

“LA CRISIS DE LA ORGANIZACION SOCIETARIA”

Por: Dra. Lidia Vaiser¹

I.- COMO ENCARAR DOCTRINARIAMENTE EL TEMA:

El tema asignado a este distinguido panel presenta una tentación de la cual resulta muy difícil sustraerse.

A lo largo de los Congresos Iberoamericanos que hemos celebrado, organizados por nuestra Institución, se ha ido profundizando una línea de opinión, que no es ajena a lo que a menudo plantea la doctrina concursal universal, cuando es colocada ante la necesidad de dar respuesta al acuciente problema de las crisis empresarias; esto es: abordar el fenómeno de la insolvencia y sus soluciones a través de los remedios preventivos que ofrece el derecho societario. De allí la referencia a la crisis de la “estructura” societaria, según interpreto.

Si se trata entonces de la “crisis de la estructura societaria”, difícil resulta no pensar de inicio en las ricas enseñanzas del profesor Richard² en punto a la infracapitalización de las sociedades comerciales y a la responsabilidad de accionistas y administradores en el cumplimiento de las cargas que le son propias, vale decir: las obligaciones que impone al buen hombre de negocios, (paradigma clásico del Derecho Societario), la intervención temprana y anticipatoria de los órganos de administración y de gobierno, con el fin de evitar la profundización de la crisis y el deterioro irreductible de la empresa.

¹ Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal; Presidente de la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; Miembro de INSOL y de AEDIN, Asociación. Española de Estudios sobre la Insolvencia.

² Ver por todos: RICHARD, Efraín Hugo: *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)* En Ed.ERREPAR, Revista de Derecho Societario y Concursal Septiembre 2009, donde actualiza y formula un histórico repaso de sus nutridas tesis.

Pero nos hemos inclinado en varios trabajos por otro abordaje; por el mejoramiento de los procesos y procedimientos concursales, desde la organización de un régimen de responsabilidad de administradores y fiscalizadores sociales, autónomo e incorporado al sistema concursal. Hasta la creación de un sistema propio de ayudas públicas, dentro de los textos normativos, siguiendo las enseñanzas de Beltrán Sánchez. Y en fin, en una serie de parámetros uniformes tendientes a la eficiencia de los procesos que - en ultima ratio - apunta igualmente a la preservación de la empresa, o a la de sus principales activos, con vistas a su reinserción en otros proceso productivos, aún en el caso de arribarse a un proceso liquidativo ³

Volviendo al tema y pese a la casi ineludible dirección a que nos lleva, hemos optado por un enfoque muy concreto también: EL IMPACTO DEL CONCURSO SOBRE LAS ESTRUCTURAS SOCIETARIAS, o más precisamente: sobre sus actores principales: la sociedad, los socios y los administradores. Es decir: ya instalada la crisis y abierto el proceso concursal, cuales son sus efectos sobre los órganos societarios y aún sobre la misma persona jurídica de la sociedad concursada.

Desde esta perspectiva se disparan innumerables temas e innumerables problemas, pero a fin de centrarnos en aquellos que desde nuestro punto de vista revisten mayor interés general, nuestra intervención versará solamente sobre tres aspectos:

1.- La administración societaria durante la etapa del concurso preventivo o liquidativo

2.- La disolución de la sociedad por la quiebra

³ Ver a modo de síntesis. “Un régimen de concursos ideal”; nuestra ponencia al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal”; y más recientemente “El Derecho Concursal y la Crisis Económica Internacional”; Microjuris; 13-ago-2009 | Doctrina MJ-DOC-4346-AR | MJD4346

3.- El impacto del concurso sobre los grupos de sociedades

II.- EL PRINCIPAL EFECTO DEL CONCURSO SOBRE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACION SOCIAL: SU DESPLAZAMIENTO PARCIAL O TOTAL.

Según los distintos regímenes que imperan en Iberoamérica, la apertura del proceso concursal, ya sea en fase única o –como en la Argentina – en la doble concepción de concurso preventivo y quiebra, produce la inmediata ingerencia de los funcionarios u órganos del concurso en la administración societaria.

No siempre ese *grado de ingerencia*, - dicho así y en términos generales, como facilitador de la comunicación antes que como purismo técnico -, presenta las mismas dimensiones o incidencias.

Italia, por las especiales características de su régimen concursal, regula los efectos inmediatos que la quiebra sobre los bienes del fallido.

Así en el art. 42 de la legg. fall. y en relación al patrimonio del deudor, se establece que la sentencia que declara la quiebra priva, desde su fecha, al fallido de la administración y de la disponibilidad de sus bienes existentes a la fecha de declaración de quiebra.

En norma anterior a este dispositivo, el art. 31 ya había establecido que el síndico tiene la administración del patrimonio de la quiebra y cumple todas las operaciones del procedimiento bajo vigilancia del juez delegado y del comité de acreedores, en el ámbito de las funciones al mismo atribuidas.

Y de su lado, el art. 104, dispone que con la sentencia declarativa de quiebra, el tribunal pueda promover la continuidad provisoria de la empresa, dejando en manos del síndico y del comité de acreedores la gestión y la renovación de los períodos continuativos.-

En el derecho Mexicano y durante la etapa de la conciliación, la administración de la empresa corresponde al concursado. En ejercicio de este derecho, podrá efectuar las operaciones ordinarias incluyendo los gastos indispensables, debiendo ser controladas por el vigilador. El conciliador solo decidirá sobre contratos pendientes, enajenación de activos y sustitución de garantías cuando no pertenezcan al giro ordinario de la empresa.

Y si se decretara la remoción del comerciante o de los órganos de la administración, el conciliador asumirá las facultades del síndico a dichos efectos.

En el derecho positivo colombiano, el art. 17 de la Ley 1116, establece los efectos de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con relación al deudor: A partir de la presentación de la solicitud se prohíbe a los administradores la adopción de reforma estatutarias; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, ni enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor

España, en la ley de 2003 capítulo I, dispone los distintos alcances de las facultades que competen al concursado, según se trate de un concurso voluntario o necesario: En caso de concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas, a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad.

En el caso del concurso necesario, se suspenden las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, siendo sustituido por los administradores concursales. No obstante el juez puede decretar la suspensión de los órganos, en caso de concurso voluntario, o la intervención en caso de concurso necesario, señalando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener.

Finalmente, en la reciente ley del Uruguay, en su Sección 3^a prescribe, entre los recaudos de la sentencia de declaración del concurso, la suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso según corresponda.

Dejemos en claro que aunque la normativa comparada que se ha ido mencionando refiera al “deudor”, “concurtido” o “comerciante”,⁴ desde el punto de vista de nuestro análisis los mismos efectos que habrán de señalarse recaen sobre el órgano de administración o de gobierno de la sociedad, conforme el tipo societario del que se trate. Y puede verse también que, según los casos referidos, la ingerencia de los órganos o funcionarios concursales en la administración del concursado, puede producirse con la petición de concurso o con la declaración de concurso. División que se repite en relación a otros efectos igualmente importantes que el proceso concursal produce.

Así también, que en casi todas las legislaciones existen durante el proceso concursal, sanciones por la violación de las reglas relativas a la actuación de los administradores, en cuanto a su rol de tales en el concurso, que normalmente lleva a la separación del cargo, a la condena por los daños y perjuicios irrogados a los acreedores o, como en el caso del ordenamiento concursal de mi país, a la ineficacia de los actos cumplido contrariando el régimen de administración controlada.

Analizaré seguidamente las disposiciones de la ley argentina. Para el caso de concurso preventivo la ley 24522 establece que el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico⁵

Sin embargo, el concursado debe pedir autorización judicial para los actos relacionados con bienes registrables, los de disposición o locación de fondos de comercio, los de emisión de títulos en serie con garantía especial y cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria del giro comercial. Dadas estas

⁴ Circunstancia que puede verse como rémora de un Derecho tan antiguo que puede remontarse al nacimiento mismo de las normas concursales.

⁵ Art. 15

características la doctrina interna ha denominado este régimen de administración como un desapoderamiento atenuado⁶, por oposición a lo que resulta de la quiebra, donde el concursado queda desapoderado *ipso iure* de la administración de sus bienes.

Puede decirse que la mencionada autorización, explícita o implícitamente, es regla general del derecho iberoamericano. Y la común dificultad sobre su interpretación estriba en establecer cuando un acto excede la naturaleza del giro comercial, o dicho de otro modo, cuando se trata de un acto de administración ordinaria o de administración extraordinaria.

Parece una verdad de a puño que la concepción sobre el giro ordinario guarda íntima vinculación con el objeto social. Sin embargo, Tonón bien ha expresado que no existe un criterio seguro para distinguirlos, problema que aqueja también a la doctrina extranjera. El autor, no obstante, arriesga que los actos de administración ordinaria son aquellos que resulten normales, desde el punto de vista de la actividad de la empresa; de la significación económica (en consonancia con la anterior, agregamos) y de la habitualidad con que se realizan.⁷

En un fundado e ilustrado catálogo de casos tratados por la jurisprudencia nacional, Heredia menciona una serie de actos que han sido considerados como de administración ordinaria; así por ejemplo:⁸

- El cobro de créditos;
- La obtención de créditos;
- El pago de un cheque entregado con anterioridad a la convocatoria;
- El pago de los honorarios aprobados al síndico societario;
- Acogerse a una moratoria impositiva;
- Otorgar mandatos y revocarlos;

⁶ La expresión proviene de Tonón, Antonio, en su maravillosa obra “Derecho Concursal”, Tomo I; tronchada por una desaparición temprana del autor. También en la doctrina italiana se alude al *spossessionamento attenuato o parziale*, expresión utilizada por Provinciali, y Pajardi entre otros

⁷ Ob. Cit. Pág 114

⁸ Heredia, Pablo D. “Tratado exegético de Derecho Concursal” Tomo I, pág.423/4

- Los actos relacionados con la administración de los bienes que el concursado posee en propiedad fiduciaria o sea, como fiduciario.

En la jurisprudencia argentina existe además un número elevado de situaciones, que valga la mención, aparecen en la quiebra subsiguiente a un concurso preventivo fracasado, y con motivo de la declaración de ineficacia de los actos celebrados en infracción a las normas ya señaladas (art. 15, 16 y 17 LCQ 24522)⁹

La que con mayor habitualidad se da, es en materia de locaciones, especialmente de fondos de comercio, dado que la expresión “actos relacionados con bienes registrables” que la ley adopta y que ameritan un pedido de autorización judicial, puede llevar a alguna perplejidad interpretativa.

III.- EFECTOS DE LA QUIEBRA SOBRE LA SOCIEDAD

El conflicto típico que se genera aquí es si la declaración de quiebra produce o no *ipso iure* la disolución de la sociedad.

Es un problema universal ya que la preocupación se advierte en el derecho comparado al igual que en la doctrina de la Argentina, donde según la LSC 19550, la declaración de quiebra conlleva la disolución de la sociedad comercial. (Art. 96, Inc. 4)

Como lo señala Cámara, en contra de nuestro dispositivo legal la ley Española de Sociedades Anónimas establecía (antes de su reforma en 1989) que la quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente, como consecuencia de la resolución judicial que la declara (artículo 150 in fine)

⁹ Valga aclarar que para gran parte de la doctrina nacional, la quiebra sucedida como fracaso del concurso preventivo constituye un nuevo proceso, y no una continuación del anterior. Lo cual introduce una serie importante de problemas legales a resolver.

Enseña el mismo autor que una cuestión adicional e interesante es como obra esta causal de disolución social en los países que la admiten, según la división tradicional - *ipso iure* y *ex voluntate* - que el legislador contemporáneo tiende a abandonar en aras de la conservación de la empresa.¹⁰

Según las expresiones del profesor Dasso en una conferencia recientemente pronunciada ante el III Congreso Nacional Colombiano de Derecho Concursal, este dato es de singular importancia, pues existiría un cambio de paradigma en los más recientes regímenes que disciplinan el concurso: de ponerse el acento en la satisfacción de los acreedores, se ha pasado a privilegiar la conservación de la empresa, principio nunca abandonado por el Derecho Concursal desde tiempos inmemoriales.

Ya el propio Cámara, en la obra citada, se inclinaba por una interpretación que no llevara a la disolución instantánea de la sociedad, sino que la misma fuera producida por el agotamiento del activo como consecuencia de la liquidación de todos los bienes del concursado.

Otro tema de singular trascendencia es que en muchos casos el proceso liquidativo producido por la quiebra, puede interrumpirse mediante avenimiento o convenio con los acreedores.

Y en cuanto al derecho societario compete, señalaba el maestro cordobés que ya en 1982 y en el artículo 220 el Código de Comercio de Colombia admitía que los socios eviten la disolución, adoptando las modificaciones que sean del caso, siempre que el acuerdo se tome dentro de los seis meses de conocida la causal de disolución. Una perla, a no dudarlo, para el Profesor Richard.

La reactivación de las sociedades en liquidación es un tema que interesa a la doctrina de todas las latitudes. Sobre el particular recomiendo vivamente la magnífica obra de

¹⁰ Cámara, Héctor: "Efectos de la quiebra sobre las sociedades comerciales" en Revista del derecho comercial y de las obligaciones, 1982, páginas 336 y siguientes.

García- Cruces “La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada en liquidación”¹¹.

Ya en relación a la doctrina italiana, Cámara nos recuerda a Bonelli, cuando expresó que *ill fallimento* implica transformación acarreado la desaparición el ente, sustituido por *l'ente fallimento sociale*. En tanto Vivante resiste dicha conclusión: Si la quiebra, que puede derivarse de una simple suspensión de pago, viniera a parar en una inevitable disolución, se obtendría un efecto desproporcionado con grave perjuicio para el ejercicio del crédito y de la industria, confiado en mayor parte a la empresas sociales, punto de vista que suscribe Sraffa; la sociedad en quiebra no supone necesariamente una sociedad en liquidación es decir, disuelta.¹²

De su lado, Provinciali sostiene *che l'effetto dall'apertura del fallimento e' lo scioglimento, non la estizione della società*, pues no se puede concebir la actividad en favor o en contra de un sujeto que no existe, que estaría fuera del mundo jurídico... Los problemas de la extinción surgen después, por efecto del *fallimento attuato* y no del *fallimento dichiarato*¹³

Finalmente y luego de analizar profundamente el derecho extranjero y las controversias de la doctrina argentina, ello tanto como la aparente incongruencia del derecho positivo nacional (artículos 94 inciso 6 y 99 de la ley 19550 de Sociedades comerciales; y el artículo 225 de la Ley de concursos 24522, que admite el avenimiento como modo de extinción del proceso de quiebra) el gran maestro cordobés se inclinó decididamente por la subsistencia de la sociedad en base a lo dispuesto por el art. 100 de la Ley de Sociedades, norma *de interpretación*, como el mismo cuerpo legal le atribuye, en cuanto estipula que “*En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.*”

¹¹ García- Cruces González, José Antonio ; Ob. Cit. Aranzadi Editorial.-

¹² Sraffa, Fallimto delie societa, Milano, 1948, II, Pagina 557; Cit. Cámara, Ob. Cit

¹³ Camara; Ob. Cit, Pagina 346.

IV.- LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS GRUPOS ECONÓMICOS

Se trata sin duda de un tema acuciante, sobre el cual no me detendré excesivamente, visto que existe en este Congreso otro panel que se expedirá precisamente sobre la misma cuestión.

Pero se me impone incursionar en los problemas que acarrea el concurso sobre las estructuras grupales, ya que hoy día difícil resulta considerar únicamente la empresa individual.

También la noción de grupo está en crisis y la razón ser de esta crisis se explica fácilmente si tomamos en cuenta la penetración de todas las fronteras, las físicas y las jurídicas, que el fenómeno de la globalización económica ha traído. Las pautas directrices que el derecho alemán, siempre traído en consideración, ha desgranado sobre la organización de los grupos económicos, debe responder hoy a los severos embates de la realidad.

No escapa a estos fenómenos la estructuración de los grupos societarios, que son el objeto de nuestro estudio. Lo que de manera singular nos trae siempre de la mano el acuciante problema de la *insolvencia transfronteriza*¹⁴

En esta ocasión nos preocupa saber cual es el tratamiento que las leyes de concurso acuerdan , en relación a la crisis económica de los grupos económicos o societarios.

En una reciente conferencia pronunciada por el Profesor Francisco Reyes Villamizar¹⁵, el disertante incursionó en el duro tratamiento que la ley colombiana

¹⁴ Puede verse con gran provecho sobre el tema, la importante obra “Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia”, perteneciente al Dr. David R. Sotomonte Mujica, joven e inquieto jurista colombiano. Editado por la Universidad Externado; en el presente año de 2009

¹⁵ III Congreso Colombiano de Derecho Concursal; Cartagena, 26/29 de Agosto del corriente año, magníficamente organizado por el Capítulo Colombiano del IIDC, por lo que dedico la referencia a

dispensa a los grupos, particularmente en su artículo 69, que posterga o subordina automáticamente los créditos de las personas “relacionadas con el deudor”.

En esa nomenclatura, el art. 24 de la ley 1116 introduce tanto las relaciones de parentesco como “la existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial”. La cual y a nuestro modo de ver incluye “tener o haber tenido, en el mismo período indicado en el numeral anterior (cinco últimos años) representantes o administradores comunes” señalada en el parágrafo anterior.

La rigurosa concepción de la ley colombiana, guarda estrecha relación con la doctrina del abuso del derecho, aunque llevada a extremos, dado que no se aprecia en la legislación iberoamericana normativa de tales alcances ¹⁶

Puede verse también que la ley colombiana no refiere exclusivamente al grupo de sociedades, sino al denominado grupo económico, de fronteras más inciertas.-

Contrariamente, la ley argentina 24522 hace foco en la noción de grupo de sociedades, aunque no pueda descartarse que el art.161, inc. 1, remita al *grupo personal*, sin vínculos de subordinación participacional y bajo la concepción de la *doctrina de la apariencia*.

Si bien el art. 172 legitima y mantiene indemne de consecuencias a los grupos económicos, en tanto no incurran éstos en conductas de abuso o desvío del interés social, si se producen tales eventos la normativa es igualmente drástica, dado que el efecto contemplado en tal caso es la *extensión de la quiebra*.(art.161; 2)

Hemos señalado reiteradamente que el art. 161; 2 de la ley 24522, refiere directamente al *grupo de derecho*, dado que el elemento calificante de la extensión

los Dres. German Monroy Alarcón, Juan José Rodríguez Espitia y Diana Rivera, artífices de tan lucido acontecimiento académico.

¹⁶ Sobre el tema puede verse nuestra obra “El Abuso del Derecho en los Proceso Concursales” (Ed. Ad-Hoc, 2008) que fuera prologada por el Prof. Jesús María Sanguino Sánchez, Creador y Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, a quien siempre dedicaré un recuerdo de mi perenne admiración y cariño.

de la quiebra, esto es: el abuso y el desvío del interés social, se encuentra referido a la persona que ejerza el control participacional interno o de derecho, (en la concepción del Maestro Julio César Otaegui¹⁷)

Sin embargo hemos arriesgado en más de una ocasión, en trabajos que han sido recogidos por la jurisprudencia interna, que la extensión de la quiebra según el derecho argentino, puede alcanzar al *controlante externo* y hasta al grupo personal, como quedó insinuado en párrafos anteriores y en referencia al art. 161;1 LCQ.¹⁸

Una cuestión no menos interesante del derecho positivo argentino, es la creación por la ley 24522 del “concurso en caso de agrupamiento”, una inédita organización de concurso preventivo múltiple.

Tampoco en este caso el sujeto del concurso está muy bien delimitado o delineado, dado que el art.65 concede el beneficio a “*dos o más personas físicas o jurídicas que integren en forma permanente un conjunto económico*”. Como puede verse, la nomenclatura jurídica puede alcanzar un gran número de supuestos: desde el grupo societario, el grupo económico o el grupo personal, hasta las relaciones entre garante y garantido o, como se ha visto en la práctica reiteradamente, a los cónyuges durante el matrimonio.

Claro está y se impone destacarlo, que el concurso del agrupamiento no es tan “grupal” como parece, por cuanto el de cada sujeto implicado tramita por expediente separado, aunque ante el mismo juez. Y el más intenso efecto “grupal” se da en la posibilidad concedida por el legislador, de recurrirse a la *unificación del pasivo* concurrente a cada uno de los procesos¹⁹ . Ello así y a los fines de la clasificación de los acreedores, el tratamiento de la propuesta concordataria y la obtención de las mayorías; en suma: la celebración de un concordato “grupal”²⁰

¹⁷ Puede verse entre muchas otras, su magnífica obra “Administración Fraudulenta”

¹⁸ Sobre el tema, nuestra ponencia al IV Congreso Argentino de Derecho Concursal: “Extensión de la quiebra: control de hecho o solamente de derecho ¿?”

¹⁹ Que con poco rigor expresivo y algún azoramiento se denomina “propuesta unificada”

²⁰ Puede verse nuestro ensayo “Concurso en caso de Agrupamiento” en Rev.Jurídica La Ley; 2002-C-378; con igual título: Games, Luis María; en El Derecho 197-374 ; en la misma publicación:

A modo de conclusión valga mencionar que este ingenioso “invento argentino”, pasado por el tamiz de la doctrina y la jurisprudencia, ha dado el fruto de algunos procesos exitosos. De modo tal que el instituto, si bien no responde en algunos aspectos y estrictamente a la ortodoxia jurídica, constituye una herramienta más en la lucha permanente por minimizar los efectos perniciosos de la insolvencia.

Reggiardo, Sergio: “Algunos aspectos del concurso en caso de agrupamiento en nuestra doctrina y jurisprudencia reciente” ; Moro, Carlos: Grupo Concurso y Competencia; ED 183-420

