

SOBRE ABUSO Y FRAUDE A LA LEY EN ACUERDOS CONCURSALES

Efraín Hugo RICHARD

El análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la imposición al juez que en ningún caso homologue un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley, previsto en el art. 52.4 Ley 24522 –LCQ-, se limita -en caso de quitas y esperas- a sus aspectos cuantitativos que pueden configurar un abuso de derecho, omitiendo cualquier consideración en torno al fraude a la ley. Esta posición, que sostenemos de largo tiempo se perfila mejor con las nuevas normas del Código Civil y Comercial –CCC- y la Ley General de Sociedades –LGS-, como lo hemos reiterado recientemente.¹

Esta corriente, muy correcta en el concurso de personas humanas, no encontraría sustento en el concurso de sociedades, en tal caso, pues se omite la consideración sobre normas imperativas de la ley específica sobre la crisis de esas personas jurídicas.

Nuestro razonamiento es una misión casi imposible², pues se ha entronizado profesional y judicialmente la licitud de quitas y esperas –incluso desmesuradas- en los concursos preventivos de sociedades.

Deberíamos, desde la doctrina, colaborar en la difícil tarea de la magistratura para encontrar el equilibrio de las sociedades en el sistema jurídico, desde su nacimiento como personas jurídicas, hasta sus crisis previstas en las normas del CCC y en la específica Ley General de Sociedades –LGS-, inclusive con reflejos en la legislación concursal³.

I – EL CRITERIO ACTUAL DE PROPUESTAS EN CONCURSOS DE SOCIEDADES.

Recientes fallos ratifican la apreciación meramente cuantitativa de los supuestos abusos en propuestas de quitas y esperas en concurso de sociedades, con una inclinación a aprobarlas apenas se introduce alguna mejora por la concursada.

¹ “La sentencia del art. 52.4 LCQ: abuso de derecho y fraude a la ley”, pág. 741 en *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires Abril 2017, debatida en el marco del Seminario Actual sobre actualización, análisis crítico de Jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, Concursales y del Consumidor, en las Jornadas sobre cuestiones actuales y convertidas de Derecho Societario, Concursal y del Consumidor, llevado a cabo en Mar del Plata los días 23, 24 y 25 de abril. En esa ocasión el Director Académico de Doctrina Societaria y Concursal, de Errepar, Dr. Marcelo Perciavalle, tuvo a bien pedirnos reiterar nuestra visión cualitativa sobre el fraude a la ley en propuestas concursales de sociedades.

² Nto. “FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta?” en La Ley 15 de abril de 2009 y “LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIA, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA”, en Zeus Córdoba, n° 353, Año VIII, 18 de agosto de 2009, t.15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 agosto 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

³ Nto. “LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO: CONEXIÓN DEL SISTEMA SOCIETARIO CON EL CONCURSAL. CRISIS Y TERMINOLOGÍA” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Ed. Advocatus, Córdoba agosto 2016, pág. 2017; y “EL EQUILIBRIO DE LAS SOLUCIONES SOCIETARIAS PARA EVITAR SU CRISIS Y DAÑAR. INTERPRETACIÓN CONGRUENTE CON LA LEY CONCURSAL” en la misma publicación y tomo pág. 2025.

Así la Sala D de la CNCom, en fallo de Diciembre 27 de 2016, en la causa “Amancay SAICAFI sobre concurso preventivo” señaló : “...Es claro, entonces, que la cuestión de que se trata, esto es, la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa -sino imposible- la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta. Es que, como lo observa la doctrina especializada, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo: todo cabe en él (conf. Maffía, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589, JA 2002-IV, p. 1292, espec. p. 1302), habiendo señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye "...una pauta cuya vaguedad produce vértigo..." (ver Ribichini, G., El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084). ...”. Suscriben este fallo los Dres. Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto; Julio Federico Passarón Secretario de Cámara, homologando el acuerdo.

A su vez sostuvo la Sala F de la misma Cámara que la homologación, es “juzgar la presencia o ausencia de ... todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico.... Como reza el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”;...y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico.... Si a la fecha del presente decisorio la deudora ha presentado una mejora sustancial de sus anteriores propuestas” resolviéndolo el 29.12.2016, en el caso “Resingel SA sobre quiebra”.

Apuntamos de los mismos los valores, al sistema jurídico extraño a la ley concursal, a que se trata en todos los casos de apreciaciones sobre la abusividad y no sobre el fraude a la ley, a esfuerzos, etc., y contradictoriamente entre quitas y esperas –estas últimas en realidad suman quitas aunque no están gravadas con el impuesto a las ganancias– ciertas apreciaciones de los fallos: “la "abusividad" de la propuesta, es un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, “no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal”, traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de puestos de trabajo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo,...valores superiores del ordenamiento jurídico”, “y el hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico”. Pero no se analiza el sistema jurídico integral.

1. La doctrina más reciente continua con la tendencia evaluativa de la propuesta de quita y espera como legítima formalmente, pero vinculada a su análisis cuantitativo: Romina CELANO “Las propuestas abusivas en el concurso preventivo. Herramientas de análisis e incidencia de la inflación”⁴. Rrepasa la obligación del juez impuesta en el año 2002 por la ley 25589 que en ningún caso debía homologarse una propuesta abusiva o en fraude a la ley. Después del análisis en que parte que no existen límites en cuanto al tiempo y porcentaje de espera, no distinguiendo entre concurso de personas humanas y jurídicas –

⁴ En Doctrina Societaria y Concursal n° 347, octubre 2016 pág. 1037.

como nosotros lo hacemos constantemente- se refiere a los diversos elementos a tener en cuenta para determinar esa abusividad, siempre desde el punto de vista cuantitativo, refiriendo a la mejora de la propuesta o tercera vía como remedio, con despliegue de citas”.

En el mismo sentido Daniel Roque VITOLLO⁵ limitado al análisis cuantitativo para determinar la abusividad de la propuesta, citando a todos los autores que habrían escrito sobre la abusividad de las propuestas, sin mencionarnos ni a los que hoy hablan del esfuerzo compartido. A su vez analiza la abusividad en forma similar en concursos de personas humanas como de sociedades.

Claro que el tema cuantitativo es importante, pero el enfoque también debería ser legal –no formal sino sustancialmente-, cuando no constitucional que es el aspecto mayor de lo legal.

2. Se advertirá que el análisis cuantitativo no está vinculado a un problema constitucional de confiscatoriedad, o sea atentando contra el derecho de propiedad, como hemos sostenido con Palazzo⁶.

II – EL SISTEMA JURÍDICO.

Uno de los fallos señala acertadamente “la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico”.

El tema se centra en la integración y prelación de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”.

O sea que para las sociedades la ley especial es la Ley General de Sociedades – LGS-, “o en su defecto” –de sus normas- por las normas imperativas del CCC. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. La ley imperativa se impone a la voluntad de las partes. Se cumple aunque las partes en común acuerdo quisieran que no fuera así. La norma imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La norma supletoria, en cambio, brinda la posibilidad de que las partes fijen los efectos o consecuencias, o las obligaciones y

⁵ “EL CASO DEL CORREO ARGENTINO ¿PUZZLE O UN COMPLEJO MODELO PARA ARMAR EN VARIOS AÑOS?”, publicado en *Revista Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires, Marzo 2017.

⁶ PALAZZO, José Luis y nosotros “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA” en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, T. I pág. 715.

prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen al respecto la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no han expresado su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca. El conjunto de leyes integra un sistema jurídico conforme el art. 2 CCC.⁷

Son imperativas las disposiciones del art. 96 LGS.

1. La causal de disolución de pérdida del capital social es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios. Generándose a su vez obligaciones a administradores y socios en protección a terceros.

Cuando la crisis afecta el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuando se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios, para adoptar alguna de las previsiones imperativas del art. 96 LGS. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores⁸.

Por tanto: ¿quién debe darle solución? Sin duda los socios con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2º párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Pero siempre son los socios los que deben atender a la solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

2. La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, no en forma imperativa sino postestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente potestativas para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit

⁷ Nto. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

⁸ Nto. “Remoción de causales disolutorias y responsabilidad de administradores (y socios) de sociedades: la función de garantía del capital social”, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires abril 2016, pág. 279. En el debate de esta comunicación en el III Congreso sobre los Aspectos Empresarios en el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado en ese mes en Mar del Plata, cuando insistimos que la responsabilidad se generaba al día siguiente de constatada la insuficiencia patrimonial, se debatió unánimemente que no, que esa responsabilidad se generaba al minuto siguiente – corrección que aceptamos-. Posteriormente lo hicimos en “La causal disolutoria de pérdida del capital social”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (dsce) tomo/boletín XXVIII*, mayo año 2016.

patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

La empresa viable debe ser conservada como generadora de riqueza y puestos de trabajo. La sociedad es el vehículo jurídico de la actividad empresarial. Esta previsión normativa es aplicable a todos los supuestos, previstos específicamente o se trate de causales a las que la ley no les otorga tratamiento, incluso a las particulares previstas en los estatutos sociales, si los socios acreditan el cumplimiento de los extremos legales para continuar con la actividad de la empresa.

III - LAS QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO DE DERECHO Y EL FRAUDE A LA LEY SOCIETARIA.

Las quitas implican un menoscabo al patrimonio de los acreedores que significa un enriquecimiento del patrimonio de la sociedad concursada, pues su pasivo se reduce. Generando una ganancia de este patrimonio esta gravado por el impuesto correspondiente, o sea que implica un costo para la concursada, aunque ese pago se difiera.

Los socios abusarían del derecho si en vez de reintegrar el capital o capitalizar la sociedad la concursaran para que los acreedores asuman la pérdida.

La capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código en análisis.⁹

La conclusión lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LGS). De no resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios¹⁰, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación de una propuesta en concurso de sociedad a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica integración con la LGS en concurso de sociedades y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una

⁹ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss., correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

¹⁰ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

Ante ciertos criterios que reducen la juricidad de las quitas al valor recibido por debajo de lo que correspondería en liquidación (“*the best interest of creditors*”) apuntamos que ello es lógico en el caso de personas humanas, pero descartable para personas jurídicas, especialmente societarias, por la función de garantía del capital social que hemos analizado.

Parte de la doctrina clásica ha intentado morigerar nuestra interpretación interativa de la legislación societaria sosteniendo la legalidad del “esfuerzo compartido”. Juristas especializados en concursos, como Truffat¹¹, Botteri¹² y Carlino¹³, a aceptar que para la quita no configure una ilegalidad debe existir “esfuerzo compartido”, o sea quitas equivalentes a los aportes de los socios. De todas formas esto significa un enriquecimiento ilegal de los socios, con una carga impositiva para la sociedad –Impuesto a las Ganancias- que desaparecería si el porcentaje de quita ingresa como capitalización a la sociedad. Se acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

La solución es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, de acreedores profesionales, pero porque no incluir a los proveedores que han vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

No se trata de responsabilizar a nadie, ni administradores ni socios, que para ello tiene que haber daño, tratamos de alertar para que no se genere daño, o se acote ante un evento impensable, conforme las previsiones imperativas de la ley de sociedades en torno a la función de garantía del capital social como forma de tutelar su patrimonio y a los terceros que contratan en la misma, y no se sorprenda a la judicatura por medio de abusos en procesos concursales de sociedades.

Recuérdese que la Corte en el caso Comercial del Plata inició la atención sobre el régimen societario para anticiparse a la crisis y actuar como medios preconcursales¹⁴, incluso la solución final ante idas y vueltas fue la capitalización de pasivo.

¹¹ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –preisamente- a la oferta del deudor”, en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

¹² BOTTERI, José David “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el nuevo Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Nro. 278, (Mayo/Junio de 2016).

¹³ CARLINO, Bernardo “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”, en *CRISIS Y DERECHO* IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, Córdoba, septiembre 2015, Ed. Fespresa, tomo III El sistema concursal, pág. 48.

¹⁴ Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

IV – CONCLUYENDO Y MEDITANDO.

Si bien se advierte un interés cada vez mayor en el análisis sistémico, en animarse a zonas extrañas frente a la crisis concursales de sociedades, que llevaría a un equilibrio de derechos, a mejorar costos y asegurar la eficiencia, creemos difícil que ciertos cenáculos acepten un cambio de su visión originalista encerrada en las soluciones concursales, en apoyar a la concursada a cualquier efecto, tratando de evitar la quiebra, aún ante la inviabilidad económica que desencadenará nuevas crisis, eventualmente no concursales sino sociales.

No creemos que esta visión este coordinada con una visión de tutela de la empresa, sino más bien de los socios de control y los administradores que llevaron a la crisis de la sociedad sin resolverla conforme las previsiones del sistema societario.

Es indudable que el juez concursal es quién debe asumir con criterio sustancialista el análisis de la legalidad de las quitas en los procesos concursales de sociedades. Eventualmente para rechazar nuestra visión cualitativa y señalar la legalidad de la propuesta de quita y espera por una sociedad, incluso inviable, y el consiguiente acuerdo.

Se trata de activar las nuevas normas sobre buena fe, abuso de derecho y fraude a la ley contenidas en el Título Preliminar del nuevo Código.