

¿SANTIFIQUEMOS LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS?

Efraín Hugo RICHARD

Dotorcito... y eso pa qué? Es un contrato maravilloso don Zoilo y no puede restringirse la libertad de usarlo... Ahh...entonces ... dotorcito hay que defenderlo como a la Patria... (versión limitada de un cuento del Negro Alvarez).

Una vez más el joven y talentoso jurista Dr. E. Daniel Truffat¹ nos propone una nueva polémica². Debemos agradecerle su inquietud pues de esa forma se instala la cuestión y ya no puede pasar desapercibida la cuestión para nadie.

1. LA NUEVA POLÉMICA

Ahora instala la polémica sobre la cesión de créditos (efectivizada al sólo efecto de votar –adherir- favorablemente a una propuesta de acuerdo írrita en concurso, sosteniendo el derecho irrestricto de cesión y subrogación en el concurso, frente a las posiciones expuestas a partir de nuestro artículo en La Ley³. Se ha pronunciado la doctrina con respuestas restrictivas similares. Algunos compartiendo nuestra tesis, otros –más moderados como Daniel Vitolo, Walter Rubén Ton⁴ y Marisol Martínez sosteniendo que sólo los verificados y declarados admisibles pueden “votar”. En todos los supuestos se trata de un análisis de los legitimados a intervenir en la formación del acuerdo.

2. LA MOTIVACIÓN QUE NOS SUPONEN.

Supone Daniel sobre nuestra motivación *“largamente impactado por múltiples abusos en la aplicación de ley de concursos, y la expresión de su ostensible preocupación por escarbar los entresijos del sistema legal hoy vigente para poner coto a los susodichos abusos. ... Tiene como causa mediata, y telón de fondo, la catarata de abusos y deslealtades que la ley 24.522 facilitó y fomentó ... Pero al calor de los desarrollos de este destacadísimo jurista, se suben los intolerantes de siempre. Los que creen que pueden expropiar la noción de "moral pública". Las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros ni ofendan a la moral pública están exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios”* (el resaltado nos corresponde)..

¹ Doctorando brillantemente en la Universidad Nacional de Córdoba.

² Lo hace ahora en Revista Jurisconcursal n° 5 de San Miguel de Tucumán, bajo el título *LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LOS CONCURSOS PREVENTIVOS*, teniendo la gentileza de anticiparnos su posición, solicitándonos la contestáramos en la misma publicación o después de publicada –asumiendo hacerlo en la primera pese al escaso tiempo dispuesto-, insiste en calificar mi buena fe, pero hacer referencia a terceros – que no identifica ni cita- que no usarían de la misma forma mis argumentos. La verdad que nos pone en cierta indefensión, pues la descalificación más que de los argumentos –como veremos- vendría de su uso por algunas extrañas personas con algunas también extrañas e indefinidas motivaciones. En cuanto a las polémicas, la primera fue respecto a la responsabilidad de administradores societarios pese a la homologación del acuerdo concursal respecto a ciertos acreedores con quienes contrataron ya estando la sociedad en cesación de pagos; la segunda sobre que una quita y espera en un concurso de una sociedad similar a la que había propuesto la República Argentina por la deuda externa no era abusiva, olvidando que en el primer caso la quita y espera beneficiaba directamente a los socios y otros aspectos de derecho público, y ahora la tercera ante nuestra posición sosteniendo que el voto de terceros no convocados no puede contabilizarse para determinar la mayoría como aceptación del acuerdo concursal propuesto.

³ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL ¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?* Publicado en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, República Argentina.

⁴ *CESION PARA VOTAR EN CONCURSO FUTURO*, en boletín informativo del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

Esa es su presunción, pero nuestra preocupación es muy anterior y de carácter sistémico, como reiteraremos.

Fundamental es que Truffat reconoce es que el límite es el perjuicio a terceros. Tenemos para nosotros que se acentúa el criterio contractualista del pensamiento de Truffat aplicando a las relaciones de cambio, ley de los intervinientes, a los concursos que tienen otras reglas y afectan a terceros claramente.

La verdad es que nos preocupa el sistema concursal de mucho antes, quizá no lo recuerda Daniel por su juventud, y el impacto de abusos sobre su psiquis nos lo transfiere a nosotros.

Nuestra lucha fue desde siempre sobre la tempestividad en asumir la crisis. Al no hacerlo suponiendo que no existen plazos ni obligaciones por parte de los administradores se sucedieron las normas y soluciones ineficientes. Y justamente venimos instalando una relectura de las normas concursales particularmente en relación a la crisis de las sociedades.

En el año 89 el amigo y jurista Miguel Rubín nos invitó a hablar en la Asociación de Abogados sobre el plan de empresa, lo que desde mucho antes requeríamos en los Congresos Bancarios, aconsejando a esas instituciones que no dieran crédito a quienes estaban en cesación de pagos o en crisis si no presentaban planes congruentes, pues de ello podía resultar responsabilidad⁵. En cambio debía ayudarse al deudor frente a trámites preconcursales o concursales que contuvieran planes congruentes para afrontar la crisis.

Siempre nos resistimos al oportunismo y la corrupción. Contra la estatización de la deuda privada externa (82), contra el déficit cuasi fiscal (desde el 82 al 89), contra las prácticas espúreas (como el de Aerolíneas Argentinas en el 92, puede verse el relato de Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado" sobre el sorprendente arbitraje que dejó a esa sociedad en el estado que persiste), el tema de la banca off shore.... El problema de las inconductas lo hemos generalizado y dentro de ello miramos el tema concursal. Múltiples trabajos pueden consultarse⁶.

3. EL TUFILLO DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS PARA HACER MAYORÍA

Nunca se nos ha ocurrido pensar en el dolo o en el fraude en torno al tema en polémica, sólo la estructuración del sistema concursal.

En el derecho comercial hay que conocer la realidad, ello es fundamental. Esa realidad muestra la práctica que en todos los concursos donde hay quitas y esperas confiscatorias, hay terceros no convocados aceptando la propuesta, pues sería buena inversión desviar fondos para generar créditos quirografarios que puedan adherir a la

⁵ En el III Congreso sobre Aspectos Jurídicos de Entidades Financieras, Rosario 16/18 de junio de 1984 presentamos comunicación sobre *Acuerdos preconcursales*, sosteniendo la necesidad de estar unidos a un plan para superar la situación, lo que reiteramos en el Congreso Argentino de Derecho Comercial (Bs. AS 22/24 octubre 1984), inmediatamente en las 4as. Jornadas Rioplatenses en Punta del Este sobre *Insolvencia societaria y Continuación de la empresa*; el 6 de junio de 1986 en las Jornadas de Profundización en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Rosario sobre *La empresa en crisis: diagnóstico, remedios, consecuencias*; en 1987 en la Universidad Nacional de Rosario el 25 y 26 de junio sobre *La empresa en crisis: soluciones* y en Santa Fe en las Jornadas en Homenaje a Celestino Araya el 16 de octubre afrontando *Efectos societarios de la insolvencia*; y en 1988 en el XXIX Congreso Ordinario de ABAPRA con ponencias sobre *Crédito y plan de empresa y Dificultado financiera y económica general, y cesación de pagos*; y en el Curso de Especialistas en Sindicatura Concursal de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Ciencias Económicas *Plan de empresa y concursos*. Y algo más hay como *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1979.

⁶ En libro colectivo "Derecho, Política y Economía" editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba nto. *Realidad, Economía y Derecho*, y otros en su página electrónica www.acader.unc.edu.ar

propuesta e imponerla por mayoría. La práctica comienza con un “tercero” que se constituye en cesionario de todos los créditos con garantías reales –total hay que pagarlas en el concurso preventivo si se aprueba el acuerdo-, y dádivosamente no sólo renuncia a las garantías reales sino que acepta cobrar con quitas y esperas ajenas al mercado –obviamente sin intereses-. Si ello no alcanza se sigue con los laborales y con algún quirografario hasta alcanzar el límite legal⁷.

Es Truffat quien reconoce el uso nefasto que ha tenido la supuesta libertad irrestricta de que supuestos terceros (todos sabemos que no son terceros, pero como probarlo ante los jueces...) puedan ser cesionarios de créditos cuyos titulares son acreedores verificados o admitidos. Justamente en el Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Rosario 2006) expresábamos “Viene a cuento un pensamiento de Truffat⁸: *“La labor doctrina y jurisprudencial, por un fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo cenáculo o grupo más o menos cerrado, puede –en muchas ocasiones- no sólo desatender la meta de la justicia substancial (llevando a la futura desobediencia de la ley) sino, lo que es mucho peor, a construir sistemas ... en los que se pierde el norte a perseguir –la consecución de la justicia- ... lo cierto es que la “gran literatura” concursal se ha detenido más en cuestiones procesales, incluso: procedimentales, que en el análisis sustantivo de dispositivos transcendentales para el tratamiento del tópico concursal... La cómoda solución de hacer tabla rasa con principios de derecho civil o mercantil invocando “el espíritu” de la normativa falencial, o sus “principios” o escudándose en el orden público concursal, no puede tolerarse sin un severo análisis de cuando y cómo, en verdad, se produce una tensión entre las soluciones habituales y la normativa específica para un cesante. En el plano de la formulación de una propuesta de acuerdo y en la recolección de conformidades, tales temas son habitualmente solventados “de un plumazo”, muchas veces pretendiéndose un alcance de la normativa concursal que esta no tiene, ni puede llegar a tener”.*

Granados⁹ nos impuso la duda *“Tampoco veo la mejoría del pequeño o mediado proveedor que ayudó a mantener la empresa y hoy es un quirografario que, o acepta la propuesta para seguir vendiendo o tiene que sufrir las mayorías obtenidas, vaya uno a saber como”.* Todos lo saben, es público y notorio. Tuvimos acceso a un expediente de cobro de honorarios del Estudio del comprador del paquete accionario de una sociedad en concurso, que manejó el mismo desde la presentación, con las tratativas de compra, cesión y subrogación de créditos, adquiridos por “terceros” con fondos de la concursada o de los compradores de las participaciones societarias, para obtener la mayoría. Ello aparece como el obrar de un tercero, al que no se le pedirá que cumpla con las leyes argentinas en cuanto a pagos mayores de \$ 1.000¹⁰, o justificar el origen de los fondos¹¹.

⁷ Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

⁸ En un estudio no publicado.

⁹ GRANADOS, Ernesto *Apuntes para reflexionar sobre el Derecho Concursal* en libro colectivo “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización – Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Editorial La Ley, Buenos Aires 2005, pág. 355, específicamente pág. 366.

¹⁰ Sobre ese aspecto, respecto a un crédito verificado, se pronunció sobre el carácter abusivo de la intervención de ese acreedor para obtener la mayoría en una sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa 78852 “SERVICIOS Y CALIDAD S.A. S/ ACUERDO PRECONCURSAL, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al peticionar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en

torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, expresa: A tal efecto se ha sostenido, además, que las facultades judiciales para apreciar el carácter "abusivo" o "fraudulento" de una propuesta (art.52 inc.4° LCQ) están presentes en el caso del APE (conf. Alegría, Héctor "Acuerdo Preventivo Extrajudicial...", Rev.D.Privado y Comunitario, 2002-3, pag. 168) y, también, que pueden ser ejercidas con mayor severidad (conf. Truffat, op. cit., pag. 102, antepenúltimo párrafo). También se ha señalado como desventaja del APE su potencialidad, dado el déficit informativo y de control apuntado, para ocultar situaciones más graves que las expuestas (Segal, Rubén *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Bs.As., 1998, Ed. Abeledo Perrot, pag.70), y la necesidad de que el deudor lleve una contabilidad regular e intachable para que pueda acudir al instituto (Rouillon, Adolfo "Régimen de concursos y quiebras", pag.127). Como consecuencia de todo ello, cabe concluir que un APE será homologable con efectos hacia terceros no votantes siempre que exista una situación de total claridad y transparencia: a) con relación a la composición del activo y del pasivo de la deudora; b) con respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales; y c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento, todo apreciado con la mayor rigurosidad. 3. SINTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NO HOMOLOGACION. En el caso, juzgo que tal estándar de claridad y transparencia no se ha configurado respecto del activo y del pasivo, lo que se corrobora con las impugnaciones y la denuncia presentadas y, además, que en el contexto de la información disponible la propuesta no ha alcanzado las mayorías legales y debe, también, reputarse "abusiva", todo lo que lleva a que no pueda ser homologada. Ello en orden a las siguientes consideraciones. e) PRESTAMO SIN TRANSFERENCIA. Aparece como acreedora por \$ 1.000.000, en monto significativo para alcanzar la mayoría de capital invocada por la deudora, una sociedad uruguaya no inscrita en el país en los términos del art. 118 ley 19.550, sin que conste en modo alguno su capacidad crediticia ya que solo se verificó la existencia de un contrato de mutuo pero no el comprobante de la debida transferencia internacional de los fondos ..."

¹¹ El 19 de junio de 2003, intelectuales, personalidades y juristas de todo el mundo -Entre los firmantes de la declaración de París se encuentran la jurista Nina Berg, el italiano Antonio De Pietro, los premio Nobel el nigeriano Wole Soyinka y el argentino A. Pérez Esquivel, el chileno Juan Guzmán y el juez español Baltasar Garzón-, firmaron la "Declaración de París" la que propicia la aprobación de un documento contra la corrupción a "gran escala". En dicha declaración se establecía que "*La gran corrupción se beneficia de la complicidad de los bancos occidentales, utilizando el circuito de entidades y compañías radicadas en paraísos fiscales, aprovechándose de unos 60 territorios de Estados que les sirven de refugio seguro. La gran corrupción es una injusticia que provoca una pérdida de riqueza en los países del Sur y del Este, favorece la constitución de bolsas de dinero negro y de remuneraciones paralelas para los responsables de las grandes empresas, destruyendo con ello la confianza necesaria para la vida económica, puesto que llega a alcanzar muchas veces el corazón del poder. Con ello, la gran corrupción por un lado mina los principios democráticos occidentales y por otro impide el desarrollo de los países pobres y de su libertad política. Ante el hecho de que la globalización ha permitido la libre circulación de capitales, las administraciones de justicia relacionadas con asuntos financieros quedan limitadas a las fronteras de los Estados, que en cambio no existen para los delincuentes. Las soberanías de ciertos estados bancarios protegen, de manera deliberada la opacidad de los flujos delictivos. Para facilitar las investigaciones en este sentido se propuso: "...c) Prohibición a los bancos de abrir filiales o aceptar fondos provenientes de compañías instaladas en países o territorios que rechazan o aplican de manera solo virtual, la cooperación jurídica internacional. d) La obligación de todos los sistemas de transferencias de fondos o valores financieros, así como de las cámaras de compensación internacional de organizar un seguimiento total de los flujos financieros, lo que supone la identificación precisa de los beneficiarios y de los responsables de las órdenes correspondientes, de tal forma que en caso de investigación penal las autoridades judiciales puedan reconstruir el conjunto de operaciones sospechosas...*".

Por su parte, las Naciones Unidas finalizaron en ese mismo año y dejó abierta a la firma de los Países Miembros la "Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción" - A principios del año 2005, 113 Países habían firmado la Convención y 12 la habían ratificado (se necesitan 30 ratificaciones para que el tratado entre en vigor). Información extraída de la página Web de las Naciones Unidas: www.un.org-, la que en su artículo 14 sostiene como medidas para prevenir el blanqueo de dinero que: "*1. Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas; b) Garantizará, sin perjuicio*

Vaiser expresa¹² “Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaco para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y merituar sobre la existencia de abuso en el ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de fraude, en cuanto a la transparencia y verosimilitud de las mayorías obtenidas”.

Pero rara vez se ingresa¹³ en el análisis substancial sobre la legitimación de los terceros no convocados que construyen la mayoría estricta de capital para imponer la propuesta írrita¹⁴.

de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero. 2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes. 3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que: a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente; b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero. 5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero”.

¹² En *Un juez en pugna* El Derecho: 13.12.2005..

¹³ En esa dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público¹³, los fines del concurso y el interés general, argumentando: a) que la reunión de las mayorías legales es una condición necesaria pero no suficiente, b) que el diferimento excesivo del pago sin reconocer intereses implica una quita relevante, c) haber mediado manipulación de las mayorías legales mediante la cesión de créditos cuyo privilegio luego se renunció para participar en la aprobación de la propuesta, afectando el derecho de los restantes acreedores, y d) resultar receptable la doctrina sentada en el precedente Línea Vanguard. En dicho caso Arcangel Maggio, la mayoría Isabel Miguez y Carlos Viale consideró abusiva la propuesta, señalando: “Basta para arribar a la conclusión antes alcanzada remitirse entonces al pormenorizado detalle que hace la Sra. Fiscal con relación a los hechos que acaecieron respecto de la cesión del crédito privilegiado de dólares 544.966 de Citibank NA a favor de Ismael González, y la inmediata conducta posterior de éste de renunciar a dicho privilegio, que resultan demostrativos, en el contexto probatorio brindado por las propias declaraciones de aquél, de la existencia de una liberalidad que sólo puede tener como objeto afectar los derechos de terceros, es decir de los acreedores quirografarios, que quedaron sometidos de tal forma a una propuesta irrisoria. Circunstancia que se reitera respecto del crédito privilegiado de la Obra Social del Personal Gráfico; de la cesión del crédito también del Citibank NA por parte de María Eugenia Demasi y el caso de Compañía Papelera Sarandí”.

¹⁴ Sobre ello entresacamos del relato contenido en el fallo de la CSJN del 15 de marzo de 2007 rechazando el recurso directo interpuesto por la concursada en la causa Arcángel Massio s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo: “3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios, 4) existencia de acuerdos paralelos negociados por afuera del expediente a través de testafierros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la pars conditio creditorum” (sin duda falta en el punto 3 la referencia a la “renuncia” a la preferencia,

Impulsó nuestra curiosidad –como anticipamos- los acuerdos írritos que se homologaban, confiscatorios para los acreedores que no podían votar, y al revisar las causas advertir las extrañas costumbres de ciertos terceros que venían a “perder plata” afectando a terceros: ¿pueden votar los terceros cesionarios de créditos quirografarios, conforme a negocios producidos con posterioridad a la verificación?

Para ello no hay ni que presumir dolo, ni ampliar restricciones, sino en mirar el sistema jurídico. Nuestra respuesta es: no se los excluye por presunción de dolo sino por falta de legitimación, o si se quiere por inoponibilidad a terceros de los efectos de los contratos para perjudicarlos.

Se intenta santificar todo con la remanido argumento de conservación de la empresa. Se “mimetiza” conservación de la empresa con conservación de los mismos socios y administradores que llevaron al desastre a la empresa, con falta de diligencia y de reacción para afrontar la crisis tempestivamente. Por otra parte, además del argumento homologatorio de conservar una empresa, que fué mantenida en cesación de pagos por largo tiempo y por eso necesita de quitas y esperas írritas para sostenerse, no se advierte que a la empresa no le importa si se da la solución del art. 197 LS o sea capitalización del pasivo –sin subterfugios!!!-, y agregando que si se liquidara los acreedores cobrarían menos, pero sin advertir que el dividendo concursal es tan bajo porque los administradores endeudaron excesivamente a la sociedad, los socios no la capitalizaron, y el desastre tiene responsables lo que debería mensurarse cuando se hace aquella aseveración. Y la inexistencia de fraude es porque el fraude normalmente no se puede probar, aunque se huele por el beneficio que deja a los socios de la sociedad convocada.

4. EL ABUSO.

Lo fundamental es el reconocimiento que formaliza Truffat de los abusos, que es lo que le lleva a él mismo –y quizá a otros a quienes él se refiere y no individualiza- a pensar en la presunción de dolo.

subrayando que “... En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley...”(art. 52 inc. 4º de la ley concursal)... “remitió el tribunal a quo a las conclusiones brindadas por la fiscal ante la cámara con relación a la cesión de diversos créditos privilegiados y a la inmediata conducta de los cesionarios en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios, actos que estimó demostrativo de la existencia de liberalidades que sólo tuvieron por objeto afectar los derechos de los acreedores comunes a fin de que quedaran sometidos a una propuesta irrisoria” (ajena al mercado agregamos)... la propuesta “se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del Código Civil...”. Afirma la Corte que “El reproche del a quo a la propuesta de acuerdo se asienta, pues, en la exigencia –que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores-...” ...”definir la medida del sacrificio de los acreedores... relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdopreventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva...”...”la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general. En tal sentido, se observa que sólo una comprensión disociada y fragmentaria de esos distintos elementos de juicio –tal como la que se hace en el recurso extraordinario- es la que permite a la apelante postular sus críticas, las cuales, por consiguiente, no sirven para descalificar un fallo que, por el contrario, realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial...”. Señala luego la Corte que “el juez puede ejercer un control sustancial de la lpropuesta”. En el voto de las Dras. Highton y Argibay luce como causa descalificante adicional que “la cámara de apelaciones ha considerado incurso a la concursada en la hipótesis de fraude, contemplada por el art. 52 inc. 4º de la ley 24.522, con apoyo en el dictamen fiscal –a cuyos términos remite- y a un desarrollo argumental propio, que refiere a concretas constancias de la causa” irrevisable por la vía extraordinaria.

Hace menos de dos años Barreiro y Truffat polemizaron con nuestras posiciones –y debemos agradecerles que abrieran la discusión¹⁵–, aceptando la responsabilidad de administradores en el concurso preventivo con acuerdo homologado, pero sosteniendo que nuestra posición era extremista y que había que estar a la de Lorente. Inmeditamente demostramos que mucho más lo era esa posición, aunque concordando en un todo. Y de allí se abrió la Caja de Pandora: quien hubiera dicho que luego discutiéramos sobre la abusividad de los acuerdos desde otros parámetros totalmente distintos de los que venían ocupando formalmente a la doctrina, o se abriera el debate sobre lo que era pan de todos los días: las cesiones y subrogaciones para alcanzar las mayorías. Hoy gran parte de la doctrina dubita sobre ellas, y otros no quieren hablar del tema pues piensan que podrá seguirse usando ese método para obtener la mayoría para imponer el acuerdo.

No estamos en el caso ante cuidadosas maniobras estafatorias realizadas desde la sombra (que pueden no llegar a ser motivo de una investigación penal), sino que estamos frente a procesos judiciales públicos de concursos preventivos de sociedades que concluyen con la homologación de acuerdos predatorios con quitas y esperas mostruosas que empobrecen a los acreedores (todos los que no consiguieron ser admitidos y al 33% de los verificados) y enriquecen a los socios, y donde la mayoría para lograr ese acuerdo se integró (ajustadamente) a través de cesiones de créditos o pagos con subrogación.

Situaciones donde no se cumplieron los remedios previstos en la ley de sociedades, ni se puso la cuestión en “manos de los socios” (como sostuvieron Truffat y Barreiro en la primer polémica con nosotros), pese a haber transcurrido un largo período operando en cesación de pagos, violándose principios como el de la “absolute equity rule” o esfuerzo compartido.

5. AL MARGEN DEL ABUSO: LA CUESTIÓN JURÍDICA.

Al tratar de atender a esas cesiones o subrogaciones desde el Código Civil, Daniel juega con elementos de relaciones de cambio, con los que también se desarrolló el pensamiento del Maestro Cámara, con respuesta también negativa como la nuestra. Lo que logramos es poner la cuestión entre las relaciones de organización, en el marco de la concursabilidad, concurrencialidad y admisibilidad, logrando un importante cambio en la forma de enfrentar la cuestión en el último año, generando un pensamiento sistemático en orden a esas relaciones de organización donde se insertan los concursos.

Lo que debe primar es la unidad del sistema de la concursabilidad y del derecho, pues lo que debe preocupar es que sociedades operadas en cesación de pagos durante mucho tiempo, no motiven a socios y administradores a aplicar las soluciones previstas en la ley societaria y se limiten –al borde del abismo– a presentarlas sorpresivamente en concurso, proponiendo acuerdos predatorios como los únicos posibles. Siempre se hubiera podido pedir menos sacrificio si se hubiera actuado tempestivamente y no puede afectarse –ni a través de terceros– los derechos de los terceros convocados.

6. EL SISTEMA JURÍDICO.

El sistema jurídico es una unidad y no puede ser interpretado fraccionadamente.

La sociedad es un instrumento jurídico maravilloso para generar centros de imputación y afrontar negocios con limitación de responsabilidad, pero debe ser usado

¹⁵ Nto. *Está lloviendo. ¿Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532, en respuesta a BARREIRO, Marcelo G. – TRUFFAT, E. Daniel *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?* en *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss..

funcionalmente. Algunas cosas contrarias a ello han acaecido en los últimos tiempos generando doctrinas sobre imputación, descorrimiento del velo, responsabilidad, etc.

La legislación concursal viene, frente a crisis, a suplantar el derecho común, suponiendo que se han agotado las vías del mismo, alterando los derechos de los acreedores anteriores a la apertura del concurso e imponiendo la concursalidad, la concurrencia y la verificación de créditos en un proceso que integra las relaciones de organización. Esa ruptura del sistema de las relaciones de cambio, interindividuales, tiene ciertas reglas nacidas en el derecho común e integradas por el sistema concursal de relaciones de organización o de empresa.

El problema deviene de pensar que los administradores societarios pueden seguir operando en cesación de pagos, olvidando su obligatoria conducta de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, ante la crisis económico financiera de una sociedad, y lejos de adoptar medidas planificadoras para salir de la crisis, convocando a los socios –como bien requieren Truffat y Lorente desde la doctrina-, siguen operando ocultando ese estado, afectando al mercado y terceros, durante muchos años agravando la crisis –más no el bolsillo-, para presentarse luego sin contabilidad, habiéndose extraviado los libros, sosteniendo que para “salvar la empresa” los acreedores deben hacer un sacrificio similar a perder su crédito –que no fue atendido a tiempo, es más fue contraído a sabiendas que no podía ser satisfecho-, con larguísimos plazos, quitas y esperas que enriquecen directamente a los socios.

Y extrañamente para aprobar esas írritas –el término no es nuestro- propuestas, aparecen terceros “adquiriendo” créditos con garantías reales o privilegios, renunciando a ellos, y si es necesario también comprando créditos quirografarios para luego renunciar a su monto y sus posibilidades de cobro –como resulta de alguna jurisprudencia que anotamos..

Ello normalmente está vinculado al “plan” de aprovechamiento que relata el penalista Carlos Palacio Laje que trazan esos administradores, en vez del plan de empresa que venimos requiriendo desde hace veinte años o más, tipificando ese autor ilícito penal, donde también se hace referencia a la intervención de terceros¹⁶.

7. DESDE EL CÓDIGO CIVIL.

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

Pero justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. 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.¹⁷. 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 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

¹⁶ Nuestras comunicaciones con el penalista Carlos PALACIO LAJE en los tomos del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006: *PLAN DE INSOLVENCIA Y PRESENTACIÓN TARDÍA EN CONCURSO: SU POSIBLE PUNICIÓN*, Tomo II pág. 357, y *PROPUESTA ÍRRITA APROBADA CON VOTO CONNIVENTE* Tomo I pág.757.

¹⁷ Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

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 los que votaron en contra.

Así si se escapa de nuestra visión sobre la legitimación caerán en calificar de abusivo el procedimiento para obtener la mayoría y el acuerdo mismo.

8. DESDE EL CONCURSO.

Retieramos que hay que mirar la unidad del sistema. Truffat se entretiene en descartar la existencia de colegio, de voto, particularmente porque vincula a aquél al acuerdo concursal y a la imputación a un ente. O en que no existe restricción para usar de la cesión del crédito y del derecho a adherir a la propuesta de acuerdo.

Detenerse en lo primero –lo haremos en un párrafo- sería trivial y entrar en la polémica que aleja del centro de la cuestión: los legitimados a expresar la voluntad adhesiva (voto). No hemos personificado la masa, es más: no nos hemos introducido en el escabroso y etéreo problema de la “naturaleza jurídica” del acuerdo, sino en el carácter de “negocio” de la aceptación de la propuesta –que la legislación más moderna sigue determinando como voto, aunque el sistema es de recolección de voluntades-.

8.1. VOTO.

La expresión voto la mantiene Colombia en su reciente ley¹⁸, pese a que se trata de aceptación de la propuesta al igual que la ley argentina, que también la usa en el art. 45 bis LCQ. Conforme la Real Academia es “expresión pública de una preferencia ante una opción”. O sea que voto y manifestación de aceptación de la propuesta son expresiones ambas correctas.

8.2. ACUERDO DE LOS CONVOCADOS (CON O SIN COLEGIO NO ES CONTRATO SINO NEGOCIO DE MAYORÍA.

Hemos sostenido: “El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son lo que caracteriza la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de “colegial” aunque se encuentre esfumada la noción física de “colegio” como reunión.”

Expresamos con anterioridad “El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones logrables por mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose siempre como un acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad). - El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión... la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, sea o no persona jurídica, y a los acuerdos concursales. En el punto lo que es fundamental ... es la aplicación del “principio mayoritario”... - Acuerdo colegial se confunde con una decisión mayoritaria. Generalizando la cuestión ... seguimos a Galgano¹⁹ quién apunta que se *“habla de acuerdos en materia de ... y también la Ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo... A las decisiones adoptadas por mayoría... de acuerdo a la mayoría... “hablar del acuerdo como voluntad autónoma del grupo, como voluntad que el grupo*

¹⁸ Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 que regirá desde mediados del 2007 en sus arts. 24 y ss. “derechos de voto”, pese a que no existe colegio en sentido estricto.

¹⁹ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*, edición Tirant lo Blanch, Valencia 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 237 y ss.: El voto y el acuerdo.

mismo, cual entidad distinta de los miembros que lo componen, ... no es más que una metáfora, una imagen del hablar figurado... el acuerdo se presenta como el resultado de una pluralidad de declaraciones individuales: no es la voluntad de la asamblea... consiste en una pluralidad de declaraciones unilaterales, cuya eficacia se subordina a la condición de que el contenido de cada una de ellas se corresponda con el contenido de tantas otras declaraciones”... y “sólo si han sido tomados de conformidad con la ley”,... Finalmente refiere que “Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca de las propuestas de convenio de quiebra, de convenio preventivo”, en alguno de los cuales “está ausente cualquier resquicio del método colegial”... Queda así como resumen –y al margen de la “colegialidad” o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley ... determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. - “El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son lo que caracteriza la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de “colegial” aunque se encuentre esfumada la noción física de “colegio” como reunión.” Y en el concurso el art. 1195 C.C. es parte del sistema.

La idea sobre que se trata de un contrato no nos entusiasma, particularmente si se refiere a cada opción (voto) afirmativo que se suma a las adhesiones. Ello porque cada adhesión (si es contractual) implicaría una deliberación y convenciones que afectarían la igualdad. Igualdad que, en el concurso, se manifiesta a través de la propuesta (aunque tenga alternativas a las que pueden adherir, sin perjuicio de la residual para todos los que son arrastrados por la supuesta libre mayoría).

No hay duda que se trata de un acuerdo y no de un contrato el negocio de aceptación (el negocio de acuerdo homologado es otra cosa: es un negocio concursal). En cuanto al colegio aunque diluído, puede aceptarse que se corresponde no a reunión sino a una "comunidad de personas", "comprendidas legalmente en un mismo grupo para ejercer su derecho conforme a las leyes" (de entresacar de la Real Academia). Lo importante es que se trata de los acreedores convocados o legitimados para expresar su declaración de voluntad de aceptar o no la propuesta.

El nudo es que el contrato tiene como base no afectar a terceros. El acuerdo, en cambio, se obtiene por mayorías dentro de las que están legitimadas a expresar su opinión (votar?) y donde se afectan derechos de los que no adhieren o de los que no pueden adherir por el estado de su causa.

Precisamente respecto de ciertos créditos no caben las cesiones un año antes de la presentación en concurso –art. 45 3º párrafo LCQ-, o sea que amplian el plazo que nosotros consideramos tope: la apertura del concurso (la verificación de créditos otros). Damos a la norma una interpretación totalmente distinta a la permisiva de Truffat.

Sobre ese tema es que hemos incursionado: el negocio de aceptación y quiénes están legitimados a expresar voluntad. Cualquiera? O sólo los convocados por la ley? Algunos ya se han adherido a esta posición. Otros se han encarrillado en la misma fundamentación pero han considerado legitimados a todos los que hayan verificado. Hemos avanzando al desubrir la perla de Cámara.

Todos lo sabemos, pero a los abogados nos gusta enredarnos en preciosismos.

8.3. EL DERECHO COMPARADO.

No se intente descalificar la posición por el derecho comparado, que es un tema de política legislativa. España e Italia por un lado, Perú y Colombia por otro, claro que estas legislaciones al afirmar expresamente que pueden cederse en el concurso aceptan que la falta de esa indicación traería como consecuencia la inoponibilidad a los terceros del contrato de cesión.

Lo cierto es que en nuestra República la cesión y subrogación se usan en forma contraria al sistema, o sea ilegalmente –si hay dolo o fraude se configuraría una figura penal, y no hay que presumir el dolo o el fraude para rechazar el alcance que quiere darse a esos contratos-. Por la causa, por la igualdad, por el interés tutelado... En países donde se autoriza la libre negociación se supone que, comprando créditos en default, quién dispone de dinero hace negocios, y otra es un tercero agradecido que paga por subrogarse –incluso parcialmente un crédito- que alcanza exactamente para obtener la mayoría e inmediatamente renuncia a derechos reales, privilegios y al crédito mismo votando acuerdos con quitas y esperas inconstitucionales. En nuestra República el tercero actúa sin duda con la “intención de perder” aunque sea en gratitud con el concursado, pero ello no puede llevar a violar las normas del Código Civil y el sistema concursal.

Algo más incursionamos en un artículo conjunto con Carlos Moro a publicar en RDCO en un dossier de derecho concursal. Dicho jurista ya se pronunció en similar sentido en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal con argumentos independientes.

9. COMO CIERRE

La cosa es que Daniel y otros (que identificamos) señalan las abusivas, ilegales e inconstitucionales propuestas aparecen aprobadas sospechosamente en todos los casos que hemos podido analizar con el “voto” o la “opción de aceptación” (si se prefiere) de terceros no convocados –ni verificados- como cesionarios o subrogados de aquellos, para alcanzar casi milimétricamente los parámetros que la ley exige para su aprobación. Y que luego la propuesta aparece homologada porque se conserva la empresa –destruída en muchos casos por los mismos administradores y socios y sin que se presente plan alguno-, porque el dividendo en la falencia sería menor que lo ínfimo prometido²⁰, cuando ello es obvio por el saqueo, desidia omisiva u operar largamente en cesación de pagos sin afrontar la crisis por las vías societarias. Y además porque no se advierte fraude.

Creemos que todos estamos en el camino de devolver –con alguna diferencia de matiz- la cuestión al centro de un sistema para que se haga Justicia y que la misma no sea de formas (o fachada) –con lo que concuerda Daniel-: fundamentalmente que se afronte la crisis. Al mismo tiempo construir en torno a la legitimación para expresar la voluntad opcional (de adhesión o rechazo a la propuesta de acuerdo) en caso de concurso. Y parece que el disenso en las últimas opiniones doctrinarias fluctúa en legitimar sólo a los convocados o los verificados (o admitidos), nunca a terceros extraños.

Bueno, como se suele decir popularmente “no hay dos sin tres”. Esta es la tercer polémica que nos plantea con gran cordialidad el joven (desde nuestra perspectiva temporal) y maduro jurista. Lo que pretendemos sinceramente, y se lo comunicamos públicamente, que no incorpore a terceros inidentificado, zanjando heridas o disputas que no conocemos. Salvo que su expresión a “los intolerantes de siempre” (que no nomina), lo sea en relación a la catarata de posiciones que desde nuestro artículo de marzo de 2006

²⁰ Sin cuantificar la posibilidad de acciones de responsabilidad, sociales o individuales, las previstas en el art. 54 LS contra socios o controlantes, etc. etc.

vienen en limitar esa abusiva e ilegal práctica, como así también a la incipiente jurisprudencia en tal sentido, que ha recibido fuerte respaldo de la Corte²¹.

Comprendemos la importancia de la cuestión: sin cesión ni subrogación a terceros no habrá más acuerdos de quitas y esperas extraños a las prácticas del mercado.

²¹ Desalentando esa curiosa costumbre de que terceros paguen a acreedores concursales y se subroguen en sus derechos, por supuesto para votar afirmativamente las propuestas, la C.Civil y Comercial de Azul, Sala 1º, en autos “Abran, José F. s/ concurso preventivo” con fecha 7 de julio de 2005 se expidió en el sentido de “no hacer lugar a la subrogación de terceros que si había sido aceptada en primera instancia, al considerar, que la subrogación pretendida resultaba violatoria de la pars conditio creditorum²¹. La posición de un acreedor también fue motivo de considerar abusiva la propuesta en el caso DOINA S.A.²¹.

En esta misma dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público²¹, los fines del concurso y el interés general, argumentando: a) que la reunión de las mayorías legales es una condición necesaria pero no suficiente, b) que el diferimento excesivo del pago sin reconocer intereses implica una quita relevante, c) haber mediado manipulación de las mayorías legales mediante la cesión de créditos cuyo privilegio luego se renunció para participar en la aprobación de la propuesta, afectando el derecho de los restantes acreedores, y d) resultar receptable la doctrina sentada en el precedente Línea Vanguard. En dicho caso Arcangel Maggio, la mayoría Isabel Miguez y Carlos Viale consideró abusiva la propuesta, señalando: “Basta para arribar a la conclusión antes alcanzada remitirse entonces al pormenorizado detalle que hace la Sra. Fiscal con relación a los hechos que acaecieron respecto de la cesión del crédito privilegiado de dólares 544.966 de Citibank NA a favor de Ismael González, y la inmediata conducta posterior de éste de renunciar a dicho privilegio, que resultan demostrativos, en el contexto probatorio brindado por las propias declaraciones de aquél, de la existencia de una liberalidad que sólo puede tener como objeto afectar los derechos de terceros, es decir de los acreedores quirografarios, que quedaron sometidos de tal forma a una propuesta irrisoria. Circunstancia que se reitera respecto del crédito privilegiado de la Obra Social del Personal Gráfico; de la cesión del crédito también del Citibank NA por parte de María Eugenia Demasi y el caso de Compañía Papelera Sarandí”. Recientemente la Corte rechazó el recurso extraordinario deducido por la concursada contra el pronunciamiento de la Cámara.