

**“EFECTOS DE LA HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO EN CONCURSO DE
SOCIEDAD SOBRE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA
ADMINISTRADORES SOCIETARIOS”¹**

Efraín Hugo RICHARD

Publicado a pág. 709 del Libro *Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, del XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje a los doctores Roberto Omar Berizonce, Juan Carlos Hitters y Julio Maier – Ponencias generales y ponencias seleccionadas, Córdoba, 18, 19 y 20 de setiembre 2013, editado por Universidad Nacional de Córdoba 400 años y Asociación Argentina de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 13 de septiembre de 2013.

La resolución judicial de homologación del acuerdo de quita en concurso preventivo de sociedad, con efecto en las obligaciones preconcursales – art. 55 ley 24522 (LCQ)- no altera las acciones de responsabilidad contra administradores de la misma, bajo los tradicionales supuestos de la responsabilidad de base subjetiva, o sea por los daños causados por culpa o dolo por acción u omisión en la administración societaria, particularmente a acreedores.

Esas acciones no son concursales ni tramitan en el concurso.

La quita genera un empobrecimiento para los acreedores y un enriquecimiento para el patrimonio social, o sea en beneficio de los socios.

Un Congreso de Derecho Procesal es marco propicio para el análisis interdisciplinario².

Edgar Baracat, Ponente General en este Congreso, ha tenido a bien señalar la existencia de dos escuelas en aspectos de las crisis societarias y su abordaje por la doctrina concursalista, la clásica integrada por una

¹ Ponencia al XXVII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL “EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS” (*Efectividad de las sentencias judiciales. El problema de la ejecución de lo resuelto en sus distintas dimensiones*). Comisión de Derecho Procesal Concursal “Efectividad de la sentencia de homologación del concurso preventivo”.

²“PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA: el ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL”² en Anuario del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ANUARIO XIII, 2011, pág. 415, octubre 2012: Al concursarse sociedades comerciales, asesores y administradores omiten la aplicación de principios generales del derecho público y privado, y específicamente las normas societarias para afrontar crisis económico patrimoniales.

importantísima nómina de destacados juristas, y otra en ciernes compartida por un selecto núcleo de distinguidos colegas³.

Aquella primera que no tiene en cuenta las previsiones del derecho societario y acepta en el concurso de sociedades quitas y esperas ajenas al mercado, transfiriendo a los acreedores el problema de “conservar la empresa”, incluso justificando la confiscatoriedad de las mismas en que en la liquidación se obtendría menos, significa ignorar las normas imperativas de la ley 19.550 (LS) con previsiones sobre pérdida del capital social y su función de garantía⁴.

La motivación anticipada se incrementa con la mención que formaliza generosamente el Dr. Baracat sobre nuestra visión en su ponencia general sobre “Efectividad del auto homologatorio en relación a los acreedores concurrentes”⁵.

1. La cuestión es constatar los limitados efectos de la “novación” concursal –art. 55 LCQ- que se limitan a satisfacer los intereses concurrentes en el juicio universal, centrados en la continuación de la “empresa” viable.

En tema de la novación concursal se intenta sostener⁶ como efecto de esa homologación que se extinguen las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios que pudieran ejercer los acreedores concurrentes.

³ BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en “Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de La Empresa”, La Ley, diciembre 2011, pág. 40 y sigtes. Ya fue Ponente General en el anterior Congreso de Derecho Procesal –Santa Fe 2011- donde se nos invitó como panelista a disertar sobre “Abusos en el proceso concursal”.

⁴ Ntos. “CRISIS SOCIETARIAS: VISIONES ENCONTRADAS: LA SOCIETARIA Y LA CONCURSAL (Corporation crises: opposing views: That of the corporation and that of insolvency) en “Revista de la Facultad”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. II nº2 Nueva Serie pág. 1, Córdoba, diciembre 2011: Las crisis económico patrimoniales de las sociedades tienen dos soluciones; a) la externa de alto costo de mediación de carácter concursal si existe cesación de pagos y b) la interna o soluciones societarias de bajo coste de transacción a los que cede la primera si se ha constatado la pérdida del capital social, y “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA” en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

⁵ Consultada en www.procesal2013.org

⁶ TRUFFAT, E. Daniel “IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS”, publicado en Doctrina Societaria y Concursal Ed. Errepar, nº 281, año XXIV, tomo XXII, abril de 2011.

La insolvencia –particularmente ante la pérdida del capital social⁷- implica causal de disolución de la organización societaria, imponiendo las medidas imperativas que marca la ley respectiva agrava los deberes de los administradores (art. 59 LS), determinando su responsabilidad solidaria en caso de continuidad operatoria (art. 99 LS)⁸ sin adoptar las previsiones de llamar a los socios a reintegrar el capital o aumentarlo (art. 96 LS).

Corresponde así el análisis en este Congreso en torno a los efectos de esa resolución judicial, si se ha configurado la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 99 LS ¿la homologación de un acuerdo concursal extingue de por sí esa acción?

Centrémonos en el efecto novatorio sostenido respecto a las acciones de responsabilidad, a lo que hemos contestado oportunamente⁹, por lo que **ahora sólo apuntaremos en limitado espacio**: ¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos, a veces es el momento a partir del cual el mismo se hace evidente.

El objetivo concursal es absolver la crisis de la sociedad¹⁰, sin liberar a terceros patrimonios, y de allí el limitado efecto de la novación concursal – art. 55 LCQ-, perfectamente descripto por el Ponente General Dr. Baracat.

En el mismo sentido, Heredia¹¹ comentando la novación concursal remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la *crystalización* de su pasivo en un monto definitivo...En este aspecto, la norma concursal aparenta ser contraria a diversos preceptos del Código Civil (CC), que establecen una consecuencia jurídica distinta. En efecto, de acuerdo con el art. 707 CC la novación hecha por el acreedor con cualquiera de los deudores solidarios

⁷ *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 1ª parte *La crisis de la organización societaria*, pag. 260 y ss..

⁸ Ntos. “Funcionalidad de la empresa, organización societaria, pérdida del capital social y concurso” págs. 275 a 357 en “Ensayos de Derecho Empresario” n° 6 Ed. Fespresa, Córdoba 2010, in memoriam de Juan José de Arteaga, y “Miscelánea judicial de derecho societario (de asambleas, sociedades de hecho y algo más)”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. FIDAS y LEGIS, Buenos Aires 2013, año 14 – 2013 – 2 págs. 143 a 202.

⁹ “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445, donde aportamos la posición del Catedrático de Derecho Civil Gabriel Rubio.

¹⁰ Nto. “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL”, en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición de la Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.

¹¹ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Editorial Ábaco, Buenos Aires 2000, tomo 2 págs. 238 y ss., comentarios a los arts. 55 y 56 de la ley 24.522 y sus modificatorias, especialmente a págs. 250/5.

extingue la obligación solidaria. Conforme, el art. 810 CC establece que *La novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, extingue la obligación de los otros deudores*. El fundamento de ello es la unidad del objeto debido por los codeudores solidarios. Por su parte, la solución del art. 55 LCQ, es también contraria a lo dispuesto por el art. 2047 CC, según el cual la novación hecha por el acreedor y el deudor afianzado de la obligación que los vincula extingue la fianza, sin que le sea dado al primero hacer reserva de mantener o trasladar la garantía de una a otra obligación. En este caso, la novación extingue la fianza.... Sin embargo la contradicción de la ley civil con la ley concursal es sólo aparente, tal como se dijo. ...responden a la decisión voluntaria de las partes. En cambio, la novación concursal es de base legal... la novación es una imposición de ese trámite. No ignoramos la singular situación que se crea, ya que *subsiste una obligación accesoria de otra que se ha extinguido por novación* (el mercado es nuestro). Pero ello se explica porque, en la especie, existe una derogación del principio contenido en el art. 525 CC. Además, es sabido que el principio de accesoriadad no es absoluto, ya que tiene múltiples excepciones”. Además de múltiples argumentos que expone Heredia, apunta “la aceptación del acuerdo no se puede interpretar como una renuncia a exigir a los codeudores o fiadores del convocatorio el pago íntegro de la deuda, pues la intención del acreedor no es la de beneficiarlo indebidamente... por cuya razón el acreedor puede libremente dirigir su pretensión por el importe total contra los fiadores del concursado, inclusive sin necesidad de reserva explícita en el acuerdo...”. Sobre esto abunda el Dr. Baracat como Ponente General en este Congreso, obviamente sin referencia a daños por responsabilidad de no concursados, pues en este caso se trata de otra obligación.

Hay que distinguir, respecto a las obligaciones que se pretende novar, que son obligaciones independientes de causas eficientes diferentes, por un lado la extinción de las obligaciones crediticias de la sociedad en crisis que devienen extinguidas en virtud de la causa lícita propia de la novación legal del acuerdo concursal homologatorio; mientras que la obligación de reparar se basa en el obrar ilícito del actuar de los administradores de la sociedad en crisis. La pretensión de considerarlas novadas implica una confusión

pues se afirma que se extinguirían estas obligaciones al ser accesorias en los términos del art. 803 del Código Civil, sin embargo no se puede predicar dicha accesoriedad en obligaciones principales, que existen por sí en forma independiente y con causas autónomas.

Por eso es imposible extender el efecto de la novación causal (art. 812 CC contrario sensu) y legal de las obligaciones crediticias producidas por el acuerdo homologado (art. 55 LCQ), a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de los administradores pues son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes, por eso es inadmisibles hablar del efectos que la obligación de reparar se extinga como consecuencia de la novación concursal.

El efecto de la novación concursal del art. 55 de la LCQ se extiende única y exclusivamente a las obligaciones de la sociedad en crisis y no extingue las acciones de responsabilidad que se pudieran entablar contra los administradores de la misma, o contra los socios sin responsabilidad limitada por su conducta abusiva.

2. La homologación de un acuerdo concursal, firme y consentido, no implica nada más allá de lo previsto en el art. 55 LCQ. No elimina las conductas culposas o dolosas de los administradores que generaron daño, no borra los abusos cometidos por los socios de control usando la técnica societaria en su beneficio y perjuicio de terceros.

Son obligaciones independientes, no novadas ni extinguidas, que ni siquiera son atraídas por el proceso concursal en cuanto intentadas por el perjudicado contra sujetos no concursados, como viene repitiendo la jurisprudencia y se afirma en el derecho comparado.

3. Agregamos algo en torno a la responsabilidad de administradores en los casos de quitas.

Si la sociedad registra patrimonio activo superior al pasivo, sería abusiva una quita, pues la eventual crisis que la llevo al concurso deviene un activo corriente inferior al pasivo corriente, y cuya corrección se produciría con una mera espera.

Si la sociedad registra patrimonio neto neutro o patrimonio pasivo superior al activo estaríamos frente a la pérdida del capital social en el primer caso, y de esa pérdida más parte del activo en el segundo. En tales supuestos parecería que se justificaría lograr un acuerdo con quita –más la tradicional espera-. Descartamos esa acción por abusiva al contrariar normas imperativas del derecho societario –arts. 94.5, 96 y 99 LS-¹². O sea ante la pérdida del capital social, constatada en un balance aprobado, se ha producido una causal de disolución que impone iniciar la etapa de liquidación salvo se disponga la remediación del reintegro del capital o la capitalización –art. 96 LS-. Es la violación de la función de garantía del capital social, no disponible por la autonomía de la voluntad.

No existe duda del carácter imperativo de las normas de derecho societario para evitar daños a terceros, asegurando la función de garantía del capital social. Y es obvio que el recurso concursal ha sido utilizado con abuso de derecho y fraude a la ley societaria¹³, sancionado por la legislación actual y mejor caracterizada aún en el art. 12 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación¹⁴.

4. En el supuesto -entre otros- de que los administradores ante la pérdida del capital social continuaran operando, como sería presentarse en concurso sin llamar a los socios para solucionar el problema del capital, resultaría que los administradores han continuado la gestión sin liquidar la sociedad, omitiendo las previsiones de capitalizarla y, en beneficio de los socios y perjuicio de los acreedores, intentan –y logran- en el procedimiento concursal que la capitalización de la sociedad la formalicen los acreedores –tanto los que apoyaron el acuerdo como los que lo resistieron o no podían expresar su voluntad por la naturaleza del trámite-.

Adviértase que la quita –potenciada con esperas insólitas- impone una alteración del balance de una sociedad que representa un incremento

¹² Con el Profesor Dr. Juan Carlos Veiga “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE” en el libro del VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012), *POR UN MEJOR DERECHO CONCURSAL*, tomo I pág. 367.

¹³ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, diario del 4 de marzo de 2013, LL 2013-B.

¹⁴ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

patrimonial¹⁵, que traduce un beneficio de los socios imponiendo el pago de impuesto a las ganancias, se reparta o no¹⁶. Y que una quita descarta todo esfuerzo compartido, poniendo el salvataje a cargo exclusivo de los acreedores, cuya afectación patrimonial es despojadora en términos de la Corte cuando supera cierto porcentaje¹⁷. Pensemos si algún Juez no calificaría de abusiva la propuesta de la que resultara un anunciado y próximo reparto de utilidades de la sociedad, hasta ese momento en cesación de pagos. Se enfatiza sobre ese negocio del concurso¹⁸, lo que se hizo evidente en caso de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial donde en el mismo ejercicio en el cual se ejecutaron los efectos de su homologación, sobre un Capital Social de \$ 594.911.263 la Asamblea de una Sociedad Anónima aprobó un dividendo de \$ 1.246.496.775 en beneficio de los socios –con la ayuda de administradores y fiscalizadores-, o sea de más del 200%.

Frente a estas consideraciones adquiere relevancia el incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad y conservar los libros de comercio y la correspondiente documentación respaldatoria, y el contenido del informe general del síndico sobre estos aspectos, pues si se ocultó la pérdida del capital social de omisión culposa pasaría a calificarse de dolosa, con la consiguiente extensión de la reparación del daño.

5. Con esta comunicación –no competitiva- queremos evitar: 1. que administradores societarios puedan asumir responsabilidad frente a la crisis de sociedades motivadas por la pérdida del capital social, sin cumplir las previsiones imperativas de la ley de sociedades; 2. que incluso sean

¹⁵ Nto. “Insolvencia societaria: ¿Capitalismo donatario o de reposición?, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n° 256 Septiembre-octubre 2012, pág. 599.

¹⁶ Con Jorge Fernando FUSHIMI “LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos), en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 635.

¹⁷ Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentáramos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

¹⁸ TRUFFAT, E. Daniel “EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN” (en comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano –Italia, Septiembre de 2009-,. Debemos agradecer a Truffat no sólo sus ideas y referencias, sino el alimentar la polémica respetuosa y constructiva que permite afrontar los problemas con mayor profundidad, descubriendo nuevas facetas, con metodologías y propuestas superadoras, con el diálogo maduro que logra despejar iniciales perspectivas.

arrastrando en esa responsabilidad los socios de control al llamarlos a ratificar la presentación en concurso de la sociedad, sin haberlos convocado para reintegrar el capital social o capitalizar¹⁹; 3. que el informe general del síndico analice estas cuestiones sobre la pérdida del capital social en su caso, y 4. Que la judicatura este atenta a estas cuestiones para evitar el abuso y el fraude a la ley societaria.

Ante el efecto de la homologación del acuerdo, las acciones que intenten los acreedores contra administradores –y/o socios agregamos- son extraconcursoales, no atraídas por el juicio concursal pues no es demandada la sociedad concursada.

¹⁹ Análisis pormenorizado de estas situaciones pueden verse en www.acaderc.org.ar