

VOTO FAVORABLE DE PROPUESTAS DE ACUERDO POR ENTIDADES FINANCIERAS.

Maria Elisa KABAS y Efraín Hugo RICHARD

Traemos al debate cierta inercia de la entidades financieras, las cuales, al tiempo que se preocupan en verificar debidamente sus créditos en los concursos preventivos de sus deudores, aparecen sin embargo aceptando propuestas de quitas y esperas exorbitantes de las condiciones habituales en las transacciones del mercado, propuestas de acuerdo que jamás serían aceptadas por una entidad financiera en el marco de una renegociación de deuda con su deudor y que sin embargo son apoyadas en particulares circunstancias, que imponen revisar posibles responsabilidades civiles y penales de quiénes así actúan.

1.- Algunas consideraciones sobre el voto “in extremis” y la utilización de sociedades off-shore.-

Uno de los coautores de esta ponencia, ha venido desarrollando a través de distintos trabajos su preocupación sobre lo que denomina cierta inercia de la entidades financieras, las cuales, al tiempo que se preocupan en verificar debidamente sus créditos en los concursos preventivos de sus deudores, aparecen sin embargo votando luego favorablemente propuestas de quitas y esperas totalmente exorbitantes de las condiciones habituales en las transacciones del mercado. En otras palabras propuestas de acuerdo que jamás serían aceptadas por una entidad financiera en el marco de una renegociación de deuda con su deudor, ni aún ante el concurso preventivo o el A.P.E. de éste¹.

En este orden de ideas, se ha generado una corriente doctrinaria tendiente a no aceptar la legitimación de acreedores que no verificaron sus créditos o que no fueron convocados al concurso

Más aun, incluso aunque el Juez Concursal considere legítima la participación de esos terceros no convocados al proceso en la formación estricta de la mayoría que genera la voluntad colegial de una aceptación de propuesta írrita, se ha apreciado desde el punto de vista penal la conducta de esas entidades financieras en concepción que seguimos más adelante²

¹ Particularmente PALACIO LAJE, Carlos y RICHARD, Efraín Hugo **PROPUESTA ÍRRITA CALIFICADA POR PARTICIPACION DE TERCERO NO CONVOCADO Tomo I pág.745** en el libro colectivo del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, de la que paratimos. Entre otros: Richard, Efraín Hugo; **PRIMERA VISIÓN CUALITATIVA DE PROPUESTAS ÍRRITAS EN CONCURSOS DE SOCIEDADES COMERCIALES Tomo I pág. 723**; **SEGUNDA VISIÓN CUATITATIVA COMPARANDO QUITAS Y ESPERAS EN PROPUESTAS DE SOCIEDADES COMERCIALES CON LAS DE LA DEUDA EXTERNA Tomo I pág.733**; Richard, Efraín Hugo y Palazzo Jose Luis: **VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA** tomo I pág. 723, trabajos también publicados en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acader.unc.edu.ar ; Richard , Efraín Hugo: “Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia”, en “Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en sociedades anonimas” Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005 , pag. 165, que recoge el trabajo presentado al II Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil.

² La comunicación con PALACIO LAJE referida en la nota anterior, y LAJE ANAYA, Justo *Quebrados y otros deudores punibles*, p.120, Depalma, Buenos Aires

Obviamente que nos estamos refiriendo a una intervención que altera el sistema concursal de concurrencia y la igualdad de los acreedores, de carácter abusivo y que afecta la homologación del acuerdo.

La situación de hecho, que ya se ha planteado, podría describirse de la manera siguiente: Concursada una sociedad de pocos socios, se presenta una propuesta de acuerdo consistente en una quita del 70% con una espera de 3 años. Transcurridos los cuales se iniciará el pago del 30% no remitido a 6 años de plazo, sin ajustes ni intereses!! (Sólo 5% anual a partir del 5º año). La sociedad tiene contraída con una entidad financiera una obligación afianzada por todos los socios. El Banco anticipa su determinación negativa a votar tal acuerdo y su decisión de ejecutar de inmediato las garantías personales. Se inician tratativas por parte de un tercero –con o sin solvencia acreditada-, con quién el Banco acuerda cancelar la obligación mediante el pago al contado del 80% de la obligación, incluso con un recálculo favorable de intereses, la que se percibe pocos días antes del vencimiento del plazo para aceptar la propuesta de acuerdo (Véase la monstruosa disparidad entre lo obtenido por el acreedor financiero y los montos ofrecidos a los restantes acreedores).

Con la documentación correspondiente como cesionario o subrogado –según el caso- el tercero de inmediato vota el acuerdo que le significaría –si la operación fuese real- un inmediato **quebranto patrimonial**

Pero ello no siempre es así: a veces se encubre el negocio base de “venta connivente del crédito”, logrando que la entidad financiera manifieste su voluntad aprobatoria del acuerdo, aunque haya sido desinteresada.

Ahora bien, existiendo fiadores que pudieron haber satisfecho la obligación, que sí podrían pagar el crédito de la entidad financiera, sería indubitable su exclusión por estar vinculados a la concursada al ser sus socios de control o los propios administradores. El pago por un obligado sería legítimo e insospechable penalmente, aunque no lo legitimara para ejercer el voto en el colegio de aceptación de la propuesta de acuerdo.

Ante tal circunstancia la estrategia es que pague un tercero, como se ha señalado en la descripción de “la situación de hecho” anterior, el que, connivente, no sólo renuncia a gran parte de sus derechos votando una propuesta de quita y espera predatoria, sino que jamás ejecutará a los fiadores, a los que de hecho libera –y en derecho a través de la prescripción-.

Y es ante esta situación de indebida utilización del instituto del concurso preventivo que se produce una verdadera afectación a los acreedores de las empresas concursadas, que no pueden aceptar la propuesta por estar en trámite de verificación, o que expresan su voluntad negativa. Verdadera afectación a terceros que no acepta el régimen jurídico nacional.

Entendemos – y aquí no tendremos discrepancias- que el instituto del concurso preventivo es un procedimiento legal para superar la crisis económica y financiera de una empresa. Pero consideramos que se lo desnaturaliza cuando se lo convierte en un mecanismo para realizar un “negocio”, sobre la base de la perversa y absoluta licuación de

los créditos de legítimos acreedores (en muchos casos, verdaderos compañeros históricos del desenvolvimiento de la empresa: piénsese en proveedores de larga data, dependientes, etc.)

En otros casos se ha considera razonable suponer que se ha recurrido al artificio de utilizar sociedades extranjeras off shore en fraude a la ley societaria y concursal: Es el caso de empresas concursadas que habrían actuado negociando “por afuera” del acuerdo los créditos de sus acreedores bancarios de manera de encubrir el acuerdo real al que se arribó entre las entidades financieras y las deudoras concursadas luego.

Para así hacerlo se utilizo la figura de la interpósita persona: en la especie cesionarias “off shore”, las que, para colmo, habían adquirido “in extremis”³ los créditos de los bancos

De este modo, fueron obtenidos los votos favorables necesarios para la aprobación, en fraude a los restantes acreedores, de las propuestas concordatarias que fueran calificadas reiteradamente de irrisorias y abusivas por razón de su contenido.

Puede una entidad financiera ser responsabilizada por su intervención en las maniobras descriptas?

Cual es el interés en emitir su voto sobre un acuerdo que ya le es irrelevante?

Hasta cuando los legítimos acreedores deberán resignarse a ver sus legítimos créditos licuados en propuesta írritas votadas favorablemente por quien ya se encuentra desinteresado? Puede una entidad profesional como un Banco convalidar situaciones como la descripta?

En algunos casos, sabemos que propuestas prácticamente ruinosas, han sido homologadas por nuestros jueces en aras de “la continuación de la empresa”⁴,

Nuevamente cual es el interés en la propuesta írrita so pretexto de la continuación de la empresa por parte del acreedor financiero que 1) ya ha sido desinteresado y 2) muy probablemente no acompañará con su apoyo crediticio la susodicha “ continuación”?

Consideramos necesario repensar, tanto por los asesores jurídicos como contables, realidades como las descriptas a fin de no convalidar situaciones que, configuran no sólo la desnaturalización de institutos legales sino que conforman verdaderos abusos de derecho.

Y, desde el punto de vista de los asesores de entidades financieras, la responsabilidad de las entidades bancarias en situaciones como las descriptas, no sea que en aras de optimizar ó “limpiar” cartera, se expongan a reclamos – ya sea mediante la búsqueda de reparación a través del concurso, o a través de recursos extraconcursales- por haberse involucrado en actos cuestionables.-

³ Expresión utilizada en la resolución IGJN° 244, Textual. .

⁴ Situación que recibe la crítica de Nissen, quien nos alerta que de este modo se olvida que muchas veces la imposición de acreedores de propuestas ruinosas los condena a su propia presentación concursal o quiebra.

2. Las aristas penales del caso.

Pero al margen de aspectos civiles responsabilizatorios, veamos otros aspectos de la ilicitud.

¿Podría esta maniobra enmarcarse en un tipo penal? ¿Podría ser responsable penalmente el Banco, el tercero o el deudor?

El art. 180 del Código Penal amenaza con pena de prisión de 1 mes a 1 año, a “el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por el cual hubiera estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.”, continuando “la misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género”.

En el caso del tipo del art. 180 el patrimonio protegido es el de la masa de acreedores que puede verse atacado por el accionar descripto, deteniendo o extinguiendo el proceso concursal. Pero es acertada la observación de Laje Anaya cuando explica que lo que en realidad se protege con este tipo penal es la incolumidad del acto judicial, convenio, concordato o transacción para evitar que por medio de la corrupción de votos otorgados en ese acto, uno a varios acreedores obtengan una situación distinta sobre los demás y distinta para ellos, en el caso de no haber mediado el acuerdo anterior fraudulento¹, a lo que agregamos el imponer una mayoría circunstancial afectando también así el derecho de los acreedores convocados.

Ambos párrafos de los delitos contemplan posibilidades independientes, integradas por tipos perfectamente diferenciados: *connivencia dolosa del acreedor* en el primer caso, y *connivencia dolosa del deudor* en el segundo⁵

En la connivencia dolosa del acreedor se exige una doble actividad del sujeto activo: por un lado tiene que haber convenido con el deudor o con un tercero la concesión de ventajas especiales (de cualquier índole) como condición para dar su consentimiento al concordato, convenio o transacción, como contraprestación para el voto corrupto.

Esa contratación entre la entidad financiera y “alguien” afecta disposiciones básicas del C.Civil, cual es que las mismas no pueden afectar a terceros. Y esas ventajas son convenidas a espaldas o sin consideración de los demás acreedores, y tiene la finalidad de conseguir el resultado que pretende el deudor de imponer quitas y esperas a los acreedores no verificados o admitidos, e incluso a un alto porcentaje de los así declarados.

Esas negociaciones implican actos jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

⁵ CREUS, Carlos *Quebrados y otros deudores punibles*, Astrea, p. 173.

El perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones individuales. Así los arts. 1195 in fine “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 CC. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.⁶. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticiamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

Y en los concursos no puede aceptarse que a través de algún contrato o acto jurídico con el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), se genere perjuicio a los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

Por otro lado, ese acreedor corrupto debe haber expresado ese consentimiento en el correspondiente acto procesal judicial; debe haber aceptado la propuesta de acuerdo que al deudor le interesaba que prosperara. Y es con ese consentimiento, es decir con esa aprobación, que se tiene por consumado el delito, aunque con tal aceptación no se haya logrado la finalidad del deudor, y aunque no se hayan otorgado las ventajas. Es justamente la aceptación o voto en el sentido acordado la acción consumatoria del delito típica (el acuerdo previo es solo un acto preparatorio). En este supuesto caería la conducta del acreedor que habiendo recibido el dinero o la promesa de un tercero, cediéndole el crédito o subrogándolo, igualmente votara aceptando la propuesta.

En el segundo caso la acción típica es la de concluir, o sea estipular, un convenio del género previsto en el párrafo primero, “es decir un convenio por el cual el deudor o un tercero hayan prometido al acreedor ventajas especiales para el caso de que el procedimiento concursal se produzca el convenio o acuerdo esperado⁷². En este caso el tipo queda consumado, no con el voto, sino simplemente con el acuerdo, sin que se requiera ni siquiera que se cumpla.

Conforme lo referido hasta ahora, parecería un imperativo para el Juez del concurso, ante un voto otorgado en la forma descripta, pasar los antecedentes a la Justicia del Crimen por las razones que damos de seguido, no pudiendo en forma alguna computar ese voto, a todas luces ilegítimo civil y penalmente.

Como apunta Palacio Laje, ya ubicados en nuestro caso, observamos que tratándose de un delito especial o propio, en principio resultaría imposible tipificarlo en estos tipos previstos por el art. 180 del C.P. En efecto, tanto la primera como la segunda figura son delitos en los cuales los autores o los autores, vienen predeterminados por la figura. En el caso del primer párrafo (connivencia dolosa del acreedor) el autor tiene que reunir la calidad de acreedor. “Pero no cualquier acreedor sino uno integrante de la masa en el particular concurso, puesto que este es el único modo que su consentimiento pueda incidir en aquel”⁸, como ya apuntamos.

⁶ Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

⁷ Creus, ob. cit. p. 186,.

⁸ Creus, ob. cit. p. 183

En el caso el acreedor es una entidad financiera y, aunque haya consentido el acuerdo, al vender el crédito al tercero, ha dejado de tener posibilidad de votar, y nunca podría ser autor de este delito –claro que si manifiesta aprobación tipifica la figura penal-.

Sin embargo, no es el caso del tercero, quien ha mediado en el procedimiento, pero no ya para lograr un voto determinado del Banco sino para adquirir la deuda, pagándole al Banco una suma equivalente a aproximada al 80% del valor original, sabiendo que horas después votara para que le restituyan apenas el 30% de esa suma a 20 años.

En este marco es claro que si así ha votado –o manifestado su aprobación a la propuesta de acuerdo- ese “tercero”, que en realidad es el actual acreedor, es él quien en la medida que logrado convenio o transacción en virtud de una connivencia con el deudor; se ha convertirá en el sujeto activo de la figura del art. 180 del CP. Este tercero, que después de la adquisición resulta lisa y llanamente el acreedor al cual se refiere el art. 180 del C.P., es autor del delito de colusión, desde el mismo momento que ha votado el acuerdo en el sentido convenido con el deudor.

Pero vamos al punto central: le cabe alguna responsabilidad penal a la entidad financiera?

Cabe aquí la pregunta sobre si la misma podía desconocer, frente al marco concreto de la propuesta del deudor, ignorar o al menos no representarse la maniobra a realizar el comprador con el deudor? Podría desconocer el Banco el fin espurio del tercero, si frente a este concurso y a la posible propuesta del deudor, casi repentinamente surge un adquirente del crédito (cual buen samaritano) y lo compra al 80% de su valor, cuando lo recuperará con una quita del 70% y a 20 años?

La entidad financiera es un acreedor informado, que ha sido convocado por el Juez, que ha verificado su crédito y que sorpresivamente obtiene un “comprador” del mismo por una suma muy superior a la que obtendrá en el concurso, pero que teniendo fiadores solventes acepta también una quita de capital mínima e intereses. Seguramente en el trámite interno se habrá evaluado esas circunstancias y habrá quedado documentada esa información.

Si el deudor fuere una sociedad comercial administrada por persona física (“director gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de cualquier índole”), la misma debería responder por el delito de connivencia dolosa del deudor (art. 180 segundo párrafo del C. P.), al concluir con el tercero adquirente de los derechos de la entidad financiera, un convenio en el sentido de votar positivamente por la propuesta pretendida.