

EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD EN LIQUIDACION**Gabriela Fernanda Boquin**

Resumen: Se analiza el proceso concursal de personas jurídicas en liquidación que no es idéntico al de un sujeto que no se encuentra en estado liquidativo ni al de una persona humana.

Palabras clave: concurso – quiebra – sociedad en liquidación

Abstract: The bankruptcy process of legal persons in liquidation is analyzed, which is not identical to that of a subject that is not in a liquid state or that of a human person.

Key words: concurso - bankruptcy - company in liquidation

1.- PRELIMINAR

La ley 26.994 que unifica el Código Civil y Comercial considera autónomas determinadas leyes especiales, sin perjuicio de lo cual, las enlaza a través del nuevo criterio interpretativo: conforme lo dispuesto en el título preliminar no puede prescindirse en ningún caso de la comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar, Código Civil y Comercial) y la mirada integradora de TODO el ordenamiento jurídico.

Precisamente el artículo 2 CCCN establece pautas de interpretación, que, a pesar de ser enunciadas correlativamente, no puede considerarse que la formulación expuesta provoque un orden jerárquico o de prelación interpretativo entre ellas.

Así se establece que la ley debe ser dilucidada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios o valores jurídicos, todo ello de modo coherente con todo el ordenamiento

De esta manera la interpretación exegética de la letra de la ley quedará desplazada si la misma contradice normas emanadas de un tratado o un principio general del ordenamiento jurídico considerado éste último como un todo integral más allá de las leyes especiales que puedan regir una determinada temática.

Este paradigma de fuentes plural ha sido invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes y de manera positiva se encuentra previsto, por ejemplo, en el art. 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Definitivamente, entonces, Código Civil y Comercial de la Nación, por intermedio de su título preliminar, recepta esta nueva cosmovisión jurídica fijando guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el cual, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo o interrelación entre ellas (arts. 1 y 2), además de la utilización no sólo de reglas sino también de principios y valores que interactúan en el caso práctico con una norma determinada. En este contexto, al magistrado se le fija la obligación de decidir razonablemente¹. Todo lo expuesto importa una mutación en la manera en que el juzgador debe arribar a la solución del caso, pues dependiendo de las nuevas herramientas que conforman el “derecho” (ya no sólo la letra de la ley, sino también los principios generales y los

¹ Art. 3° del CCC. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”

valores sociales) la razonabilidad de un contexto puede ser muy diferente al de otro difiriendo las sentencias teniendo en cuenta las distintas variables que se exponen en el trámite.

Como bien refiere el profesor italiano de derecho constitucional Zagrebelsky Gustavo²: *“Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ‘derecho positivo’ con los que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o los divide es preciso ir más a fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso”*.

Es que en realidad el derecho se funda conforme ya lo apreciaba Vélez en el Código Civil ya derogado³, en normas expresas, explícitas e implícitas. Estas últimas son principios subordinantes que surgen de la interpretación del ordenamiento legal en su conjunto que determinan un orden interpretativo a la hora de evaluar una norma, su aplicación al caso y las consecuencias directas e indirectas de la aplicación de aquella. Estos principios o ideas subordinantes, sino existiesen, el derecho positivo se transformaría en un conjunto de normas de tan libre interpretación que generaría una verdadera incertidumbre jurídica para el ajusticiable que recurre a los Tribunales para obtener una solución justa a su conflicto.

Pareciera que la única certeza es que la interpretación de la ley debe ser armónica, debiéndose conformar a una norma con el contenido de las demás - pues entre todas debe congeniarse una unidad coherente- y en la inteligencia de sus cláusulas se intentará cuidar no alterar el equilibrio del conjunto. Su consideración debe hacerse tomando en cuenta la finalidad que resulta de los objetivos y valores de la propia ley sumado al de todo el ordenamiento en forma integral, pero a la vez contemplando las cláusulas que surjan de los Tratados de derechos humanos. No se trata de ignorar la intención del legislador sino de dar preferencia a las finalidades objetivas de los distintos textos en el momento propio de su aplicación.

En el Código Civil ya derogado, los principios jurídicos tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que en la actualidad el nuevo Código le otorga una función de integración y control axiológico. Al decir de Lorenzetti los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos⁴. Al momento de interpretar y aplicar las normas no se puede entonces prescindir de integrar todo el ordenamiento jurídico.

2.- PRINCIPIOS DE LA LEY CONCURSAL

La ley concursal se fundó desde siempre en dos principios fundamentales: la conservación de la empresa y la protección de los créditos.

La ley 26.684 (B. O. 30/6/11) produjo la reforma más sustancial del derecho concursal de los últimos quince años.

² Zagrebelsky Gustavo ‘El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia’ Editorial Trotta página 9.

³ Art.22.- Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial

⁴ Lorenzetti Ricardo, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T I págs. 34 y ss, Editorial Rubinzal Culzoni

Sancionada en forma prácticamente unánime por el Congreso de la Nación pretendió atender especialmente la problemática del crédito laboral, la participación de los trabajadores de la concursada en el proceso la continuidad de la explotación por parte de cooperativas de trabajo constituidas por los trabajadores y/o los acreedores laborales y la posible compensación de sus créditos con el valor de la empresa en la liquidación efectuada.

Lo cierto es que la modificación operada en esa oportunidad fue mucho más profunda que lo que podíamos vislumbrar con una lectura ligera del texto legal.

Tan intensa fue que introdujo un nuevo principio o eje fundamentalista y de justificación del proceso concursal.

Hasta ese momento, como ya dijera, desde leyes antecesoras⁵ los dos principios rectores que justificaban al ordenamiento concursal eran la protección adecuada del crédito (que suponía el tratamiento igualitario de los acreedores de una misma clase) y la conservación de la empresa. Agregándose a través de la ley 26.684 un nuevo principio: la salvaguarda de las fuentes de trabajo consagrado en forma expresa en los art. 189 y 191 e implícitamente en todo el texto de la reforma⁶.

Este último presupuesto es un principio, pues así lo indica la telésis de la reforma, otorgándole una mayor participación a los trabajadores de la concursada en su concurso preventivo con una única finalidad: posibilidad de continuar la explotación ante el fracaso del empresario que deriva en la quiebra, intentando con esta herramienta la preservación de los puestos de trabajo involucrados en el emprendimiento generando, especiales condiciones para la cooperativa integrada por los trabajadores o acreedores laborales y contemplación discriminada a su favor en caso de contratos que permitan el uso del establecimiento o continuidad atípica⁷.

Por otro lado, los otros dos principios basilares sufrieron paralelamente con el ingreso del nuevo un menoscabo en cuanto su importancia o relevancia en el proceso, pues ante la posibilidad de compensación de los créditos laborales al momento de la liquidación se le otorga una “preferencia” o “trato diferenciado” a los acreedores laborales que decidieron conformar la cooperativa por sobre los que no la integran. Así se rompe el principio de la par condicio creditorum bien entendido como igualdad entre iguales, pues habrá acreedores de idéntica naturaleza u origen que cobrarán a través de la compensación y otros que quizás no lo hagan de ningún modo⁸. O el de la conservación de la empresa que ahora deberá distinguirse a su respecto de quienes sean sus administradores pues si bien la continuidad de la explotación regulada en el art. 189 y ss. tiende a ello por otra vía, es claro que por el ingreso al sistema del art. 48 bis el legislador pretende optar o privilegiar la conservación en manos de los trabajadores o acreedores laborales más que en manos de sus administradores naturales.

⁵Leyes 19.551 y 24.522.

⁶ Recordemos que en nuestro derecho patrimonial es ley lo explícita o implícitamente regulado conforme lo previene el art. 22 del Código Civil

⁷ Art. 187 LC

⁸ Ello a menos que se interprete como varios autores lo hacen que la compensación es por la porción de dividendo que les correspondería. Me aparto de este criterio pues el mismo es una interpretación forzada de la letra de la ley y al respecto, aunque parezca injusta por cierto que resulta clara. Cierto es que, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete salvo que se contradiga una norma de carácter superior, un principio, un valor o sea contraria a los Tratados de Derechos Humanos.

3.- PRINCIPIOS Y NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES y CONCURSO DE SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN

El principio general surge del art. 1 LGS que establece que las pérdidas societarias deben ser soportadas por los socios y no por los acreedores al enunciar que habrá sociedad si una o más personas en forma organizada y conforme a uno de los tipos previstos por la ley, se obliga a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

A ello debe sumarse las normas imperativas de esa legislación de la Sección XIII del Capítulo I.

Por lo dispuesto en el artículo 101 y 105 sabemos que la sociedad tiene restringida o acotada su personalidad pues la conserva a los solos fines de la liquidación, siendo que los liquidadores tienen como única función liquidar el activo y cancelar los pasivos.

Por otro lado, el art. 106 dispone que cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir a los socios las contribuciones debidas de acuerdo al tipo de sociedad o del contrato constitutivo. Ello en consonancia del principio de suportación de las pérdidas por parte de los socios.

Es que estos solamente podrán recibir su cuota de partición si las deudas han sido canceladas. Esta afirmación se funda en lo dispuesto por los artículos 107 y 109.

Todo lo afirmado revela el principio de prohibición de traslación del riesgo empresario a terceros.

El art. 5 de la ley 24. 522 establece que pueden solicitar la formación de concurso preventivo las personas comprendidas en el artículo 2 incluidas las de existencia ideal en liquidación.

Del diálogo de fuentes, que resulta preciso utilizar para interpretar adecuadamente esta norma, surge que el proceso concursal de personas jurídicas en liquidación no es idéntico al de un sujeto que no se encuentra en estado liquidativo ni al de una persona humana.

Veamos: una sociedad en liquidación no podrá realizar cualquier propuesta de las enunciadas en el art. 45 LC. Es claro que se encuentra imposibilitada de ofrecer la reorganización societaria, emitir obligaciones negociables o debentures o bonos convertibles en acciones, ni puede proponer la capitalización de los créditos en acciones.

Ahora bien, a la hora de considerar una propuesta de pago con quitas y esperas la misma no podrá consistir en aquella que implique un pago inferior al que resultase de un dividendo producto de una liquidación societaria.

Para ser más claros, si la propuesta consistiese en un pago que como resultado final implicase la existencia de un remanente que serviría para repartir reembolso de partes de capital entre los socios la misma no podría ser homologada por resultar un fraude a la ley.

4.- UN CASO EN ESTUDIO

En un concurso preventivo presentado por una sociedad en liquidación que se dedicada a la obra pública, el juez de primera instancia rechazó el pedido de pretensos acreedores de producción de prueba antes de resolver un planteo de nulidad del acuerdo homologado.

Habiendo expirado el plazo de concesión en el año 2010 los accionistas disolvieron y liquidaron la sociedad, sin embargo, la comisión liquidadora decidió la presentación en concurso preventivo de la sociedad.

Según el informe general el activo de la sociedad ascendía a la suma de \$ 62.229.035,23 y el pasivo a \$ 50.850.308,21 (80,37 % del cual estaba conformado por presuntas deudas con las accionistas), existiendo un pasivo contingente de \$ 31.745.961 proveniente en su mayoría de juicios por daños y perjuicios derivados de accidentes en las rutas que tenía la concursada como concesionaria.

La concursada formuló propuesta de acuerdo con dos opciones, una con una fecha límite para su elección y un tope máximo para su pago y otra aplicable a los acreedores quirografarios que no hubieran elegido la primera opción, a los reconocidos como tales posteriormente y al excedente del monto del tope máximo mencionado. La propuesta fue homologada, disponiéndose el levantamiento de la inhibición general de bienes de la concursada.

Los acreedores apelantes se opusieron a la conclusión del concurso, hasta tanto se resolviera su denuncia de abuso del derecho y enriquecimiento ilícito por parte de la concursada y de las empresas propietarias de su paquete accionario.

Las apelantes habían esgrimido que la concursada en liquidación, no tenía actividad alguna y que su único fin sería ejecutar los actos tendientes a la liquidación de los activos, por lo que existiría un “manifiesto abuso de derecho al utilizar la institución del concurso de acreedores para enriquecerse a costa del sacrificio de créditos del Estado Nacional y local, de sus ex trabajadores y del resto de sus acreedores”. Señalaron también que el ejercicio abusivo del derecho se vería agravado considerando que el activo de la concursada resultaba superior al pasivo, con lo cual no estaría en cesación de pagos. Sostuvieron que la deudora debió haber acudido a los mecanismos de la ley de sociedades liquidando sus bienes y cobrando sus acreencias negociando plazos razonables para el pago de sus deudas, en vez de convertir la liquidación en un negocio abusivo a su favor. Destacó que las beneficiaras finales del abuso denunciado serían las empresas accionistas. Concluyeron que el trámite en curso enmascararía una quiebra disfrazada de concurso.

En el caso obran elementos que apreciados en conjunto podrían llevar a la conclusión de la existencia de fraude a la ley, fraude procesal, fraude al orden público concursal y a las normas imperativas del derecho societario que redundan en un fraude a los acreedores, todo lo cual podría acarrear la nulidad absoluta del proceso y de la sentencia de homologación del acuerdo obtenida por la concursada atento a la violación de normas imperativas del derecho societario utilizando el amparo del régimen concursal

En todo el trámite del proceso surgía la intención de la concursada de liquidar su activo para cancelar su pasivo, lo que es función típica del proceso de quiebra, cuando la concursada debió recurrir al procedimiento de liquidación previsto en el ordenamiento societario. En ese contexto, podría pensarse que la concursada optó por recurrir a un procedimiento preventivo que estaría desnaturalizado en virtud de que no poseía actividad alguna, ni tenía trabajadores en relación de dependencia, ni actividad, ni podría generar recursos genuinos para cancelar la propuesta ofrecida a sus acreedores ni poseería las garantías suficientes para ello. La elección del concursamiento por parte de la comisión liquidadora claramente benefició a los accionistas en tanto conforme la ley de sociedades aquellos percibirán los créditos que tuvieran contra la sociedad una vez satisfecho el pasivo existente y en el caso del concurso percibirán sus créditos en igualdad de condiciones que el resto de los acreedores imponiéndoles quitas y esperas que no deberían haber soportado de haber sido la sociedad liquidada conforme la ley de sociedades ya que las propuestas de acuerdo importaba un mecanismo distributivo impropio de una liquidación societaria además de ser poder ser considerada abusiva por implicar una quita real del 78% de los créditos .

La sala C de la Cámara Nacional Comercial resolvió que se tratara la cuestión en primera instancia a pesar de encontrarse excedidos los plazos previstos en la ley de concursos para la nulidad concursal⁹

5.- CONCLUSIONES

Toda traslación de riesgos que realice la sociedad a los acreedores implica un beneficio para los socios prohibidos por normas imperativas y principios societarios.

El uso del proceso concursal para evadir esa normativa implica un fraude a la ley, que sólo puede derivar en una nulidad de todo lo actuado, aun eso implique la nulidad de una homologación más allá de las previsiones del art. 60 de la ley 24.522.

⁹ CNCom Sala C, 29 de noviembre de 2017.