

Prestaciones accesorias en la SAS

Una nueva exclusión de voto del acuerdo concursal

Santiago Peri

1.- Preliminar [arriba]

A partir de los grandes avances tecnológicos acaecidos en los últimos años nos encontramos atravesando una realidad extremadamente dinámica y en constante transformación. En muchos casos, esos cambios abren el camino para la sanción de nuevas leyes y creación de nuevos institutos jurídicos que al momento de entrar en vigencia e incorporarse al ordenamiento jurídico positivo pueden generar conflictos normativos frente a las normas ya existentes.

El actual régimen concursal establece una serie de prohibiciones y exclusiones de voto respecto a las propuestas de acuerdo preventivo informadas oportunamente por el sujeto concursado. Ello está establecido en el art. 45 de la Ley 24.522 que excluye de la posibilidad de votar a ciertos acreedores que tienen vinculación comercial, societaria o familiar con el fallido, cuyo voto -entiende el legislador- no será otro que la aceptación de la propuesta que haga el concursado sin importar, en muchos casos, los alcances y condiciones de la mismas. En ese mismo sentido, FAVIER DUBOIS[1] tiene dicho al respecto que “para evitar que voten acreedores que solo buscan favorecer al deudor pero sin atender a las bondades de la propuesta, la ley excluye a algunos acreedores por considerarlos complacientes”.

Si bien la mayoría de la doctrina de nuestro país sostiene que este tipo de acreedores debe ser excluido de la votación para evitar el llamado “voto complaciente” de la propuesta concursal, no existe una tesis pacífica respecto a si ese elenco contenido en el art. 45 es un número cerrado o si puede ser ampliado en determinadas circunstancias.[2]

2.- De la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor n° 27.349 [arriba]

El 12 de abril de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Ley n° 27.349 denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (“LACE”) la cual contiene entre sus títulos, puntualmente en el Título 3°, un nuevo tipo societario que se denomina Sociedad por Acciones Simplificadas y se conoce en la práctica como “SAS”.

Dentro de la regulación específica de las "SAS", el art. 42 de la ley establece una nueva forma de aportar a la sociedad a través de la prestación de obligaciones de dar, hacer o no hacer que se denominan prestaciones accesorias y que pueden ser realizadas tanto por socios y administradores del ente societario, como también por proveedores externos de la sociedad.

Molina Sandoval[3] dice al respecto que

En materia de prestaciones accesorias (art. 50, LGS y art. 42, 2º párr., ley 27.349) se reiteran también las pautas generales para la sociedad de responsabilidad limitada, pero con la particularidad que no sólo los socios pueden pactar "prestaciones accesorias" sino que podrá consistir en una "prestación de servicios" que realice no sólo los "socios" sino también "administradores" o "proveedores externos de la SAS" y podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime.

Dichas prestaciones tienen como particularidad, en lo que aquí nos interesa, que pueden ser realizadas por proveedores externos de la sociedad, es decir personas que no son socios ni administradores de la sociedad y a partir de ello cabe preguntarnos: ¿aquel que ha aportado prestaciones accesorias en los términos del art. 42 de la Ley de SAS se puede considerar alcanzado por la exclusión de voto "complaciente" del art. 45 de la LCQ?

3.-Análisis Normativo [arriba]

a) Las exclusiones de voto del art. 45 de la LCQ

La parte pertinente del art. 45 dispone:

...Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma...

Como podrá advertir el lector, las causales de exclusión establecidas por la ley son, a primera vista, claras y precisas. Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años ha esbozado distintas teorías respecto al carácter de dicha enumeración.

Por un lado, hay quienes sostienen que esa es una enumeración cerrada, un *numerus clausus*, que no admite la ampliación de las exclusiones y refieren que de lo contrario el propio legislador podría haberlo hecho al crear la norma o posteriormente en las distintas reformas que se hicieron a la LCQ[4]; por otro lado, hay quienes sostienen que la enumeración es meramente enunciativa y que los sujetos excluidos de voto deben establecerse en cada caso particular teniendo en cuenta la finalidad de la norma que es justamente la exclusión del voto “complaciente” a la propuesta concursal [5]; por último, hay quienes sostienen que si bien la enunciación es taxativa, a partir de una interpretación amplia de otras normas e institutos del ordenamiento jurídico vigente podría admitirse la incorporación nuevos sujetos excluidos [6].

No debe perderse de vista que la exclusión del voto de un acreedor es trascendental en el marco de un concurso preventivo ya que ello genera no solo la imposibilidad de votar del insinuante excluido, sino que su crédito será también removido de la base de cálculo para el cómputo de las mayorías exigidas por la primera parte del art. 45 de la LCQ.

Ello, como podrá advertirse, es una cuestión extremadamente sensible, ya que pone en juego no solo el resultado mismo del concurso preventivo, sino que también contraría el los principios de conservación y continuidad de la empresa y la protección del crédito de los acreedores.

b) Las prestaciones accesorias del art. 42 de la Ley de SAS:

Como surge de la propia norma[7], estas prestaciones pueden ser realizadas no solo por socios y administradores de la sociedad, sino que también pueden ser aportadas por proveedores externos, es decir: se admite que esas prestaciones no accedan necesaria e imprescindiblemente a una participación accionaria del aportante.

He aquí la principal diferencia con las prestaciones reguladas por el art. 50 la Ley General de Sociedades n° 19.550: mientras éstas tienen que estar necesariamente vinculadas con participaciones societarias, aquellas pueden ser realizadas por administradores y proveedores externos que no necesariamente tienen que detentar la calidad de socios.

Este tipo de prestaciones requieren ser valuadas en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución de los socios, o bien por el valor que determinen los peritos designados por estos. Además, como punto interesante, puede tratarse de prestaciones futuras o bien de servicios que ya hayan sido prestados a la sociedad.

Junto con ello, el instrumento constitutivo, o sus reformas posteriores, deben precisar el contenido de las prestaciones, así como su duración, modalidad, retribución, sanciones en

caso de incumplimiento y un mecanismo alternativo de integración para el caso que se tornare imposible su cumplimiento.

Como vemos, las prestaciones pueden ser aportadas por terceros ajenos a la sociedad que la propia ley define como “proveedores externos”. Estos son sujetos que se obligan a proveer determinados servicios con la finalidad de apoyar y acompañar el emprendimiento societario, pero sin formar parte del elenco de socios.

En definitiva, esos terceros “ajenos” a la sociedad realizan aportes mediante las prestaciones accesorias y a través de ellas se comprometen con el proyecto en cuestión y se someten al riesgo empresarial y al resultado de su explotación sin ser socios ni titulares de participación accionaria alguna.

4.- ¿Podemos hablar de una nueva exclusión de voto del acuerdo concursal respecto a los “proveedores externos” aportantes de prestaciones accesorias? [arriba]

La cuestión controversial consiste entonces en saber si a aquel proveedor externo, que actúa como un tercero ajeno a la organización societaria de la empresa concursada que se compromete a aportar, o ya aportó, prestaciones accesorias conforme el art. 42 de la ley de SAS, puede dar su conformidad a una propuesta concursal para lograr la homologación de la misma, o si por el contrario debe ser un sujeto excluido del voto de la misma en los términos del art. 45 de la LCQ y en consecuencia no debe ser computado para las mayorías exigidas por la ley.

Si bien una interpretación restrictiva debe prevalecer al momento de establecer la exclusión de determinados créditos de la base de cómputo para las mayorías, en tanto ello importa de manera evidente la limitación o denegación de un derecho como es el de ser computado y poder votar una determinada propuesta concursal, entendemos que hay determinadas situaciones particulares en las que atendiendo la voluntad del legislador y la finalidad propia de la norma, que es justamente evitar el voto “complaciente”, podría hacerse una interpretación extensiva de ella por aplicación analógica de los casos expresamente contemplados[8].

En la cuestión aquí planteada, si bien estamos hablando de un tercero ajeno al esquema societario –no socio- que actúa como un proveedor externo de la deudora, no debemos perder de vista que con su aporte, aquel se está inmiscuyendo voluntariamente y apostando por el proyecto comercial y económico que lleva a cabo la empresa concursada.

La inversión a través de las prestaciones accesorias comprometidas por un tercero y la consecuente asunción de riesgo empresarial representado por las ganancias ó pérdidas que

puede arrojar la sociedad sobre la que se realiza aquella, nos lleva a sostener que su decisión al momento de votar la propuesta concursal de esa misma empresa tenga un trasfondo complaciente, que es justamente lo que la norma busca evitar. Entendemos que ese inversor va a hacer todo lo que tenga a su alcance para que la empresa en la que invirtió obtenga la conformidad y mayorías necesarias para lograr el acuerdo concursal y por ello va a prestar su conformidad por más insuficientes e irrazonable que sea la propuesta.

De allí que, a partir una aplicación analógica y extensiva de la norma, teniendo en cuenta la finalidad del legislador que no es otra que evitar el voto complaciente de la propuesta concursal, entendemos que en la mayoría de los casos se deberá excluir al aportante “no socio” de una prestación accesoria del cómputo de las mayorías exigidas por el ordenamiento concursal para lograr el concordato.

5.- Conclusión [arriba]

En conclusión, somos de la idea que debe adoptarse una posición intermedia, es decir, no debe realizarse una interpretación extremadamente estricta y cerrada respecto al elenco de sujetos excluidos por la norma, pero tampoco podemos ampliar dicho elenco a un número infinito de sujetos ya que de lo contrario se generaría una elevada inseguridad jurídica no solo para el concursado sino también para aquellos acreedores que tienen expectativas ciertas de verificar sus créditos, arribar a un acuerdo concursal y cobrar sus acreencias. Sumado a ello, no debemos perder de vista que una ampliación ilimitada de dicho elenco resulta contrario de la voluntad del legislador y del espíritu de la propia norma analizada.

Con la incorporación de las SAS al ordenamiento jurídico argentino y la particular regulación de las prestaciones accesorias, entendemos que en estos casos la enumeración del art. 45 debería ser ampliada a partir de una interpretación extensiva y por analogía de los distintos supuestos allí contenidos, tal como se viene admitiendo de forma pacífica en el caso del cónyuge del concursado -que está previsto expresamente en la norma- y el concubino al cual se lo excluye por aplicación analógica de aquella exclusión.

Notas [arriba]

[1] FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., Manual de Derecho Comercial, La Ley;

[2] BARREIRO, Marcelo G., Están todos los que son o son todos los que están? (sobre la exclusión de voto), Doctrina societaria y concursal Errepar, vol. XVII, n° 2005, 2005, p. 503. Errepar.

[3] MOLINA SANDOVAL, Carlos, Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), La Ley 21/04/2017, 1 - TR LALEY AR/DOC/1012/2017.

[4] CÁMARA, Hector, El concurso preventivo y la quiebra, vol. II; QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos, t. I; HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de Derecho Concursal, t. II; GRAZIABILE, Darío J., Cómputo de las Mayorías y Exclusión de Voto - LA LEY 2008-C, 10 - TR LALEY AR/DOC/1206/2008; ZAVALA RODRÍGUEZ, Código de Comercio, T. VII, p. 527;

[5] CNCom., sala D 14/11/2007, Farjat, Carlos s/conc. prev., LA LEY, 2008-B, 182, 596 con nota de Néstor E. Solari.

[6] CNCom., sala C, 27/12/2002, "Equipos y Controles SA s/concurso preventivo" (voto del Dr. Monti); CNCom., Sala F, in re "Poligráfica del Plata SA s/ concurso preventivo (expediente 20598/2012)", 14/07/2015; Favier Dubois (h.), E. M. "Exclusión de voto en los concursos. Un camino en permanente construcción", en Vítolo, Daniel y Pardini, Marta (Directores), La tutela de los acreedores en los procesos concursales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 157..

[7] Artículo 42.- Aportes. Los aportes podrán realizarse en bienes dinerarios o bienes no dinerarios. Los aportes en bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente. Los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social. Podrán pactarse prestaciones accesorias. En este caso, la prestación de servicios, ya sea de socios, administradores o proveedores externos de la SAS, podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación. Las prestaciones deberán resultar del instrumento constitutivo y/o de los instrumentos de reformas posteriores, donde se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento. Sólo podrán modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios. Si la prestación del servicio se encontrara total o parcialmente pendiente de ejecución, la transmisión de las acciones de las que fuera titular el socio que comprometió dicha prestación requerirá la conformidad unánime de los socios, debiendo preverse, en su caso, un mecanismo alternativo de integración.

[8] CNCom., sala B 13/07/2006, Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. s/conc. prev..