

## LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS ANTE EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA QUIEBRA

ESTEBAN C. ALLESSANDRI - NÉSTOR J. GAVINO

### *PONENCIA*

Las dificultades que se observan al cotejar las disposiciones de la Ley de Sociedades y de la Ley de Concursos que se contraponen entre sí, llevan a proponer la sanción del siguiente artículo a incorporar a la ley 19.550, aunque indistintamente podría formar parte del ordenamiento concursal o del societario, con las lógicas adecuaciones del texto, ya que en el caso de incorporarlo a la Ley de Concursos, las modificaciones podrían agregarse a la regulación de cada uno de los temas mencionados.

“En caso de presentación en concurso preventivo de una persona de existencia ideal regida por esta ley, tal acto importará de pleno derecho la aplicación de los efectos previstos en el Título II, Capítulo II, Sección II de la ley 24.522, con excepción de lo normado por los arts. 20, párrafos cuarto a séptimo, y 21, casos éstos en que regirán desde la apertura del concurso. Asimismo, tanto para la tramitación de la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial como para la conversión del trámite de una quiebra en concurso preventivo de tales personas jurídicas, será aplicable el procedimiento fijado por el art. 6º de la ley 24.522. Si las propuestas de acuerdo, tanto en el acuerdo preventivo judicial como extrajudicial, se refieren a cuestiones englobadas en el art. 244, última parte, de esta ley, será necesario acreditar la decisión favorable del órgano de gobierno con la reunión de las mayorías allí previstas, decisión que deberá ser acreditada hasta el momento de celebrarse la Junta Informativa prevista en el art. 45., penúltimo párrafo, de la ley 24.522.

### *FUNDAMENTOS*

Con referencia a las relaciones entre el derecho societario y el derecho concursal es evidente la estrecha y mutua influencia entre ambas ramas del derecho comercial, especialmente, según nuestro criterio, del derecho

concurstal sobre el derecho societario, cuando se da el presupuesto económico de aquél: la cesación de pagos.

El hecho que la figura de la empresa asuma generalmente forma societaria y que al respecto el objetivo del ordenamiento concursal vigente sea su conservación o salvataje o, en última instancia y si se permite el término, su aniquilación, señala la estrecha vinculación referida.

Las previstas por ambas leyes son todas situaciones por las que en algún momento atraviesa la empresa o al menos es probable que atraviese. Pretender separarlas tajantemente, sería como pretender separar distintas formas y etapas de la medicina, ciencia que debe ser considerada como un todo integral.

Ahora bien, entrando concretamente al tema, sabido es que distintos son los efectos que se producen sobre una sociedad comercial y sus órganos según nos encontremos con un concurso preventivo o con una quiebra.

Según la legislación vigente, veamos que:

**I.** En caso de apertura del concurso preventivo de una sociedad, ésta continúa actuando y sobre sus órganos surgen efectos inmediatos:

a) **Órgano de administración:** Conserva la facultad de seguir administrando bajo la vigilancia del síndico, con actos prohibidos, actos permitidos previa autorización judicial y actos libremente permitidos, conformen lo estipulan los arts. 15, 16 y 17 de la ley 24.522.

Es decir, la administración como enseña la doctrina, durante este período reúne tres caracteres: vigilada, limitada y precaria o revocable, esto último si realiza alguno de los actos prohibidos o sin previa autorización judicial, omite o falsea información al concurso, omite la comunicación, o en caso de ser superior a cuarenta días, viole la prohibición de salida del país o realice algún acto de perjuicio evidente para los acreedores.

El principal efecto, entonces, que opera la apertura del concurso preventivo respecto de la administración de los bienes del deudor, en nuestro caso la persona de existencia ideal, es el establecido por el art. 15 de la ley 24.522.

*“El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”.*

Es decir, que a diferencia de lo que ocurre en el proceso de quiebra, en el que como consecuencia del desapoderamiento el deudor pierde la facultad de administrar y disponer de sus bienes, en situación de concurso preventivo los administradores sociales continúan en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, una característica que no puede soslayarse, respecto de esta cuestión, es la siguiente:

La facultad que acuerda el citado art. 15 de la ley 24.522, tiene los caracteres de *vigilada, limitada y precaria o revocable*, en base a los mencionados arts. 16 y 17.

- 1) *Vigilada*, por el control del síndico sobre los actos de administración.
- 2) *Limitada*, por cuanto la ley impone ciertas restricciones como consecuencia de la especial situación en la que se encuentra la sociedad. Así, el art. 16 de la ley 24.522, establece: a) actos prohibidos (no pueden ser celebrados por la empresa en concurso preventivo y consecuentemente sus administradores ven recortadas sus facultades normales), y b) actos que para poder celebrarlos requieren el cumplimiento de un procedimiento, esto es, deberá solicitarse la autorización judicial previa.
- 3) *Precaria o revocable*, en la medida en que si los administradores sociales realizan actos prohibidos o actos sujetos a autorización judicial sin haberla obtenido en forma previa, podrán ser separados de la administración, o bien limitar su accionar mediante la designación de un coadministrador o un interventor-veedor, según la gravedad del actuar (arg. art. 17 de la ley 24.522).

Los administradores separados, así como aquellos que continúan en funciones con conjunto con el coadministrador o con el interventor-veedor, no obstante la sanción impuesta mantienen y conservan, de manera excluyente, las facultades y legitimaciones que la normativa concursal le asigna al concursado (impugnar los créditos que se insinuaron en el proceso concursal, observar el informe general, presentar la propuesta de acuerdo, asistir a la junta de acreedores, intervenir en los incidentes de verificación tardío, de revisión, solicitar la conclusión del concurso, etcétera).

En tanto se faculta al deudor concursado para que pueda solicitar autorización judicial para continuar con los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, los administradores de las sociedades concursadas deben procurar que sus representadas no puedan verse perjudicadas en su normal funcionamiento, por la eventual posibilidad de interrupción abrupta de los contratos que hubieran celebrado cuando se encontraban *in bonis*.

Para ello y de conformidad a lo previsto en el art. 20 de la ley 24.522, deberán efectuar las peticiones conducentes para obtener la conformidad del juez del concurso, a los efectos de que tales contrataciones se mantengan y de esa manera la sociedad no vea resentida su normal actividad.

Entonces, aparece claro que en situación de concurso preventivo de una sociedad sus administradores naturales continúan desempeñándose de manera normal, con las salvedades que hemos destacado.

Sentado lo expuesto, corresponde precisar que el órgano de administración de la concursada puede llevar a cabo todos los actos que hagan al giro ordinario de sus negocios, entendiéndose por tales aquellos que se vinculan con la operatoria normal y habitual, para lo cual no resulta necesario requerir ningún tipo de autorización judicial, ni quedan alcanzados por la vigilancia del síndico

concurzal, la que en el caso se limita a comprobar su corrección, ya que la vigilancia del síndico en cuanto a la administración por el concursado, específicamente está direccionada a evitar que se celebren actos en violación a lo previsto en el art. 16 de la ley 24.522, pero en modo alguno puede entenderse como una intromisión en la administración ordinaria del giro comercial.

Ahora bien, es sabido que entre la presentación judicial solicitando la formación del concurso preventivo y la resolución de apertura, transcurre un tiempo que fácilmente puede estimarse en casi veinte días hábiles.

También es mayoritariamente pacífica la opinión de la doctrina, en el sentido de que los efectos de la apertura del concurso preventivo se producen desde la resolución judicial que admite la petición formulada por el deudor, si bien se admite que ellos tienen retroactividad a la fecha de la presentación.

No obstante esto, es incuestionable que el presupuesto económico del concurso —estado de cesación de pagos— ya está expresamente reconocido por el deudor, toda vez que así lo exige, como requisito de admisibilidad de la petición, la normativa vigente (arg. art. 1º, primer apartado, ley 24.522).

Entonces parece necesario y conveniente producir un cambio en la legislación concursal o societaria, que haga aplicable, desde el momento mismo de la presentación judicial, la operatividad de los efectos que analizamos *supra*, con el objeto, básicamente, de proteger la integridad del patrimonio del deudor, al mismo tiempo patrimonio societario, que en definitiva reconoce su titularidad última en quienes integran la persona jurídica, aun cuando no la administre y que también, como los acreedores, pueden verse perjudicados por una insuficiente tutela legal ante dificultades económico-financieras que la presentación del concurso ponen de relieve como una expresa confesión de tales dificultades.

En este aspecto, es de destacar que el Proyecto de Reformas a la Ley de Concursos que elaboró la Comisión de Juristas creada por la resol. n° 379/91 del Ministerio de Justicia de la Nación, expresamente proponía la “apertura inmediata” del concurso, sin sujetarse la misma al cumplimiento de la totalidad de los requisitos formales de la presentación (ver arts. 11, 18 y 19, este último con respecto a la sanción por el incumplimiento de esos requisitos formales).

Por su parte, la doctrina de los autores ya había advertido sobre la problemática que hoy proponemos. Concretamente los Dres. Héctor J. Foiguel López y Jorge A. Donadío, en su *Manual de Concursos*, 49/52 (ed. Universidad y Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1987) formulan críticas a aquellos que sostenían que la labor del juez entre la presentación en concurso y la resolución de apertura del mismo, se resumía a la de un mero expectador.

Estas posturas no sólo protegen o benefician a los acreedores del concurso, sino también a los integrantes de la sociedad que no la administran.

b) *Órgano de gobierno*: No se modifica en general su competencia, salvo en un único aspecto, ya que no puede hacer lo que el Órgano de Administración tampoco puede realizar. El art. 6° de la ley 24.522, faculta a la Asamblea General Ordinaria para decidir la continuación del trámite. Como explica muy bien Alegria en *Algunas Cuestiones de Derecho Concursal* (148/150, n° 2, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1975), en realidad no se trata de una ratificación como dicen los títulos de la ley vigente, sino de un problema de competencia interna de distintos órganos.

Sin embargo, en la ley actual de quiebras no se trata en especial la propuesta de acuerdo por cesión de bienes como lo hacía la ley 19.551, sino que lo hace en general con las demás formas de contenido de propuesta, y ahora no aparece como restricción, la obligación de reunir la mayoría necesaria para modificar el contrato social. Parece un error ya que, por ejemplo, una ínfima minoría en la conducción puede proceder a ceder los bienes, formar sociedad con los acreedores o situación semejante.

Ello admite la posibilidad de entrar en colisión con el art. 244, segunda parte, de la L.S., que exige mayorías especiales para ciertos supuestos, algunos de los cuales pueden producirse por ese tipo de propuesta, o bien, incurrirse en las causales de disolución del art. 94 de la L.S., sin pasar por esas mayorías especiales.

**II. Acuerdo preventivo extrajudicial:** a) La ley 24.522 regula en sus arts. 69 y siguientes esta figura, mejorando notablemente el texto de la ley 19.551, exigiendo, por ejemplo, su homologación judicial aun cuando igual sea obligatorio sin ella para los firmantes, salvo pacto en contrario; requiere las mismas mayorías que para el concurso preventivo judicial (sobre el pasivo total quirografario y privilegiado, no meramente sobre el de los firmantes del acuerdo).

b) *Órgano de gobierno*: Sin embargo la regulación legal no prevé la decisión del órgano de gobierno societario, sobre un trámite similar a la del art. 6° en caso de concurso judicial, es decir, la mal llamada ratificación, lo que nos parece un serio error.

El art. 71 de la nueva Ley Concursal da total libertad respecto al contenido de este acuerdo. Aquí también podría entrarse en conflicto con las previsiones de mayorías especiales del art. 244, segunda parte, de la L.S., o producirse alguno de los supuestos del art. 94 del mismo cuerpo legal. Forzando la interpretación, podría llegar a entenderse —por estar esta figura en capítulo separado del mismo Título II, en que se regula el concurso preventivo—, que la decisión de la Asamblea no es necesaria. Sin embargo, ese Capítulo VII, que regula este acuerdo extrajudicial, es específico para esta figura y no lo prevé, por lo que la posibilidad de conflicto aparece latente.

**III. En caso de quiebra, sucede que:** a) Con respecto a la sociedad: Es fundamental reconocer que la nueva ley concursal vigente, trae como instituto novedoso la posibilidad de conversión de la quiebra en concurso preventivo, en caso que sea decretada a pedido de acreedor, derecho que también le asiste a los socios de responsabilidad ilimitada (art. 90, ley 24.522).

Sin embargo, la ley 24.522 para esa conversión sólo exige cumplir con los requisitos formales del art. 11 y no dispone un procedimiento similar al del art. 6º en el supuesto de solicitud de formación de concurso preventivo por sociedades comerciales, lo que puede traer dificultades interpretativas de relevante importancia, ya que según se sostenga su aplicación o no, dependerá la continuidad del trámite o la sanción de desistimiento, con las consecuencias sabidas al respecto.

En los demás aspectos no hay modificaciones sustanciales del régimen societario, ya que:

- 1) Se produce la disolución *ipso iure* (según Alegria y Farina; en contra, Cámara).
  - 2) No pierde personalidad y subsisten sus órganos con obvias limitaciones.
  - 3) La liquidación concursal no es sinónimo de liquidación societaria, ya que existe un derecho eventual al remanente (art. 228, ley 24.522).
- b) Los *órganos sociales* no son reemplazados por el síndico, pero: quedan desapoderados; pueden recurrir la sentencia de quiebra, realizar actos conservatorios judiciales, observaciones a los créditos y a la actuación de los órganos del concurso (art. 110, ley 24.522, que mejora en detalles de redacción lo ya admitido por la jurisprudencia al respecto).