

LA EFICIENCIA OPERATIVA Y LA LEGISLACIÓN FRENTE A LA CRISIS DE SOCIEDADES: EQUILIBRIOS ENTRE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y LA CONCURSAL. LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES.

Israel CREIMER

1. El título. Prolegómenos.

El título que se le puso a este panel no es muy claro. Seguramente cada uno de los que intervienen en él hará un enfoque diferente.

Intentaré separar los temas sugeridos y formular algunas conclusiones.

En primer lugar analizaré la eficiencia del derecho concursal, remedio clásico en caso de crisis.

Luego se examinarán las soluciones extrajudiciales a las crisis que provienen del derecho societario y las del derecho concursal o para concursal.

También se hará referencia a la interconexión entre el derecho societario y el concursal.

Para terminar con algunas conclusiones.

2. La eficiencia del derecho concursal.

Las crisis de las empresas son inevitables en la economía de mercado. La ley concursal no puede resolver este problema, sólo puede intentar minorar los costos que una crisis tiene para la economía, en general.

Tenemos que apreciar el aporte del derecho concursal con humildad porque, de acuerdo a estadísticas que son válidas en casi todo el mundo, lo que se recupera en un concurso de acreedores llega a un 10% de los créditos o menos aún.

Debe ponerse particular énfasis en la viabilidad de una empresa que ya ha fracasado para seguir conservándola, de acuerdo a las tendencias más modernas, de conservación de la empresa en crisis. A veces, es más conveniente la extirpación quirúrgica de una empresa concursada.

Un tema relevante es el del presupuesto objetivo de concurso. Sobre este tema he presentado una ponencia en el anterior Congreso Argentino, celebrado aquí mismo hace tres días¹.

¿Cual es el momento en que se debe solicitar el concurso? En general, los autores modernos se inclinan hacia el tratamiento prematuro de la crisis.

Pero, a veces, la sola palabra concurso produce efectos muy negativos en la actividad empresarial, condenándole definitivamente al fracaso. Eso, quienes trabajamos prácticamente, lo hemos visto muchas veces. Es un problema de mentalidad de los operadores que viene de siglos atrás, que es muy difícil de desterrar. Además, como ya se señaló, los resultados que, aún hoy, se obtienen prácticamente para los acreedores, con leyes modernas, son muy limitados.

1 Creimer, Israel "El presupuesto objetivo del concurso" publicado en "Crisis y Derecho" T.I FESPRESA. Pág. 53 y ss.

3. Soluciones extrajudiciales.

3.1 Las soluciones emanadas del derecho societario.

La ley societaria prevé mecanismos de alerta para informar a los socios y administradores.

Si al vencer un año, en la necesaria asamblea ordinaria de accionistas, las cuentas de resultados arrojan números negativos es que la sociedad no genera utilidades. Esto es el motivo por el cual se crean las sociedades mercantiles.

El propio directorio, o los síndicos, y en su caso, la comisión fiscal debe observar el funcionamiento de la empresa y determinar si su capital o, más precisamente, su patrimonio, se adapta al objeto social, si la sociedad ha generado o ha perdido. Si precisa, o no, más capital.

Para reforzar su capital puede emitir nuevas acciones que adquieren los socios ya existentes o incorporar nuevos socios que hagan sus aportes.

A veces, puede alcanzar con buscar un financiamiento externo, un préstamo de terceros si es que existe una razonable seguridad de repago del mismo.

Deben aunarse las normas societarias y el arte de los negocios.

Con un funcionamiento estricto de una sociedad de acuerdo a la ley, pocas veces habrá que acudir al remedio del concurso tal cual, desde hace muchos años, nos enseña el Maestro Efraín Hugo Richard.

Siempre está, por supuesto, la liquidación voluntaria de la sociedad cuando esta no resulta viable. Es una solución ideal.

Pero esto, no sucede así, en la práctica.

Los empresarios, los que generan riquezas, a veces, también generan pasivos imposibles de pagar.

Es que este tipo de personas, por naturaleza, están acostumbrados a correr riesgos. A veces triunfan y a veces fracasan. No es nada fácil cambiar su mentalidad.

Nuestro empresariado y sus asesores no están maduros para este tipo de soluciones. Esto influye sobremanera, como la referida mentalidad de la plaza, respecto de los concursados.

3.2 Soluciones emanadas del derecho concursal o para concursal.

También es muy bien visto por la doctrina, este tipo de soluciones.

Aunque, en realidad, siempre hay una intervención judicial.

En la Argentina se evalúa positivamente la solución que proporcionan los APE (Acuerdo Preventivo Extrajudicial). También se están posibilitando este tipo de soluciones en Italia y España.

En la experiencia uruguaya, ello no es tan auspicioso. Tenemos vigente desde el año 1926 un Concordato Privado, que fue incorporado a la nueva ley concursal de 2008 con el rimbombante nombre de “Acuerdo Privado de Reorganización”².

Pero el problema aquí es que este remedio para la crisis sólo se puede pedir antes de declarado el concurso.

Ello apareja problemas. Si un deudor visita uno por uno a sus acreedores o si los reúne y les propone un Acuerdo Privado de Reestructuración, es muy posible que uno, varios o muchos se apresuren para iniciar una ejecución individual para tratar de obtener alguna ventaja.

Por esta razón es que sólo se puede usar de este instituto en algunos casos especiales. Se ha usado y con éxito, pero deben darse ciertas condiciones.

Lo mismo con los clubes de bancos que, en algunas oportunidades cuando no tienen una garantía real suficiente acceden no solo a suscribir un convenio de este tipo, sino incluso a un acuerdo unánime, sin necesidad de “arrastre” que produce el concordato privado que necesita la aquiescencia del 75% de los créditos, siendo los no firmantes o disidentes obligados por la mayoría.

4. Equilibrio entre la ley societaria y la concursal

Un director debe respetar la ley societaria Debe actuar con la prudencia de un buen hombre de negocios y debe respetar la ley y el estatuto bajo severísimas sanciones

En situación de concurso se puede analizar la conducta de los directores y responsabilizarlos frente a la masa de acreedores por los perjuicios que causaron.

Aplicación lisa y llana de lo que se llama derecho de daños. Se trata de una cuestión más general, la tutela aquiliana del crédito.

En la ley uruguaya no hay rastros del viejo incidente de calificación que preveía el Código de Comercio. Que, a su vez, era una condición de procedibilidad ante la justicia penal.

Existen sanciones penales para los casos de los llamados fraudes concursales (ocultaciones de activos, falsedad en los pasivos y otras conductas típicas por el estilo).

Esto funciona independientemente. Cuando se detecta un proceder así, el juez, el síndico o cualquier interesado lo denuncia ante el juez penal y éste resolverá si el delito se configuró o no, con independencia de las resultas del proceso concursal.

Además, en la ley existe, copiado del proyecto de Ángel Rojo un capítulo de Calificación del concurso dónde, en determinadas circunstancias de insatisfacción de los acreedores, se promueve este procedimiento que termina con una calificación de concurso como casual o culpable. En este último caso se sanciona al director con severas penas como la imposibilidad de administrar bienes,

2 Arts. 214 y ss. de la Ley Nº 18.387.

incluso los propios, y eventualmente a responder por el déficit patrimonial insoluto en el concurso.

Se juzga –reitero- a los directores de acuerdo a las normas societarias.

Hemos tenido sentimientos encontrados con este instituto. Cuando integré la Comisión Revisora del proyecto presentado por el Prof. Ricardo Olivera García hace casi una década, me opuse a la incorporación del instituto de la calificación. Le sentía una especie de tufillo medioeval. Olivera accedió y se envió el proyecto sin él. Sin embargo luego reapareció.

Confieso que después de la lectura de Emilio Beltrán³ y José Antonio García Cruces⁴ y hasta conversaciones con ellos, cara a cara, fui modificando mi opinión y, hoy por hoy, me parece un instrumento útil.

Sobre este tema hay una excelente ponencia en el reciente Congreso Argentino del Prof. Uruguayo Carlos López⁵.

5. Apuntes de la legislación española.

Los uruguayos miramos atentamente lo que surge de la doctrina y jurisprudencia española pues ambas leyes fueron inspiradas en el mismo proyecto.

Es tan cierta la relación entre el derecho concursal y el derecho societario que se acaba de publicar un valioso trabajo que trata un aspecto de la cuestión.

Sostiene Juana Pulgar⁶, que el derecho concursal español con sus más recientes reformas de 2014 y 2015 enfilaría a la reestructuración empresarial y, sostiene la autora que, no hay un marco normativo apropiado en caso de reestructuraciones, separación de unidades no rentables, capitalización de pasivos, etc.

Afloran en estos casos conflictos de intereses. Puede haber abusos de las mayorías sobre las minorías que pueden no votar de acuerdo. Un socio minoritario puede quedar con una acción cuyo valor se haya depreciado o extinguido.

Señala Pulgar que éste accionista podría impugnar el acuerdo con los acreedores concursales. La posibilidad de impugnación sería de recibo cuando signifique para el accionista un “sacrificio desproporcionado”.

3 Beltrán Sánchez, Emilio. “De nuevo sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal” (comentario SAP Barcelona 2012 en Revista de Derecho Societario Nº34. Pág. 354 y ss.

4 García Cruces, José Antonio. “De la calificación del concurso” en “Comentario de la ley concursal”. Rojo –Beltrán, Pág.2513 y ss.

5 López Rodríguez, Carlos. “Responsabilidad de administradores de sociedades por el déficit concursal” Crisis y Derecho. FESPRESA T.IV Pág. 242 y ss.

6 Pulgar Ezquerro, Juana “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración homologado” (“Revista de Derecho de Sociedades”. Enero-Julio 2015)

Me parece que esto es una versión del abuso de derecho que resulta una pesada carga en el hombro de los jueces.

6. Conclusiones.

El derecho concursal no es todopoderoso. Ayuda, cuando es bien aplicado a resolver las crisis empresarias.

Teóricamente, cumpliendo en forma estricta con las normas del derecho societario, las crisis empresarias se detectarían antes de que la sociedad deba concursarse.

Las soluciones extrajudiciales son positivas. A ellas se inclinan las legislaciones más modernas. No siempre se puede acudir a ellas.

Existe una interconexión entre el derecho societario y el concursal. Particularmente, cuando se debe juzgar la conducta de los administradores.