

EXCLUSIÓN DE CESIONARIOS PARA APROBAR LA PROPUESTA¹

Efraín Hugo RICHARD

Síntesis: En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero, sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o de los que votaron en contra.

La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. fine CC “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 , particularmente con la previsión impuesta por el art. .C.. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por la noticia que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

Nos hemos referido en otra comunicación a la negociación de la propuesta. Ella debe ser con los acreedores anteriores a la apertura del concurso.

No se podrá usar del arbitrio de la introducción de terceros no convocados para entenderlos legitimados. Sólo los convocados pueden expresar su voluntad sostiene parte de la doctrina, y otra parte de ella se expresa en el sentido que sólo los verificados pueden hacerlo[1].

Aún en la hipótesis de la absoluta autonomía de la voluntad, incompatible con el sistema concursal preventivo, la cesión de créditos a los terceros no convocados o no verificados no podría perjudicar a terceros, por lo que no podrían con su voto generar la mayoría que imponga a los que no adhieren o no pueden expresar su voluntad, acuerdos que afectaren sus derechos –arg. Art. .C.-.

Los derechos deben ser ejercidos regularmente, dentro del contexto del derecho concursal, sin afectar los derechos de los restantes acreedores[2].

1.DESDE EL CÓDIGO CIVIL.

Veamos este tema poco trabajado[3]. La cesión o subrogación implican negocios jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros. Se ha destacado la opinión de Cámara negando el “voto” a los cesionarios por aplicación del art. 1196 C.C..

El perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil. Los arts. 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 , particularmente con la previsión impuesta por el art. .C.[4]. 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.

¹ Publicado en el Mercantil n°9 de 2013, en boletín del 28 de febrero de 2013.

En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas, con conformidades obtenidas por un sistema ajeno al de la concursabilidad, a través de cesión o subrogación de créditos[5] y el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

2. Estos votos de utilería imponen analizar cuando han pasado la barrera de su admisibilidad de si no contaminan por abusividad el acuerdo.

Es claro que el “colegio” como asamblea ha desaparecido, no obstante mantenerse como instituto al determinar los legitimados para generar la mayoría. Los votos de utilería –rectius aunque la ley mantenga el vocablo-, las manifestaciones de voluntad positiva de aceptar un acuerdo predatorio que empobrece a los acreedores (particularmente a los que no pueden votar o los que votan negativamente) y enriquece a los titulares del patrimonio concursado, alcanzan exactamente para lograr los mínimos personales y de capital que la ley impone.

3. El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito o subrogación es la alteración de las consecuencias naturales del negocio[6], en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”[7] en cuanto se intenta afectar a la minoría.

Perfeccionado la cesión-contrato se genera una relación jurídica cuyos efectos se proyectarán entre las partes, y eventualmente a quienes llegaren a ser sucesores, ya sea mortis causa o por actos entre vivos, como consecuencia de la aplicación del art. 1195 del Código Civil, precepto que nos manifiesta el llamado “efecto relativo” de los contratos.

De acuerdo con este principio, los derechos y obligaciones que surgen del contrato, recaen exclusivamente sobre las partes, y llegado el caso en sus sucesores o herederos, que se convierten en partes una vez producida la sucesión o transferencia del contrato, y también como consecuencia del mismo “los contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195) “no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos” (art. 1199), es decir esos efectos no les llegan o alcanzan.

4. Formalicemos un recorrido doctrinario. Betti expresó “El fundamento de la relatividad debe ser buscado en la autonomía privada, en la idea de contrato como expresión de esa autonomía. El contrato es un acto de ejercicio de poder de autonomía privada, que consiste en la posibilidad de dictar la ley, el precepto, por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. De donde un contrato, con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino constituiría una invasión en la esfera jurídica ajena”[8].

Spota[9] sostenía “el efecto relativo de los contratos significa que por ello, no cabe hacer surgir obligaciones que los terceros deban soportar, ni estos terceros pueden invocar tales contratos para hacer recaer sobre los otorgantes del negocio jurídico bilateral y patrimonial una obligación en beneficio de personas que no son partes en la relación jurídica creada...”.

La última parte del art. 1195 dispone que los contratos no pueden perjudicar a terceros, y Piantoni expresó “... es evidente que el alcance de esta disposición es que esa declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos patrimoniales de las partes, no puede vincularse con

efectos jurídicos sino a las partes intervinientes en la celebración del acuerdo por lo que todos aquellos que no han intervenido, no quedan sometidos a la responsabilidad que emerge de la declaración de voluntad común. No pueden prevalecerse del contrato para ejercer a su favor, como propios, los derechos que de él emergen...”[10]

Comentando el art. 1195 y citando a Algorta, R. *Efecto de los contratos* LL 130-743 “Se consagra el principio del efecto relativo de los contratos, el cual sólo alcanza a las partes contratantes, y sus sucesores singulares y universales,... Los contratos, si bien no pueden perjudicar a los terceros, pueden beneficiarlos (art. 504 C.C.)”[11].

De Messineo[12] transcribimos “A) Por contrato en perjuicio de terceros se entiende el contrato que, de reflejo, produce perjuicio a los terceros, aunque no haya sido destinado a tal fin.... La sustancia del contrato en perjuicio de terceros consistiría en una incompatibilidad entre los efectos del contrato y los efectos que éste produce sobre los derechos del tercero, con perjuicio para éste. Para que exista contrato en perjuicio de tercero, es preciso que se pueda establecer una dependencia (o nexo) causal entre el contrato y la consecuencia dañosa sufrida por el tercero, la que puede ser inmediata o mediata, según los casos”.

5. Por último la causa del negocio de cesión de crédito es el derecho patrimonial, o sea hacerse propietario del crédito, pudiendo formular remisión de su deuda, pero ello sin afectar a terceros y menos cuando el efecto inmediato no es el cobro del crédito sino la aquiescencia a la pretensión de la concursada en su propuesta de acuerdo, para alcanzar ajustadamente las mayorías legales e imponérselas al resto de los acreedores, que son así terceros perjudicados.

La reciente ley uruguaya también excluye el voto de interesados o terceros no acreedores a la fecha de apertura del concurso, con diversas soluciones y sanciones.

Claro que la intervención de terceros ajenos a la concursabilidad favorecen la “estrategia” de la concursada para la aprobación de su propuesta de acuerdo, pues sólo deben negociar con los acreedores que tengan sus créditos verificados o declarados admisibles.

[1] Nto. LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?) en La Ley del 13 de marzo de 2006 y particularmente en ¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?, Publicada en JURISCONCURSAL n° 5, Mayo 2007 San Miguel de Tucumán. Año II Publicación de Sindicaturas y Derecho Concursal pág. 95 contestando la polémica sobre el punto de E. Daniel Truffat en la misma publicación pág. 85 La cesión de créditos en los concursos preventivos

[2] Ha señalado la Dra. Villanueva refiriéndose a los acreedores que renuncian a su privilegio, “... la participación de estos acreedores en la formación del acuerdo se supedita a que los presupuestos de su legitimación –reconocimiento y categorización- logren ser reunidos a tiempo ...” -VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, págs. 392-. E indica, “... quien decide renunciar a su privilegio para adherir o rechazar la propuesta, debe hacerlo antes del inicio del trámite tendiente a la categorización, el que, como hemos visto, comienza con la propuesta del deudor prevista en el artículo cuarenta y uno. Admitir la posibilidad de dicho acreedor de renunciar en tiempo ulterior, es –a nuestro juicio- inadmisibles a estos efectos. Primero, porque importaría soslayar el derecho del deudor a diseñar las categorías del modo que mas convenga – siempre dentro de los límites que le marca la ley- a su interés, derecho que reconoce un presupuesto obvio: que la agrupación efectuada por él al presentar su propuesta, no sea alterada por la posterior incorporación de quienes no fueron considerados en esa ocasión por causa sólo a ellos imputable. Y segundo, porque el trámite de dicha categorización exhibe, desde cierta perspectiva, un matiz típicamente concursal, dado por la posibilidad de participar que la ley otorga a todos los interesados. En ese marco, quien renuncia con posterioridad a la oportunidad prevista en el citado artículo 41, se coloca al margen de ese trámite, privando –sin ninguna razón que justifique ese obrar- a sus coacreedores de la posibilidad de opinar acerca de la categoría que a él corresponda asignar ...”. Concluyendo señalando que, “... cuanto llevamos dicho importa sostener que, a nuestro juicio, la renuncia al privilegio

no puede ser posterior a la categorización a los efectos de votar ...”. Los derechos deben de ser ejercidos en forma regular, siendo que el mismo no puede ir en contra del orden público, la moral y las buenas costumbres, expresándose: “... la finalidad de la norma en análisis es encauzar el ejercicio del derecho a voto en un marco de regularidad evitando abusos y distorsiones. En este sentido, considero que si bien es un derecho esencial del acreedor prestar su conformidad o no, este derecho debe ser ejercido de modo regular. Cabe recordar que el instituto del concurso preventivo tiene por finalidad alcanzar una solución consensuada entre el deudor y sus acreedores, contemplando, asimismo, el interés general. Y en este contexto, es deber del juez concursal velar por el cumplimiento de esa finalidad evitando que se incurra en abusos en el ejercicio de los derechos respectivos, tanto por la concursada como por los respectivos acreedores. En efecto, es deber del juez la protección de todos los intereses en juego en el proceso colectivo ...” - Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, N° 17, Secretaría N° 34, 23/08/07, UNION ARGENTINA DE RUGBY CONCURSO PREVENTIVO-

[3] Nto. EL EFECTO DE LOS CONTRATOS RESPECTO DE TERCEROS Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN CONCURSOS, en libro colectivo “Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I pág. 515 a 552.

[4] Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

[5] U otras formas de generar la mayoría: En la causa MODO S.A. el juez Kollinger Fraga, en Buenos Aires, septiembre 12 (doce) de 2005, decidió sobre la homologación de la propuesta y rechazo de las impugnaciones. ... (viii.) En lo atinente a la transparencia del acuerdo alcanzado, luego de realizar un estudio exhaustivo y fundado del crédito de cada acreedor, dedujo que no podía descartarse la existencia de manipulaciones y/o abusos en la obtención de las mayorías que pudieran incidir en restar fidelidad a los porcentajes alcanzados. Sobre el particular, puso de manifiesto que de la inspección ocular realizada por dicho órgano no había podido inferirse indicio alguno acerca de la efectiva realización de los trabajos invocados por “TROQUERS S.A.” y “NEYMARK S.A.”, siendo de destacar que ninguno de estos dos acreedores pudo ser hallado en los domicilios señalados en las respectivas facturas.- ... Cabe destacar en este sentido que si bien, frente a las investigaciones llevadas a cabo por la sindicatura “ad-hoc” (v. especialmente antecedentes glosados a fs. 1.456/71), aparecen como poco serias y hasta infantiles las explicaciones de la deudora con respecto a los elementos de juicio objetivos que han impedido verificar que efectivamente hayan sido contraídas las obligaciones denunciadas como existentes en relación a “NEYMARK” y “TROQUERS”, lo cierto es que la entidad cuantitativa de esos créditos, si bien no despreciable, tampoco alcanza una entidad tal como para poner en tela de juicio la seriedad del acuerdo en el sentido de comprometer la real conformación de las mayorías legales para la configuración del acuerdo.-

[6] BETTI, EMILIO Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág.. 187

[7] BETTI, ob. cit. pág. 278.

[8] MOSSET ITURRASPE, Jorge, PIEDECASAS, Miguel “Código Civil Comentado”; ed Rubinzal-Culzoni, 2006) Mosset Iturraspe. “Contratos”; ed. Ediar.

[9] Cita de ALTERINI, Atilio “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo - Teoría General”, Ed. Abeledo Perrot.

[10] PIANTONI, Mario “Contratos Civiles” t. I., ed. Lerner, Córdoba.

[11] “Código Civil Argentino y legislación complementaria. Edición Concordada y comentada” Marcelo U. Salerno y Carlos A.R. Lagomarsino, Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires 1992, , pág. 345.

[12] MESSINEO, Francesco “Doctrina General del Contrato”, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, traducción al español de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, con notas de derecho argentino por Vittorio Neppi, tomo II pág. 186