

TRANSFERENCIAS DE PAQUETES DE CONTROL EN SOCIEDADES CONCURSADAS

Co-autoría Abog. Pablo E. ARENAS – Mag. Marcelo A. DAVID

Colegio de Abogados de La Plata

PONENCIA

Las transferencias de paquetes de control de sociedades concursadas se encuentran habilitadas por la legislación concursal, pero sujetas a un régimen de información en el marco del concurso, so perjuicio de habilitar a los acreedores a plantear escenarios de responsabilidad solidaria en los términos de la Ley 11.867.

1.- Introducción; 2.- Transferencias de “paquetes de control” societario; 3.- Normas concursales aplicables; 4.- Conclusiones.

1.- Introducción.

Desde hace tiempo, ha desaparecido de la normativa concursal el estigma que pesaba sobre las sociedades concursadas, e incluso, las quebradas.

En nuestro derecho, la fuerte impronta marcada por la sanción de la Ley 24.522 de neto y concreto corte neoliberal, despojada del “intervencionismo” y “proteccionismo” de la Ley 19.551 patentizado en la eliminación del incidente de calificación de conducta, el acortamiento de los plazos de inhabilitación, la eliminación del mínimo obligatorio respecto el porcentaje de quita en los acuerdos preventivos, entre otras modificaciones que evidenciaron la “flexibilización” de la norma concursal al extremo de terminar en el juez “cuenta porotos” de la redacción originaria del Art. 52 de la LCQ, ha significado la instauración de una nueva etapa en la evolución concursal.

Es cierto, que aunque algunas -muchas- modificaciones posteriores implicaron atemperar, retrotraer y modificar aquella redacción e ideología originaria, llegando in-

cluso, con la sanción de la Ley 26.684, a conmovir principios concursales esenciales tales como la propia finalidad de la “quiebra” de donde se ha planteado, o intentado al menos, elevar a la par del “principio de la conservación de la empresa” el principio de “conservación de las fuentes de trabajo” (debiendo además entenderse también la conservación de las condiciones laborales y derechos adquiridos por los trabajadores) que aunque parecieran consecuentes y relacionados siempre uno con el otro, no se ha configurado así en la práctica ni en la realidad de los procesos concursales, de donde en muchos casos, habiendo conservación de la empresa, aquella se continúa o conserva sin los trabajadores ni sus condiciones o derechos.

Estas nuevas condiciones han confluído, a la par de eliminar el mencionado estigma condenatorio que pesaba sobre las sociedades en concurso o quiebra, a generar atractivas oportunidades de negocios, que se evidencian, por ejemplo en el interés de adquirir el control de sociedades en problemas, pero también pueden consistir en intentos de escabullirse del Titanic mientras la banda suena de fondo y antes que el iceberg termine de emerger en su real dimensión.

2.- Transferencias de “paquetes de control” societario.

El concepto de control, aunque de caracteres diversos y complejos, puede resumirse en detentar el sujeto controlante, la unidad de mando y decisiones societarias, derivado de la capacidad para formar o imponer la voluntad social.

Expresado en el Art. 33 de la LGS, la doctrina ha discurrido además en la consideración y conceptualización de las distintas clases de control.

El “control interno” es aquel en el que el socio, según su capacidad de voto, puede imponer la voluntad social. Es sujeto controlante aquel socio que posee la participación societaria “necesaria” para manejar de la decisión social.

El control interno de derecho —o mayoritario— es el que está ejercido por el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo (asamblea en las sociedades anónimas o reunión de socios en las sociedades de responsabilidad limitada)¹.

Con respecto al control de hecho, Manóvil ha dicho que “se configura la relación de dominación cuando la controlante no posee la mayoría de capital o de los votos,

¹ ALEGRIA, H., “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control”, *RDCO* 1978-303, p. 305.

pero sí una participación suficiente para que, en los hechos, prevalezca en las decisiones”². Este control fáctico depende del ausentismo en las asambleas.

Y también se ha abordado el concepto de “control externo” sea de derecho, caracterizado por la existencia de relación contractual vinculante, como el control de hecho, también denominado, de “especiales vínculos”.

En las transferencias de tenencias o participaciones sociales importa desde ya esta caracterización por cuanto, importa aditar a los derechos políticos y económicos inherentes a las acciones o cuotas transmitidos un plus constituido por esa unidad de mando en cabeza del nuevo adquirente.

Desde ya, que existen al efecto, múltiples herramientas a los fines de garantizar la unidad en la conducción empresarial, desde los pactos de sindicación de acciones, hasta los más complejos protocolos de familia, e incluso los supuestos de “fideicomiso de acciones”.

En todos los casos, resulta el negocio sobre las acciones, un contrato parasocial, inoponible a la sociedad, a cuyo respecto es *res inter alios*, no convierte a la sociedad en parte de la negociación referida ni implica una actuación propiamente orgánica de los socios, incluso quienes ejercieran cargos de representación, ni será en consecuencia oponible a la sociedad en la medida en que se omita o no exista formal comunicación. Asimismo, se remarca que la transferencia accionaria en nada modifica el patrimonio social, ni tiene incidencia alguna sobre aquél³.

Ahora bien, esta neutralidad patrimonial aparentemente inocua relativa al cambio de sujeto o sujetos titulares de las participaciones sociales, ha merecido opiniones opuestas de parte de la doctrina, fundamental y esencialmente, respecto la aplicación de la Ley 11.867, sus requisitos y sobre todo, la responsabilidad solidaria extensiva a vendedor y adquirente por todo el pasivo del ente.

Zunino, hace tiempo, se afirmó decididamente, después de un prolijo recorrido por la doctrina extranjera y doméstica, en su irreductible posición de que la enajenación total de la participación societaria, o la cantidad suficiente para dominar la voluntad social, tiene por *causa* la adquisición del fondo de comercio o empresa, aunque el objeto formal del negocio sean las partes de interés, las cuotas o las acciones, salvo en el caso de la denominada “gran empresa” del art. 299 de la LGS. Ello así, concre-

² MANÓVIL, R. M., “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

³ CSJN, 19/08/1999, JA 200-III-842, del voto en disidencia de los Dres. López y Vázquez.

tada la cesión al margen de la intervención de los acreedores habidos en razón del fondo de comercio, constituye un claro supuesto violatorio de la ley 11.867; finalmente, desarrolla generosamente los efectos de reputar la cesión de acciones, en el caso, no como una cesión de derechos sino como una verdadera transferencia del patrimonio social sujeta a la normativa protectora de la ley 11.867, a saber: la configuración del fraude a la ley, el destino del precio de la operación en la finalidad de la ley 11.867, la mecánica fraudulenta, la prescindencia del elemento subjetivo y, principalmente, el remedio legal que esgrime: la inoponibilidad de la personalidad jurídica⁴.

Para otros autores, siempre fueron contrarios a considerar la cesión de acciones como una transferencia de fondo de comercio⁵. En particular, ello se ha expresado, cuando no existe afectación a los acreedores⁶, aunque en el caso de las sociedades que se encuentran concursadas, ello sería considerablemente distinto, pues encontrándose en instancias de reestructurar su pasivo, el eventual perjuicio o no de los acreedores dependerá del resultado final del proceso y en su caso ello implicaría condicionar recién a esa instancia el perfeccionamiento del contrato, lo cual, aunque interesante, no conforma la base fáctica del presente trabajo.

Por su parte, se ha planteado también que aquella identificación entre transferencia de paquete de control y patrimonio social se evidencia con mucha mayor fuerza en las sociedades cerradas que las sociedades abiertas, donde existe un desdoble marcado entre administración y gobierno, o management y titularidad.

Si a ello le agregamos el estado de cesación de pagos de la sociedad “target” con concurso preventivo declarado y en trámite, el combo final es sumamente interesante de analizar.

3.- Normas concursales aplicables.

Desde la óptica concursal, advertimos con claridad que la apertura del concurso preventivo de la sociedad no genera efecto alguno sobre el patrimonio de los socios con limitación de responsabilidad, y tampoco sobre sus tenencia accionarias o cuota partes.

⁴ ZUNINO, Jorge O., “Fondo de comercio”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, 2ª ed, ps. 454-462.

⁵ Verón, Alberto V., *COMPRAVENTA DE ACCIONES. FONDO DE COMERCIO, PAQUETE DE CONTROL, INSTRUMENTACIÓN, RIESGOS Y GARANTÍAS*, Publicado en: LA LEY 05/06/2019, 1 • LA LEY 2019-C, 876 • Enfoques 2019 (octubre), 86.

⁶ CNCCom., sala A, 15/04/1980, LA LEY, 1980-C, 199.

En rigor, no se inscriben sobre ellos medida cautelar alguna ni rigen los efectos derivados de los Arts. 15 y siguientes. Solo en el caso de resultar socio administrador, recién en esta última calidad, se encontrarían afectados por el deber de colaboración con el proceso y encontrarían restringida su libertad ambulatoria en los términos del Art. 25 de la LCQ.

Decir entonces que la libre transmisibilidad del paquete de control es posible es una consecuencia necesaria, pues, solo aquellas cuotas o acciones que eventualmente se encuentren en “cartera” o resulten de titularidad de la sociedad concursada resultan alcanzados por los efectos del concurso y en su caso, su venta o negociación constituye un acto sujeto a autorización.

Pero, ¿nada dice la Ley de Concursos y Quiebras al respecto?

Es interesante encontrar que rigen en el marco del concurso importantes deberes de información a cargo de la Sindicatura respecto la evolución de la empresa (Art. 14 inc. 12 LCQ) y sobre eventuales modificaciones del contrato social (Art. 39 inc. 5 LCQ), de donde puede interpretarse que el cambio de administración resulta de interés.

También interesa al concurso a los efectos de determinar la existencia de “acreedores excluidos” por voto complaciente.

A su vez, el cambio de administración resultará de interés a los fines de exclusión del proceso de “salvataje” del Art. 48 LCQ. La existencia de una transferencia del paquete de control, aun sin implicar una modificación en el órgano de administración societario, queda comprendido claramente en el interés selectivo demostrado por la regulación concursal vigente.

Y entonces advertimos dentro de la regulación del concurso preventivo, una suerte de laguna o desaprensión, donde la transferencia de las participaciones sociales es de interés pero no resulta regulada ni restringida. Y en su caso la responsabilidad por la eficacia del queda derivada exclusivamente en la sindicatura.

4.- Conclusiones.

La ausencia de prohibición en el marco del concurso preventivo respecto de la transmisibilidad del paquete de control de la concursada implica lisa y llanamente admitir su factible y legal posibilidad.

En rigor, la consecuencia negativa podemos encontrarla fuera de la ley concursal, y ello asociado al incumplimiento del régimen de publicidad de la Ley 11.867, que lógicamente en el caso de un proceso concursal podría verse reemplazado por la ne-

cesaria adopción preventiva de un proceso de información relativo a poner en conocimiento del proceso concursal, sea por iniciativa propia o en el marco del régimen informativo de la sindicatura, la transferencia del control societario a un tercero, so perjuicio de habilitar a los acreedores a plantear escenarios de responsabilidad solidaria extensiva al adquirente por el pasivo de la concursada.