

La necesaria Interacción del derecho societario con el derecho concursal para resolver situaciones de insolvencia.

Gustavo Adrián Somoza Lopez¹

Sumario:

Ante el contexto que produce las cíclicas crisis económicas de nuestro país que producen en nuestras vidas y en la vida empresarial en general un real impacto sobre la actividad económica y social, me planteo con la presente analizar alternativas para que el Derecho concursal sea eficaz herramienta para contribuir a la búsqueda del equilibrio de las unidades productivas y cimentar aumentando su viabilidad económica y social. La tesis de este trabajo se funda en que en contextos de crisis de insolvencia es una oportunidad para a partir de la adecuada y necesaria interacción entre derecho societario y concursal.

Ante una crisis empresarial por insolvencia, y considerando a la empresa como unidad productiva y de alto impacto en la vida económica local y social, es un tiempo propicio para replantearnos muchos temas propios del derecho de las obligaciones, contratos, derecho del trabajo, derecho de la seguridad social, entre muchos otros, y obviamente le reservo un lugar de privilegio al Derecho Concursal que no se limite a ser meras reglas procesales, que lo son, sino a ser canal válido para estructurar alternativas de recuperación económica más en sociedades con las limitaciones nuestras, partiendo para su necesaria actualización de la realidad de las unidades productivas.

b. **Fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales:** La ley nro. 24522, que regula en nuestro país la materia concursal (a partir de este momento la notare con LCQ en el presente), al igual que la mayoría de las legislaciones de la materia en el mundo crisis económicas o financieras de carácter general han ocurrido a través de la historia, una observación de los procedimientos concursales clásicos parece indicar que ellos están orientados principalmente a las crisis de los patrimonios individuales. La crisis que concita el interés del derecho concursal es la crisis financiera (actual o potencial – inminente), que puede ir acompañada o no de una crisis económica, pero recordando que esta última puede manifestarse por dificultades generadas en los diversos ámbitos de la empresa (tecnológico, mercado, marco regulatorio, laboral, etc.), sin llegar a producir una “crisis” financiera (aunque tengan efectos financieros).

En todos los casos se parte de la base de que una ley falencial, cuando menos debe disciplinar y organizar los intereses de los acreedores de manera de llevarlos a una cooperación eficiente que permita el mejor reparto y la eliminación de costos inútiles (lo que no se conseguiría si cada acreedor trata de llegar primero y aumenta exponencialmente los costos y disminuye los resultados de su actividad). Se dice también que la existencia de una ley concursal –cualquiera sea su contenido y orientación- es un elemento que cubre el vacío en la llamada “teoría contractualista”, que conceptúa como atribuyéndolo a la necesaria imperfección de los contratos que no pueden prever la infinidad de variables y problemas que el propio contrato puede sufrir durante su vigencia. Siguiendo estas líneas, importantes estudios han negado la eficiencia económica de los procesos de reorganización societaria a partir de procesos concursales, dado que no significa una reasignación eficiente de los recursos ni una revalorización de los activos ni una recuperación comparativamente mayor de los créditos.

En realidad parte importante de los procesos de reorganización empresarial a partir de los procesos concursales concluyen en una liquidación y los deudores demoran o manipulan el proceso en búsqueda de soluciones sólo aparentes e ineficientes.

En esta búsqueda de la eficiencia económica a través de la reorganización que puede conllevar un proceso concursal no debemos descartar alternativas tales como la figura del acuerdo preventivo extrajudicial.

“Si bien es cierto que el APE se genera en sede no jurisdiccional mediante la obtención de las conformidades respectivas, su vocación, intención y causa fin es resolver el estado objetivo de insolvencia o dificultades económico-financieras. La ley confiere a los acreedores y al deudor la base de solución de la crisis, pero esa estructura contractual sólo será eficaz concursalmente después de trámites caracterizadamente concursales y la homologación judicial”.

“El magistrado cuenta con la facultad de ponderar si ha existido un ejercicio abusivo de un derecho para lo cual debe tener en cuenta, entre otros elementos, si ha existido intención de dañar, si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, si se ha actuado de manera irrazonable ó si la conducta es contraria a la moral y las buenas costumbres”.-“...dado que el acuerdo preventivo extrajudicial participa de los mismos principios que los acuerdos concursales judiciales, resulta aplicable a su respecto el art. 52 inc. 4º de la ley 24522 en cuanto establece que el juez no podrá homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley”...aún con las modificaciones introducidas a la ley 24522 por las leyes posteriores, la propuesta de acuerdo debe ser valorada para su homologación, atendiendo fundamentalmente a su compatibilidad con los principios de orden público, la finalidad de los concursos y el interés general, principios que determinan que el juez no deba limitarse al mero análisis formal de la propuesta, sino que debe considerar si dicha propuesta resulta conciliable con las finalidades del concurso preventivo y los principios superiores que lo inspiran”.ⁱ El APE –acuerdo preventivo extrajudicial - “Se trata de un procedimiento orientado a facilitar la superación de un estado de insolvencia patrimonial o crisis económica-financieras (LC 69).”

“El art. 75 LCQ prescribe que “...el juez homologará el acuerdo... si estuvieren cumplidos los requisitos legales...”, lo cual implica que el tribunal debe examinar si se han cumplido los recaudos tanto formales como los que hacen a la validez sustancial del acuerdo, es decir, a su legalidad en cuanto a que no encierre una propuesta abusiva o en fraude a la ley, como lo señala el art. 52, inc. 4º LC.”ⁱⁱ

“El régimen de publicidad estatuido en la LCQ 74 contempla no sólo la exteriorización de la situación en que se encuentra el deudor sino que tiende a proteger el interés tanto de los acreedores como de aquellos terceros que se involucren en el acuerdo. Al respecto, se señala que, no puede soslayarse el carácter de notificación “erga omnes” que atribuye la legislación concursal a los edictos, por lo que no procede alegar la falta de denuncia por parte de la concursada, u omisión del envío de carta por el síndico para fundar la indefensión de los acreedores (cfr. CNCom. esta Sala in re: “Jorge Susana s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación por Gabor S.A.I.C.” del 25.10.02).” En principio pareciera que esta labor será de menor intensidad en el APE, tendrá mayor énfasis en el concurso preventivo judicial y total protagonismo en la quiebra. De tales modos la participación del juez será fundamental en el APE, por tratarse de una institución novedosa y con contornos poco claros, y ayudará a encauzarlo en la senda que lo dirija a sus fines.

Su intervención oficiosa será necesaria si estos fines son violentados, con perjuicio de alguno de los intereses en juego y será definitiva al tiempo de la homologación. Ciertamente, esa intervención debe ser medida y prudente para que permita alcanzar los objetivos de solución de la crisis empresarial, con la rapidez y economía que fundamentan la figura y que sean congruentes con las necesidades de recuperación de la actividadⁱⁱⁱ.”

Debemos considerar que un proceso concursal puede ser el generador de la necesaria reorganización de la sociedad en estado de insolvencia, debiendo por ende recurrir a la normativa societaria. Al referir normativa societaria no solo considero a la ley general de sociedad sino también a leyes tales como la ley de apoyo al capital emprendedor

Descarto por los crónicos déficit fiscales de nuestro país la eventual acción del estado con una política fiscal activa, como alternativa podemos analizar la viabilidad de otorgar reducciones de cargas y aportes por todo empleo que mantenga y de mas decir en relación a la mano de obra de la concursada y establecer reducción de la alícuota de bienes personales sobre la unidad productiva en estado concursal.

“... de manera liminar destaco que la cuestión traída a consideración y decisión de esta Alzada coincide con la denominada “reorganización de empresas libre de impuestos”, la cual encuentra consagración normativa en la ley del impuesto a las ganancias. En este aspecto, se torna imprescindible señalar que en autos las partes y el Sr. juez de grado se han referido invariablemente al artículo 77 de la ley 20.628, lo cual se corresponde con el texto ordenado en 1997. Empero, a partir del dictado del decreto 824/19 tal dispositivo pasó a ser el que lleva por número 80. Sin perjuicio de ello, a fin de no generar innecesarias dificultades descriptivas, habré de seguir aquélla numeración. Lo mismo ocurre con el decreto 1344/98 –vigente al momento de los hechos–, que fuera sustituido por el actual decreto 862/19.” “Considero que le asiste razón al fisco nacional cuando sostiene que a la fecha en que se produjo la reorganización la firma absorbente no poseía participación accionaria en las empresas absorbidas, ello por cuanto la operación tuvo efectos a partir del 1/1/02 y las adquisiciones de las acciones de las absorbidas se concretaron el 5/3/02. Esto explica por qué a la fecha de confección del documento notarial en el cual se instrumentó la operación –el 20/9/02 (fs. 44/65)–, se expuso que AGCO poseía el 100% del capital de AG-Chem y Deutz. Sin embargo, no soslayo que, más allá de este escenario particularizado, debe atenderse al escenario general que lo circunda. Procediendo de tal modo, vislumbro que la empresa AGCO Corporation era “controlante indirecta” de AGCO, AG-Chem y Deutz. Es decir, que la misma empresa madre era titular indirecta de casi el 100% de capital social de las empresas que se fusionaron. Al ser ello así, se cumple el mandato impreso en el ordenamiento positivo aplicable, en cuanto a la existencia de un conjunto económico, y a que se supere el 80% del capital social de las empresas que se reorganizan. De acuerdo con lo dicho, es acertado lo predicado por la actora, en cuanto a que el requisito de la participación accionaria también se cumple de manera indirecta (...).” “... no hallo razón atendible para interpretar que una empresa que participe directamente en el capital de la otra goce de un beneficio fiscal que, al mismo tiempo, se lo desconozca a la que lo haga indirectamente. A los fines de la reorganización empresarial, en ambos supuestos se trata de un conjunto económico.”^{iv}

“El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible pues, además de que se invocan causales de arbitrariedad del fallo que guardarían íntima conexión con los temas federales propuestos, se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de esa naturaleza —ley 21.526 y sus modificaciones— y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho que en aquéllas fundó el apelante (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).”

“...la conclusión del a quo relativa a que la prohibición establecida en el artículo 50 de la ley de entidades financieras comprende al acuerdo preventivo extrajudicial, pese a que aquel artículo no lo menciona expresamente, condice con la razón de ser o el espíritu al que obedece el dictado de aquél precepto, esto es, atender a las particularidades propias de una actividad en la que se halla comprometida la confianza pública en el sistema financiero, y cuya regulación de neto corte público, requiere soluciones diferentes de las que brinda el derecho común para otra clase de sociedades comerciales (doctrina de Fallos: 325:860).”

“Si la ley 21.526 (y sus modif.) estableció para las entidades financieras un acotado elenco de remedios preventivos a los que pueden acudir para solucionar sus crisis económicas, y les vedó la posibilidad de solicitar la formación de su concurso preventivo (artículo 50), la concertación de un acuerdo preventivo extrajudicial —y su posterior homologación—, implicaría un modo de solución de dichas crisis, al

margen de la intervención que en el esquema ideado por la ley de entidades financieras, se le ha dado al Banco Central de la República Argentina, y de los procedimientos allí establecidos.

“Aún si se aceptara la hipótesis de que nada impide concertar un acuerdo preventivo extrajudicial cuando media la conformidad del Banco Central de la República Argentina, en el caso, resulta estéril discurrir sobre dicha posibilidad, pues —contrariamente a lo afirmado por el recurrente—, la autoridad de aplicación expresó su clara oposición.”^v

También debemos considerar que no debemos dejar de lado la normativa societaria ante situaciones insolvencia dado que pueden incluso a través de figuras como la liquidación que prevé el artículo 19 LGS solucionar quiebras que aun en este momento llevan a situaciones más que complejas judicialmente

"Respecto a la posibilidad de invocar una situación de impotencia patrimonial por el incumplimiento de una sólo obligación, ha dicho este Tribunal (causa 52.729, con voto del suscripto), que si bien ello puede ser considerado como hecho revelador del estado de cesación de pagos, debe conjugarse con otros hechos reveladores por los cuales se demuestre la existencia de un patrimonio con imposibilidad de satisfacer regularmente y con medios normales, las obligaciones que lo gravan. Lo cual, conforme se ha explicitado hasta aquí, no ha sido acreditado en grado suficiente." ^{vi}

“Es viable, entonces, acudir a esas herramientas que, por un lado, permiten a los acreedores contar con la aludida mayor liquidez al negociar sus títulos y hacerse de fondos en forma anticipada respecto de los plazos previstos; y, por el otro, habilitan al deudor reinsertarse en el mercado en forma ágil y sin necesidad de arrastrar su situación concursal durante una eventualmente importante cantidad de años”.

“El régimen de administración establecido por la ley para regir durante la etapa de cumplimiento del acuerdo ha sido estructurado sobre la base de una amplia libertad, como se infiere del hecho de que el deudor solo necesita pedir autorización judicial para realizar actos de enajenación de bienes registrables, únicos que pueden exceder la inhibición general de bienes, que se mantiene (art. 59 LCQ). No obstante, ese régimen es subsidiario, dado que, como surge del art. 45 de la misma ley, él puede ser materia de regulación específica en el acuerdo”.^{vii}

La figura del avenimiento como modo de conclusión de la quiebra figura supone un acuerdo extrajudicial y que solo se da a conocer en la falencia- de los acreedores del fallido con este para poner fin a dicho estado. Así las cosas, en lo que a la base regulatoria refiere, es necesario tener presente que la finalización de la quiebra por avenimiento implica de suyo una conclusión de modo no liquidativo, aunque se hayan enajenado casi todos los bienes. Ello significa que la base regulatoria puede estar constituida de dos modos diferentes, según el momento en que la conclusión se produce: 1) por el total del activo desapoderado, sin que se haya realizado ningún bien, prudencialmente estimado, y 2) por el activo enajenado al que debe sumarse el que aún resta por vender, calculado también con prudencia..... El art. 267, 2º párrafo de la ley concursal establece que, para el cálculo de los honorarios de los funcionarios y profesionales intervinientes en los casos de avenimiento (art.265 inc.2º), la base que debe tomarse es la conformada por el cálculo prudencial del valor del activo hasta entonces no realizado, para adicionarlo al ya realizado, teniendo en consideración la proporción de tareas efectivamente cumplidas. En esto, el texto de la norma no presenta mayores dubitaciones: indica que la base debe abarcar tanto el activo liquidado, como el no liquidado (si lo hay), debiendo calcularse éste último “prudencialmente” por el juez de la quiebra. Ese activo no realizado (no líquido ni distribuible), debe determinarse recurriendo a ciertas pautas objetivas que surjan de la causa, tales como el valor de los bienes, que pueda resultar de lo indicado por el concursado, por el síndico en el informe general, de valuaciones fiscales, tasaciones y

elementos tales como el valor de mercado. Asimismo, debe atenderse a datos tales como la buena productividad de los bienes o las circunstancias que benefician su realización.^{viii}

ⁱ "Geprin S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial" – CNCOM – SALA B – 21/02/2013

ⁱⁱ Heredia Pablo, "El Acuerdo Preventivo Extrajudicial, según las reformas introducidas por la ley 25.589", publicado en Jurisprudencia Argentina, el 04.09.02

ⁱⁱⁱ "Stivala Miguel s/ acuerdo preventivo extrajudicial" – CNCOM – SALA B - 27/12/2010

^{iv} Causa N° 1016/2012/CA1 - "AGCO Argentina SA c/EN-AFIP-DGI-Resol 94/11 s/Dirección General Impositiva" - CNACAF - SALA III – 07/03/2023

^v "Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial" – CSJN – 22/02/2011

^{vi} "De Luca, Eduardo s/concurso preventivo" - CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN - SALA I - 01/06/2006

^{vii} "New Glam S.A. s/concurso preventivo" – CNCOM – SALA C – 17/05/2023

^{viii} "Beltramino, Ricardo Felix - pequeño concurso preventivo" - CÁMARA NOVENA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA - 15/05/2020