

**AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.
OPONIBILIDAD FRENTE A LA QUIEBRA DEL ACCIONISTA
QUE CONSINTIÓ LOS EFECTOS LICUATORIOS DEL MISMO**

Claudia Raisberg y Paula Cattelán

SUMARIO

La decisión asamblearia de aumentar el capital que trae como consecuencia la licuación de la participación de la fallida, llevada a cabo con posterioridad al decreto de de quiebra y del de subasta de las acciones decidido en el proceso falencial, sin la oposición de la fallida ni la intervención de la sindicatura ni del juez del concurso, configura un acto de disposición inoponible ante la quiebra.

1. Introducción

El funcionamiento de las sociedades se halla regulado por la normativa societaria. No obstante, cuando algún accionista es declarado en quiebra, existen puntos de contacto entre la Ley General de Sociedades (L.G.S.) y la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q.) que carecen de una solución legal expresa.

Es nuestra función, como operadores jurídicos, el resaltar esos puntos de conflicto y buscar una solución concreta que importe armonizar ambos ordenamientos jurídicos en una visión superadora que incluya el dialogo de fuentes, propuesto por el artículo 2° de nuestro Código Civil y Comercial (C.C. y C.).

2. Desapoderamiento. Actos jurídicos realizados luego de la declaración de quiebra. Actos jurídicos positivos y negativos. Ineficacia.

La declaración de falencia importa el desapoderamiento de los bienes del deudor (artículo 107 de la L.C.Q.). En consonancia con esa consecuencia jurídica propia del estado de falencia, la norma concursal sanciona con la ineficacia todo acto jurídico que, con posterioridad al decreto de falencia, por acción u

omisión, importe disponer del patrimonio de la fallida (artículo 109, segundo párrafo de la L.C.Q.).

Así, los artículos 107 y 109 de la L.C.Q. constituyen un sistema que otorga una situación de intangibilidad a favor de los acreedores del fallido ¹.

En esta senda, Heredia manifiesta que “si el fallido pierde la administración y disponibilidad de su patrimonio, claro es que no puede eficazmente cumplir actos jurídicos idóneos para alterar su composición” ².

Se ha dicho que “la actividad jurídica del deudor cuya ineficacia sanciona el artículo 109 de la L.C.Q., debe ser entendida en sentido amplio, pues no solo se refiere a los actos negociales, sino que abarca igualmente a cualquier acto o hecho jurídico, actos cumplidos en estado de necesidad, a la gestión de negocios, riesgos indebidos, etc. (...)” y que “puede tratarse de actos gratuitos u onerosos, unilaterales o bilaterales contractuales o no” ³.

Dentro de la amplia clasificación de los actos jurídicos que ha realizado la doctrina, nos interesa en esta oportunidad, la que distingue los actos jurídicos positivos de los negativos. Así, los *actos jurídicos positivos* son aquellos en los cuales, el nacimiento, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación, exigen la realización de un acto; por ejemplo, la venta de una finca. Los *actos jurídicos son negativos* en el caso inverso, es decir, cuando el nacimiento depende de una omisión ⁴.

Es decir, el acto jurídico negativo en cuanto acto jurídico, supone voluntad positiva, es decir, decisión deliberada de no hacer aquello que no se hace. No es un no-acto sino un acto negativo. No es acto jurídico la abstención involuntaria sino la voluntaria ⁵.

Por lo tanto, la inasistencia de la accionista fallida a una asamblea societaria cuyo orden del día podría derivar en una disminución del activo falencial es un acto negativo que importa transgredir la prohibición del artículo 107 de la

¹ JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Ley de concursos y quiebras comentada*, Abeledo Perrot, 2018, T. II, p. 118.

² Heredia, Pablo D. *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Abaco, Buenos Aires, 2001, T. 3, p. 1044.

³ Conf. Pajardi y Garaguso citados por Heredia, op. cit., p. 1044, notas 39 y 40.

⁴ Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino Parte General”, t. II, p. 230, Ed. TEA; Salas, Acdeel, “Código Civil Anotado”, t. I, p. 526, Depalma, cit. por Cullari, Carlos A. “Actos jurídicos negativos en la acción por ineficacia concursal”, DJ2005-1, 399.

⁵ Cullari, Carlos A. “Actos jurídicos negativos en la acción por ineficacia concursal”, DJ2005-1, 399.

L.C.Q. La omisión de oponerse al aumento de capital que no se advierte imprescindible ni se lleva a cabo con prima de emisión generando un evidente efecto licuatorio de su participación accionaria, también es, a nuestro juicio, un acto negativo contrario a la prohibición del artículo 107 de la L.C.Q.

3. Aumento de capital social y licuación de la participación social de la socia fallida sin su intervención ni la del síndico. Oponibilidad al concurso.

Si en el contexto falencial nos involucramos con aspectos societarios, uno de los actos jurídicos negativos que se observan en la práctica es la omisión de la participación de la socia fallida en la asamblea que decide el aumento de capital de la sociedad de la que es accionista, a sabiendas que, por la situación fáctica del caso (aumento sin prima de emisión, imposibilidad de la fallida de ejercer el derecho de preferencia, subasta judicial de las acciones de la fallida inminente decretada en el proceso falencial y conocida por los accionistas mayoritarios que votaron favorablemente el aumento), tal decisión es perjudicial para los acreedores falenciales.

El llamado a aumento de capital realizado mediante el procedimiento arbitrado por el artículo 186 y siguientes de la L.G.S. lleva consigo el cumplimiento de formalidades que permiten resguardar la voluntad de concurrencia, suscripción e integración del capital por los socios, respetando las preferencias que ellos pudieran ejercer (artículo 194), las garantías que pueden exigir para mantener el porcentual (artículo 189 y 202) y las salvaguardas de recupero del capital en caso de retiro mediante el ejercicio del derecho de receso (artículo 245). En dicho escenario la omisión que exteriorice el deudor trasunta en una automática pérdida de derechos de verse licuada su participación social, su proporcionalidad o el ejercicio recesivo para mantener incólume sus tenencias ⁶.

En tal orden de ideas, la omisión de la fallida de concurrir a la asamblea señalada y de analizar con seriedad los balances antes de su aprobación, así como la procedencia del aumento de capital de la sociedad que integra, cuando es evidente su insuficiente fundamento y la clara licuación del valor de la participación accionaria que provoca, todo ello con posterioridad a la fecha del decreto de falencia y del decreto de subasta de las acciones, importa incurrir en la conducta prevista en la norma señalada.

En efecto, consentir la licuación derivada del temperamento adoptado en la asamblea por el resto de los accionistas configura, por omisión, una suerte de acto de disposición sobre su patrimonio o liberalidad.

⁶ Cullari, Carlos A., op. cit.

La jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido en un caso análogo planteado ante una accionista concursada y ha resuelto que “... el acto mediante el cual una sociedad accionista decidió tres meses y medio antes de la declaración de su quiebra indirecta, no ejercer el derecho de suscripción preferente respecto del aumento de capital de otra sociedad –emisora– necesitó de autorización judicial, por cuanto esa decisión (de omitir) disminuyó el activo de aquella, con desmedro de la “prenda común” de los acreedores anteriores a la presentación en concurso. Consecuentemente, declaró la ineficacia de pleno derecho de la decisión del directorio de no ejercer el derecho de preferencia por aplicación de la ley 24.522, art. 17”⁷.

Así, estimamos que de concretarse idéntica situación antes del decreto de falencia y durante el periodo de sospecha, una posible solución para evitar la violación de la norma concursal, sería declarar la ineficacia de pleno derecho de tal aumento en los términos del artículo 118 de la L.C.Q., o bien promover la acción revocatoria concursal de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de la L.C.Q. En tanto que, de perpetrarse el acto negativo con posterioridad a la fecha de la quiebra, esa inoponibilidad frente a la masa de acreedores encuentra su cauce en la ineficacia de pleno derecho prevista en el artículo 109 de la L.C.Q.

En consecuencia, aun cuando ese aumento de capital mantenga su validez frente a los accionistas y terceros, cabrá reputarlo inoponible ante el concurso.

4. Posible encuadre jurídico de la cuestión.

Si coincidimos en que hay actos negativos de disposición que realizados luego de la declaración de falencia importan violar el desapoderamiento, el encuadre jurídico de la cuestión debe subsumirse en la norma del artículo 109 de la L.C.Q.

En tal orden de ideas, la sanción a ese acto es sin lugar a dudas, la ineficacia de pleno derecho, es decir su consideración como inoponible frente al concurso, aunque mantenga su validez entre partes y terceros.

Sería impensable que la norma concursal sancione de esa forma los actos jurídicos como el que nos ocupa en este trabajo (que importan liberalidades) celebrados por la fallida antes de la quiebra, durante el periodo de sospecha (artículo 118 de la L.C.Q.) y mantenga la eficacia del mismo acto jurídico llevado a cabo por aquella luego de la quiebra.

⁷ CNCom, Sala D, “Safety S.A. s/ quiebra s/ incidente de ineficacia de cesiones de créditos [Fernández - Rougés - Carboquímica del Paraná S.A.]” 25/08/1997, RDCO1997096.

Si bien, podría argüirse que el acto negativo en análisis no es imputable a la fallida por cuanto aquella carece de legitimación para disponer y administrar sus bienes, lo cierto es que la norma societaria no ha sido clara en relación a la legitimación de la sindicatura para ejercer los derechos políticos y existen posturas doctrinarias contrarias a aquella legitimación.⁸

Por lo tanto, la expuesta en este trabajo es una de las vías posibles para desvirtuar un acto jurídico que podría calificarse como realizado en fraude a la ley (conf. artículo 12 del C.C. y C.), pero no es excluyente de otras acciones que llegarían al mismo destino (vgr. la acción de responsabilidad prevista en el artículo 173 de la L.C.Q., la acción revocatoria civil prevista en el artículo 338 del C.C. y C.).

5. Puntos de contacto entre la legislación concursal y societaria

Algún precedente jurisprudencial ha señalado que “el estado de quiebra de alguna de sus accionistas no provoca, como principio, ninguna alteración en el desenvolvimiento de la vida social, por lo que no puede entenderse que la sociedad se halla obligada a citar especial y personalmente a su accionista fallido para anoticiarlo del funcionamiento de su órgano de gobierno ni que deba comparecer ante el juez del concurso a dichos efectos, pues ninguna norma o principio jurídico le impone semejante precaución” y que “el funcionamiento de las sociedades anónimas y en particular sus resoluciones sociales, no pueden quedar supeditadas, condicionadas o limitadas por las vicisitudes que afectan a las personas de sus accionistas; que ninguna irregularidad puede reprocharse a la convocatoria ni a la constitución y desarrollo de la asamblea que dispuso el aumento de capital, porque la decisión asamblearia no se manifiesta como irrazonable, intempestiva, fraudulenta o enderezada llanamente a perjudicar a un accionista”⁹.

Sin embargo, esa interpretación de la norma societaria debe ser revisada en la actualidad a la luz de los nuevos paradigmas legales existentes, armonizadores de las distintas normativas, por cuanto una conducta societaria desplegada

⁸ Conf. Pisani, Carlos, “Ejercicio de los Derechos Políticos en Caso de Quiebra del Accionista”, ponencia presentada en el 50º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Bs. As., citada por Ferro, Carolina en “Tenue legitimación del síndico de la quiebra del socio fallido para el ejercicio de los derechos políticos derivados de las acciones desapoderadas. ¿Quién impugna las asambleas?, XI Congreso de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010, p. 582.

⁹ CNCom, Sala C, “Aguar SA c. Sumampa SA”, 28/12/84, Cita La Ley Online: 2/33716.

por los accionistas mayoritarios y el directorio que están al tanto de la situación falencial de la accionista minoritaria y/o de la decisión judicial de subastar su participación, no puede derivar en decisiones que afecten el interés público que predomina en el concurso, pues tal acto jurídico encuadra en la noción actual de “fraude a la ley” y sin lugar a dudas puede ser sancionada por la norma concursal con su declaración de ineficacia.

La decisión asamblearia que estamos analizando y que resultará en un perjuicio económico para los acreedores falenciales del accionista, por cuanto éste no puede ejercer el derecho de preferencia, debe ser notificada personalmente al síndico y comunicada con la antelación prevista por el artículo 237 de L.G.S. en el proceso falencial, a fin de recabar su autorización, pues importa un acto perjudicial para los acreedores falenciales, realizado con pleno conocimiento del estado de cesación de pagos de la accionista minoritaria cuya participación fue licuada por parte del directorio y de los accionistas mayoritarios

En nuestra opinión, la convocatoria publicada por edictos en el boletín oficial es insuficiente para poner al juez del concurso, al síndico y los acreedores falenciales en conocimiento de su celebración y no puede suplir la necesaria autorización judicial para llevar a cabo el aumento en la forma en que se hizo.

Corresponde entonces adecuar la norma societaria a la norma concursal, la que prevalece por resguardar un interés público preponderante.

6. Conclusiones

Cuando un accionista de la sociedad está en quiebra, el órgano de gobierno del ente societario se ve afectado por las normas concursales.

El ordenamiento concursal tiene efectos transversales que no pueden ser desconocidos u omitidos por los órganos societarios.

En ese contexto, no es posible otorgar virtualidad jurídica a una decisión asamblearia perjudicial para los acreedores falenciales, llevada a cabo con pleno conocimiento del directorio y de los accionistas mayoritarios y con la expresa o tácita conformidad de la fallida. Sin dudas, el aumento de capital que licúa el valor del activo falencial decidido sin conocimiento del síndico ni autorización del juez del universal puede ser declarado inoponible frente al concurso, por distintas vías legales.