sobre los ya perjudicados.

5. La legislación de U.S.A. autoriza al juez al mejorar el proveedor indispensable, y se sugieren soluciones similares. O en aceptar los aportes a cuenta de futuros aumentos de capital o préstamos de socos, controlantes y vinculadas. Pero en caso de sociedades se impone pensar: a) si la situación financiera no habría quedado solucionada por las previsiones del art.96 LSA, y b) si no se llegó a tal estado de cosas por la falta de diligencia de administradores, y si las quitas no beneficiaron a los socios, imponiéndose así un nuevo sacrificio a los acreedores sobre los que se mantienen las quitas y esperas, quedando preteridos ante el proveedor indispensable.

La solución parece correcta en cuanto se genere para conservar el giro o conservación de la empresa –y los puestos de trabajo-, pero debería imponer sanciones a los socios y administradores. Cuando menos imponiendo la capitalización del pasivo⁷⁰ para asegurar el “esfuerzo compartido”, el control del giro social y hacerlos partícipes de los resultados que se espera de esa continuación de la actividad productiva.

6. Ariel A. Dasso, que siempre nos alimenta de información, señala⁷¹ en aspectos de la llamada *fresh money* el otorgamiento de predeductibilidad al ingreso de nuevos créditos en caso de nuevo concurso. Apunta que la ley española 38/2011 otorga un limitado derecho a esos acreedores “**en el marco de un plan de viabilidad aprobado por sensibles mayorías, cuya factibilidad aparece asegurada por informe de experto independiente nombrado por el Registro Mercantil**”, como financiación “contributiva al objetivo fundamental de conservación de actividad y empleo”, limitándolo a “dinero fresco proveniente de una línea de crédito externa novedosa con exclusión de los aportes de los socios del deudor o de persona vinculadas en el marco de un aumento de capital u operaciones análogas”.

El distinguido colega y amigo aconseja que esa predeductibilidad se otorgue también a los socios, señalando que el derecho francés “*privilège de conciliation*, como el italiano en el D.L. 78/2010 art. 48 adjudican prededucción también al préstamo de los socios o de los vinculados”. La regulación italiana sobre el sobreendeudamiento, explica, aparece vinculada con el *Übershuldung* de la *Insolvenzordnung* alemana de 1995, cuyo art. 19 considera existente sobreendeudamiento si los bienes del deudor ya no cubren las obligaciones existentes, salvo que **según las circunstancias sea muy**

⁶⁹ En muchos casos sociedades off shore que prestan fondos con garantía en depósitos realizados, también en el exterior, por la propia beneficiaria.

⁷⁰ Siempre puede haber cláusulas de rescate para ambas partes, o generación de disposiciones estatutarias para equilibrar poderes.

⁷¹ “La financiación de la empresa en crisis”, documento presentado al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México 17-19 de mayo de 2012, base de su conferencia magistral.

probable la continuación de la empresa.... Juicio subjetivo atribuido directamente al administrador con los que se los excusa de la severa obligación de presentar en concurso a las empresas que, como deterioro sufrido con sus activos financieros en razón de la crisis global, quedaron atrapados en el primigenio concepto material del sobreendeudamiento.

7. Las reflexiones precedentes llevan a señalar la necesidad –que remarcaremos en otra comunicación- de **atender en el caso de crisis societarias al derecho específico**. No se puede seguir ignorando las normas del derecho societario. Y de reclamarse la reforma de las normas sobre crisis el análisis debe ser integral. De no se destruirá una herramienta maravillosa para la libre organización de los negocios y las empresas.

Recordamos que, por ejemplo, cuando la devaluación del año 2002, en la Argentina se suspendió por varios años la causal de disolución por pérdida del capital social, pues al devaluarse el dólar las obligaciones del pasivo superaron los activos. No se suspendió la causal de disolución por imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplimiento del objeto social, pues en consideración de los administradores y socios de la sociedad **si el negocio era viable**, la empresa era viable, conforme su plan de negocios, la sociedad podía continuar sin perjudicar a nadie, y si era necesario se podía recurrir al “esfuerzo compartido” señalado en la ley y reclamado continuamente por Truffat. Claro que no fue ese el modelo que se siguió en concursos preventivos y APEs, donde se hizo recaer todo el esfuerzo sobre los acreedores, con quitas confiscatorias, enriqueciendo a los socios.

8. Es definitiva la existencia de un plan de viabilidad y de la información sobre sus posibilidades, y su comunicación a los acreedores (con su eventual examen) es el que permitirá el financiamiento posterior. Personalmente lo aplicamos exitosamente en nuestra gestión como asesor jurídico en un Banco provincial.

El funcionamiento de la comunidad, basado en sólidos lazos de confianza, redundando en un mejoramiento global de la calidad de vida respecto de otro entramado social donde cunda la desconfianza⁷². La asimetría informativa puede afectar los rendimientos esperados por el acreedor, pudiéndose presentar (específicamente en el mercado financiero) alguna de las siguientes modalidades: a. antes del desembolso del préstamos, como selección adversa (el acreedor es incapaz de distinguir entre proyectos con dispares niveles de riesgo) y b. luego del desembolso, como riesgo ético (que el deudor destine los fondos a un uso diverso del pactado) o como costo de monitoreo (a fin de evitar, por ejemplo, que el deudor oculte ganancias)⁷³. “Es en este punto donde la confianza recobra un valor fundamental en la reducción de los costos de transacción en situaciones de informa asimétrica, y con ello en la promoción de la eficiencia de los sistemas económicos, la información será más completa y así los costos de transacción serán menores”⁷⁴.

Conforme los estándares clásicos de interpretación de las conductas de los operadores contractuales: las decisiones de funda en la confianza, y ésta se construye sobre la base de la apariencia que crea el mismo sistema, fundamentalmente porque los altos costos marginales y de oportunidad determinan una mayor fe en el funcionamiento

⁷² PUTMAN, Roberto *Making democracy work*, Princeton University Press, New Jersey 1993, p. 167.

⁷³ BEBCZUK, Ricardo N. *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid 2000, p. 19 yss..

⁷⁴ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo *Créditos abusivos* Ed. Abaco, Buenos Aires 2009, pág. 247

del sistema de que se trate⁷⁵. Por eso la necesidad de un sistema de no fomentar el incumplimiento y evitar la difusión del mismo ante estados de crisis.

9. El equilibrio es fácilmente logable, como el financiamiento –de lo que abundaremos en la ponencia sobre cooperativas de trabajo, aplicable a todo financiamiento pre o postconcurzal-, cuando existe un plan de negocios– siempre exigido por los reales⁷⁶ acreedores profesionales.

Es la conducta pasada del deudor y la información lealmente brindada la que permitirá que proveedores y financistas acompañen el proyecto de la sociedad que estuvo en crisis.

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, LL 2000-D-1158.

⁷⁶ Dejamos de lado la intervención de acreedores no tan “reales”, particularmente radicados en el extranjero, que nada exigen porque tienen un crédito “calzado” con depósitos y son meros intermediarios para ocultar al real acreedor. Algo muy corriente en lo que el penalista Carlos Palacio Laje llama el “plan de insolvencia”.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 3. ASPECTOS CONTABLES Y FISCALES EN LOS PROCESOS
CONCURSALES

**“LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO
FISCAL (y algunos aspectos periféricos)”**

Jorge Fernando FUSHIMI - Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: La quita en una propuesta de acuerdo de una sociedad implica un enriquecimiento en beneficio de los socios y un empobrecimiento en el patrimonio de los acreedores.

1. En el balance de la sociedad concursada, tan pronto firme la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo con quita y espera, el pasivo se contrae y el saldo quirografario de corriente pasa a ser no corriente, pero no habiendo disminuido el activo, lo que genera un incremento en el Patrimonio Neto que se encuadra como una ganancia extraordinaria, que sin duda valoriza el patrimonio de los socios, y en casos permite su distribución.

A su vez se genera un quebranto en los patrimonios de los acreedores afectados por la quita. Si la misma va unida a espera por el saldo, transforma activos corrientes en no corrientes.

2. Las propuestas concursales pueden ser calificadas en tres grupos:

- a) Propuestas que implican reducir el pasivo;
- b) Propuestas que no implican reducir el pasivo (propuestas financieras);
- c) Otras propuestas no clasificadas precedentemente.

3. Si tomamos el primer grupo (propuestas que reducen el pasivo), tenemos:

a.1. Propuestas que implican reducir el pasivo por reducción del activo (pago, pago por entrega de bienes, e incluso el fideicomiso o la administración de bienes en interés de

los acreedores, ya que aun cuando estos bienes sólo salgan del activo en dominio fiduciario, implica retirar de los estados contables a los bienes y a los acreedores que se verán beneficiados por la administración de bienes).

a.2. Propuestas que implican reducir el pasivo por incremento del patrimonio neto: (capitalización de pasivos).

a.3. Propuestas que implican aumentar el patrimonio neto y el activo, con la consecuente reducción proporcional del pasivo. Entre éstas tenemos:

a.3.1. Aportes de los socios o terceros (aumentos de capital o de aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital)

a.3.2. Ganancias extraordinarias a través de las tradicionales quitas.

4. En el segundo grupo (propuestas financieras) tenemos soluciones financieras que no implican reducir el pasivo: allí tendremos entonces a la espera; el pago mediante emisión de títulos de deuda (debentures, bonos, obligaciones negociables).

5. En el tercer grupo tendremos todas aquellas otras propuestas que por su naturaleza no pueden ser comprendidas en los demás grupos. En general, no suelen tratarse de propuestas autónomas, sino que son complementarias a otras. En el caso de la enumeración comprendida en el artículo 43 de LCQ, podemos citar la reorganización de la sociedad deudora (que por sí sola no sirve para dar satisfacción a los acreedores), constitución de garantías sobre bienes de terceros (que por tratarse de obligaciones accesorias, tampoco son propuestas en sí mismas).

6. Las quitas constituyen así indubitables ganancias extraordinarias para el concursado. En virtud de un acuerdo, el pasivo se ve reducido en el porcentaje de la quita, y siendo que el activo continúa sin variaciones, tal reducción se deberá traducir en un aumento del patrimonio neto. En el esquema de la ley de sociedades –art. 63-, el patrimonio neto tiene tres grandes elementos:

- a) El capital (y el resto de cuentas que lo conforman, como el Ajuste de Capital;
- b) Las reservas;
- c) Los resultados acumulados (incluyendo los resultados de ejercicios anteriores o resultados no asignados, y los del período).

Desde este punto de vista, la quita generará una reducción del pasivo, un activo que se mantiene incólume y un incremento del patrimonio neto a través de una ganancia que se produce.

7. Debemos agregar –además- que es una ganancia que implica una pérdida directa para el acreedor que deberá reflejarla en sus estados contables.

8. La ley de impuesto a las ganancias establece que toda ganancia obtenida por las empresas (cualquiera sea su forma de organización, incluyendo las unipersonales) está gravada por el impuesto a las ganancias, sin otorgárseles el beneficio que se les concede a las personas físicas respecto a que la ganancia debe ser periódica y que implique la permanencia de la fuente que la origina y su habilitación. Si la quita es una ganancia extraordinaria, esta última está gravada por el impuesto a las ganancias y debe

tributarse por este enriquecimiento. El artículo 30 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias (Decreto 1344/1998 y sus modificaciones) permite imputar la ganancia neta (que surge de compensarla previamente con los quebrantos de ejercicios anteriores acumulados al inicio del ejercicio contable en el que se homologó el acuerdo) a los diversos ejercicios en los que se abonarán las cuotas concordatarias, con un mínimo de cuatro (4) ejercicios, si el plazo de la espera fuere menor⁷⁷. Sin embargo, una posición dentro de AFIP⁷⁸ establece que el plazo máximo para el cual se puede diferir el cómputo de la quita, es de cuatro años.

9. Una postura *pro debitoris* al extremo sostiene que el perjuicio que ocasiona la quita al acreedor es mínimo, toda vez que éste, si es un empresario organizado, ha previsionado el quebranto por incobrabilidad tanto como medida preventiva de buena administración, sino también como forma de reducir la carga tributaria en materia de impuesto a las ganancias y que, consecuentemente no le acarrea un perjuicio o una pérdida.

La realidad es otra: si los deudores fueran regulares y normales cumplidores de sus obligaciones, la previsión (es decir la anticipación del quebranto en forma preventiva) no sería necesaria, y que el hecho de que haya sido previsionada sólo implica que al quebranto se lo hizo incidir de manera anticipada, pero no significa que no sea un quebranto igual.

Lo que resulta indubitable es que la provisión de bienes o servicios que fue prestada en beneficio de la sociedad concursada, ante el incumplimiento de ésta la enriqueció sin contraprestación, y el acreedor vió frustrada su expectativa de reintegrarse de los desembolsos de materia prima, gastos, salarios, etc., y de la lógica ganancia esperada. Quizá de estar *in bonis* pasó a estar “in malis”, mientras el planificante incumplidor –quizá a través de un ilegal “stockeo” conservaba la empresa-, el sorprendido acreedor podría perderla, particularmente ante situaciones de inflación con recesión.

A su vez, si la quita va unida a una espera de más de un año para el pago del saldo, el ya reducido activo pasará de ser corriente a no corriente, lo que puede implicar que pase a estar en cesación de pagos, al superar el pasivo corriente el activo corriente.

10. En muchos casos la pretensión de imponer quitas a los acreedores va unida a un incumplimiento de administradores societarios –y socios- a previsiones imperativas

⁷⁷ Art. 30 Decreto 1344/98 (y sus modificaciones) (Parte pertinente) ... La ganancia neta proveniente de quitas definitivas de pasivos, originadas en la homologación de procesos concursales regidos por la Ley N° 24.522 y sus modificaciones, se podrá imputar proporcionalmente a los períodos fiscales en que venzan las cuotas concursales pactadas o, en cuotas iguales y consecutivas, en los CUATRO (4) períodos fiscales cuya fecha de cierre se produzca con posterioridad a la fecha de homologación definitiva, cuando este último plazo fuere menor.

El importe máximo de ganancia neta a imputar de acuerdo con la opción prevista en el párrafo anterior, no podrá superar la diferencia que surja entre el monto de la referida quita y el de los quebrantos acumulados al inicio del período en que se homologó el acuerdo.

Cuando se trate de socios o del único dueño de las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales, comprendidas en el inciso b) y en el último párrafo del artículo 49 de la ley, los quebrantos acumulados a que se refiere el párrafo anterior serán los provenientes de la entidad o explotación que obtuvo la quita. (Texto según Decreto 2340/2002 del 19/11/2002).

⁷⁸ Véase Dictamen N° 28/2006 de la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) de la Administración Federal de Ingresos Públicos del 27 de Abril de 2006.-

de la ley societaria, lo que acreditaría fraude a la ley y abuso de derecho en la formulación de la propuesta, impeditivos de la homologación de un acuerdo⁷⁹.

11. No podemos dejar de resaltar que una solución como la capitalización del pasivo, no genera carga impositiva para el concursado, pues el pasivo pasa al rubro capital y al detracer del activo no sólo el pasivo sino también la cuenta capital, no generándose ganancias, ni tampoco presunción fiscal de ganancia, y a la vez tampoco existe quebranto formal para el acreedor, aunque puedan verse alteradas sus expectativas.

Esta solución se enrola en el “esfuerzo compartido” que reclama el distinguido jurista E. Daniel Truffat, está prevista en la ley societaria (art. 197.2, aunque también en la concursal) y libera a fiadores y deudores solidarios a quienes no se les extiende los efectos de acuerdos de quita y espera. A su vez dificulta acciones de responsabilidad, que pudieran corresponder a ciertos acreedores contra administradores y socios de la concursada, al dificultar la acreditación del daño.

12. Debatiendo entre los autores, recordamos un viejo artículo de Maffía, titulado “¿Socio a palos?”⁸⁰ en el que el autor criticaba la propuesta de constituir sociedad entre el deudor y los acreedores, en especial en referencia a los acreedores que no habían votado favorablemente la propuesta. Si bien la crítica se hacía bajo la vigencia de la ley 19.551, las objeciones bien resultarían aplicables también a la actual LCQ. Sin embargo coincidimos en que la decisión de los acreedores de asociarse con la concursada depende esencialmente de la naturaleza del negocio que lleva adelante el concursado y de la posibilidad de éste de generar tasas de rentabilidad superiores a cualquier inversión que los mismos acreedores pudieran realizar colocando su dinero (en este caso su crédito concursal) en otras inversiones. Es decir, si del análisis del negocio del concursado surgiera que la salida de la cesación de pagos garantizará a los ahora socios (ex acreedores) una tasa de rentabilidad que supere al costo de oportunidad, la conducta económica más racional será aceptar la propuesta de asociarse con el deudor.

Por otra parte, conveníamos que cuando el concursado impone una quita con espera a sus acreedores (con toda la pérdida que implica el factor tiempo del dinero, habida cuenta que raras veces las esperas ofrecen tasas de intereses que sean razonables o al menos positivas en relación a la tasa de inflación), en definitiva no hace más que asociarlos en las pérdidas, pero nunca en las ganancias. Produciéndose la paradoja que con la quita y la espera, pierden los acreedores y sólo gana el deudor.

13. Especulábamos entre nosotros, los autores, sobre la posibilidad de ofrecer a los acreedores capitalizar la sociedad con sus acreencias, conforme a lo cual la sociedad deudora entregaría acciones rescatables, con opción: a la sociedad emisora (o a sus socios originales) mediante el pago de su valor real (es decir, el valor contable más los intangibles y con los ajustes de valuación necesarios); o del acreedor con pérdidas en relación al importe de su crédito concursal.

14. Como fuese, la opción de asociar a los acreedores al deudor (siempre en la medida que la actividad empresarial de la concursada sea viable), no sólo implica ventajas desde el punto de vista fiscal, sino también evita que el acreedor sea asociado, en definitiva, sólo en la pérdida de la concursada. Así, surge una propuesta mucho más

⁷⁹ Como sostiene y justifica en otra comunicación a este Congreso uno de los autores de la presente.

⁸⁰ MAFFÍA, Osvaldo J., “¿Socio a palos?”, E.D., t. 56, p. 697.

equitativa por cuanto ofrece a los acreedores la posibilidad de que obtengan beneficios en caso de que el negocio resulte con el éxito que fuera evaluado.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 3. ASPECTOS CONTABLES Y FISCALES EN LOS PROCESOS CONCURSALES. OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN.

LA INFORMACIÓN: LIBROS DE CONTABILIDAD E INFORME GENERAL DEL SÍNDICO.

Jorge Fernando FUSHIMI - Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: La información es un elemento indispensable en los procesos concursales – incluso en las reorganizaciones societarias extrajudiciales-, para que el Síndico pueda cumplir acabadamente su fundamental rol técnico, los acreedores puedan conocer la situación general y el Juez tomar las decisiones correspondientes. A su vez es un medio fundamental para que los administradores puedan actuar diligentemente y acreditar su lealtad en el manejo de los negocios, y los socios puedan valorar esa gestión. Es base para acreditar buena fe y generar confianza.

Afectando esa información, es inaceptable en un proceso concursal la desaparición o destrucción de los libros y documentación contable. Se trata de una reiterada maniobra para ocultar la verdadera situación de una sociedad, donde llevar libros no es una carga sino una obligación de los administradores.

El informe general del síndico es una pieza maestra para determinar la real situación de una sociedad concursada, la posibilidad de conservación de la actividad eficientemente y sin afectar el mercado, y si la situación patrimonial original no habilita acciones de integración patrimonial y particularmente de responsabilidad de socios y administradores.

1. Para el comerciante individual llevar una contabilidad arreglada a derecho importa una carga. Para los administradores de una sociedad es una obligación, pues deben formalizar balances anuales para determinar la situación económica financiera de la sociedad, los resultados de la explotación y la calidad de su gestión. Los libros contables –y la documentación respaldatoria- son la base de los estados contables y éstos, la forma de rendir cuentas del órgano de administración al órgano de gobierno.

Es impensable el riesgo de una “inundación” que destruya los libros, o encubriéndose también la desaparición de los mismos por el traslado opinable de los libros y de la documentación contable en un auto descartable de algún auxiliar contable. En relación a las frecuentes denuncias penales que se inician por la sustracción de libros

y documentación contable, Vítolo ha especulado -en tono jocoso- sobre la posibilidad de la existencia de un mercado marginal de libros contables usados, atento a la frecuencia con que bandas delictivas altamente especializadas se dedican al robo o hurto de estos elementos, dejando de lado otros bienes supuestamente más valiosos.

Recordamos el caso en que la presentación en concurso del socio de control de una sociedad en una provincia cordillerana se unió a la pérdida de libros y de toda la documentación contable de la sociedad. Un par de años después la sociedad cambió de nombre y de domicilio para presentarse en concurso en la Capital Federal, con nueva pérdida de libros y documentación contable. Sólo la exigencia del juez de que se publicara el CUIT, en el edicto convocando a los acreedores, permitió que algunos de éstos cumplieran su carga de verificación y no se esfumara la totalidad del pasivo. Vale pensar que el CUIT podría ser una adecuada prueba de la actuación de una sociedad para generar y reconocer su personalidad, al margen de la regularidad que se genera con el cumplimiento de otros requisitos formales.

2. Se impone asegurar la información para saber si una empresa es viable o no para conservarla, y determinar si administradores y socios no son responsables, pues no interesa -para la conservación de los puestos de trabajo y el giro social- quién sea el titular, sino la capacidad y diligencia del administrador con el plan de superación. La “desaparición” de los libros y de la documentación respaldatoria implica una señal muy intensa de, por lo menos, la “diligencia” de los administradores societarios, y de su lealtad en relación a la propia sociedad, los socios y los terceros acreedores.

En la causa juzgada por la C3A CCCba, Sent.123,14.06.11, "**SINDICATURA EN LABORATORIO LISTER S.R.L. - QUIEBRA PROPIA C/ PUJOL MARCELINO JAVIER Y OTRO - ACCION ORDINARIA - ACCION DE RESPONSABILIDAD - RECURSO DE APELACION - (EXPTE. N°1279150/36)**" *La sentencia se centró en que “La mentada pauta axial (refiere al art.902 Cód. Civil), comprende desde los cuidados más elementales cuyo incumplimiento puede importar culpa grave (art. 274 LSC) hasta aquellos que llevan sólo a configurar la culpa leve in abstracto (dada la remisión dispuesta por el primer dispositivo al art. 59 ibídem). Como consecuencia de ello, son susceptibles de engastar en el estándar jurídico del buen hombre de negocios, además del deber de asumir una conducta diligente, contar con idoneidad y poner los administradores toda su pericia para conservar el patrimonio social, y aún más, tratar de incrementarlo, la obligación de informar y dar formales cuentas de su gestión de administración (CNCom., Sala D, 25.02.1993, Loschi, Aldo L. c/ ChannelOne SA y otros, www.laleyonline.com.ar), justificando la transmisión de los bienes sociales, y confeccionando los estados contables de conformidad a lo prescripto por el ordenamiento comercial (art. 51 y 52 CCom.), de modo tal, que ello haga factible conocer con exactitud y veracidad las ganancias obtenidas, las pérdidas sufridas y la evolución del patrimonio social, es decir, la real situación económico-financiera de la sociedad...carece de los libros contables pertinentes como de documentación respaldatoria que le otorguen verosimilitud. En otras palabras, de todo lo analizado puede extraerse que los administradores procedieron indebidamente, manteniendo activa la sociedad, y a la vez que se la liquidaba de "hecho", sin al menos haber mantenido resguardo en llevar los libros contables en forma de manera que encuentre respaldo la salida de bienes, ingresos recibidos como contrapartida, ó los pagos que aducen los administradores haber realizado”.*

La falta de documentación contable puede ser considerada como una conducta por lo menos culposa, cuando no dolosa, de los administradores sociales⁸¹.

3. *CASADIO MARTÍNEZ*⁸² aborda la pieza maestra: el “Informe General” con cuidada integridad, remarcando que no puede apartarse por coherencia de lo que se manifestó en informes anteriores, posición en la que coincidimos. Al referirse a la cesación de pagos, centro del informe, aborda la infracapitalización societaria poniéndola en relieve, como la general ingenuidad con que la primera instancia acepta la popularizada imposibilidad de presentar la documentación contable del deudor, que luego es calificada como “no imputable”. Destaca en “Dictamen sobre regularidad de los libros de contabilidad” el aspecto de la “Falta de libros” señalando para las personas jurídicas la “obligación ineludible de sus administradores”. Rememora nuestra opinión sobre que “ha observado a lo ancho y largo del país una predisposición de las sociedades concursadas a sufrir daños totales o parciales sobre todos o algunos de sus libros de contabilidad o de toda o alguna de la documentación respaldatoria, sea por incendios, sustracciones, robos de vehículos donde estaban esos libros o documentación, o hasta inundaciones”, y agregado el distinguido autor: “En estos casos, la responsabilidad debe recaer sobre los administradores sociales”. Acabamos de leer un caso jurisprudencial donde la Cámara Comercial de la Capital rechaza por abusivo un acuerdo –no recordamos el nombre de la sociedad-, señalándose como un justificativo más la destrucción de la documentación contable por “granizo”.

4. Sostuvimos en *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el general*⁸³: “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”.

La cuestión supera –a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital. El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”?

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a

⁸¹Véase el fallo “Harsin SA s/quiebra c/Ho ShengHsiung y otro s/ordinario”⁽¹⁴⁾, y más recientemente el caso “Vanguardia Seguridad Integral SRL”⁽¹⁵⁾, es una clara muestra, de que la desaparición del activo junto con la falta de libros o explicaciones de los administradores resulta suficiente prueba para presumir iuris tantum el dolo de los administradores. El Juzg. Civ. y Com. de Córdoba N° 5 - 29ª Nom. - 9/9/2005, “Sindicatura en Eddicom c/Rossetto, Eduardo J. y otro s/acción ordinaria de responsabilidad” donde se dice “...si bien el extravío de libros y registros contables no constituye, por su entidad, un acto que genere perjuicio al patrimonio social de la fallida, cabe presumir su accionar enderezado intencionalmente a detraer bienes con el fin de perjudicar a los acreedores sociales si el director observó una conducta procesal maliciosa y no se arrojó prueba de signo contrario”.

⁸² CASADIO MARTÍNEZ, *Claudio Alfredo en “INFORMES DEL SÍNDICO CONCURSAL” Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, 391 páginas.*

⁸³ Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.

terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo. Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores.

El funcionamiento de la comunidad basado en sólidos lazos de confianza redundan en un mejoramiento global de la calidad de vida respecto de otro entramado social donde cunda la desconfianza⁸⁴. La asimetría informativa puede afectar los rendimientos esperados por el acreedor, pudiéndose presentar (específicamente en el mercado financiero) en el no otorgamiento de crédito⁸⁵.

5. Pero donde desaparece toda discusión subjetiva sobre la “infrapatrimonialización” de la sociedad es ante los estados de cesación de pagos o insolvencia de la sociedad. En el primer caso la determinación en el balance de activo corriente inferior al pasivo corriente imponía a los administradores –más en el caso que debían formalizar la Memoria- a tomar medidas tempestivamente.

Donde resulta imprescindible que abunde el informe general del síndico es en el caso de patrimonio neto neutro o negativo, pues queda denunciada la pérdida del capital social –causal de disolución-, y en este caso en ese informe debe referirse –si la sociedad continuó su giro, sin importar si se concursó o no- si se adoptaron las previsiones normativas previstas en el art. 96 Ley de sociedades argentina, y en tal caso ponderar los aportes que debieron realizar (arts. 96 y 99 LSA)..

6. Escribimos en cierta oportunidad: “*La ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 también ha consagrado un nivel preponderante a la contabilidad entre los artículos 61 a 73 (ambos inclusive), y ha ratificado la obligación de llevar un sistema contable, incluso más complejo que el que -en líneas generales- fija el Código de Comercio. No se advierten en esta o en ninguna otra norma la exención de la obligatoriedad de llevar un sistema contable*”⁸⁶. A partir de esta afirmación, explicábamos que la Resolución Técnica N° 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas -por su parte- establece la obligatoriedad de la presentación de Estados Contables en forma comparativa con el ejercicio anterior, lo que permite brindar al usuario de esa

⁸⁴ PUTMAN, Roberto *Making democracy work*, Princeton University Press, New Jersey 1993, p. 167.

⁸⁵ BEBCZUK, Ricardo N. *Información asimétrica en mercados financieros*, Cambridge University Press, Madrid 2000, p. 19 yss..

⁸⁶ FUSHIMI, Jorge Fernando. “Preinsolvencia. El carácter predictivo de la contabilidad. Responsabilidad preventiva de los órganos societarios”, en *Ensayos de Derecho Empresario*, Vol. 3, Pág. 107, editado por Fespresa (Fundación para el Estudio de la Empresa) y Advocatus, Córdoba, Junio 2008.

información, una importante herramienta para que, con un solo instrumento, pueda fijarse una mínima tendencia al brindar al menos dos puntos de referencia.

Las técnicas de análisis de estados contables, permiten obtener ratios y coeficientes que van marcando el íter financiero y económico del ente que surgen de la propia información vertida por ella, lo que permite detectar tanto al órgano de administración como a cualquier otro usuario de la información contable, el estado de preinsolvencia y de insolvencia, momento a partir del cual se impone adoptar las medidas necesarias para evitar perjuicios a la sociedad, los socios y los terceros.

7. La desaparición de los libros de contabilidad y/o la inexistencia de balances en el concurso de una sociedad impone hacer pensar que sus administradores lo han omitido con el propósito de ocultar la pérdida del capital social, o disimular la verdadera situación económica y financiera del ente. De alguna manera la desaparición de registros contables y documentación respaldatoria es una maniobra esencial, básica, pero necesaria para llevar adelante lo que supimos denominar “Plan de Insolvencia”⁸⁷.

Y, en tales casos, es donde el Síndico con sus funciones y calidades técnicas debe ahondar para determinar la real situación, y las acciones que corresponderían, tarea que –por cierto- será muchísimo más compleja y que requerirá del uso de técnicas alternativas de auditoría que se verán fuertemente limitadas. No obstante, tampoco puede obviar poner de resalto en su Informe General que esta falta de información importa la responsabilidad de los administradores, a fin de que el juez adopte los recaudos pertinentes. Tengamos presente que si bien el artículo 39 LCQ contiene una enumeración de ítems que debe contener tal informe, nada obsta a que se consigne la responsabilidad que cabe a los administradores por no llevar la contabilidad con arreglo a la ley, atento a que el artículo 275 LCQ le impone la misión de la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables. Si la falta de información contable se convierte en un obstáculo para la averiguación de la situación patrimonial del concursado, evidentemente le cabe al síndico denunciar la responsabilidad de los administradores por tal omisión, no sólo para que el juez y los acreedores evalúen la conducta omisiva, sino también para dejar a salvo su propia responsabilidad profesional atento a que su labor no se pudo llevar a cabo conforme lo exige la ley debido al plan urdido para negar acceso a la real situación de la empresa concursada.

La información es un elemento fundamental para ejercer la autonomía de la voluntad por parte de los acreedores en la negociación del acuerdo. Se señala, recordando los principios de INSOL⁸⁸ que “En el caso que un deudor presentar dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información

⁸⁷ PALACIO LAJE, Carlos; RICHARD, Efraín Hugo: “Plan de insolvencia y presentación tardía en concurso: su posible punición. (El plan de saneamiento en los concursos preventivos y en el APE - la crisis y el plan de insolvencia)” en libros colectivos *VI Congreso argentino de derecho concursal – IV Congreso iberoamericano sobre la insolvencia* (Santa Fe 2006), tomo II “Cesación de pagos y Preinsolvencia”, pág. 357.

⁸⁸ ANICH, Juan A. “Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial” en *Doctrina Societaria y Concursal* Octubre 2003, tomo XV pág. 1007.

para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes ... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”. Normalmente esa información es retaceada o deformada, y ningún plan de negocios es exhibido.

Cambios fundamentales en las estrategias concursales de las sociedades concursadas se generarían ante estas informaciones. Al fin y al cabo, la mera propuesta formulada por el deudor, sin el acompañamiento de la información contable en pleno (recordemos que el proceso concursal es una de las hipótesis que admite la exhibición general de libros), se convierte en una propuesta que depende exclusivamente de la voluntad del deudor, única propuesta vedada por el art. 43 de la LCQ, e impide a los acreedores tomar una decisión fundada en información confiable y a través de un proceso de racionalidad económica, para confiar exclusivamente en la palabra del deudor que, parafraseando a un viejo *slogan* de campaña electoral pareciera decir: “créanme que no los voy a (volver a) defraudar”.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL
VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 4. REFORMAS CONCURSALES.

COOPERATIVAS DE TRABAJO Y FINANCIAMIENTO

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Una crítica fundamental se formaliza a la inorgánica reforma introducida recientemente en la ley concursal argentina, potenciando la posibilidad que una cooperativa de trabajo se haga cargo del desenvolvimiento de la empresa en crisis. La misma versa sobre el ahogo financiero que se generaría para su funcionalidad por el tipo societario.

En esta comunicación se formalizan algunas apreciaciones sobre el patrimonio de las sociedades y la necesidad de generar un plan de negocios sea para requerir nuevos aportes de capital o préstamos.

El problema retrotrae al principio sobre la suficiencia de la dotación patrimonial para que la sociedad formalice las actividades conducentes al cumplimiento del objeto social (empresa). La crítica puede deslizarse para la propia sociedad en concurso que, sin duda, no cuenta con la aptitud patrimonial para el cumplimiento normal de sus obligaciones.

Hurguemos un poco en la cuestión. La dotación patrimonial adecuada está asegurada en el régimen societario argentino –ley 19.550- a través de las causales de disolución. Cuando el patrimonio neto de una sociedad es neutro o negativo se determina que ha perdido el capital social, imponiéndose la liquidación. Claro que los socios pueden evitarla reintegrando o capitalizando a la sociedad, sea con aportes propios, de terceros o capitalizando el pasivo (arts. 94.5, 96 y 197.2 LSA). Continuar el giro importa un riesgo de responsabilidad (art. 199 LSA) si el giro social no es exitoso y recomponen la situación patrimonial.

1. Venimos sosteniendo que la solución preconcursal societaria es la reintegración o el aumento del capital social, también existen otras salidas, particularmente para enfrentar empresas de riesgo: los negocios en participación o *venture capital*. Un plan de negocios –o plan de empresa- se formaliza para encarar

cualquier emprendimiento. A veces en la mente del emprendedor y otras veces con sofisticados estudios para determinar la inversión y la perspectiva del resultado. Ese plan parece insoslayable en el caso de decidirse constituir una sociedad –como en la mayoría de los emprendimientos complejos-, para convocar a otros socios y/o inversores, determinando el patrimonio necesario para el éxito de la empresa/negocio.

Pero debemos previamente concordar que tanto para requerir aportaciones como socios, como en oportunidad de requerir financiamiento externo, es fundamental la formulación de ese plan de negocios (plan de empresa⁸⁹) para la conducta de los propios que la realizan y para generar la decisión de los terceros de quiénes se pretende la inversión de capital para la aventura en común (*joint venture*). Ese plan es el instrumento fundamental para atraer inversores, es como el prospecto requerido por las normas para acceder a la oferta pública en materia de obligaciones negociables o acciones.

Sin plan no hay posibilidad de acercar nuevos socios u obtener préstamos significativos.

Planificar es un compromiso con el futuro. Las comunidades que no son orgánicas están condenadas a ser estructuradas desde su exterior, se ha agotado el ciclo de lo público y sobreviene el de lo privado⁹⁰, conforme a ello se pretende que lo privado ordene las energías y los intereses de la sociedad. El punto se vincula a la autoprogramación para evitar la heteroprogramación a través del Estado. El jurista sabe que no hay alternativa entre planificación y libertad ni entre planificar o no planificar⁹¹. Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación⁹². Pero debe quedar en claro que la cuestión central de la empresa, de su factibilidad, es el plan de negocios con que se encara su desarrollo. Ese plan de negocios determina las necesidades patrimoniales para satisfacer la viabilidad de la empresa, la consecución del objeto en las técnicas de organización de la empresa. Por eso haremos ahora algunas referencias a aspectos patrimoniales.

2. Obviamente debe distinguirse las diferencias entre préstamos a interés, incluso participativos –donde el riesgo se limita a la remuneración del préstamo-, y participaciones en negocios (estos últimos referidos muchas veces como *Joint venture* o *Venture capital*, pues asumen el riesgo del negocio con la totalidad del aporte.

En muchos casos, para generar negocios participativos, la planificación no corresponde a los administradores sociales que requieren ese tipo de fondos, sino a terceros (instituciones o técnicos), que por lo menos auditan aquella si existe, pues la propia sociedad puede haber requerido a esos terceros especializados el estudio del negocio e inclusive atraer a participantes, determinando la viabilidad del negocio y la rentabilidad de la inversión.

⁸⁹ Nto. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010 Cap. “Axiología del Derecho Concursal” pág. 480.

⁹⁰ Cfr. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil* citado, págs. 165 y ss..

⁹¹ FRÍAS, Pedro J. *Sobre poder y sociedad*, ed. 1983, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba p. 182. Luego con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño “ Salvataje de la empresa ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal? en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 1997, tomo 30 pág. 525 D.

⁹² Nto. *Tutela estatal en las sociedades por acciones* Rev. La Información tomo XXXII p. 943 y ss..

3. LA COOPERATIVA DE TRABAJO Y LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIA.

La reforma de la ley concursal acentúa la posibilidad de protagonismo de los trabajadores ante la posibilidad de no poder continuar la relación laboral, haciéndolo a través de cooperativas de trabajo.

Correcto objetivo con confusa regulación, que ha merecido múltiples críticas. Advertimos que muchas críticas devienen de los mismos que sostienen que los administradores societarios no tienen obligación de planificar, ni de cumplir con las normas preventivas imperativas contenidas en la ley de sociedades para solucionar la insolvencia.

La reforma prevé la posibilidad de participación de la cooperativa ante la no homologación del acuerdo de sociedades, que abre la posibilidad del mal llamado *cramdown*, en realidad acuerdos gestados por terceros, que se impone en las previsiones del art. 48 LCQ y ahora también del 48 bis ante el fracaso de la propuesta de la sociedad convocada.

3.ALGUNAS APORTACIONES A LA PROBLEMÁTICA DE LA FINANCIACIÓN⁹³.

Se señala hoy en la doctrina mundial que no importa quiénes sean o devengan en propietarios de una empresa en crisis si se asegura la conservación del empleo y del giro normal, no contaminante –patrimonial y ambientalmente-.

De lograr los trabajadores, organizados en cooperativa, las conformidades de los acreedores a su propuesta de solución –arts. 48 y concordantes LCQ-, los socios de la concursada deberán traspasar forzosamente su participación a esa cooperativa.

Al quedar esta sociedad como única socia de la concursada, pensamos que el juez debería imponer la transformación de la sociedad original en cooperativa para satisfacer el esquema legal concursal y societario.

4.Cabe preguntarse ¿la cooperativa puede asociarse con otras entidades o sociedades para asegurar la gestión empresarial, generando negocios en participación (art. 361 LS, agrupamientos de colaboración (art. 367 LS), unión transitoria de empresas (art. 377 LS), consorcios de cooperación (ley 26.005, contratos de explotación tampera (ley 25.169), *joint ventures* con una sociedad comercial o con una persona física que no sea trabajador de la concursada (por ejemplo, profesionales)?

Esas contrataciones no aparecen prohibidas⁹⁴, salvo que sea una forma de burlar la ley, pues el art. 5 de la ley 20337 permite que “pueden asociarse con personas de otro carácter jurídico a condición de que sea conveniente para su objeto social y que

⁹³ Ver X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, ponencia que presentáramos con Jorge Fernando FUSHIMI sobre *NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECÍFICOS*. (La Falda, República Argentina 2007).

⁹⁴ STEMPELS, Hugo J., “En la continuidad de la explotación de la empresa -regulada en el art. 190 LCyQ- puede utilizarse el contrato de colaboración empresarial como instrumento técnico de vinculación jurídica entre el quebrado (sujeto unipersonal o sociedad) y sus trabajadores en relación de dependencia (en actividad o acreedores laborales) quienes deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo”, ponencia presentada ante el XXXVIº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de Diciembre de 2002.

no desvirtúen su propósito de servicio”. Por ejemplo podrá intervenir en agrupaciones para exportación.

La respuesta es afirmativa.

5. Frente a expectativas generadas por la reforma italiana en torno al financiamiento de sociedades por acciones deseamos hacer un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual. El legislador italiano ha introducido dos diversas formas de separación patrimonial. El art. 2447 bis C.C., además de consentir la constitución de patrimonio destinado a operaciones determinadas (1.a), similar a nuestro negocio en participación, concede la facultad, mediante la previsión de 1.b de “*convenire che nel contratto relativo al finanziamento de uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo sino destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi*”⁹⁵.

Ambos negocios son posibles en nuestro país en el derecho actual. Así lo venimos sosteniendo desde el Congreso de Derecho Societario de 1977. Uno es un negocio participativo, *venture capital*, y el otro es un préstamo participativo⁹⁶.

Y a ambos podrá acceder una cooperativa de trabajo.

6. Las sociedades anónimas, y porque no las cooperativas, pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

7. Ninguna de las leyes tributarias, ni sus decretos reglamentarios, contienen cuestiones vinculadas a los aspectos tributarios del negocio parciario. Si bien existen interpretaciones referentes a negocios participativos específicos que -por extensión- podrían aplicarse, resultaría conveniente que la legislación contemple de manera expresa regulaciones al respecto, o bien que la propia AFIP emita dictámenes de carácter vinculante para despejar todas las dudas que pudieran suscitarse y unificar criterios⁹⁷.

Como forma de financiación para la sociedad gestora –en el caso la cooperativa-, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo.

⁹⁵ BALZARINI, Paola – STRAMPELLI, Giovanni “I finanziamenti destinati ad uno specifico affare” en *Rivista delle società*, 2012 pág. 78 y ss.. (año 57^a gennaio-febbraio 2012, fasc. 1°).

⁹⁶ Nto. “Contratos asociativos o de colaboración. Clasificaciones” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo IV pág. 4695.

⁹⁷ Quizá bueno sería adherir a las recomendaciones del las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario del año 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Rosario (área Agropecuaria, Tema: *Operaciones específicas de la actividad frente al cumplimiento de las normas tributarias y de respaldo documental*) quienes, si bien para un área específica de la economía, recomendaron “*Promover el dictado de una norma de carácter legal respecto de la actividad del Contratista rural en los casos que su operatoria encuadre dentro del negocio parciario...*”. Lo contrario sume en un estado de inseguridad jurídica a los operadores económicos que pueden ver afectada la evaluación del negocio por una interpretación diferente a la sostenida por nosotros en este trabajo.

En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que –de resultar perdidoso el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida; en el negocio en participación el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Para el aportante, la inversión es de riesgo –típica del capitalismo productivo-, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar con creces no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de gestores, etc.).

8. La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

9. No podemos soslayar la comparación con el contrato de fideicomiso –pese a que la cooperativa podría ser fiduciario-. Sin perder de vista los elementos comunes con este contrato (naturaleza fiduciaria del negocio, patrimonio de afectación con diferentes efectos), debemos tener presente que –a diferencia de lo que ocurre con la figura que nos ocupa- el fideicomiso tiene un importante tratamiento y desarrollo en la Ley de Procedimientos Tributarios (al convertirlos en responsables por deuda propia), en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, a la vez que tiene algunos costos más elevados. En el caso concreto del Fideicomiso ante el Impuesto a las Ganancias, es oportuno destacar que tributan directamente el 35% de la ganancia neta, de modo similar a las sociedades anónimas (excepto fideicomisos en los que el fiduciante tenga el carácter de beneficiario y no se trate de fideicomisos financieros ni el fiduciante sea residente en el exterior), lo que eleva considerablemente el costo impositivo del proyecto, lo que no se daría en el negocio bajo análisis, en especial cuando el aportante sea un residente en el exterior.

Pero al mismo tiempo, aseveramos que una cooperativa de trabajo de construcción o similar podría asumir el carácter de fiduciario en un contrato de fideicomiso o ser contratada por el fiduciario para llevar adelante la obra.

10. El concurso preventivo no afectará a estos contratos, que recién quedarían resueltos con la declaración de quiebra. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación.

El negocio en participación no genera dificultades frente a la quiebra. La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 LCQ, aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que “no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso”. Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el negocio habría concluido. La declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no

estuviera concluido, “produce la disolución de la sociedad accidental o en participación” con los efectos indicados. Conforme a esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y el mismo no fuere fungible –salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila –art. 138 LCQ-, tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

11, Por otra parte, en el negocio en participación, o *venture capital*, el partícipe – cuyos derechos y licitud del contrato se reconoce expresamente en la quiebra, como hemos visto-, deberá exigir cuidadosas rendiciones de cuentas ante el riesgo de desaparición de los libros de la sociedad gestora, ante su eventual convocatoria. Los riesgos no son legales sino de las conductas de los hombres.

12. FINALIZANDO. Estas ideas sobre nuevas formas de financiamiento –y sus condicionamientos-, particularmente para el éxito de las cooperativas de trabajo que pudieran generarse ante el fracaso de otra organización empresaria –en un procedimiento concursal-, conlleva pensar en la eficiencia de los compromisos asumidos por el Estado en la reforma concursal ley 26.684, apoyando tecnológicamente a esas cooperativas, y otorgándoles apoyo financiero para probar esa planificación, permitiendo así acercar otros capitales. Obviamente deberá generarse primero el apoyo técnico para determinar la viabilidad del proyecto empresario, para inmediatamente aportarle la ayuda crediticia, con vencimientos adecuados al plan generado.

La ley 26.684, que intenta preservar el trabajo –no el empleo- ante la defección de los administradores y socios originales, tiene como precedente la existencia de más de medio centenar de empresas “gestionadas” por sus ex empleados. La necesidad de legislar era evidente, los defectos de la norma deberán ser asumidos por la judicatura en cada caso concreto.

Hemos intentado aportar algunas ideas. Parece que es actual y oportuna la cita de Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”⁹⁸.

⁹⁸ Fargosi, Horacio P., “Derecho comercial del siglo XXI” en Código de Comercio, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, página 127.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 5. LA NUEVA AGENDA CONCURSAL. CRISIS DE LOS PRINCIPIOS E INSTITUTOS CONCURSALES.

LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES.

Efraín Hugo RICHARD – Juan Carlos VEIGA

Síntesis:

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

La reforma de la ley concursal, es impensable que pueda solucionar los problemas de las crisis societarias, que son abordadas primariamente por la ley específica. El análisis de la legislación integral es fundamental. Estamos guiados por la estrella polar señalada por la doctrina: la conservación de la empresa viable y socialmente útil. A su vez ¿que debe considerarse una crisis de la empresa? Su grado hace a la anticipación de su abordaje. ¿Quién o quiénes deben actuar ante la crisis de una sociedad? ¿Qué deben detectar, como, cuando, donde?

1. Se pretende que la crisis sea resuelta a través de un proceso concursal, reorganizaciones tuteladas, acuerdos impuestos por mayoría al ser homologados por autoridades judiciales o administrativas, o quiebras liquidativas. También se pretende homologar acuerdos imposibles para luego quebrar sin responsabilidad, o si la empresa

es viable, con las quitas y esperas logradas vender la empresa con gran utilidad para los socios.

Por otro lado se postula tempestividad para asumir la crisis, tratando que sociedades que las padecen no permanezcan en ese estado perturbando al mercado, rompiendo las reglas de la libre competencia, incumpliendo sus obligaciones y contagiando la crisis. Se trata de generar “seguridad jurídica” atrayendo inversiones para producir bienes y servicios, generando riqueza y empleo.

Todos coincidimos en que la crisis de las empresas organizadas con técnica societaria debe ser enfrentada tempranamente. El cordobés Héctor Cámara expresaba “La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”.

Las falencias del sistema concursal han sido afrontadas normalmente con reformas con mayores tutelas a las sociedades afectadas, permitiendo que sus socios y administradores tuvieran mayor autonomía para negociar con los acreedores. Los balances y desbalances de la regulación ocupan bibliotecas de jurisprudencia y doctrina, así como de leyes superadas, sometiéndose continuamente a consideración tendencias, con resultados no siempre alentadores.

2. El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando una inclusión social y evitando más marginación, sin afectar la competitividad ni dañar el mercado. Una administración de eficiencia con los recursos técnicos y económicos disponibles, coincidiendo en la necesidad de planificación para interesar en la inversión de recursos.

Para desbrozar metodológicamente la cuestión, cabe otra pregunta para luego iniciar el abordaje y la respuesta a estas cuestiones cruciales: ¿esto es lo que esperamos sea resuelto por la legislación concursal?

El derecho concursal no se limita al “proceso concursal”, sea administrativo o judicial. El muro de la autosuficiencia con el que alguna doctrina interpreta la legislación concursal, o con la que se pretende su reforma, ha sido derrumbado en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal por Daniel Truffat en su “ponencia no competitiva”. El derecho es un sistema complejo dentro del que se inserta el derecho concursal.

Además de la referencia fundamental al “esfuerzo compartido” sobre quién debe asumir los costos de la crisis, con anterioridad Truffat -en Montepulciano- abordando “*EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN”*”, expresó: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...”. Y eso estamos intentando hacer.

Con las pretensiones de reformas continuas, en nuestra visión, se requiere de la legislación concursal un rol imposible. Una intervención cuando el mal ya está

arraigado⁹⁹ y se derrama en el mercado, generando incumplimientos en cadena. Se pretende anticipar los procedimientos concursales ante la mera crisis o “dificultad financiera”, lo que alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial (desprenderse de sucursal o de activo improductivo).

3. Estamos pensando en vías societarias. La reorganización societaria, privada, es asumida hoy en el mundo por especialistas, particularmente bancarios y financieros, basados en la viabilidad y rentabilidad del negocio.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación”.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

4. Como bien señala Dasso “... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario de la empresa viable de ser necesario.

La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver¹⁰⁰. Ese examen lo debería hacer primariamente el mismo titular del patrimonio, constituyendo *el plan de negocios*. El argentino Alberti con la profundidad de su escarpelo subraya que “el concurso preventivo se desenvolverá incurablemente como una dialéctica solamente procedimental, destinada a cerrarse documentalmente cuando los acreedores acuerden con el insolventes vías de solución que continúan siendo principalmente, casi exclusivamente, un aplazamiento de la exigibilidad de los pagos, o una reducción de los montos a pagar... Bastaría para promover una modificación de ese desarrollo ritual de lo actualmente llamado retóricamente *solución concordataria* ... que el concursado ha de exponer un *plan* de su futura actividad económica... pues la sola utilización del remedio jurídico no curará los males empresarios”.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. En realidad, los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de ponerlo a consideración de los socios, sin duda con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto a ese balance una Memoria sobre la prospectiva del año

⁹⁹ Nto. “Proceso concursal oportuno” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 915.

¹⁰⁰ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, t. I pág. 1449.

venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento o una situación semejante. La legislación societaria de Chile impone que anualmente los administradores señalen cual es el capital que debe tener la sociedad para afrontar las actividades del inmediato año. Esto impide las maniobras de contabilidad creativa propios de las legislaciones de capital fijo, con las que se suele encubrir la pérdida del capital social limitándose a una apreciación cuantitativa y no funcional sobre la prospectiva de la actividad.

5. La técnica societaria de organización en todos los países reconoce la libertad de asociación, de determinar la técnica de esa organización y de la dotación patrimonial constitutiva y de su funcionalidad, normalmente planificando cuanto de capital propio y de terceros será necesario para el normal desenvolvimiento. “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”¹⁰¹, y –eventualmente- la capitalización del pasivo¹⁰².

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho argentino, como en el comparado.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá analizar a los socios¹⁰³ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

6. Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini.

¹⁰¹ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

¹⁰² FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

¹⁰³ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%-, se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA de capitalizar el pasivo.

La doctrina italiana apunta que la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por Nigro y D'Alessandro, pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario. En tal sentido Colombo, Portale, Caratozzolo, Afameni, Guerrero, Maltoni. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años ya señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto.

7. Ahondemos: En México la Ley de Sociedades de los 30, con sus modificaciones, impone como causal de disolución en su art. 229 la pérdida de los 2/3 del capital social, agravando la solución argentina, haciendo responsables solidariamente a los administradores por la continuidad del giro, con el agravamiento previsto en la Sociedad anónima en art. 158, en la gestión calificada por la información que deben dar conforme al art. 172. Ello se une a las normas sobre la protección al capital y su integración en los arts. 19, 20 y otras normas dispersas en la regulación.

La ley colombiana se expresa en torno a la “dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial”, fijando claramente el objetivo de “reactividad empresarial”, y “tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo...”. Normas societarias preventivas imponen en el art. 10° que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

El rol del capital social, la importancia de actuar tempestivamente para solucionar la crisis desde el derecho societario, ha sido recogida en el “Derecho Concursal Peruano” en 1999. Explica Dasso en su libro “Derecho Concursal Comparado”: el deudor debe optar por la reestructuración patrimonial o la disolución, y el presupuesto objetivo es el grado preciso del deterioro económico: “pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, que superen en un tercio el capital social integrado... acreditado con informe de asesor legal y contador público colegiado y acompañado por un plan de recuperación con una proyección preliminar del que surja un flujo de ingresos por dos años que permitan considerar sustentable en orden a la recuperación. Afirma luego Dasso “La entidad de las pérdidas (mayor al tercio del capital social integrado) tiende parejamente, en primer término a evitar el abuso de una presentación que tiene el efecto de paralizar los derechos individuales de los acreedores, cuando la situación económica es considerada a través de la ecuación legal todavía superable y de otro lado, a descartar el uso de la reestructuración como instrumento meramente dilatorio cuando el deterioro económico asumirá tal magnitud que, en el caso de pérdidas mayores al tercio del capital la ley considera insuperable para la

recuperación. En el otro extremo, cuando las pérdidas adquieren mayor importancia (superiores al total del capital social integrado), cuya medida se reputa *ex lege* como impositiva de la recuperación, queda vedada esa vía y al deudor sólo le queda la vía liquidativa. Vale decir que la franja económica de la crisis que habilita al deudor a acogerse al concurso ordinario, conservativo, es el de pérdidas acumuladas no inferiores a la tercera parte del capital social, pero no superiores a su monto total”.

8. Al comparar las vías de abordaje de la “Insolvencia Societaria” conviene preguntarse: debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola puede recurrirse –incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias previstas en el art. 96 LSA, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social. La segunda intenta una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “esfuerzo compartido” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

9. En la doctrina argentina se ha identificado cesación de pagos e insolvencia desde los trabajos de Yadarola y Fernández, hasta que especialistas contables nos hicieron ver lo contrario. Hoy existen métodos que dan inmediata cuenta de una crisis y de su intensidad. De si es una mera y transitoria merma de flujos de caja, o de si se trata de un estado de cesación de pagos por insuficiencia de activos corrientes para satisfacer pasivos corrientes, o si estamos frente a insolvencia, o sea con patrimonio neto neutro o negativo. Cuales son las incidencias concursales de distinguir entre insolvencia y cesación de pagos? Insolvencia se corresponde con la pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con aparente solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja, y haber perdido el capital social. El pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración (por los propios socios o capitalización). Y además, en caso de posterior quiebra, la responsabilidad previstas en el art. 99 LSA.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva. La causal de disolución por pérdida del capital social se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance, y es declarada por la resolución social que aprueba ese balance. A nuestro entender causa efectos desde que se prepara un balance que denota tal situación patrimonial, o cuando se evita formalizar el balance para que no se traduzca la causal de disolución advertida en los estudios iniciales para confeccionar las cuentas anuales.

Si se han ocultado estas cuestiones en un procedimiento concursal, los funcionarios deberían informar sobre tales cuestiones, advirtiendo si se produjo una mera crisis, una cesación de pagos o se está ante una insolvencia, ello para determinar las conductas que debieron seguirse en una sociedad. Ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida inicialmente desde

el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

10. Estamos frente a un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción.

11. La Corte argentina avala nuestra visión. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., al expresar: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

12. Parece fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. Flaco favor haríamos en sostener que toda la cuestión de la crisis de patrimonios debe ser asumida por la ley concursal –o similares-. Sin esta visión será muy difícil afrontar la llamada eficiencia del derecho concursal, pidiendo al legislador soluciones imposibles: una reforma concursal que marginara el sistema jurídico.

La elevación del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, y de reformas a la ley de sociedades, en el punto X 1, al dejar de lado parte del articulado sugerido por la Comisión, anuncia su coincidencia para integrar una reforma general de la Ley

General de Sociedades. Allí se debería trabajar si se entiende que sus previsiones son insuficientes.

VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL

VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA

Tucumán (R.A.) septiembre de 2012

Comisión 6. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA QUIEBRA. Régimen de responsabilidad concursal. Administradores societarios.

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIETARIOS ANTE LA CRISIS

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: Venimos insistiendo, para el caso de crisis o concurso de sociedades, la imposibilidad de escindir los aspectos concursales del régimen societario específico.

De no asumir los administradores esa vía, poniendo la cuestión en manos de los socios, pueden generar daños.

Por eso, en el caso, apuntaremos a esa responsabilidad para asegurar la conservación de la empresa, en forma indirecta, y a la responsabilidad por daños en forma directa.

La acción de responsabilidad puede, incluso, generarse en caso de acuerdo preventivo homologado.

Franco Bonelli¹⁰⁴ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores por actos cumplidos en conflicto de intereses, particularmente por daño a una sociedad controlada y daño a la sociedad directamente administrada para aventajar a la controlante o otra sociedad del grupo, una forma de ellas la dirección unitaria.

Se afirma¹⁰⁵ que “El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos

¹⁰⁴ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Ed. Giuffrè, n° 135 de los Quaderni di Giurisprudenza Commerciali,

¹⁰⁵ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa *judgment proof* precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”.

1. Diego Parducci, en la ponencia premiada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México mayo 2012, apunta: “La segunda perspectiva, entendemos debería ser de índole sancionatoria, donde el foco de la legislación se centre, en un estadio inicial, en la fijación de adecuados incentivos legales respecto de los administradores y socios con responsabilidad limitada, para que éstos afronten tempestivamente la crisis, evitando situaciones de “endeudamiento abusivo”; para luego, con la insolvencia ya instalada, regular claras soluciones represivas de naturaleza resarcitoria, donde el eje de dicha responsabilidad gire en torno al factor de atribución culpa por una imprudente gestión financiera... Los administradores societarios tienen la obligación de planificar la actividad social para la consecución del objeto. Ante falta de disposición normativa existe la posibilidad de enfocar el problema de la infracapitalización desde la óptica de la *responsabilidad de los administradores*. Así se contempla en Francia, con la *action en comblement du passif*, que establece en sede concursal la sanción a la infracapitalización¹⁰⁶. Lo mismo sucede en Italia, por aplicación de la acción del art 2449 del *Codice Civile*¹⁰⁷. Si bien en España no existen normas similares¹⁰⁸, la aplicación del art. 262.5 de la LSA puede llevar a obtener resultados semejantes”.

Esa era la posición de Yadarola expuesta en el año 1925.

2. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado¹⁰⁹. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de pasivo (art. 197 LS). Esta última es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal...

Así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”¹¹⁰, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las

¹⁰⁶ Art. 180 de la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*

¹⁰⁷ Cuando se ha continuado en la gestión social una vez acaecida la infracapitalización o la pérdida del capital social, causas de disolución contempladas en los números 2 y 4 del art. 1448 del *Codice Civile*

¹⁰⁸ MASSAGUER, J., *La reintegración a la masa de los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, p. 168

¹⁰⁹ Nto. “Ideales y realidad. Afrontar la crisis” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. Aires 2012, tomo I pág. 129.

¹¹⁰ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49-

acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios.

El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas¹¹¹.

3. Frente a la falta de actuación tempestiva de administradores societarios –de omisión de sus deberes- se trata de pensar en la responsabilidad de los administradores –y quizá también de los socios- por la tutela del patrimonio social frente a los acreedores, resultante en la obligación de aportar nuevos recursos financieros para mantenerla con vida¹¹², como ha señalado recientemente importante doctrina judicial¹¹³. Si continuaron operando a sabiendas de no poder cumplir las obligaciones, si omitieron planificar una solución, si omitieron convocar a los socios conforme las previsiones de la ley societaria, si de ello se genera daño, deben repararlo por no haber obrado con diligencia y lealtad.

Es imprescindible recordar el *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, implica directamente reconocer que existen remedios societarios para afrontar la crisis, como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, y el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor¹¹⁴.

Fue tan consciente el legislador del vínculo (pero con diferencias) entre pérdida del capital social y cesación de pagos, que suspendió la causal de disolución cuando ocurrió la crisis sistémica, pero no las condiciones de la cesación de pagos, o la de imposibilidad de cumplimiento del objeto social por razones de infrapatrimonialización,

¹¹¹ Nto. “Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)” en *SUMMA SOCIETARIA* cit. tomo I pág. 1497.

¹¹² *Ancora due sentenze della Suprema Corte tedesca in materia di abuso della responsabilità limitata e “Existenzvernichtungshaftung”* en Notizie “Rivista delle Società” luglio-agosto 2005 pág. 942.

¹¹³ CNCom, Sala B, Diciembre 20 de 2006, “Transportes Perpen SA s/ quiebra c/Ernesto Perpen y otros' s/ordinario (acción de responsabilidad)”. Ello ha sido particularmente destacado en la ponencia de Soria al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, México mayo 2012, que hemos cronicado en otra comunicación referida a planificación.

¹¹⁴ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinito ...Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado...Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

entendiendo –como lo hace la legislación comparada- en que aún en esa situación la empresa era viable. A su vez requirió que la crisis fuera afrontada por el “esfuerzo compartido”, que es descartado por la quita y espera de los acuerdos concursales en boga.

4. La reorganización societaria o concursal -no descartamos la necesidad de concursarse formalizada por administradores de una sociedad, y ratificada por el órgano de gobierno- debería ser acompañada por acreedores institucionales¹¹⁵, asegurando la funcionalidad de la sociedad, el mantenimiento del empleo y su propia inversión.

Pero si debemos señalar algunas consecuencias si no se hubiera atendido la imperatividad de las normas societarias: la generación de acciones de responsabilidad, si se hubiere producido daño, incluso si se produciere a través de la judicialización de un acuerdo.

5. La conservación de la empresa¹¹⁶ como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto, lo es a través de la técnica de organización (societaria por medio de la normal y diligente actuación de sus órganos).

En la legislación societaria existen normas y recursos que permiten –e imponen- reencauzar las crisis patrimoniales, con sus previsiones en torno a cómo 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, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis¹¹⁷. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. A nadie interesa quién es el propietario de las acciones de una sociedad, mientras la empresa se desarrolle normalmente. No puede aceptarse que se enriquezcan quienes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa” deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales, dentro del referido *obiter dictum* de nuestra Corte.

6. La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”¹¹⁸.

Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o

¹¹⁵ Servicio público impropio bajo control permanente de los Estados, salvo los paraísos fiscales.

¹¹⁶ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551” con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA*, cit. tomo II pág. 1947.

¹¹⁷ FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

¹¹⁸ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II página 491.

fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli¹¹⁹. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

Es fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. *En relación a las sociedades no hay duda que las normas de las mismas integran ese derecho concursal –al igual que el Código Civil-, que más que paraconcursal, o preconcursal, es parte del sistema del derecho de crisis. Sin esta visión será muy difícil afrontar la llamada eficiencia del derecho concursal, pidiendo al legislador soluciones imposibles: una reforma concursal que marginara el sistema jurídico.*

7. *Sobre responsabilidad de administradores de sociedades en un concurso la Cámara C. y Com. 3° de Córdoba, en sentencia n° 123, del 14.06.11, en "SINDICATURA EN LABORATORIO LISTER S.R.L. - QUIEBRA PROPIA C/ PUJOL MARCELINO JAVIER Y OTRO - ACCION ORDINARIA - ACCION DE RESPONSABILIDAD - RECURSO DE APELACION - (EXPTE. N°1279150/36)" expresó: "La mentada pauta axial (refiere al art.902 Cód. Civil), comprende desde los cuidados más elementales cuyo incumplimiento puede importar culpa grave (art. 274 LSC) hasta aquellos que llevan sólo a configurar la culpa leve in abstracto (dada la remisión dispuesta por el primer dispositivo al art. 59 ibídem). Como consecuencia de ello, son susceptibles de engastar en el estándar jurídico del buen hombre de negocios, además del deber de asumir una conducta diligente, contar con idoneidad y poner los administradores toda su pericia para conservar el patrimonio social, y aún más, tratar de incrementarlo, la obligación de informar y dar formales cuentas de su gestión de administración (CNCom., Sala D, 25.02.1993, Loschi, Aldo L. c/ Channel One SA y otros, www.laleyonline.com.ar), justificando la transmisión de los bienes sociales, y confeccionando los estados contables de conformidad a lo prescripto por el ordenamiento comercial (art. 51 y 52 CCom.), de modo tal, que ello haga factible conocer con exactitud y veracidad las ganancias obtenidas, las pérdidas sufridas y la evolución del patrimonio social, es decir, la real situación económico-financiera de la sociedad... no surge probado el cumplimiento de conductas que permitan inferir una gestión diligente de los negocios sociales, siendo que se constata ausencia de una política económica y de planificación integral ante las dificultades que se verificaran en el saldo negativo que arrojara el estado de resultados a Abril de 2001, y que se extrae una pérdida neta del ejercicio de \$ 46.000 (vide estado contable e informe pericial)."* "Corresponde a un buen administrador en los términos del art. 59 de la LSC, frente a una situación como la anunciada (, procurar acudir a remedios "preventivos" pertinentes para sanear el estado patrimonial negativo por el que atravesaba la empresa con el intento de impedir su desmoronamiento ó de no ser posible, su inmediata liquidación." "Lo anunciado revela, sin mucho esfuerzo, que era necesario que el órgano de administración llevara a cabo una oportuna reorganización de la empresa, readecuando los costos e implementando herramientas preventivas que permitieran aminorar los gastos (financieros, administrativos y de comercialización), o en su defecto, disponer la pronta liquidación del ente a los fines de evitar agravar su situación financiera. Pero no sólo no fue ello lo ejecutado sino que tomaron decisiones que repercutieron negativamente en el patrimonio social. Se desprendieron de importantes bienes de capital y omitieron tomar decisiones contundentes a los fines de lograr frenar el incremento que se generaba en el pasivo al no cumplirse a tiempo con

¹¹⁹ "L'apprendistas stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale" en Giurisprudenza. Commerciale 1982 I p. 575 y ss.

los compromisos asumidos.”...En otras palabras, de todo lo analizado puede extraerse que los administradores procedieron indebidamente, manteniendo activa la sociedad, y a la vez que se la liquidaba de "hecho", sin al menos haber mantenido resguardo en llevar los libros contables en forma de manera que encuentre respaldo la salida de bienes, ingresos recibidos como contrapartida, ó los pagos que aducen los administradores haber realizado.”

Transcribir a Gabriela Boquin –que viene trabajando estas cuestiones con ahínco- ahorra esfuerzos¹²⁰: “debemos considerar el principio de la prohibición de dañar que se traduce en el apotegma: “el que daña debe reparar”, que surge del artículo 1109 del CC, apreciando el concepto de daño a la luz de lo referido por el 1068 del mismo cuerpo legal. El descuido en la adecuada custodia del activo social, o la conducta indiferente ante la instalación del estado de cesación de pagos, sin tomar los recaudos precisos y previstos en la legislación ya sea para sanearla o para impedir que la misma se propague provocando más perjuicios que los existentes al momento de su inicio, o la negligencia de llevar adecuada contabilidad son conductas omitivas en el obrar de un buen hombre de negocios que no resultan indiferentes al momento de evaluar su responsabilidad. La norma contenida en el artículo 1074 del CC no prevé responsabilidad por omisión a menos que exista una obligación de realizar la conducta omitida, y en los casos descriptos la misma surge claramente del patrón de conducta exigido por el artículo 59 de la ley 19550, además de otras normas societarias, tales como los artículos 99, 61, 63, 66, 73, 265, 267 LS y de los artículos 43, 44, 45, 51, 52, 67, entre otros, del Código de Comercio. Por otro lado, al administrador como custodio de bienes ajenos debe de aplicársele al merituar su obrar el artículo 902 del CC que determina en estos casos (en los que claramente existe la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas) que mayor será la obligación que surgirá de las consecuencias de sus conductas omitivas. Podemos preguntarnos, entonces, cuál será la mayor obligación que puede surgir en estas circunstancias reprochables. La respuesta es clara y nace del artículo 521 de la ley sustantiva: la responsabilización por las consecuencias inmediatas y aún mediatas de su obrar desaprensivo, negligente, omisivo (es decir por el descuido de los activos sociales hasta su desaparición fáctica, la omisión de llevar libros contables y sociales, o en sus caso también custodiarlos y reconstruirlos en caso de su pérdida, la indiferencia ante el estado de cesación de pagos instalado y la consecución de la operatividad comercial sin tomar las medidas legales para sanearlo). Nos lleva a arribar a la misma conclusión el análisis del factor de atribución de imputación de conducta que cabe hacerle a los responsables de los hechos reprochables, donde claramente hay un dolo obligacional, que lleva a la apreciación de la responsabilidad por las consecuencias directas e indirectas de su obrar doloso atento el incumplimiento deliberado de una obligación a su cargo impuesta legalmente y atendiendo a la jerarquía de la función. ¿Y cuál es la mayor obligación prevista en el Código Civil cuando se incumple una obligación a cargo de determinada persona? La prevista en el artículo 521 de dicho cuerpo legal que establece que la inejecución maliciosa genera responsabilidad por las consecuencias mediatas e inmediatas que fueran producto de dicho obrar. Ello nos lleva claramente a la noción de “dolo obligacional” regulado en el artículo 506 del Código Civil apreciando que esta concepción de dolo es la que debe ser tenida en cuenta a los fines de corroborar el factor de atribución en las acciones de responsabilidad típicamente concursales. El

¹²⁰ “RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES ANTE EL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS DE LA SOCIEDAD”, en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), Mayo 2012.

administrador en cuestión debe responder por los daños directos e indirectos que le ha provocado al acreedor social por el mal desempeño de sus funciones”.

Si bien Dasso ha anticipado en el reciente Congreso de México la reciente reforma española que elimina la responsabilidad de administradores societarios ante causales de disolución, ello debe entenderse por la obligatoriedad de superarlas o presentarse en concurso, en su caso. Entendemos que no elimina la responsabilidad por daños causados.

La presentación en concurso en sí misma no genera responsabilidad, pero sí la que es tardía si a través de ello se han generado daños¹²¹.

8. Es fundamental señalar que, sin perjuicio de las acciones que formalice el Síndico concursal en caso de quiebra, los acreedores pueden promover acciones individuales¹²² sea en una quiebra como en un concurso preventivo en el que se haya homologado un acuerdo, si se acredita el daño causado por acción u omisión, culposa o dolosa del demandado, bajo los clásicos parámetros de la responsabilidad de base subjetiva¹²³. La homologación no elimina esa acción pues no se intenta contra el sujeto concursado, por lo que tampoco corresponde incoarla ante el juez del concurso de la sociedad¹²⁴. Una responsabilidad indubitable nacerá para administradores y socios (art. 99 LSA) en caso de haberse acreditado en el concurso preventivo la pérdida del capital social, el incumplimiento del art. 96 LSA, y haber logrado la homologación de un acuerdo con quita de los acreedores.

Es fundamental que los administradores societarios –y los socios- tomen conciencia de la esa normativa para evitar incurrir en responsabilidad.

Al Síndico, profesional de las ciencias económicas con amplia capacidad de análisis, la ley le ha encomendado la misión específica en el art. 275 LCQ de normas genéricas para concursos y quiebras: “la averiguación de la situación patrimonial del concursado, los hechos que puedan haber incidido en ella y la determinación de sus responsables”.

Correlativamente los jueces deberán revisar las normas societarias, y las conductas de los socios y administradores de sociedades concursadas, para decidir sobre la homologación de los acuerdos logrados.

A la postre, todas las comunicaciones que formalizamos a este Congreso tienden a una integración de las normas jurídicas frente a las crisis societarias, como alerta Truffat, y repensar si ese no es el medio de mejor asegurar la conservación de la empresa, evitando responsabilidad a administradores y socios..

En las trece comunicaciones –individuales o conjuntas- nos guía un objetivo: que la crisis de empresas organizadas societariamente sea asumida internamente, para evitar deterioros mayores y daños al mercado, extrajudicialmente con los menores

¹²¹ Nto. “Proceso concursal oportuno” en *SUMMA CONCURSAL*, cit. tomo 1 pág. 915.

¹²² Nto. “Aspectos aparentemente polémicos de la acción individual de responsabilidad contra administradores por actuación de la sociedad en cesación de pagos” en *SUMMA SOCIETARIA*

¹²³ Nto. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

¹²⁴ Sobre estos aspectos pueden verse varios trabajos en la página *web* de la Academia www.acaderc.org.ar

costes –o judicialmente si fuere necesario-, en equilibrio de intereses de socios y terceros, y con la eventual intervención externa (privada o pública) para asegurar su conservación de ser viable y socialmente útil, asegurando los puestos de empleo –o incrementándolos-.