

Ejercicio del derecho de preferencia por el socio concursado preventivamente o quebrado.

1.- El desapoderamiento en el concurso preventivo.

Por disposición de los artículos 15 y 16 de la L.C.Q., el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del Síndico. Trataríase de una administración controlada que ha dado en llamarse por algunos autores “*desapoderamiento atenuado*”¹

Vale decir que el cesante mantiene la administración de sus bienes sin capacidad plena sino sometida a control.

Este resguardo determina la prohibición absoluta de la realización de determinados actos; la necesidad de autorización judicial para otros y la libertad para los restantes.

Dentro de la categoría de actos impedidos se encuentran los actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación (art. 16 L.C.Q.). La definición es lo suficientemente amplia como para comprender la totalidad de los actos vedados.

Debe aclararse simplemente –a los fines de este trabajo- que al referirse la ley a “*actos*” prohibidos, también se refiere a las omisiones².

En punto a los actos sujetos a autorización, la ley dispone una enumeración: los actos relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial (art. 16 L.C.Q.).

Mientras la mayoría de los autores sostienen que tal enumeración es meramente enunciativa³ otros predicen su taxatividad⁴.

¹ Rivera-Roitman-Vítolo ‘Ley de Concursos y Quiebras’, Tercera Edición actualizada, Tomo I, pág. 355, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, marzo de 2005.

² Maffia, Osvaldo ‘La Ley de Concursos Comentada’ Tomo I, pág. 49, Depalma, Buenos Aires, Julio de 2001.

Si bien nos inclinamos por la primer posición, la fórmula referida a los negocios que excedan la administración ordinaria del giro permite incluir allí, como actos que requieren la venia a aquellos “...*que importen o no una enajenación, alteren sustancialmente los valores productores del patrimonio, los que formen su capital, o bien que comprometan por largo tiempo su porvenir o destino...*”⁵

La autorización no es automática sino que, previa vista al Síndico y al Comité de acreedores, el Juez sólo puede concederla previa ponderación de la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores. La Ley 19.551 hablaba también de “*necesidad y urgencia evidentes*”, limitaciones que han desaparecido en la L. 24.522 pero que igualmente nos persuaden de que la ley ha desechado una venia mecánica inclinándose por un previo análisis sobre la coincidencia del pedimento con los parámetros en comentario.

Efectuadas tales breves reflexiones, ellas nos permiten pasar al apartado siguiente.

2.- El ejercicio del derecho de preferencia por parte del concursado preventivamente.

Las diferentes contingencias de la vida de una sociedad pueden determinar la necesidad de aumentar su capital. Tal menester, regulado minuciosamente en la ley y en la mayoría de los contratos sociales, puede malograr la expectativa del socio impotente para colaborar en el incremento, al perder la posición patrimonial y política de la que gozaba antes de la modificación.

Con la finalidad de preservar los derechos del socio frente al acrecimiento del capital social, la ley de sociedades ha previsto dos mecanismos de protección:

³ Quintana Ferreyra, Francisco; ‘Concursos’, Tomo 1, pág. 233, Editorial Astrea, Buenos Aires, junio de 1985.

⁴ Cámara, Héctor; ‘El Concurso Preventivo y la Quiebra’, Vol. I, pág. 466, Depalma, Buenos Aires 1980.

⁵ Cámara, Héctor, ‘El Concurso preventivo y la quiebra’ Actualizado bajo la dirección de Ernesto Martorell, Tomo I, pág. 512, Lexis Nexis, Buenos Aires, setiembre de 2004.

En primer lugar y cuando el aumento del capital no se realiza con efectivas aportaciones sino a través de capitalización de cuentas del balance (reservas o utilidades) o en procedimientos similares por los que deban entregarse acciones liberadas (revaluación de bienes del activo) prevé el art. 189 L.S. que “*Debe respetarse la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance, en el pago de dividendos con acciones y en procedimientos similares por los que deban entregarse acciones liberadas...*”.

En segundo término, cuando se trata de la ampliación del capital mediante efectivas aportaciones de capital, la ley dispone que el mismo sea ofrecido con prioridad a los titulares de acciones para brindarles la oportunidad de mantener su proporción originaria.

Este derecho, denominado de preferencia, está regulado en el art. 194 de la L.S. y se ha definido como “*...el derecho patrimonial del accionista que tiende al mantenimiento de sus derechos de participación societaria en la proporción existente al tiempo en que se decide una nueva emisión de acciones...*”⁶.

Aquí nos referiremos, de modo exclusivo, al aumento de capital con efectiva aportación de fondos, porque el resto de los supuestos previstos en el art. 189 L.S. ingresan dentro de los actos permitidos al concursado preventivamente porque no son más que simples actos de administración conservatorios del patrimonio.

Ello nos conduce al siguiente interrogante: El ejercicio del derecho de preferencia y su desistimiento, forman parte del listado de actos susceptibles de autorización judicial?

No nos cabe duda que el ejercicio del derecho de preferencia, desde su faz positiva y en tanto importa un desembolso o una disposición dineraria que puede afectar la disponibilidad del concursado para atender su pasivo requiere previa autorización judicial. Ni es un acto de administración -porque requiere una disposi-

⁶ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 3, pág. 184, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

ción inusual de fondos- ni es ordinario, salvo que se trate de una sociedad cuyo objeto social sea la inversión financiera.

Con mucha más razón habrá de requerirse tal anuencia cuando se trata de la renuncia al ejercicio de tal derecho, por las gravosas consecuencias que puede ello conllevar respecto del patrimonio del deudor concursado.

Así lo ha fallado la Sala D en Sociedad Comercial del Plata al reiterar su criterio anterior en ese mismo expediente: “...*Conforme lo establecido por los arts. 16 y 17 de la ley 24.522, ese acto mediante el cual una sociedad concursada decide no ejercer el derecho de suscriptora preferente respecto del aumento de capital social de su controlada, requiere la venia judicial, pues –en definitiva- tal proceder afecta el activo de aquella con eventual desmedro de la prenda común de los acreedores anteriores a la presentación en concurso...*”⁷.

El criterio ya había sido expuesto por el mismo tribunal, con diferente composición, varios años antes en “Safety S.A.”⁸ al declarar que el acto por el cual la concursada decidió no ejercer el derecho de suscripción requirió de autorización judicial.

3.- El desapoderamiento en la quiebra.

Con el dictado de la sentencia de quiebra el deudor mantiene la propiedad de sus bienes pero pierde la facultad de administrarlos y, por supuesto, de disponer de ellos. Ello persigue la obvia finalidad de aislar los bienes de la esfera de legitimación del cesante y mantener intacto el patrimonio para hacer efectiva la garantía común.

Así, luego de disponer el art. 106 L.C.Q. que la sentencia de quiebra importa la aplicación inmediata de las medidas allí dispuestas; declara el art. 107 que el fallido “...*queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la*

⁷ Cámara Nacional Comercial Sala D, ‘Sociedad Comercial del Plata s/ Concurso Preventivo s/ Incidente autónomo de capitalización de obligaciones negociables art. 280’, Microjuris cita: MJ-JU-M-44444-AR MJJ44444

⁸ Cám. Nac. Comercial, Sala D, 29/8/1997, ‘Safety SA s/ Quiebra Incidente de ineficacia – no ejercicio del derecho de preferencia’, Abeledo Perrot on line.

fecha de la declaración de quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición...”.

Coincide la doctrina en que, al aludir el art. 107 L.C.Q. a los bienes, comprende tanto a las cosas, como objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2.311 del Código Civil) como así también a los objetos inmateriales o incorporales descritos en el art. 2.312 del Código Civil. Por eso la expresión “*bienes*” alcanza no sólo a las cosas corporales, sino también a los derechos, las acciones, los poderes, las facultades y las relaciones jurídicas que integran el patrimonio del deudor⁹.

En reemplazo del desapoderado, la administración de los bienes recae en el Síndico quien además participa de su disposición en la medida fijada en la ley tal como lo dispone el art. 109 L.C.Q..

En nuestra opinión, el desapoderamiento comprende no solamente las acciones del quebrado sino que también abarca sus omisiones siempre y cuando ese dejar de actuar implique consecuencias patrimoniales.

4.- El ejercicio del derecho de preferencia en la quiebra.

Encontrándose el socio en quiebra, según las razones que terminamos de apuntar, carece de legitimación para ejercitar el derecho de preferencia. Pero además de ello todos los bienes integrantes de su patrimonio se encuentran interdictos y no podría disponer de ninguno de ellos para suscribir el aumento.

Sin embargo, como vimos en los apartados anteriores, la omisión de su ejercicio puede producir un daño grave a la integridad del activo falencial al reducirse la participación accionaria.

Entendemos que tal decisión también requiere autorización judicial en la medida en que compromete la garantía común de los acreedores y en que tal menester forma parte de los deberes funcionales del Síndico (arts. 109 y 254 L.C.Q.), omisión que haría incurrir al funcionario en negligencia (art. 255 L.C.Q.) y puede determinar la aplicación de sanciones y aún la remoción con causa.

⁹ Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. ‘Ley de concursos y Quiebras’, Tomo II, pág. 87, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Ciudadela, Marzo de 2009.

Pudiere ocurrir que la sociedad a la que se encuentra afiliado el quebrado no sea del tipo social que admite la notificación personal sino que basta la comunicación edictal, tanto a los fines de la convocatoria a asamblea (art. 237 L.S.) como del ofrecimiento a participar de la suscripción del aumento (art. 194 L.S.).

Calificada doctrina ha interpretado que, en tal caso, el ente, o más precisamente el Directorio, debería notificar al Juez de la quiebra sobre el ofrecimiento de suscripción preferente toda vez que no es posible seguir sosteniendo la aplicación textual del art. 194 L.S. por tratarse de una ficción legal muchas veces alejada de la realidad y, más aún, cuando la sociedad cuenta con la información suficiente como para notificar de modo fehaciente al socio fallido; añadiéndose que en tales supuestos el órgano de administración incurriría en abuso de derecho cuando no en responsabilidad en los términos del art. 274 L.S.¹⁰.

En similar línea de opinión, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial en 'Kraft Ltda. Guillermo c/ Motormecánica S.A.I.C.' se ha pronunciado por la obligación del Directorio de comunicar al Juez de la quiebra el aumento de capital a los fines del ejercicio del derecho de preferencia o eventuales cuestionamientos¹¹.

Opinamos -por el contrario- que la quiebra del socio no debe alterar el funcionamiento normal de la sociedad ni el modo de convocatoria pactado estatutariamente o establecido por la ley de sociedades.

En primer lugar porque no hay norma que disponga una modificación del sistema legal o estatutario de convocatoria o notificación cuando un accionista se encuentra en quiebra.

Pero además de ello porque la persona en quiebra –física o jurídica- no pierde su legitimación para actuar en defensa de sus derechos –en el caso los societarios- sino que tal legitimación resulta transferida al funcionario concursal (art. 109 L.S.).

¹⁰ García Cáffaro, José L. 'Abuso del derecho distorsionante de la preferencia para suscribir acciones y de las razonables potestades del directorio de una sociedad anónima', La Ley 1982-A, pág. 82.

¹¹ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B 'Kraft Ltda. Guillermo c/ Motormecánica SAIC', 24/09/80, La Ley 1982-A, pág. 82.

Así lo ha declarado la Sala C de la Cámara Nacional de Comercio en “Augur S.A.”: “...es de señalar que el estado de quiebra de alguno 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 halle 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...”¹².

Forma parte de los deberes funcionales del Síndico el participar de la vida societaria, examinar regularmente las decisiones del órgano de administración y asistir a las reuniones del órgano de gobierno. Una vigilancia razonable sobre tales actividades impedirá una convocatoria sorpresiva y cuyo conocimiento quede únicamente sujeto al improbable control diario de los edictos.

5.- Acciones: Ineficacia, revocatoria concursal o acción del art. 195 L.S..

La omisión de la previa autorización en el supuesto de ejercicio del derecho de preferencia o su omisión en el caso del socio concursado preventivamente tiene una consecuencia necesaria y otra facultativa.

La primera es la ineficacia de pleno derecho del acto impedido respecto de los acreedores (art. 17 L.C.Q.). La segunda es la separación del cesante de la administración de la administración de sus negocios (art. 17 segundo párrafo L.C.Q.).

En contra de la ineficacia se ha dicho que resulta impracticable respecto del derecho de preferencia toda vez que el aumento permanecería incólume respecto de la sociedad, sus socios y eventuales suscriptores y solamente ineficaz respecto de la masa de acreedores del concurso¹³.

¹² Cám. Nacional en lo Comercial, Sala C, ‘Augur Sociedad Anónima s/ Quiebra c/ Sumampa Sociedad Anónima’, 28/12/94, JA 1987-I-97.

¹³ Van Thienen, Pablo Augusto ‘Ineficacia de la opción de preferencia del accionista insolvente ¿Interés de la masa o interés social?’. CEDEF, Law & Finance, Working Paper, 14/2007.

Disentimos con el enfoque porque la inoponibilidad no se limita al aumento respecto de los acreedores, situación insostenible como bien apunta al autor citado. La ineficacia se focaliza en el contrato de suscripción. Es tal acuerdo el que resulta inoponible a los acreedores.

Va de suyo que, para que tal ineficacia alcance a tales terceros, o sea la sociedad, sus socios y los eventuales suscriptores del aumento, éstos deberán ser parte del incidente respectivo.

En el caso de que la omisión de autorización para el ejercicio del derecho de preferencia o su omisión, lo hubiere sido por parte del socio fallido no existe más alternativa que la aplicación del art. 109 L.C.Q. cuando prescribe que “...los actos realizados por el fallido sobre los bienes desapoderados, así como los pagos que hiciere o recibiere, son ineficaces...”.

Lamentablemente la ley ha remitido, en cuanto al trámite de esta declaración, a la previsión del art. 119 L.C.Q.; vale decir que debe deducirse ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria. Hubiere resultado más apropiado el imprimirle el trámite del art. 118 L.C.Q., vale decir el de la ineficacia de pleno derecho cuya sumarásimas instrucción resulta coherente con otras previsiones de la ley concursal como el art. 88 inc. 5° cuando establece la ineficacia de los pagos efectuados al fallido con posterioridad a la sentencia de quiebra.

Hay coincidencia en la doctrina sobre este lapsus, ya sea adjudicándolo a un error material¹⁴; criticando su incoherencia con el resto del sistema¹⁵o propugnando derechamente que se interprete que la remisión es hecha al art. 118: “*De lo dicho se sigue que la correcta télesis del párrafo final del art. 109 debe ser superadora de su texto para no caer en una contradicción con el contenido de la sentencia*

¹⁴ Lorente, Javier Armando, ‘Nueva Ley de Concursos y Quiebras’, pág. 235, Ediciones Gowa, Buenos Aires, marzo de 1996.

¹⁵ Rivera, Julio C. ‘Instituciones de Derecho Concursal’, T. II, pág 86; Garaguso, Horacio ‘Efectos patrimoniales en la ley de concursos. Desapoderamiento e incautación’, Ad-Hoc, Buenos Aires 1997; Rivera-Roitman-Vítolo, ‘Ley de Concursos y quiebras’, Tomo II, pág. 455, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, marzo de 2005.

de quiebra, y, por ello, la remisión es inconsistente por aplicación del art. 119 o por aplicación del art. 118 L.C.Q....”¹⁶

Aclarado así que, en nuestro criterio, tanto en el caso del socio concursado preventivamente con en el supuesto del fallido correspondería la declaración de ineficacia del contrato de suscripción, inoponibilidad que alcanzaría no solamente a la sociedad sino también a los socios y a los terceros suscriptores, restaría analizar la posibilidad de que esos mismos actos fueran pasibles de nulidad o de las acciones revocatorias concursales como se ha declarado en algunos precedentes.

Así en Kraft se declaró la nulidad de la resolución del Directorio de Motormecánica S.A., órgano en el que había delegado la asamblea la decisión del aumento, por cuanto se estimó que aquel había actuado sin un motivo legítimo, sin un móvil justificado, llegándose a la conclusión de que el acto cuestionado: “...es nulo, de nulidad absoluta, siendo contrario a la buena fe, a la moral, y al orden y al interés público (art. 953 del Cód. Civil...configurándose como objetivamente abusivo, sin perjuicio de las connotaciones subjetivas que se han puesto de relieve en el curso de este voto, y, en virtud de ello, prohibido por la ley –art. 1071 del Cód. Civil-, cayendo en las previsiones del art. 18 del Cód. Civil citado...”¹⁷.

Vale decir que en este supuesto, cuya prédica se comparte, no se trataba del supuesto que se viene analizando aquí en cuanto al simple detrimento patrimonial derivado de la falta de ejercicio del derecho de preferencia y de la previsión concursal para el caso de omisión de autorización judicial, sino de un supuesto diverso, que abarca la patología originaria del negocio por tratarse de un acto contrario a la moral y al orden público y sancionable con la invalidez por la simple aplicación de las normas de fondo.

Tampoco resultarían de aplicación las acciones revocatorias concursales previstas en los arts. 119 y 120 de la L.C.Q., por tratarse de supuestos distintos, referidos a la posibilidad de retrotraer actos realizados en el período de sospecha,

¹⁶ Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. ‘Ley de concursos y Quiebras’, Tomo II, pág. 95, Abeledo Perrot, Segunda Edición, Ciudadela, Marzo de 2009.

¹⁷ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B ‘Kraft Ltda. Guillermo c/ Motormecánica SAIC’, 24/09/80, La Ley 1982-A, pág. 82.

ya sea por el conocimiento de la cesación de pagos o por tratarse, en general de actos perjudiciales para los acreedores.

Vale decir que tales contingencias: actos nulos o inoponibles por perniciosos para los acreedores; es decir cuando el procedimiento es utilizado para menoscabar fraudulentamente la parte del socio fallido y perjudicar a los acreedores concursales, escapan a los fines de este trabajo por tratarse de patologías que encuentran en la ley su remedio específico y que resultan improcedentes para proceder frente a la indebida utilización del derecho de preferencia.

Cabría, por último, analizar la viabilidad de la acción específica con que cuenta el socio indebidamente privado del derecho de suscripción preferente para exigir judicialmente que la sociedad cancele las suscripciones que le hubieren correspondido y que, ante la imposibilidad de tal reintegro por tratarse de acciones entregadas, sea indemnizado por los daños causados (art. 195 de la L.S.).

Interpretamos que tal solución resulta factible cuando el socio vulnerado se encuentra *'in bonis'* pero inaplicable para el concursado. Ello así por cuanto se trata de una típica solución del derecho privado, incompatible con los remedios específicos del sistema concursal, que resultan superadores y más eficaces que aquella y cuya tasación –en el supuesto de imposibilidad de reintegro- puede ser insuficiente ya que tiene un tope equivalente al triple del valor nominal de las acciones.

Tal solución singular –por lo demás- colisiona con el carácter publicístico del derecho concursal, porque el deterioro patrimonial excede los intereses del concursado o fallido para recaer finalmente sobre terceros ajenos como son los acreedores admitidos como tales en el proceso universal.