EL ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL

Efraín Hugo RICHARD¹

Comunicación como panelista en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal “Para repensar el proceso, revisemos los principios”, Santa Fe 8, 9 y 10 de junio de 2011.

AGRADECIMIENTO Y PREOCUPACIÓN.

Las referencias previas formalizadas en su notable informe por el colega Edgar Baracat, específicamente en relación a nuestra posición, que mucho agradecemos, imponen explicitar aún más la postura sobre el abuso del proceso concursal en la crisis de sociedades comerciales.

También nuestro agradecimiento a esta nueva invitación a intervenir en panel en un Congreso de Derecho Procesal. En Corrientes lo habíamos integrado con Maffia y Rivera.

Breve apostilla antes de centrar nuestra atención en el uso abusivo del proceso concursal por sociedades comerciales, marginando las normas imperativas de su propio sistema de organización. Elegida por la autonomía de la voluntad esa estructura organizativa personificada, elaborado libremente su estatuto dentro del amplio espectro del tipo, dotada patrimonialmente del capital que los socios consideraron conveniente, la sociedad comporta un extraordinario instrumento para la actividad productiva, que no puede ser abusada ni usada abusivamente para generar daño a terceros².

I – LA ABUSIVIDAD.

Como señala el académico Roberto G. LOUTAYF RANEA en PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO CIVIL: “Ha sido Jorge W. Peyrano quien ha sugerido considerar a la *prohibición del abuso del derecho* como un nuevo principio en el ámbito del proceso civil³... un tema propio de la Teoría General del Derecho... Señala Peyrano que la repulsa del accionar procesal abusivo es una aplicación del *principio de moralidad*, que en los ordenamientos adjetivos se traduce en deberes procesales con contenido ético, como el que manda actuar en el proceso con *lealtad, probidad y buena fe* (art. 34 inc. 5º, ap. d, del CPCC de la Nación), sin incurrir en *temeridad* ni en *malicia* (arts. 45 y cc. del mismo Código)... La *moralidad* es un postulado que debe presidir todas las conductas de los hombres en los distintos ámbitos que les toque actuar. ...el *principio de moralidad* rige también en el ámbito procesal, y una de sus manifestaciones o derivaciones es, precisamente, el principio que prohíbe el accionar procesal abusivo. - ...Se trata de un supuesto de abuso de "derecho" ...3) Otro presupuesto para el análisis del abuso de un derecho es la existencia de *daño*. El ejercicio abusivo del derecho de acción puede afectar y causar daños en dos sentidos: con relación a la otra parte, y con relación al Estado. ... La existencia de *dolo* o *culpa* constituye un requisito para que surja la responsabilidad civil de quien abusa del derecho de acción frente a quien ha sufrido un daño como consecuencia de ello⁴, la que se rige por los principios

¹ Agradeceremos los aportes y críticas a ehrichardjuris@arnet.com.ar ,apuntando que justificativos de esta comunicación pueden consultarse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² Nto. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Sobre un aspecto similar, económico pero tratado desde las universidades aunque lo avizoramos desde un ángulo inverso: el uso de los criterios académicos por los aprovechados, se ha dicho “el sector financiero corrompió a la academia y muchos docentes apoyaron la desregulación de los mercados... los centros educativos dieron forma al sistema de valores de Wall Street, creando una plataforma de legitimidad para determinadas conductas. Contra esa corriente, antes del estallido de la crisis,Thunderbird empezó a apromover una especie de juramento hipocrático entre sus alumnos a través del cual éstos se comprometen a usar sus conocimientos para crear valor y no para destruir... Hay una cultura de libre mercado en la que esta bien que ganes todo el dinero que puedas... Sauquet cree que una lección a aprender por las escuelas es dar más voz a la diversidad: *Aquellos que han sido más escépticos con las prácticas financieras no se han dejado oír lo suficiente, no han hecho de la cautela una bandera más clara. ¿Pero quién se atreve en una fiesta a apagar la música y llevarse el vcarrito de las bebidas*” FERNÁNDEZ, David *Wall Street con respaldo Académico* del El País, Madrid, en La Voz del Interior, Temas pág. 4 F del diario La Voz del Interior del domingo 5 de junio de 2011.

³ PEYRANO, Jorge Walter: ""Oreo peinxipio peoxwaL: ¿la proscrición del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", en "Procedimiento Civil y Comercial 1 - Conflictos Procesales", Rosario, Juris, 2002, pág. 153; E.D. 159-925.

⁴ PEYRANO, Marcos L.: "El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su relación con el principio de moralidad procesal", E.D. 184-1512, ap. III in fine; PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscrición del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, III; KEMELMAJER DE CARLUCCI: "Código Civil y leyes complementarias", BELLUSCIO (Dir.), ZANNONI (Coord.), tomo 5, 1994, pág. 63.

generales de la teoría de la responsabilidad civil; son de aplicación, por lo tanto, las normas generales del Código (arts. 512, 1067, 1068, 1069 y cc. Cód. Civil). A grandes rasgos pueden indicarse las siguientes consecuencias: 1) Como en todos los supuestos, *debe negarse protección a quien incurre en abuso de derecho*, evitando que se consume la conducta abusiva o procurando que cesen sus efectos....3) La conducta abusiva de una de las partes *puede constituir un elemento de convicción contrario a la misma* (P. ej. art. 163 inc. 5°, segundo párrafo del CPCCN). ...5) El responsable de la conducta abusiva debe *responder civilmente por los daños causados a la otra parte*, si éste reclama el resarcimiento“.

II – ABUSOS MARGINALES PARA ACCEDER AL PROCESO CONCURSAL.

1.Una breve referencia al concurso –o quiebra propia- de “consumidores”. Discrepamos que el proceso concursal deba ser usado para atender esas crisis⁵, e intentar después de un año liberar integralmente el salario afectado. Desde los tratados internacionales que protegen la vivienda y el salario, y el abuso en el otorgamiento de crédito⁶ que absorbe la totalidad del salario, se advierten tendencias que tienen a desmoralizar al acreedor que peticione la quiebra de esos deudores, imponiéndoles las costas ante la insuficiencia de activo para satisfacer las costas del juicio, mientras alguna jurisprudencia racionaliza la cuestión considerando que el salario debe considerarse como bien y aplicarse al pago de las costas generadas. También se alzan voces en torno a las modalidades de la rehabilitación⁷.

2.Resulta tradicional considerar abusiva la petición de quiebra por un acreedor como supuesta forma de cobro individual⁸. De ello se está reaccionando con equilibrio: entender que esa petición es en beneficio de todos los posibles acreedores, evitando que en cesación de pagos un deudor siga contaminando el mercado e imponer que la crisis sea asumida tempestivamente, atendiendo a que si bien el acreedor no puede pedir sino la quiebra, el deudor puede pedir la conversión de la misma en concurso preventivo. Y en cuanto al uso abusivo se elimina descartando la posibilidad que el depósito en pago o embargo pueda ser dispuesto por el acreedor peticionante, declarando la incompetencia del tribunal.

III – REVISTA RÁPIDA DE ABUSOS DEL PROCESO CONCURSAL EN CASO DE CRISIS DE SOCIEDADES.

Como abusivas podrían calificarse las conductas referidas a sociedades:

1.CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL (fórum shopping)

1.1.La elección del fuero o fórum shopping para concursar preventivamente⁹, como forma de elegir jurisdicción con antecedentes jurisprudenciales adecuados al plan de insolvencia concebido –

⁵ Nto. **CONCURSO DEL CONSUMIDOR: BIEN JURIDICO TUTELABLE** con Melisa VOISARD, comunicación a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República (Córdoba 16/17 de junio de 2009) publicado en Ensayos de Derecho Empresario n° 5 pág. 297.

⁶ CHIAVASSA, Eduardo N. y RICHARD, Efraín H. *Responsabilidad por abuso crediticio*, en libros de ponencias del I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras, Buenos Aires 2007 Editado por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora “Dr. Ángel M. Mazzetti” y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, tomo II pág. 655.

⁷ Ante la inexistencia de activo se impusieron las costas al peticionante de la quiebra en jurisdicción de Rosario, en las causas: “Bello, Adalberto s/ petición de quiebra” por la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario el 16 de agosto de 2005, y en la causa “Pelaez, Ricardo s/ quiebra” en agosto 2007. Reaccionando la Juez Paola Sanzón en la causal “Servidio, Marta s/ quiebra”, el 17 de octubre de 2008 se opuso al levantamiento del embargo sobre el salario de la fallida mientras no se satisfacieran las costas. GARCIA, Silvana en “Extinción de las obligaciones por la quiebra”, Edit. Astrea, Buenos Aires 2010

⁸ Nto. **NO HAY QUE FOMENTAR EL INCUMPLIMIENTO** (sobre la petición de quiebra por acreedor), en Doctrina Societaria y Concursal, n° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Ed. Errepar Año XXIV, tomo XXIII, pág. 309, y la jurisprudencia y doctrina allí citados.

⁹ MORO, Carlos E. *Forum shopping = nulidad*, en El Derecho diario del 25 de noviembre de 2010, ED 240, año XLVIII, donde hace referencia a nto. artículo ¿ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?, ya referido, La Ley 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss, y señala muchos de otros ensayos nuestros conforme la “predica” que cordialmente nos atribuye.

como veremos más adelante apuntando a la opinión de un penalista con trasvasamientos, desaparición de libros, stokeo, intervención de sociedades constituidas en el extranjero, extrañas intervenciones de terceros, etc..

En la planificación del concurso, alejándose de las soluciones específicas societarias que son ignoradas, algunas sociedades –ya muchas- buscan alejarse de sus acreedores, con mejores escenarios para presentar propuestas predatorias. Se trata de cambiar de domicilio social sin justificación “justificada”. La interpretación de la ley debe hacerse en pos de evitar la burla a los acreedores a través de la fijación de un domicilio que les dificulte el acceso a la jurisdicción en tutela de sus créditos, pero no limitando innecesariamente la libertad empresarial de la sociedad para fijar su sede donde le sea funcional. La cuestión es importante porque y hay más de un fallo sobre ese aspecto como el de la CSJN, 27/10/1988, in re “San Nicolás Refrescos S.A. s/ pedido de quiebra por Lucro, Hilario Federico”, Tº 311, pág. 2178, aunque en los más recientes se vislumbra que la cuestión pasa más por el abuso.

Desde antiguo la Corte había puesto el acento en la existencia de fraude y/o abuso en los cambios de domicilio. En esa línea se inscriben las conclusiones del fallo “Curi” - CSJN, 6/4/2004, ED-209-534, JA-2004-III-101-. Se dijo allí que toda vez que la concursada cambió su domicilio social de la Provincia de Santiago del Estero a la jurisdicción de la Capital Federal inmediatamente antes de iniciarse su concurso preventivo, corresponde que éste proceso tramite en la jurisdicción provincial, dado que no puede tenerse por válido el cambio de domicilio social cuando con ello se altera el sentido mismo de la legislación, creando un domicilio legal que no se corresponde con la realidad de la actividad económico comercial de la sociedad en concurso. Este precedente parece el más acertado en tanto más allá de la conceptualización del domicilio como ficticio, pone foco en los fines del cambio de domicilio, en la tutela de la buena fe y, en definitiva en la conjura del abuso y del fraude. Es claro entonces que, como cualquier otro derecho, la modificación del domicilio social debe realizarse en el contexto de un ejercicio regular de tal facultad y no puede hacerse un análisis puramente mecanicista sino que debe indagarse en la realidad económica de la sociedad mudada y si existe justificación en base a ella para la mudanza. Sobre el abuso de derecho en la mudanza del domicilio social ver: SCJ, Mza., Sala I, 23/10/2002, in re “Prinze”, ED-202-135; LLGran Cuyo 2003 (febrero)-53

De esta manera puede inferirse como principios que dimanen de la jurisprudencia de la Corte que: a) en principio debe estarse al domicilio inscripto para fijar la competencia concursal de la sociedad; b) si el domicilio social se muda durante el trámite del concurso preventivo dicho evento no es hábil para modificar la competencia en una quiebra ulterior; c) si el trámite de modificación del domicilio no ha concluido se considera subsistente el domicilio originario; d) aún el cambio de domicilio finiquitado puede ser ignorado si el mismo no se condice con la realidad económico – empresarial de la sociedad. Es abusivo tal proceder.

1.2. En forma similar, es abuso no declarar la quiebra de una sociedad constituida en el extranjero, bajo un régimen que le impide realizar negocios en el país de constitución, y que la realiza integralmente en nuestro país y particularmente constituye actividad ilícita. Así el caso *Compañía General de Negocios*, donde la Corte¹⁰, después de muchos años de trámite mandó recibir la petición y tramitarla. Creemos que la aplicación oficiosa –como autoriza la norma- del art. 19 LSA hubiera sido mucho más efectiva y hubiera ordenado la actividad similar que se practica en nuestro país en forma pública y notoria (indirect doing business con la banca off shore). En *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA”*¹¹, nos hemos referido a una petición de quiebra dispuesta abrir por la Corte, implicando el reconocimiento de actividad ilícita, además de la cesación de pagos.

¹⁰ “*Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.*”(24/02/2009) revocando el fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumo la señora Procuradora Fiscal.

¹¹ *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA”* (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business) en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 258 mayo 2009, pág. 523 y ss..

El art. 19 LSA implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores¹², representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción –por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventados. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

La declaración sobre la actividad ilícita tendrá un efecto contaminante en el caso.

La Corte da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A.. Conforme a ello corresponderá aplicar a éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LSA a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación. Se sumaría a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter LSA al Banco General de Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aún dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del Procurador General en el llamado caso Palomeque. Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

Operar en insolvencia también comporta una actividad ilícita que genera responsabilidad¹³.

2.LA FALTA DE TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO.

Correlativo con el abuso de no tramitar las quiebras a petición de acreedor, se genera daño al mercado con la falta tempestiva a la cesación de pagos de sociedades que siguen operando dañosamente en el mercado –sin asumir las previsiones imperativas de la ley de sociedades ni preentándose en concurso-, bajo la argumentación que no existe plazo para hacerlo. Esto es coherente con el incumplimiento de normas societarias imperativas, de cuyo incumplimiento nace responsabilidad de los administradores y de los socios que hubieren colaborado con el incumplimiento, por ejemplo ratificando la presentación en concurso. Moro recuerda nuestro ensayo *¿ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?*, pergeñado no hace tres años en esta Universidad Nacional del Litoral y enviado por Ricardo Prono a publicar en La Ley 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss.. Allí apuntamos que no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor Cichero –y apuntaba Moisset de Espanés-, quien reiteraba que uno de los supuestos de *abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo*. Llegado regularmente a esas medidas societarias o concursales, se atiende la conservación de la empresa¹⁴, a la eliminación de la cesación de pagos, pero en ningún caso puede usarse el concurso y el argumento de esa conservación para enriquecer a los socios.

Se dirá que la presentación tardía no trae ninguna sanción la ley concursal, pero devienen acciones de responsabilidad societarias múltiples, haya acuerdo homologado o no. Operar en cesación de pagos es claramente un acto doloso conforme artículos 931 y concordantes del Código Civil. Operar a sabiendas de la dificultad de cumplimiento de la obligación que se contrae, es doloso y causa de nulidad del contrato, y en el presupuesto concursal cae dentro de la acción de responsabilidad del artículo 173 LCQ, y en el concurso preventivo en las normas de los arts. 59 y 274 LSA conforme el tipo societario.

¹² Nto. *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*, en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 387 y ss..

¹³ Nto. *RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR OPERAR EN INSOLVENCIA* en “Daño a la persona y al patrimonio” AAVV, Director Carlos A. Ghersi, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 365.

¹⁴ Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 4ª parte *Bases sustanciales para la conservación de la empresa*, pág. 560 y ss..

La doctrina concursalista sostiene que se han eliminado los plazos para presentarse en concurso, que no existe ninguna normal al respecto, que es libre para los administradores societarios, hacerlo o no hacerlo. Si bien no hay plazo perentorio, los administradores societarios, en su deber de diligencia de buenos hombres de negocios, deben afrontar la crisis tempestivamente. Así hace algún tiempo, en la quiebra de Transportes Perpen se extendió la responsabilidad a todos los administradores por no haberse presentado a concurso y haber omitido las vías de liquidación de la ley de sociedades. Dos argumentos para imponerles sanciones responsabilizatorias.

3. DESAPARICIÓN DE DOCUMENTACIÓN CONTABLE, SO PRETEXTO QUE ES UNA CARGA CUANDO EN LAS SOCIEDADES ES UNA OBLIGACIÓN.

Es abusiva la reiterada costumbre de no presentar los libros, en la idea que es una carga que hoy no representa sanción alguna, so pretexto de robo, extravío, incendio o inundación, impidiendo información a Síndico y Juez del concurso y a los acreedores que se legitimen en el mismo. Profesores en las Ciencias Económicas como FUSHIMI y EIMER se han referido a la Carencia de Contabilidad en Concursos Preventivos, sosteniendo que la insolvencia –exceptuando el caso fortuito o la fuerza mayor- no es un fenómeno que se desencadene abruptamente. Lejos de ello, la mayoría de los casos se tratan de procesos relativamente prolongados que puede ser advertidos y prevenidos e incluso subsanados de manera tempestiva.

Apuntan esos autores que una corriente pragmática y cuasi romántica que justifica el no llevar libros y registraciones, se basa en decir que el empresario o el hombre de negocios, más cuando entra en cesación de pagos, está y debe estar absorbido en la gestión del negocio (venta, producción) y que no resulta razonable exigirle que se ocupe de estas tareas administrativas. Esto es una falacia. La actividad empresaria es actividad racional y, si bien pueden existir elementos de azar (tal el concepto de “riesgo empresario”) en la toma de decisiones, ese azar siempre debe ser calculado y con el riesgo acotado para minimizar las pérdidas.

Lo más grave es la desaparición, robo, incendio u otro evento que afecta –dentro o fuera de la sede social- a los libros sociales poco antes de la presentación en concurso haciendo sospechar de un plan, no precisamente del negocio social. Escuchamos comentarios que nos informan sobre robo de los libros que estaban depositados en un auto de propiedad del contador que quedó con las llaves puestas cerca de una villa miseria y otros casos parecidos que nos nutren en el folclore de supuestos que llevan al mismo sospechoso resultado.

Llevar libros de comercio es una carga para los comerciantes, pero una obligación para los administradores de una sociedad comercial.

4. EL ABUSO DEL CONCURSO A TRAVÉS DEL PLAN DE INSOLVENCIA

A partir de la opinión de Carlos PALACIO LAJE¹⁵: “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”, subrayando que la persona jurídica “subsiste intacta como entidad ideal, pero compromete el desenvolvimiento de su actividad”, constituyendo una “garantía brindada al derecho creditorio”, resultando que el legislador se refiere a “infracciones a deberes ya confirmados jurídicamente, en el ámbito extra penal”, refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”... “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como “ardid”, cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera

¹⁵ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que analizamos”, refiriéndose a la figura del art. 174 6° CP. que tipifica un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común.

Toda una veta no analizada por los jueces ni por la doctrina comercialista.

5.LA CONFISCATORIEDAD DE LA PROPUESTA.

Es abusiva la presentación de propuestas de quitas y esperas que no se corresponden a ninguna práctica del mercado frente al incumplimiento¹⁶, y constituyen actos ilegales. Ante estos escenarios, el Dr. Francisco Junyent Bas alertaba, “el abuso del derecho demuestra que el deudor al formular su propuesta puede desviar la finalidad del concurso preventivo, reorganizando su empresa a costo de que los acreedores vean afectado su derecho de propiedad en forma sustancial” (conf. “Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho”; La Ley, 2007-F, pág. 654). El punto implica un análisis sobre la inconstitucionalidad¹⁷.

Bajo la apariencia de cumplimiento de pasos formales y declamatorias expresiones sobre la conservación de la empresa se ha permitido en la República Argentina, la transferencia de fondos de propiedad de los acreedores, a favor de los socios de la sociedad en cesación de pagos. De socios que, supuestamente en connivencia con los administradores sociales –cuando no eran ellos mismos-, no adoptaron las medidas que la legislación societaria prevé.

¿Las propuestas de quita de más de 35% son legales, confiscatorias o simplemente abusivas? Se eliminó la norma que fijaba como tope el 40%, ahora se podría ofrecer pagar cualquier porcentaje, ahora es más fácil plantear recursos de inconstitucionalidad por afectación del derecho de propiedad sin atacar norma alguna. Recuérdese que con la Resolución 125 hablaron todos los abogados del país sobre que nuestra CSJN sostendría que más del 35% como carga tributaria o por honorarios era confiscatorio. Sin duda en relaciones particulares, honorarios de abogados; opinable si lo es en beneficio del estado, según las circunstancias. Pero aquí no es en beneficio del estado, es en beneficio de los socios, toda quita que se genere a los acreedores mejora la estructura patrimonial de la sociedad. No solo dejan de ser corrientes las obligaciones sino que desaparecen del Pasivo. Tanto que la AFIP le ha determinado como ganancia, y a los 4 años de haber quedado firme la homologación del acuerdo, hay que pagar el impuesto a las ganancias. Tanto que ahora el propio concursado al que le homologan el acuerdo predatorio, genera algún problema para diferir el plazo.

Y una pregunta de aspecto procesal: atendiendo a esa confiscatoriedad que afecta a los acreedores que no aceptaron la propuesta y los que aún están en trámite de admisión: ¿Debe o puede el juez expedirse sobre la constitucionalidad o no de la propuesta?

6.LA INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA CON TRES MANIFESTACIONES¹⁸.

¹⁶ “Resulta una propuesta abusiva aquella que generará finalmente una quita superior al 90% del capital adeudado, desnaturalizando el proceso concursal y agrediendo el derecho de propiedad; máxime, cuando no se encuentra acreditado que la empresa sea socialmente útil para el mantenimiento de fuentes de trabajo o producción...La abusividad de la propuesta (art. 52, inc. 4 de la LCQ) debe valorarse de manera previa a cualquier otro análisis vinculado con el acuerdo, la norma es enfática en cuanto a esto, el juez no podrá homologar un acuerdo abusivo o en fraude a la ley, sin excepciones”. Cámara de Necochea, 12 de marzo de 2009 en lo Civil y Comercial, en autos “FRECHERO, Osvaldo Saúl y BENITEZ, Margarita Berta s/Concurso preventivo s/Incidente de Impugnación al Acuerdo” Oscar Alfredo Capalbo, Humberto Armando Garate y Fabián Marcelo Loiza, encontrándose excusado el Doctor Capalbo.

¹⁷ En libro colectivo del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006: Tomo I MORALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS, nta. Comunicación *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO Tomo I pág. 715, Subtema: Constitucionalidad de la propuesta. Nto. *SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)*, donde el editor señala que

“El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (*IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS*), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoales. Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

¹⁸ Nto. *Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario)*, en Revista de la Facultad de

Es abusiva la presentación de propuestas no debidamente integradas. Ello trae la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo – normalmente no integrada y por tanto improponible¹⁹- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como confiscatorios²⁰, pues se alejan del esfuerzo compartido.

Un tema fundamental es determinar sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando esta es una sociedad, o sea que órgano debe formularla –a nuestro entender el de gobierno ante la posibilidad que los socios puedan ver comprometida su participación a través del sistema del art. 48 LCQ-.

Otro aspecto es el contener plazos inciertos, como que se fije un plazo a partir de que quede firme la homologación del acuerdo, lo que lo tornaría ilegal –así lo declaró el Juez Mendocina Dr. Arcaná-.

Se integra además con un programa o régimen de administración y disposición durante el plazo de cumplimiento del acuerdo, previsto en el art. Art. 45...4º párrafo “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento”. Subrayamos la expresión “parte integrante de la propuesta”. En el mismo sentido, en *El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?* Lidia Vaiser *Vivisección de la propuesta de concordato* preclaramente se refiere al “plan de empresa” ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? No pueden existir dudas acerca de que el estándar jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un “plan de empresa”, dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado proteico o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal”.

¿Que es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: “Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo”. El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal.

Y por último, la integración de la propuesta con la constitución del Comité de Acreedores de control. Así el juez deberá constatar “la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital”²¹.

Heredia acepta la posibilidad de no cumplimiento del requisito. Nos permitimos discrepar. Si el régimen de administración y la exposición del comité controlador aceptado por acreedores quirografarios que representen la mayoría de capital *integran* la propuesta, la falta de ellos hace aparecer como no presentada la propuesta en forma. No dudamos de la conveniencia –y así lo sugerimos- de una rápida respuesta judicial intimando a la integración –como se señala en el último párrafo-, particularmente para imponer el diálogo necesario entre deudora concursada y acreedores. Ante el privatismo del sistema, debe incentivarse la idea del legislador de imponer que sea la propia concursada la que aporte al expediente el fruto de esas tratativas generadas por la conformación y aprobación del comité por los acreedores.

Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Nueva Serie, Año 2, N° 3, Editorial Dunken, Corrientes 2008, pág. 137 a 160, editado en Buenos Aires noviembre 2008.

¹⁹ Nto. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)” en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

²⁰ Nto. *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, tomo 15 pág. 169, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.

Adviértase que este diálogo que se impone entre los administradores de la sociedad deudora y los acreedores mayoritarios en cuanto legitimados a expresar opinión sobre la propuesta se corresponde como una suerte de “tanteo” de la propuesta que podría ser aceptada. La falta del régimen como plan de cumplimiento también afecta la decisión de los acreedores legitimados para expresar aprobación o rechazo a la propuesta.

7.LA INTERVENCIÓN PARA GENERAR LA MAYORÍA DE TERCEROS NO LEGITIMADOS²².

Es abusivo el uso de la cesión y subrogación con intervención de terceros para alcanzar la mayoría, eventualmente con renuncia a derechos reales o privilegios, y la tramitación de “exclusiones de voto” bajo distintos argumentos. **La legitimación de quienes pueden expresar voluntad en torno al acuerdo, en orden a los procesos de “exclusión de voto” que se intentan, han sido cuestionados por Julio Otaegui en cuanto atenten a uno de los principios procesales señalados por los ponentes “3. Economía y celeridad procesal en los concursos”.**

Sobre el punto se expresa en su magistral ponencia Ricardo Prono: LA MODIFICACIÓN INTEMPESTIVA DE LA BASE DE CÁLCULO PARA LA VOTACIÓN. *La modificación intempestiva de la base de cómputo del pasivo suele provocar situaciones imprevisibles al no dar tiempo suficiente para la debida negociación del acuerdo que es la finalidad del denominado período de exclusividad, lo que nos lleva a referir a la oportunidad procesal para alterar el pasivo con derecho a voto, ya fijado judicialmente²³, pudiendo constituir una maniobra abusiva que el juez deberá evitar en uso de sus facultades. b) ¿Qué dicen los autores y la jurisprudencia?*

²¹ La integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara para frenar el abuso omisivo. La cuestión de la integración de la propuesta se encuentra ratificada por otra norma: “Controlador. Comité de acreedores. Art. 260. El comité provisorio de acreedores en el concurso es un órgano de información y consejo. El comité definitivo es el controlador necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo, y en la liquidación en la quiebra. Sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de 3 (tres acreedores). La propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores. El comité constituido para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo... Debe informar de su gestión a los acreedores con la periodicidad que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 (cuatro) meses... Contratación de asesores profesionales. El comité de acreedores podrá contratar profesionales abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasados y cualquier otro que considere conveniente, para que lo asista en su tarea con cargo a los gastos del concurso. La remuneración de dichos profesionales será fijada por el juez al momento de homologación del acuerdo...”. El énfasis que se recoge desde el Capítulo II Funcionarios y empleados de los concursos. Sección I, Designación y Funciones, cuando en la “Enunciación” que contiene el art. 251 además del síndico y el coadministrador incorpora “los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo”, que –como ya hemos visto- su designación se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero “tanteo” de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.

²² El tema lo tratamos nuevamente en el número de junio de 2011 en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires Ed. Abeledo Perrot. Nto. *Voto o aceptación de propuestas concursales irritas. Legitimación e interés contrario* en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial “El voto en las sociedades y los concursos”, Ed. Legis 2007, pág. 205,

²³ El tema se vincula con las exclusiones del cómputo de las mayorías dispuestas en el artículo 45 tercer párrafo de la LCQ. Tienen dicho sobre ello Juan Carlos Palmero, Juan Carlos Palmero (h) y Tomás Araya, en “*El artículo 45 LCQ (exclusión de voto) y el abuso del derecho* (libro de Ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, tomo I, Rosario, 2006, págs. 579 y ss.), que “el interés del acreedor” constituye una referencia necesaria para observar situaciones de ejercicio disfuncional o abusivo del derecho de crédito. Coincidimos con ello en tanto se tenga presente que, amén de ser un precepto taxativo, de interpretación restrictiva, deberán probarse en el caso los presupuestos referidos en el párrafo II de este artículo. Sin olvidar que, respecto del deudor, una pauta esencial para inferir o no el abuso será analizar la razonabilidad y equidad de la propuesta de acuerdo ofrecida, pues los fraudes y abusos en la existencia, alcance y privilegio de los créditos deben resolverse, como principio, en el proceso de verificación, y si un crédito es real, verdadero, impedir su voto o poder de decisión debe ser algo excepcionalísimo, pues significaría negarle un derecho ínsito y sustancial a su calidad de acreedor.

Considerando al tema singularmente importante, Mosso²⁴ defendió con firmeza la tesis de que la renuncia a los privilegios por parte de los acreedores privilegiados, incluidos los laborales, debe ser admitida “sólo hasta tres días antes de la resolución de categorización, a efectos de que el crédito se encuadre correctamente en alguna de las categorías creadas o, si fuere necesario, ellas se crearen al efecto”, pues el deudor tiene que tener en el período de exclusividad una nómina de acreedores concreta e inmodificable ya que dicho lapso debe ser todo de quien proponga el acuerdo. Afirmando también²⁵ que ninguna renuncia al privilegio es neutra, por el contrario, repercutirá finalmente en pro o en contra del acuerdo, dando o negando la conformidad. En los fundamentos de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza²⁶, leemos los siguientes conceptos expresados por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci: La fijación de categorías es definitiva; no sólo se fijan categorías sino que se determinan los acreedores comprendidos en ellas. La L.C. –continúa la brillante jurista- recepta una concatenación temporal de las distintas secuelas del proceso; ese esquema temporal tiende a la construcción de una sólida estructura que otorgue seguridad al procedimiento y garantías a todas las partes involucradas. ... Coinciden con lo manifestado Edgardo Truffat, Lidia Vaiser²⁷ y Bautista Kuyumdjian al fundar una criteriosa ponencia²⁸, en la que expresan que a los fines del cómputo de las mayorías para la aprobación del acuerdo deben considerarse los créditos que se incorporen al pasivo antes de la oportunidad que establece el art. 41 o, -como máximo- antes de la ocasión de ser dictada la resolución que marca el art. 42, esto en tanto el juez no disponga un plazo suplementario al efecto. Rómulo Mario Acosta²⁹ sostiene que la renuncia de los acreedores privilegiados no puede superar el plazo del art. 41. B. 4.

LA EXCLUSIÓN DE VOTO. Una delicada cuestión en el trámite del proceso preventivo es la determinación del conjunto de actores habilitados para expedirse sobre la propuesta de acuerdo.

Hasta aquí la transcripción, pero es evidente que no se tiene en cuenta –como elemento ratificadorio de la imposibilidad de intervenir- que los contratos entre partes son válidos entre ellos, pero no pueden perjudicar a terceros, o sea no pueden ser usados para configurar la mayoría del acuerdo.

Por otra parte, como hemos sostenido como Carlos A. Moro³⁰ el tercero no sólo no está legitimado sustancialmente, sino tampoco procesalmente, pues no se le ha verificado ni declarado admisible –así lo declaró la Corte de la Provincia de Entre Ríos-.

Justamente el perjuicio a terceros es lo que desterró 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. –como refiere la Corte en el caso Arcángel Magglio. No es tercero el deudor en el caso de la

²⁴ MOSSO, Guillermo G, *Renuncia a los privilegios en el concurso y su relación con el período de exclusividad*, su Ponencia en: Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia (Dir: Eduardo M. Favier Dubois, h, Salvador Dario Bergel, Ricardo Augusto Nissen; tomo I, ed. Ad-Hoc, Bs.As, 1997, págs. 491 y sigtes). Estas ideas de Guillermo Mosso están expuestas extensamente en el fallo que dictara como juez de Mendoza (in re: Chyc Cahiza Hnos y Cía SA), registrado en L.L-1998-E, págs. 438 a 451.- En ponencia presentada en el mismo Congreso (op cit, pág. 507), invocando el párrafo 4º del art. 43 LCQ, Patricia Ferrer sostuvo la posición contraria, diciendo que los acreedores privilegiados pueden renunciar a la preferencia, aun después de dictada la resolución de categorización que establece el art. 42 de la LCQ

²⁵ MOSSO, Guillermo, *Categorías mínimas, renuncia a los privilegios y posibilidad del acuerdo*, E.D, 178-896.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, in re *Artes Gráficas Melfa S.A p/Conc. Prev. s/Cas*, 2005/07/01

²⁷ Lidia VAISER es autora de diversos trabajos sobre el tema: *Categorización de acreedores (Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad)*, L.L-1998-C, págs. 1252/55; *Renuncia del privilegio laboral: oportunidades y oportunismos*, nota a un fallo del juez Mosso, L.L-1998-E, pág. 438. *La categorización de acreedores y el crédito laboral*, E.D-169-1264.

²⁸ TRUFFAT, Edgardo D; VAISER, Lidia; KUYUMDJIAN, Bautista; “*Tardíos, Revisantes y Disidentes*”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bs.As, Ad-Hoc ed., t. I, pág. 333.

²⁹ ACOSTA, Rómulo M, *Categorización de acreedores y acreedores que renunciaron a sus privilegios, en el esquema de la ley 24.522*, ob, cit, en nota anterior, pág. 503.

³⁰ En artículo titulado *LA PROPUESTA CONCORDATARIA LA VOTAN LOS ACREEDORES CONCURRENTES QUE SE INSINUARON ...NADIE MAS.*

cesión o subrogación, por el anociamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso³¹.

7.EL ABUSO DE JUSTIFICAR HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONFISCATORIOS POR LA IMPOSIBLE MENOR CUOTA DE LIQUIDACIÓN EN CASO DE SOCIEDAD.

El argumento –de imposible uso para el caso de sociedades comerciales por las previsiones sobre el capital social- para justificar quitas confiscatorias que en la liquidación se obtendría menos (the best interest of creditors)³², cae por el sistema previsto para proteger el capital social y ante su pérdida impone la liquidación, que permitiría el pago del 100% a los acreedores, y de continuarse se genera la responsabilidad de administradores y de los socios que lo hayan tolerado.

8.LA QUITA IMPORTA UN EMPOBRECIMIENTO DE ACREEDORES Y UN ENRIQUECIMIENTO DE LOS SOCIOS DE LA CONCURSADA³³.

La generación por esos medios de un enriquecimiento para los socios con empobrecimiento de los acreedores, o sea que se traslada la solución de la crisis a los acreedores, tanto que las quitas son tratadas por la legislación impositiva como ganancia, sólo difiriéndose el pago a 4 años de que quedare firme la homologación del acuerdo. Claro que en el APE de Multicanal, a los cuatro meses de la homologación los accionistas decidieron en asamblea general distribuirse más de mil doscientos millones de pesos pagando el 35% de impuesto a las ganancias.

IV – ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL CONTRA NORMAS IMPERATIVAS DEL SISTEMA SOCIETARIO DE ORGANIZACIÓN DE LA DEUDORA.

Pero más grave aún es el abuso por sociedades comerciales del uso del sistema concursal, sin haber intentando sus administradores las soluciones que marcan normas imperativas de la propia ley, importa un grave abuso de derecho en perjuicio de los acreedores sociales. Obviamente que si la pérdida del capital social no ha generado la insolvencia de la sociedad no podrá justificarse la apertura de un procedimiento judicial concursal.

1.Claro que ello podría ser afrontado por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) que autoriza la presentación frente a “dificultades económicas o financieras de carácter general”(art 69 LCQ). Pero esto también permite nuestra crítica, porque también constituye una causal de disolución la “imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del objeto social” generada por esa crisis, y la solución también pasa por la patrimonialización de la sociedad, pues se trata de imposibilidad por la situación patrimonial. Y en tal caso el aumento de capital por los propios socios, terceros o con la capitalización del pasivo a que hemos hecho referencia.

Sin embargo administradores y socios suelen optar por mejorar la situación patrimonial sin aportar ni arriesgar nada: a través de la disminución del pasivo por la quita que se intenta imponer en el APE, generando el negocio que ha ponderado Truffat. Claro que de ello puede resultar responsabilidad para socios y administradores.

Esta situación se ha materializado recientemente en dos APES, el terminado de Multicanal y el concurso en trámite de Transportadora Gas del Norte. Ello a través la primera de repartir a cuatro meses de homologado el acuerdo más de un millón doscientos mil pesos –previo pago a la AFIP del

³¹ Una amplia explicación en torno a la ilicitud de terceros en el concurso puede verse en 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 Moissset de Espanés, tomo I pág. 515 y ss., Ed. Advocatus Córdoba 2010

³² ¿PODRÍA LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD SER PEOR QUE UN ACUERDO CONCURSAL PREDATORIO PARA JUSTIFICAR SU HOMOLOGACIÓN?

Publicado en Anuario XII del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Córdoba 2011 – Edición Homenaje a los 25 años del CIJS (1995 – 2010), pág. 307.

³³ Nto. *SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)* publicado en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1398.

35%- por ganancias que, obviamente, no correspondían al giro normal del negocio. Y a su vez en el trámite del APE de la segunda la ANSES ha denunciado la existencia de ganancias por casi trescientos millones de pesos que invalidan la pretensión de lograr una quita compulsiva de los acreedores a través de un negocio de mayorías (acuerdo).

Recuérdese que en el APE se pueden excluir dos principios procesales explicitados por los ponentes: **1. Universalidad patrimonial y unicidad procesal, y 2. Concursalidad o colectividad de acreedores. El fuero de atracción.**

2. Las causales de disolución de sociedades son estrictas en cuanto a la pérdida del capital, imponiendo su reintegro o aumento, y particularmente en el análisis de la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir la actividad societaria o el objeto social. La pérdida de rentabilidad trae como consecuencia esa imposibilidad, antes o después de advertirse la pérdida del capital social. Ya hicimos referencia a la legislación de Colombia del 27.12.2006 en su capítulo II sobre “requisitos de inicio del proceso de reorganización” que en su art. 10 ap. 1 impone para su admisibilidad “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”.

La previsión de capitalización de pasivos es tema previsto en esa legislación como forma de paliar dificultades, y también en las formas de acuerdos concursales.

Y los administradores sociales, como buenos hombres de negocios, con diligencia y lealtad, deben afrontar esas vicisitudes, convocando a los socios con claras opciones.

Son los socios los que deben formalizar nuevos aportes o aceptar la liquidación de la sociedad, liquidación privada que aunque no satisfaga a la totalidad de los acreedores quirografarios puede ser aceptada por su corrección, evitando mayores gastos y no generando la apertura de un proceso de quiebra liquidatorio.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al sólo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso “privado” de afrontar la crisis de la empresa.

Hoy se impone educar a los socios y a los acreedores sociales para que compartan los destinos de la empresa, para asegurar la continuidad de la empresa. Esa norma está en la ley de concurso, pero particularmente está sencillísima al alcance de todos en la ley de sociedades: la capitalización del pasivo, sin los costos impositivos de la quita y espera,

La reorganización de una sociedad en crisis tiene claras soluciones en la ley específica con bajo coste de transacción y sin responsabilidad para administradores³⁴. Ellas son las causales de disolución por pérdida del capital social o por la imposibilidad (sobreviniente o no) de cumplir con el objeto social por causas patrimoniales (art. 94 incs. 4 y 5 LSC), soslayando la liquidación sin reintegrar ni aumentar el capital social –incluso ofreciendo capitalizar el pasivo- (art. 96 LSC), asumiendo responsabilidad administradores y algunos socios en caso de continuar así el giro social (art. 99 LSC), generando sin duda daño a los acreedores.

V – SOBRE REFERENCIAS DE LOS PONENTES GENERALES Dres. Prono y Baracat.

Ya hemos hecho alguna referencia a estas notables piezas doctrinarias de nuestros distinguidos juristas amigos.

1, Formalizamos alguna de ciertos principios y como se descartan. Ricardo Prono para este Congreso como ponente en “ALGUNOS PRINCIPIOS PROCESALES CONCURSALES” `Se refiere a “La importancia de los principios que estructuran una ley ha sido destacada por la doctrina y cobra tal ponderación que toda una corriente ha afirmado la necesidad de que la

³⁴ Nto. *¿Reorganización societaria o concursal antae la crisis? (un obiter dictum de la Corte)* en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y Concursos”, Ex. Legis, Buenos Aires 2010, pág. 3 a 78.

legislación sea, precisamente, una “legislación de principios”³⁵....El derecho substancial es el que ha creado el concepto jurídico económico de la insolvencia o estado de cesación de pagos –y de dificultades económicas o financieras de carácter general-, como *presupuesto* de los concursos. En virtud de dicho presupuesto objetivo, surgieron los *principios* que estructuran a estos procesos: *igualdad de trato, universalidad patrimonial, colectividad de acreedores, conservación de empresas útiles*. Y para hacer viables tales principios se elaboraron los diversos *institutos* concursales (acuerdos preventivos de la quiebra y obligatorios para todos los acreedores; desapoderamiento; período de sospecha y demás medios de recomposición de activos; etcétera). Destaca el PRINCIPIO DE ECONOMÍA Y CELERIDAD PROCESAL EN LOS CONCURSOS. EL DERECHO DE DEFENSA, Y EL PRINCIPIO DE MORALIDAD: LA BUENA FE, EL ABUSO DEL DERECHO Y EL FRAUDE PROCESAL EN LOS JUICIOS CONCURSALES. El principio de moralidad procesal presenta especial interés en los concursos porque a pesar de la preocupación constante que estos temas han tenido en el derecho en general y en la doctrina procesalista en particular, siempre es conveniente estudiarlos también en la materia concursal donde observamos cómo las maquinaciones y trampas se recrean en el abonado campo de la actividad tribunalicia, respondiendo a inclinaciones y rasgos profundos, propios de la condición humana.

2. EDGAR J. BARACAT hace una síntesis metodológica de las posiciones contradictorias en torno a como afrontar la crisis de las sociedades referido que “El enfoque de los principios procesales en los concursos podría hacerse³⁶, con aproximación, o bien:

a.-) Centrando la atención en las “mutaciones” sufridas por las sucesivas reformas legislativas sancionadas en nuestro país o en el resto del mundo;

b.-) Focalizando los “cambios” que los principios procesales “comunes” del proceso civil experimentan derivados de la materia propia de la insolvencia;

c.-) Los nuevos principios que vienen de la mano del derecho concursal sustantivo post crisis globalizada originada al comienzo del siglo XXI.-

De allí que la ponencia aborda el tema central de los principios procesales en los concursos desde diferentes costados, y prestando atención también a la solución de la crisis económica o financiera de la empresa con giro a la extra concursalidad y a la solución de ciertos casos de padecimiento por la vía no concursal.””-

Pero tiene a bien señalar respecto de las sociedades la “VIA NO JUDICIAL PARA LA SOLUCIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA Y LA INSOLVENCIA”, apuntando a “ SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LA CRISIS O INSOLVENCIA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE HAN ADOPTADO LA FORMA SOCIETARIA (Richard):

Desde otra dimensión (“no concursal”) se plantea por Efraín Hugo Richard³⁷ la de desjudicializar la insolvencia de los entes societarios.- Señala que los problemas concursales – o de crisis de empresa – no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación a los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.-

Concluye: LA CAPITALIZACIÓN DEL PASIVO ES LA FORMA SOCIETARIA DE ENCARAR LA CRISIS.- UN ACUERDO EXPROPIATORIO – SIN INDEMNIZACIÓN – DE QUITA Y ESPERA PARA SER CONSTITUCIONAL DEBERÍA IR UNIDO A QUE LOS ACREEDORES COMPARTIERAN EL PATRIMONIO SOCIAL, COMO UNA FORMA DE COMPENSACIÓN³⁸.-

³⁵ ALEGRIA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Àbaco, Bs.As, 1975, pág. 74.

³⁶ Sobre el dispositivo e inquisitivo en las diversas etapas (“pre-concursal”, “necesaria” y “eventual”) en que se subdivide el procedimiento concursal, ver el capítulo “El concurso como proceso. Reformulación de sus caracteres”, en Baracat, Edgar J., “Derecho procesal concursal”, Nova Tesis, 2004, p. 11 y sigtes.-

³⁷ Ver Richard, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2010, p. 374.-

³⁸ Ver Richard, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, año 2010, p. 375.-

A nuestro juicio, Efraín Hugo Richard (por lo menos es la interpretación que extraemos de su obra “Perspectiva del derecho de la insolvencia”) gira poniendo la mirada al uso antifuncional del concurso como proceso y proponiendo soluciones no concursales a las crisis de las empresas que adopten la forma societaria.- Subraya que la actuación de los deudores no acudiendo a las vías societarias internas y echando mano directamente al remedio rehabilitatorio judicial, no registra ninguna de las “acciones positivas internas” tendientes a superar la crisis en la suposición de que el problema lo deben asumir los acreedores. El resultando de este estado de cosas no es otro que convertir a los acreedores en las víctimas de la crisis, desplazando las pérdidas que ella ocasiona a ellos, a través de quitas y plazos antifuncionales.- Señala que sólo ante el fracaso de las vías internas de la sociedad para resolver la dificultad debe acudir al remedio que brinda la legislación concursal. Ello sin perjuicio de la responsabilidad que cabe asignarle a los administradores y socios de control, por su reprochable conducta de no haber actuado como “buen hombre de negocios” u ocultando a terceros el estado deficitario de actuación de la sociedad.- Tranquiliza el citado, subrayando que no es el error de gestión o de planificación lo que determina la responsabilidad de los administradores. Es sencillamente el incumplimiento de su actuación apartándose del interés social o si no adoptan las medidas tendientes a su cumplimiento (información a los socios, elaboración de un plan de salvataje, etc. etc.)...”...”Tratando el efecto del concurso y con especial referencia a propuestas abusivas y expropiación del crédito de los acreedores, enrolado en esta línea de pensamiento y apoyado en lo que se visualiza en la praxis jurídica, Hugo Richard³⁹ dice: “La conclusión del proceso de crisis de una sociedad es su presentación en concurso tardía, culminando con propuestas de acuerdos a los acreedores con quitas desmesuradas y plazos de gracia para iniciar el pago en cuotas decenales.- El resultado constituye una verdadera expropiación del crédito de los acreedores, pero no en beneficio de la conservación de la empresa, sino de los socios, por cuanto la homologación de esos acuerdos depredatorias significa una inmediata plusvalía y patrimonialización de la sociedad de la que aquellos son propietarios.- ...”

3. Es que, agregamos nosotros, la vía concursal podría abrirse recién cuando los socios han decidido no recapitalizar la sociedad ni liquidarla, con lo cual se abriría la posibilidad de cambiar o compartir la propiedad de las participaciones sociales, pues hoy a nadie le interesa quiénes son los propietarios sino que la sociedad viable continúe produciendo y manteniendo los puestos de trabajo. Y decimos “podría” abrirse la vía concursal porque ello se logra a través de un plan de negocios que haga atractivo invertir dirigido al exceso de capitales que hoy existen en los mercados.

VI – UN OBITER DICUM DE LA CORTE PARA DIRIMIR LA CUESTIÓN.

En las crisis de sociedades, como sostenemos y tan bien ha glosado Baracat, el concurso sigue siendo innecesario, pero puede plantearse como última ratio, al decir de la Corte en el obiter dictum de Comercial del Plata. En *DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE*⁴⁰ apuntábamos que en fallo del 20 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. El fallo –a través del voto de la mayoría- resulta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”⁴¹. No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los

³⁹ Richard, Efraín Hugo, Ob. cit., “Perspectiva del derecho de la insolvencia”, p. 24.-

⁴⁰ Publicado en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

⁴¹4. Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*, en “El Cronista Comercial” del 21 de octubre de 2009.

principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”⁴². Centramos nuestra atención en un “obiter dictum” expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Pero atiende, a nuestro entender, fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Así lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo⁴³, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁴⁴. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-⁴⁵.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

Ante la afirmación de la Corte, el centro de la cuestión sería la omisión de la “preconcursalidad societaria”, o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas “técnicas” como la relatada en el voto de la mayoría-.

⁴² Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite

a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

⁴³ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁴⁴ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en *catarata* otras imposibilidades y así al infinito ...Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

⁴⁵ “*EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*” en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

Rescatando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente”⁴⁶.

Esto claramente esta tipificando situaciones abusivas que autorizarían acciones individuales de responsabilidad, antes de presentarse en concurso, después de presentarse en concurso –con acuerdo homologado o no- o en quiebra en tanto y en cuanto se den los supuestos indicados, tan claramente por el profesor Miguel C. Araya en la conferencia precedente.

VI - FINALIZANDO.

Se plantea así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo. Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

No pretendemos que piensen como nosotros y particularmente en los temas que dejamos de resalto, pero si pretendemos haber introducido nuevos aspectos de análisis que, aún en la disidencia, son los que permiten construir el derecho, restituir los repartos y acercarnos en aspectos aparentemente en disidencia, asegurando la conservación de la empresa, del empleo por sendas firmes, sin intentar entretener a los trabajadores con empresas inviables, sin centrarse en la responsabilidad –social y jurídica- de administradores y socios de las sociedades comerciales en crisis⁴⁷.

Hay otros caminos de solución en el sistema jurídico positivo, y aún en la discrepancia, vale la pena recorrerlos de buena fe, con renunciamiento a prácticas abusivas, en beneficio de la República y de la convivencia, pues la marginación de cualquier tipo –la económica es una-, genera violencia e inseguridad física y jurídica. A ello invitamos.

Córdoba, 7 de junio de 2011.

⁴⁶ BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) “La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁴⁷ Para comprender nuestra posición sistémico constructivista, sugerimos la lectura de “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, citado, que hemos puesto electrónicamente a disposición de todos los Miembros de este Congreso –también lo puede requerir a la dirección de correo indicada en nota 1, como así también integrar nuestro sintético pensamiento con trabajos específicos donde aparece mejor fundamentación en www.acaderc.org.ar