

EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

SINTESIS: El abuso en los acuerdos concursales de sociedades que impiden su homologación judicial ha generado una respuesta pretoriana de ajuste: la “tercera vía”, con diversas modalidades. En este ensayo postulamos evitar que el intento judicial de ajustar la solución no implique una forma inadvertida de violar la ley, configurando un abuso de derecho, cuando no un fraude a la ley societaria.

PALABRAS CLAVES: Acuerdos abusivos en concursos – Tercera via concursal – abuso en propuestas – fraude y abuso a ley societaria

ABUSE OF THE "THIRD ROUTE" IN CORPORATE BANKRUPTCY

ABSTRACT: Abuse of corporate bankruptcy agreements that impede their ratification by the courts has led to a praetorian response of adjustment: the "third route", with various modalities. This paper aims to prevent the judicial attempt to adjust the solution from unintentionally breaking the law, and thus constituting an abuse of law, if not outright fraud in terms of corporate law.

KEY WORDS: Abusive agreements in bankruptcy - Third route in bankruptcy - abuse of proposals - fraud and abuse of corporate law

INDICE:

I – PRESENTACIÓN. II – UN ABUSO IMPENSADO. III – PRETENSIÓN EN CONCURSO DE SOCIEDADES. IV – ANÁLISIS PRIMARIO. V – COMO ENTENDER LA LEY SOCIETARIA. VI – LA JUDICATURA NO PUEDE SOSLAYAR AL SISTEMA JURÍDICO.

I – PRESENTACIÓN.

Desde nuestra posición dentro de la “Escuela Comercialista de Córdoba”, en continuos trabajos¹, nos preocupamos de estimular normas e interpretaciones acordes con el desarrollo empresario, desalentando la actividad financiera ilícita y la abusividad en los concursos, que afectan los emprendimientos productivos, violando en muchos casos la legislación societaria.

¹ Incluso a través de las publicaciones oficiales del Departamento de Derecho Comercial de esta Facultad: *Ensayos de Derecho Empresario* y la electrónica *Estudios de Derecho Empresario*.

1. En ese sentido, en esta Revista, hemos referido a “CRISIS SOCIETARIAS: VISIONES ENCONTRADAS: LA SOCIETARIA Y LA CONCURSAL”².

Se trata de rescatar la inversión productiva, dentro de lo que también llamamos “capitalismo productivo”, que no es otra forma en la que concebimos la unidad de intereses en la idea de empresa: el capital y el desarrollo humano, como afirmamos en “Crisis de empresas y desocupación”³.

Ahondado esa política rescatamos el rol de la sociedad como instrumento técnico de organización de la empresa en “La reforma del Código Civil y Comercial: los contratos asociativos y la Ley General de Sociedades”⁴.

2. Como aproximación, en el penúltimo número del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de esta Facultad, presentamos un método “PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA: el ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL”⁵, invitando y estimulando estudios de soluciones a las crisis empresarias, más efectivas y de menores costes. En otras publicaciones trabajamos en esa idea⁶.

² *Revista de la Facultad*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. II * n°2 * Nueva Serie pág. 1, Córdoba, diciembre 2011.

³ *Revista de la Facultad*, de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. III n° 2 – Nueva serie II (2012), diciembre 2012, pág. 11352

⁴ *Revista de la Facultad*, Vol. IV n° 1, Nueva Serie II (2013), Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, República Argentina 2013, pág.1.

⁵ Anuario del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ANUARIO XIII, 2011, pág. 415, octubre 2012, entregado el día 19 de diciembre de 2012 en el Acto Académico de fin de año

⁶ “La empresa: su organización y crisis”, en RDCO 253-407 a 444 D; “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, SUMMA CONCURSAL, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 479; “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)” en SUMMA CONCURSAL tomo I pág. 543; “Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)” en SUMMA CONCURSAL, tomo I pág. 593; “Proceso concursal oportuno” en SUMMA CONCURSAL tomo I pág. 915; “Legalidad de la propuesta de acuerdo en el concurso societario” en SUMMA CONCURSAL tomo II pág. 1885; “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en SUMMA CONCURSAL tomo II pág. 1945; “Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?” en SUMMA CONCURSAL tomo II pág. 2297; “Aspectos aparentemente polémicos de la acción individual de responsabilidad contra administradores por actuación de la sociedad en cesación de pagos” en SUMMA SOCIETARIA tomo I pág. 1477; “Ideales y realidad. Afrontar la crisis” en SUMMA SOCIETARIA tomo I pág. 129; “El financiamiento de las sociedades, límites y negocio en participación” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial 2012; “Negociación y homologación del acuerdo” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial; “Visión sistémica en torno a la homologación de acuerdos en concurso de sociedades. El abuso, el fraude y la tercera vía” en CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial; “LA CRISIS DE LA EMPRESA Y EL DERECHO CONCURSAL” en libro colectivo en homenaje a Ariel A. Dasso págs. 61 a 133, Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial, Director Académico Daniel Truffat, Buenos Aires agosto 2012; “LA REORGANIZACIÓN PATRIMONIAL Y EL PLAN DE NEGOCIOS” en VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, tomo 1 pág. 157; “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE” con Juan Carlos Veiga, en VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367; “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, con Juan Carlos Veiga, en VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 2 pág. 815; “Reparación de daños por actuación de sociedad en insolvencia”, en Doctrina Esencial, pág. 5, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, año XIV número 6 junio 2012; “Eficiencia concursal y crisis societaria”, en RDCO, sección doctrina n° 255, julio agosto 2012, pág. 61; “CRISIS PATRIMONIALES SOCIETARIAS: rol de administradores y socios” Conferencia del 16 de noviembre de 2012, en el marco de la “SEMANA ACADÉMICA” del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República: “HACIA UN NUEVO DERECHO COMERCIAL (Sociedades-Contratos-Concursos)” (14 a 16 de noviembre de 2012, Montevideo, República Oriental del Uruguay); “INSOLVENCIA SOCIETARIA (y

Desde hace muchos años sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal, haciéndolo con un distinguido e inolvidable Maestro de la Escuela Comercialista de esta Facultad⁷.

La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales⁸. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado⁹.

II – UN ABUSO IMPENSADO.

Siguiendo con aquella propuesta de investigación, dentro de los llamados abusos del proceso concursal, queremos referirnos concordantemente a la llamada “tercera vía”, sobre lo que no trabajamos en aquella oportunidad.

Esa tercera vía suele ser aplicada –como veremos- cuando el Juez considera que la propuesta puede mejorarse, o sea que es abusivo el acuerdo que se intenta imponer, o permita una nueva propuesta ante circunstancias similar. Ello siempre para evitar la declaración de quiebra al rechazar la homologación o ser imposible la misma. No obstante, se suele mantener quitas al pasivo quirografario morigerándolas, además de las consabidas esperas.

No dudamos de la buena voluntad de la judicatura que trata de evitar el desenlace de la quiebra, intentando morigerar propuestas abusivas.

Como el juez no tiene oportunidad de pronunciarse previamente sobre la legalidad de la propuesta, incluso sobre su confiscatoriedad¹⁰, es en ocasión de analizar la posibilidad de homologación cuando intenta ajustar la propuesta, ahora aceptada por mayorías vaya a saber cómo logradas, para extenderla a todos los acreedores involucrados, inclusive aquellos que se opusieron o no pudieron expresarse por no haber obtenido la verificación tempestiva de su crédito, o aún los que todavía no se han insinuado, muchas veces por los cambios de nombres de sociedades y de domicilio (*forum shopping*).

Lo que destacamos es que en ningún caso de concurso de sociedades, ni al homologar ni al intentar un reacondicionamiento de la propuesta a través de la “tercera vía”, se hace mención alguna a las normas societarias que podrían estar siendo dejadas de lado, lo que podría configurar por lo menos un abuso de derecho, cuando no un fraude a la ley específica que regula la organización de la persona jurídica societaria.

III – PRETENSIÓN EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

No dudando de la posibilidad de uso de la tercera vía –sería negar la realidad de lo que está sucediendo en los tribunales del país- , o sea la práctica de

su visión reforzada en el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial” en www.acaderc.org.ar; 98. “Insolvencia societaria: ¿capitalismo donatario o de reposición? en RDCO n° 256 septiembre-octubre 2012, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, pág. 599”.

⁷ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

⁸ PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

⁹ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

¹⁰ Nto. “PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA: el ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL”, en esta Revista, citado.

que el Juez imponga –por diversos medios- una nueva posibilidad o mejora en la solución allegada, lo que es aceptable en el caso de acuerdos logrados por deudores individuales¹¹, pero que está sujeto a un análisis de congruencia en el caso de concurso de sociedades.

Es que, esa vía, en el caso de concurso de sociedad, como recurso impuesto por el Tribunal resulta normalmente abusivo¹²: 1° pues en cuanto creación pretoriana puede ser sustituido por la aplicación ampliada de la previsión del art. 48 LCQ o 2° evitando el incumplimiento de las previsiones de la ley societaria si se hubiere registrado la pérdida del capital social y ello intentara ser cubierto por una quita en el acuerdo que no se homologa, pues en caso de insolvencia de pagos la quita es siempre abusiva y se entiende como ganancia a los efectos impositivos¹³.

IV – ANÁLISIS PRIMARIO.

“Verónica Martínez de Petrazzini, señaló que existen dos tipos de “tercera vía”, aquella donde se le da una oportunidad al deudor a último momento para mejorar la propuesta, y aquella donde se le permite a quien ha perdido el juicio, la posibilidad de iniciarlo de nuevo. Aquí es cuando la tercera vía pasa a ser un nuevo instrumento de fraude frente a la no homologación de un concurso fraudulento, a costa no sólo del orden público procesal y de la misma Constitución Nacional, ya que se está violando el derecho de defensa en juicio de los acreedores que deben someterse a una nueva espera y también a nuevos gastos”¹⁴. La jurista cordobesa intervino cuando se analizaron las facultades pretorianas del juez para imponer o aconsejar una mejora de la propuesta –o su formulación- en especiales circunstancias cuestionando el otorgamiento de la llamada “tercera vía”.

1.Esa “tercera vía” tiene diversas versiones¹⁵. Tal “vía” ha obtenido cierto aval de la doctrina y la jurisprudencia, desarrollándose –por destacados

¹¹ Nto. LA TERCERA VIA Y EL CONCURSO DE SOCIEDADES en libros del VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL - VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, tomo I pág. 361.

¹² Nto. “ABUSO DEL DERECHO CONCURSAL: LA TERCERA VIA EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES” en EL ABUSO Y EL FRAUDE en el derecho societario, concursal y del consumidor publicación de FIDAS, Ed. Legis, Buenos Aires noviembre 2013, pág. 417.

¹³ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)” en ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS, Obra colectiva, Director Martín Arecha, pág. 153. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

¹⁴ Ello acaeció cuando se se trataron los fallos “Bendow Argentina SA s/ concurso preventivo” (09-11-11) y “Mallarini Jorge Alberto s/ concurso preventivo” (26-04-11) de la Sala F, “DMRT SA s/ concurso preventivo” (03-10-11) Sala C, y “Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/ concurso preventivo” (10-05-11) Sala A., en el Duodécimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, en Mar del Plata, 25 a 27 de abril de 2012. La jurisprudencia referida está contenida en el libro editado en esa ocasión “Derecho Societario y Concursal. Tendencias jurisprudenciales”. Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Da cuenta de esa discusión, y de alguno de los matices de la “tercera vía” la publicación electrónica Mercado de Capitales a fin de abril de 2012, refiriéndose a ese Seminario.

¹⁵ CASADIO MARTÍNEZ, Claudio A. “Tercera vía, cramdown, sociedades off shore y trabajadores accionistas”, en La Ley del 11/6/12, comentando un reciente fallo, apunta : “Certeramente señalan los jueces que en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4° LCQ, si bien reconocen que en la práctica se ha recurrido también a otra solución: la denominada tercera vía. - Expresan como reiteradamente viene haciendo la jurisprudencia, que ésta “vía” consiste en facultar al magistrado a: (i) reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2° b) del ordenamiento concursal, o (ii) fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad”.

tribunales especializados- una corriente jurisprudencial, que ha consagrado pretorianamente, una tercera opción entre la homologación del acuerdo, o la quiebra –en su caso *cramdown* (propuesta heterónoma para nosotros¹⁶), que se ha dado en llamar la “tercera vía”¹⁷. En doctrina¹⁸ se ha indicado que este instituto adquiere carta de ciudadanía en el más alto nivel judicial, al ser contemplado expresamente en el voto de la minoría en el fallo Arcángel Maggio¹⁹, si bien se postula que no corresponde su aplicación ante supuestos de fraude o abuso de derecho²⁰.

Frente a un acuerdo arribado en oportunidad de la resolución del art. 52 LCQ, el juez, analizando un planteo impugnatorio, o de oficio, en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 52 inc. 4 LCQ, excluyendo la homologación fundado en su abusividad, evita declarar la quiebra o dar inicio al procedimiento del art. 48 LCQ -en los supuestos de procedencia-, y abre una “tercera vía”: a. otorgando al deudor, una oportunidad para superar la abusividad mejorando su propuesta, b. eliminando o sustituyendo aspectos considerados abusivos manteniendo el resto de la propuesta, c. condicionando la homologación a la aprobación por el deudor de las condiciones que considere el Tribunal para viabilizarlo. El objeto es eliminar el abuso²¹.

2.Sostiene Dasso²², que el abuso del derecho es el ejercicio de éste, en forma contraria a sus fines y que, siendo la finalidad de la Ley Concursal, la conservación o salvataje de la empresa, es en dicho sentido que debe ser ejercido el derecho, atento a que la concreción de los fines del actual derecho concursal, imponen encontrar alternativas posibles para que la empresa viva.

¹⁶ Nto. *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010.

¹⁷ Denominación acuñada por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Aída: en autos "Argenfruit S.A. en j 5759/27.007 Pedro López e Hijos S.A.C.I.A. p/ Conc. s/ Inc. Cas.", Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, Sala Primera: "... acoger los recursos de inconstitucionalidad deducidos, pero al mismo tiempo, reenviar la causa al tribunal de primera instancia para que, conforme el procedimiento que el juez titular del tribunal estime conveniente, se dé al concursado la oportunidad de solucionar el abuso declarado y en la extensión reconocida por esta Sala (por ej., incorporación de nuevos bienes al fideicomiso en la misma proporción del ingreso de los acreedores que pasaron de la categoría residual a la categoría B)."

¹⁸ RASPALL, Miguel, "Arcángel Maggio SA un fallo dividido de la SCJN del cual igualmente pueden extraerse conclusiones", ponencia presentada en las XIV Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Parana 2007, libro de ponencias pag. 245.

¹⁹ CSJN, Arcángel Maggio S.A. s/conc. prev. 15/03/2007, LA LEY 2007-C, 38 - Fallos Corte: 330:834.

²⁰ CASADIO MARTÍNEZ art. citado.

²¹ Como ha ocurrido en las causas: Juzgado en lo Comercial N° 9, del 2/8/04 "Acindar S.A. s/ APE"; CNCom. Sala D 19/09/07 "Editorial Perfil S.A. s/ Concurso Preventivo". La CNCom. Sala C. "Línea Vanguard S.A. S/ Concurso Preventivo" LL 2002 -A 394.- "Corresponde frente al rechazo de la homologación de un acuerdo preventivo por considerar abusiva la propuesta efectuada por el deudor instar a que se acuerde a la concursada, sea mediante un nuevo periodo de exclusividad u otro procedimiento, la posibilidad de proponer una reformulación de aquella a fin de hacerla compatible con los principios de orden público y finalidades del proceso concursal. La CSJN en "Arcángel Maggio S.A. s/ Concurso Preventivo 15/3/07 Fallos 330-834 juzgó "... Por tal razón, de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema. En ese fallo los Dres. Petracchi, Maqueda y Zaffaroni en su voto en disidencia propiciaron la tercera vía haciendo referencia –también- a los fines que persigue el concurso preventivo.

²² DASSO, Ariel A. "El Derecho Concursal hoy" Rev. LL, T 2009-B. Pag. 921. "... el objetivo del derecho concursal ha mutado: el bien jurídico tutelado, focalizado hasta ayer, y desde dos siglos, en el interés de los acreedores, queda instalado en el derecho concursal de hoy, en el salvataje de la empresa. El concurso tiene ahora por objetivo que la empresa perdure, en tanto y cuanto tenga valores rescatables. Esta organización de capital y trabajo no debe morir".

Si bien existen otros intereses que la ley tutela, partimos de la hipótesis de que en situaciones de crisis, este será el fin preponderante al momento de la evaluación del acuerdo. Claro que existen otros medios y si la empresa no es viable no es empresa. Todo emprendimiento tiene una base de racionalidad o planificación²³.

En los precedentes citados, se advierte un hilo conductor que es la referencia en todos ellos a la concreción del fin de la ley concursal, como fundamento habilitante de la Tercera Vía. Estas creaciones pretorianas, han resultado funcionales a dicha télesis, en tanto los resultados tienden a la conservación de la empresa, pero omitiendo toda consideración a la ley societaria sobre crisis, específica y a las normas imperativas sobre la función de garantía del capital social²⁴.

V – COMO ENTENDER LA LEY SOCIETARIA.

Conforme lo precedente en el caso de sociedades, la posibilidad de no homologación del acuerdo, en cuanto a facultades discrecionales del Juez²⁵ -a nuestro entender- tiene una vía legal en la aplicabilidad del art. 48 LCQ, que prevé que otros sujetos puedan presentar propuestas y negociar el acuerdo²⁶. Particularmente ante las especiales condiciones otorgadas a cooperativas de trabajo.

Incluso ello en caso de pequeños concursos.

Claro que a la postre, al homologar no podría terminar violando las obligaciones que impone la ley societaria a los socios. Al fin de este período podría pensarse nuevamente en la tercera vía, que obviamente no podría desconocer las normas imperativas de la ley societaria: imponiendo a los socios reintegrar el capital social o capitalizar, en último caso capitalizando el pasivo, pero no imponiéndole una quita, pues sólo una razonable espera no sería abusiva si no se ha perdido el capital social y sólo es necesario equilibrar disponibilidades del activo para satisfacer el pasivo.

1. Parece una incongruencia que se abra la “tercera vía”, posiblemente ante una interpretación cerrada del art. 48 LCQ, o sea sólo para el caso de “vencido el período de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo”, y no para cualquier otro supuesto en el que devendría la liquidación de la sociedad concursada²⁷. Y frente a esa interpretación

²³ Nto. “El PLAN DE EMPRESA (o como actuar tempestiva y extrajudicialmente asumiendo crisis de sociedades)” 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.

²⁴ Nto. “SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)” 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. 1

²⁵ Junyent Bas, Francisco, “Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del Derecho” LA LEY 2007 – F- 654. “...el derecho concursal no es una ínsula aislada, sino que interactúa con las otras ramas del derecho, el juez concursal no puede desarrollar un rol de mero ordenador, sino que subyace su función de custodio del ordenamiento jurídico general...”.

²⁶ Nto. “Fachadas empresarias y preocupante mensaje jurisprudencial: ¿Vale todo para homologar una propuesta?” LA LEY 2009-B, 724.

²⁷ El fallo que comenta Casadio Martínez –en el artículo citado- abre esa posibilidad interpretativa. Claro que de la propia relación que formaliza el destacado comentarista, el proceso concursal encubriría un vaciamiento de los administradores y socios de la concursada a favor de una sociedad off shore adquirente del inmueble de la fábrica –quedando la concursada como comodataria-, quizá demorado al sólo efecto que prescriban

estricta de la ley, la judicatura se aparte del texto de la norma para usar de la llamada “tercera vía” en un espectro diverso, descrito por la jurista cordobesa Verónica Martínez de Petrazzini.

2. Ampliamos la interpretación para la aplicación del trámite previsto en el art. 48 LCQ²⁸ incluso para el supuesto de no haberse presentado la conformación del comité de control –o el régimen de administración-²⁹. El primer párrafo del art. 45 requiere que “el deudor deberá acompañar al juzgado, hasta el día del vencimiento del período de exclusividad, el texto de la propuesta con la conformidad acreditada...” y luego en el párrafo 4º se expresa “El deudor deberá acompañar asimismo, como parte integrante de la propuesta... la conformación de un comité...”. En buena inteligencia el “texto de la propuesta” que conforman los acreedores debe llevar la integración del Comité. A su vez el art. 46 se refiere a “las conformidades de los acreedores quirografarios bajo el régimen de ... mayorías previstos en el artículo anterior”, en caso de sociedades se aplicará el art. 48 LCQ.

Puesto que la conformidad de acreedores también se decide por mayoría corresponderá en su falta abrir el trámite previsto por el art. 48 LCQ, autorizando nuevas propuestas.

3. Un caso excepcional que señalamos lo configurarían sociedades que quedaran atrapadas en el régimen de pequeños concursos³⁰. El art. 289 LCQ excluye “el régimen de supuestos especiales previstos en el art. 48”. Ello implicará, conforme al criterio que venimos sosteniendo, de extender la aplicación de esa norma que hemos dado en llamar “acuerdo heterónimo”.

Sólo insistimos que en el caso de sociedades, la posibilidad de no homologación del acuerdo abre, en cuanto a facultades discrecionales del Juez -a nuestro entender- la aplicabilidad del art. 48, que prevé que otros sujetos puedan presentar propuestas y negociar el acuerdo.

4. Como se apuntó se trata de un problema valorativo, supuestamente para tratar de asegurar la continuación de la empresa –no necesariamente de la sociedad o de los socios que no asumieron adecuadamente la crisis-.

La creación pretoriana de la “tercera vía” a favor de esos socios para no declarar la quiebra debería ser reemplazada por una interpretación extensiva del art. 48 LCQ para todos los supuestos de no homologación del acuerdo, que no genera agravio a la sociedad concursada a la que se le otorga una nueva

acciones de reintegración. Un verdadero thriller que, de inmediato, nos recordó la presentación literaria del jurista comercialista de Mar del Plata Ricardo Ludovico Gulminelli “La Campana Mágica S.A.”, Ed. Suarez, Mar del Plata 2011, de género similar y donde con connotaciones sentimentales y mafiosas describe un novelado proceso concursal.

²⁸ Nto.”ARTS. 48 y 52 LEY 24522 en versión LEY 25589. LA PROPUESTA HETERÓNOMA y NUEVAS “VARIANTES”(¿un juego de ajedrez?)” en Doctrina Societaria y Concursal de Editorial Errepar n° 177 Agosto 2002, tomo XIV p. 441.

²⁹ Nto. “INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EN CONCURSO SOCIETARIO (en torno a reciente fallo señero)”, en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

³⁰ PASQUINELLI, Maria Laura “LAS PYMES COMO BENEFICIARIAS DE LA TERCERA VÍA”, en comunicación a algún Congreso, resaltando la labor de las Pymes en la economía, pero sin entrar en la argumentación que desarrollamos.

posibilidad³¹, pero –al fin- la homologación no puede desconocer las previsiones imperativas de la ley societaria.

El desborde de la actitud jurisdiccional aparecería más justificable en la conservación de la empresa y no del empresario abusivo. “Si no se tiene en claro... el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento”, como lo señalaba R. Franceschelli³².

La “tercera vía” aplicada a sociedades protegería a administradores y socios en su violación a las normas imperativas de las leyes societaria y concursal. El art. 48 de este último ordenamiento tutela a la empresa sin desproteger a los socios.

5. ¿Pero bajo qué condiciones aplicar la tercera vía y luego homologar el acuerdo? La “tercera vía” debe descartar el abuso de derecho.

El otorgamiento o uso de la tercera vía, y la eventual posterior homologación, está condicionado legalmente al cumplimiento de la ley societaria.

Nos estamos refiriendo a la función de garantía del capital social y la imposición, ante su pérdida, que los socios dispongan la liquidación o la capitalización.

Por eso más lógico y aceptable como “tercera vía” sería imponer a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso.

La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado³³.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96 y 99³⁴, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado en el párrafo anterior. La cesación de pagos que autoriza el concurso de las sociedades en un mero desequilibrio entre pasivos y activos corrientes³⁵.

³¹ Salvo que administradores y socios de la sociedad concursada pretendieran la quiebra para eliminar la posterior competencia de la misma ante un ilegal trasvasamiento que hubieran generado.

³² “L'apprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale” en *Giurisprudeza. Commerciale, Italia*. 1982 I p. 575 y ss..

³³ Cfme. ensayo citado FUSHIMI-RICHARD.

³⁴ Ntos. “Conflictos societarios e insolvencia” en *Tratado de los Conflictos Societarios* –Director Diego Duprat-Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo III pág. 2793; “El art. 99, ley 19550, y causales de disolución de sociedades (de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en RDCO 260-665, sección doctrina, Buenos Aires 2013; “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, *Reseña Legislativa española y comparada*. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

³⁵ Nto. “UNA VISION RIOPLANTENSE SOBRE LAS CRISIS SOCIETARIAS Y COMO ABORDARLAS ¿Un problema del derecho concursal?” AN ARGENTINE PERSPECTIVE ON CONFRONTING CORPORATE CRISIS: Is this a Bankruptcy Law Issue? en n° 8 de la *Revista de Derecho* *Publición* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, año 2013.

VI – LA JUDICATURA NO PUEDE SOSLAYAR AL SISTEMA JURÍDICO.

Más lógica y aceptable como “tercera vía” –y procesalmente más ejecutivo- sería exhortar inicialmente a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales disolutorias que debieron enfrentar, según el caso. No puede soslayarse las obligaciones que socios y administradores tenían cuando eligieron –ante la pérdida del capital social- incumplir las normas societarias e intentar que los acreedores asumieran las expensas de los socios. Incluso generando un dispendio jurisdiccional y los gastos y daños consiguientes.

Quizá después de ese periplo pueda entenderse, ante acuerdos observables, la aplicación extralegal de la “tercera vía”, sea para la propia concursada o para un tercero. Antes aparece sospechada. Claro que parecería aceptable aplicar la “tercera vía” también en el caso que nadie se presentara para abrir la etapa, lo que –en caso contrario a esa solución judicial- impondría la declaración de quiebra. No dudamos que, en tales casos, deberá aplicarse en la modalidad de imposición de condiciones por el juez, que de no ser aceptadas por la sociedad deudora implicarán su quiebra³⁶ y esa modalidad debería ser la prescripta por el art. 96 LS.

Son postulaciones para seguir construyendo evitando caer en abuso de derecho o fraude a la ley³⁷. Como se verá volvemos sobre posiciones que venimos sosteniendo en esta Revista³⁸ de integración sistémica del derecho de crisis de las sociedades.

³⁶ “Los jueces ante la votación formal por esa mayoría espúrea de acuerdos donde se impone todo el sacrificio a los acreedores, sin aliciente alguno sobre las posibles ganancias, tímidamente han ejercitado poderes jurisdiccionales dudosos, a través de lo que ha dado en llamarse la “tercera vía”, morigerando los acuerdos, pero sin alterar la unilateralidad del esfuerzo. Sólo en pocos fallos se ha cuestionado el voto de acreedores nacidos con posterioridad a la presentación, donde se advierte el interés contrario o el conflicto de intereses con los restantes acreedores”, de nto *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, citado, 2ª parte Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa, pág. 363 y ss., especialmente punto 11 pág. 373.

³⁷ Nto. “Sobre el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial” en *El Derecho*, Buenos Aires, viernes 5 de abril de 2013.

³⁸ Nto. “CRISIS SOCIETARIAS: VISIONES ENCONTRADAS: LA SOCIETARIA Y LA CONCURSAL en esta “Revista de la Facultad”, citado.