

## Concurso Preventivo Cesacion De Pago Fraude A La Ley Abuso Del Derecho Fraude Concursal Impuesto Sobre Los Combustibles Líquidos

### JURISPRUDENCIA

Concurso preventivo. Cesación de pago. Fraude a la ley. Abuso del

derecho. Fraude concursal. Impuesto sobre los combustibles líquidos Se rechaza la apertura del concurso preventivo solicitada por la firma Oil Combustibles SA, atento a que dicho pedido fue instrumentado por la empresa para dar cobertura legal a un fraude a la ley. Para así decidir, se explicó que el fraude concursal se verifica cuando un deudor acude al procedimiento de concurso preventivo cumpliendo sus formalidades pero falseando alguno de los presupuestos sustanciales, con el objeto de perjudicar a uno o más acreedores. Si bien estrictamente en el presente proceso no se trató de falsear la cesación de pagos, sí de utilizarla para eludir la Resolución General N° 3836/16 de AFIP, que incorporó como conceptos excluidos del régimen general de facilidades de pago de la Resolución General N° 3827/16 al Impuesto sobre los Combustibles Líquidos y Gas Natural.

Buenos Aires, 4 de diciembre de 2017. 1. Con motivo de la decisión de Nuestro Más Alto Tribunal que declaró procedente el recurso extraordinario planteado por A.F.I.P., revocó la sentencia apelada y decretó la nulidad de la sentencia de apertura del concurso de Oil Combustibles S.A. dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 1 de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, con costas; corresponde proceder ahora examinar el cumplimiento de los recaudos previstos por el art. 11 de la ley concursal. Ello, sin antes dejar de mencionar que, en primer lugar, más allá de la nulidad decretada, no puedo desconocer la información que -a lo largo de estos casi dos años de trámite que tuvo el concurso preventivo desde su presentación- ha sido colectada y plasmada en los diversos informes mensuales efectuados por la sindicatura, en el informe general (LCQ:39) y en la resolución general de verificación de créditos (LCQ:36), en el ámbito de esta sede natural de la causa. En segundo término, señalo que las particulares circunstancias que rodearon al presente proceso concursal me obligan como Magistrado y a tenor de lo expresamente dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso concreto, efectuar tal examen con mayor rigurosidad, dado la conducta asumida por la deudora al inicio (intento de tramitar su concurso fuera de la jurisdicción natural). Puntualmente dicho Tribunal dispuso que: "la conducta atribuida a la empresa en cuestión al dar inicio al presente proceso concursal (en fraude a la ley)... en el caso imponía necesariamente mayor rigor al tiempo de apreciar aquellos elementos (aludiendo a los recaudos del artículo 11:LCQ)?". En ese marco es entonces que será analizada la petición de apertura concursal de Oil Combustibles S.A. 2. De la lectura de la pretensión inicial subyace que la interesada solicitó la formación de su concurso preventivo señalando como causa concreta de su estado de cesación de pagos a "...la conducta de la Administración Federal de Ingresos Públicos, quien mediante acciones y resoluciones arbitrarias e ilegales a logrado la asfixia financiera de la compañía..."(v. fs. 647 vta. in fine). En ese contexto, explicó que uno de los objetivos de dicha presentación era: "Determinar con exactitud la deuda fiscal y abonarla en un 100% bajo las propias reglamentaciones de la AFIP vigentes al momento de la cesación de pagos..." (v. fs. 648 vta ap. E). Relató, asimismo, que la sociedad comenzó su actividad en el mes de mayo de 2010, que forma parte del "Grupo Indalo" junto a diversas empresas que indicó al efecto y describió las causas que a su criterio originaron las dificultades financieras que atravesaba. No obstante ello, enfatizó en que la causa determinante de su insolvencia fue la antes referida conducta del Fisco Nacional dado que el 15/3/16 dictó la Resolución General N°3836/16 que incorporó como conceptos excluidos del régimen general de facilidades de pago de la Resolución General N°3827/16 al Impuesto sobre los Combustibles Líquidos y Gas Natural, entre otros. Es sabido que el estado de cesación de pagos es el presupuesto objetivo de los procesos concursales y que existe consenso doctrinario y jurisprudencial, aunque no siempre lo hubo, en definir a dicho estado como "el grado de impotencia patrimonial que exterioriza mediante determinados hechos reveladores que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ella y la causa que lo generen" (arg. art. 78, ley 24.522; Junyent Bas Molina Sandoval "Ley de Concursos y Quiebras" 2011, 3ª ed., T° 1, pag. 41). Hasta aquí, de una lectura lineal de los hechos narrados frente a la teoría antes referida cabe concluir que efectivamente la deudora se encuentra en estado de cesación de pagos. Ello sin dudas que es así, pues lo corroboro con la información que al principio he referido y sobre la cual tuve efectivo conocimiento a lo largo del trámite de este particular proceso universal. Empero, luego de haber entendido durante gran parte del tiempo de tramitación del concurso y tal como aludí al principio de la presente, me veo obligado a no pasar por alto que la decisión de presentarse en concurso preventivo en forma "urgente" -a estar a los dichos de la propia deudora-, lo fue en fraude a la ley. Me explico. Tal como lo expresó la sindicatura en su informe general y que se corrobora con las actuaciones habidas tanto en el incidente de informes mensuales (Expte N° 19981/2016/19), como así también, con los antecedentes colectados en el incidente de investigación (Expte N° 19981/2016/21) -que no puedo obviar al efecto-, a partir del mes de mayo del año 2011 y hasta

diciembre del año 2015, Oil Combustibles S.A. ha optado por no cancelar el Impuesto a los Combustibles Líquidos y acogerse a las facilidades de pago otorgadas por A.F.I.P., mientras que, en forma paralela a ello, ha efectuado préstamos de dinero -equivalentes a las sumas que no ingresó a las arcas del Estado- a personas integrantes del "Grupo Indalo" -fundamentalmente a sus accionistas controlantes: Inversora M&S S.A. y a Oil M&S S.A.- y en condiciones hartamente desfavorable para la compañía. Extremo, este último que se aprecia desde que en lo convenido con las empresas del grupo se fijaba tasas de interés mucho menos gravosas que las previstas por el fisco o, inclusive, a veces siquiera sin plazo de devolución y/o sin tasas de interés. -v. en este sentido análisis efectuado al inciso 6to. del informe general de la sindicatura, fs. 6490/6491-. Puntualmente, la sindicatura refirió en aquél, que mientras la concursada se endeudaba a corto plazo y con importantes tasas de interés, sus préstamos eran otorgados a personas (humanas o jurídicas) que por sus estrechos vínculos con la acreedora no habrían de restituirlos, ni mucho menos los intereses que tales préstamos generaban. De allí la dudosa recuperabilidad total o parcial de tales préstamos (v. fs. 6490/6491). El marco fáctico apuntado, resulta sumamente demostrativo de la maniobra que era con habitualidad llevada a cabo por los administradores de la deudora, presumiblemente con fondos públicos y con cierto beneplácito de la anterior administración de la A.F.I.P., hasta que a partir del dictado de la RG N°3836/16 -que excluyó del plan de facilidades de pago al Impuesto a los Combustibles- aquella se encontró frente a una deuda de la envergadura que surge -mínimamente- de la resolución general de verificación de créditos, que asciende a más de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000). A esta altura del análisis no puedo dejar de considerar obiter dictum, dado que no es de la incumbencia del juez concursal, que esta forma empresarial de manejarse por parte de los administradores de Oil Combustibles S.A. excede la diligencia con que debe desempeñarse el buen hombre de negocios. En efecto, la expresión del art. 59 LGS que dispone que: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios" tiene su correlato ahora con el art. 1724 y ccs. del CCCN. Messineo, refiriéndose a quien realiza actividades riesgosas, decía que su deber de diligencia no puede ser solamente el del hombre medio, sino el del hombre particularmente diligente, ya se trate de aumentar, en el ejercicio de la actividad peligrosa el grado de diligencia realmente exigido. Agregando luego que: "la previsibilidad del daño se encuentra in re ipsa, o sea en la índole de la actividad ejercitada" (cfr. Messineo Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial" Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1971, T IV, pág. 530, Nro. 27). Dicho esto, estimo que en el caso, el proceso concursal no es más que el instrumento procesal de un fraude con cobertura legal (v. Favier Dubois Eduardo M. (p) - Favier Dubois Eduardo M. (h), "Remedios legales típicos y atípicos frente al concurso preventivo fraudulento", agosto de 2012, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR). Pues comparto la interpretación que da el Dr. Efraín Hugo Richard en el sentido que cuando se acude al fraude concursal se presenta una situación que formaría parte de un plan de insolvencia ("Primera visión cualitativa de propuestas írritas en concursos de sociedades comerciales", en VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, 2006, T° I, pág. 727 ). Recuérdese que el fraude a la ley es definido como aquella conducta que aparentemente se acoge a una norma pero que en realidad lo que hace es violar al ordenamiento, a otra norma o a principios jurídicos consagrados (CCCN:12). Y que, el fraude concursal es una especie de fraude a la ley que se verifica cuando un deudor acude al procedimiento de concurso preventivo cumpliendo sus formalidades pero falseando alguno de los presupuestos sustanciales con el objeto de perjudicar a uno o más acreedores (Favier Dubois Eduardo M. (p e h), ob cit.) y si bien estrictamente en el sub examine no se trató de falsear la cesación de pagos, si de utilizarla para eludir la norma administrativa citada, con los alcances que se indicaron ut supra. De lo expuesto surge claro que, cuando no se trata de conflicto de normas -como sucede en el caso-, a lo que se alude con la expresión "fraude a la ley" es a la situación que se crea por parte de un sujeto que, en el ejercicio de un derecho subjetivo, despliega una conducta mediante la cual, invocando la protección de una norma jurídica determinada, en realidad realiza actos a su amparo que -en rigor- importan conductas reñidas con la norma invocada, permitiendo que se burle a la misma (Vítolo Daniel Roque, "Acuerdos Preventivos abusivos o en fraude a la ley?", 2009, Rubinzal Culzoni Ed., pág.20). En el fraude concursal el deudor hace aquello que la ley no quiso que se haga pero que no prohibió en forma literal o expresa en la norma concursal, lo cual no es necesario para corroborar su comisión pues la existencia de principios rectores como la protección del crédito y la búsqueda por su satisfacción consagrados en la ley permiten corroborar la existencia de una conducta exigida a los fines de resultar merecedor del remedio concursal para paliar el estado de cesación de pagos en el que se ve inmerso el sujeto concursado (Boquin Gabriela, "El Fraude Concursal y otras cuestiones de derecho falimentario", Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, año 2010, pág 173). Conclusión esta que no se ve enervada por la interpretación que la mayoría de los autores y la jurisprudencia otorga a la facultad con que cuenta el juez del concurso para analizar el estado de cesación de pagos a la luz de lo dispuesto por el art. 1:LCQ, en el sentido que el magistrado no "podría" indagar la causa por la cual se generó tal estado. Ya que si bien es cierto que la ley presenta dicho presupuesto como objetivo, esto no inhibe al juez concursal a trasvasarlo a fin de obtener una base de información de mayor dimensión; pues no hay que olvidar que es el director del proceso y la ley lo inviste con amplias facultades de investigación (LCQ:274) y la nota de inquisitorialidad de los procesos concursales es de su propia esencia (v.

análogicamente: CCOM:E, 21/4/17, ?Austral Construcciones S.A. s/ concurso preventivo?). En efecto, ha señalado nuestro Más Alto Tribunal que para evitar soluciones notoriamente disvaliosas, una norma debe ser interpretada ?considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional?, para obtener un resultado adecuado atento a las excepcionales particularidades de la causa (CSJN, 6/11/80, ?Saguir y Dib, Claudia Graciela? Fallos 302:1284 LL-1981-A-401). Como así también, que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (Voto de la Dra. Highton de Nolasco, in re: ?Bustos, Alberto R. y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo? del 26/10/2004). Máxime cuando y esto no es posible desconocer, que, como es de público conocimiento, tal como surge de los antecedentes de estos autos y fundamentalmente de la copia de la decisión de la Sala Primera de la Excm. Cámara Federal de Casación Penal que por gentileza del Secretario de dicho Tribunal se obtuvo en copia que se antepone al presente; los integrantes del llamado ?Grupo Indalo? del cual forma parte Oil Combustibles S.A. junto a ex funcionarios del Estado Nacional están siendo investigados en al menos una causa penal -la N°CFP 4943/2016/13/1CFC2- por delitos de corrupción estatal que presuntamente se habrían cometido en torno a la generación de la deuda fiscal antes referida, que representa el 90% del pasivo verificado en autos y que es justamente la que generó el estado de cesación de pagos de quien aquí se pretende concursar (breviatis causae me remito a cuanto subyace de la copia íntegra de la decisión referida). Nótese que de soslayar tal extremo podría llegarse a alcanzar una sentencia homologatoria con fines ilícitos al interpretar que las conductas antes señaladas pueden encontrarse dirigidas a la obtención de tal resultado. Basta para ello repasar los antecedentes anejados en las actuaciones, como -a modo de ejemplo-, el pedido de levantamiento de embargo en esta sede cuando tal medida había sido decretada en sede penal y al amparo de la investigación desarrollada en el juicio antes citado, tratando de inducir a engaño al Suscripto, conducta que no merece mayor análisis que el que manifiestamente resulta de tal actuar (v. mi decisión del 14/9/17, in re: ?Oil Combustibles S.A. S/Concurso Preventivo 19981/2016 Incidente N° 26 - Concursado: Oil Combustibles S.A. S/Incidente De Medida Cautelar Incidente de Levantamiento de Inhibición General De Bienes).

Desde otro ángulo, dispuso también aquel Alto Tribunal en la decisión que decretó la nulidad de la apertura concursal que: ?el juez, en su carácter de director del proceso, debe apreciar objetivamente si el deudor ha contrariado la finalidad económico-social del concurso preventivo, que está dada no solo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores ...?. Apreciación que, a poco que se repare en el trámite desarrollado desde su origen, no deja lugar más que a concluir que no se ha logrado alcanzar esa finalidad ?satisfactiva del derecho de los acreedores?. El pedido de concursamiento fue presentado hace casi dos años, lo que implica no solo la espera del cobro crédito en sí, sino también, la suspensión de intereses en los términos de la lcq:19, la suspensión de ejecuciones, la atracción, la novación, la prescripción, la resolución contractual, entre muchas otras consecuencias. Ello, sumado a la conducta inicial de la deudora antes analizada, como así también, la desplegada con posterioridad a la apertura concursal quien, pese a su estado de insolvencia, continuó otorgando préstamos de dinero en las condiciones que al inicio fueron detalladas, a compañías del grupo que integra por la suma de casi mil millones de pesos (puntualmente, \$989.947.703, v. presentación sindical de fecha 20/10/17 glosada en fs. 951/955 en el incidente de informes mensuales N°19981/2016/19), aduciendo que se trataba de excedentes de caja que no afectan el giro empresario (v. su presentación de fecha 6/11/17 glosada en fs. 983/987 en dicho incidente), sin dar acabadas explicaciones tanto a la sindicatura como al Tribunal (v. los antecedentes del incidente de informes mensuales), resultan hartamente demostrativas del fracaso ab initio de tal objetivo legal. Es que no vale la pena tramitar un proceso hasta el final para decidir una no homologación causada en hechos que el juez ha conocido mucho antes (Prono Ricardo, ?Derecho Concursal Procesal Adaptado al Código Civil y Comercial?, La Ley, 2017, pág. 31). Postergar la evaluación de la maniobra que ha sido evidenciada por los administradores de la concursada para la oportunidad prevista por la LCQ:52 conculcaría en el caso los principios procesales de economía, concentración, moralidad y saneamiento (CPr:34:5 a) b) d) y e) aplicables por remisión del art. 278 LCQ), dado que como resultado de lo que hasta aquí se ha venido desarrollando he llegado a la plena convicción de que Oil Combustibles S.A. no es merecedora del remedio concursal intentado. Es que -reitero- en el caso sub examine el estado de cesación de pagos principió contrariando la legislación -o, cuanto menos abusando de ella- y el remedio frente al fraude no puede ser otro que una vez descubierto, volver las cosas al estado anterior de la existencia del mismo impidiendo que la astucia logre su fin (Boquín Gabriela, ob. cit., pág.173). Nótese que la repulsa del accionar procesal abusivo o, como en el caso, en fraude a la ley es una aplicación del principio de moralidad que en los ordenamientos adjetivos se traduce en deberes procesales con contenido ético como el que manda a actuar en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, tópicos que como hasta aquí se analizó no han sido alcanzados (v. en este sentido la interpretación realizada en el trabajo del Dr. Efraín Hugo Richard, ?Sombras en el Concurso Preventivo de Sociedades?, publicado en Foro de Córdoba, Doctrina y Jurisprudencia, año XXIV, Febrero 2014, n°168, pág. 65, que comparto plenamente). En palabras de Lorenzetti, el abuso del derecho es un principio general que tiene influencia en todo el sistema del Derecho Privado,

y todos los derechos pueden ser juzgados conforme a este criterio (?Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?, Rubinzal Culzoni, 2014, TI, pags. 56/57 , 60; citado por Roberto G. Loutayf Ranea, ?La prueba en el abuso del derecho?, en la obra de dirigida por Rojas, Jorge A., ?La prueba? Rubinzal Culzoni Ed., 2016, pág.139 y ss). Si un ordenamiento reconoce derechos y establece imperativos, es para que se haga un adecuado ejercicio o cumplimiento de los mismos, y no para hacerlo ?mal?; nunca se establecen normas ni se prescriben conductas para que se cumplan o ejecuten mal. Es contradictoria con la esencia misma del derecho y de la justicia la posibilidad de desviación en el ejercicio de las facultades que consagra el ordenamiento jurídico y en el cumplimiento de los imperativos que establece, porque tal desviación no es lo que el derecho manda y por lo tanto tampoco es lo que realiza la justicia, que solo se alcanza con el cumplimiento adecuado de la ley. Por ello ese desvío debe entenderse implícitamente reprobado, como consecuencia de la aplicación del postulado de ?afianzar la justicia? que el Preámbulo de la Constitución Nacional ha establecido como uno de los objetivos de la organización de la República, porque la justicia solo se alcanza con el cumplimiento adecuado de las normas legales, y no con el mal uso de las mismas; el abuso, lejos de contribuir a la justicia, es un elemento irritante en cualquier relación jurídica y, en especial, en el ámbito del proceso, y sobre todo importa un apartamiento de la finalidad de los constituyentes de ?afianzar la justicia? (Roberto G. Loutayf Ranea, ob cit., pág.140 y ss). El expuesto es el fundamento principal por el cual puede decirse que se trata de un principio general del derecho, que luego ha encontrado expresión en diversas normas sustanciales y procesales y si bien es cierto que los ?principios generales? no están condicionados a su recepción positiva, ello no implica una prohibición de que ello ocurra, antes bien es una forma de ratificar su vigencia; como es, entre otros, el caso del art. 1071 del Código Civil de Velez, modificado por ley 17711; los artículos 9 y 10 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que prescriben el abuso del derecho, ubicados estos últimos precisamente en el Título Preliminar, Capítulo 3, que lleva por título Ejercicio de los Derechos; o las disposiciones procesales que consagran -como en considerandos precedentes cité- los principios de moralidad (arts 34, inc.6 y 45 CPCC) y economía, el deber de comportarse con lealtad, probidad y buena fe dentro del proceso (art. 34, inc. d CPCC), etcétera (Roberto G. Loutayf Ranea, ob. y págs. cit.). Tengo para mí que sin desconocer la vasta cantidad de intereses sobre los cuales incide un proceso universal como el de la especie, -más allá de las posiciones expresamente plasmadas en presentaciones efectuadas tanto por la concursada como así también por parte del Comité de Acreedores las cuales no formaron parte del análisis antes efectuado por inconducente- su tramitación no puede amparar maniobras en fraude a la ley como la que entiendo se introdujo en el presente. Por otra parte, estimo oportuno volver a destacar que que aún con posterioridad a la apertura concursal la deudora continuó llevando a cabo conductas rayanas con un proceder abusivo, y violatorias del principio de moralidad antes referido tal como de los considerandos precedentes se desprende. Y aun cuando todo lo hasta aquí expuesto alcanzaría para desestimar el pedido de apertura concursal, sin embargo no quiero pasar por alto en esta decisión la falta de seriedad con que pretendió la deudora alcanzar el remedio concursal intentado a poco que se repare en que de la certificación contable del estado valorado del activo y del pasivo anejadas al inicio subyace que el profesional se abstuvo de brindar opinión por la inminente presentación concursal y porque no tuvo tiempo de obtener los elementos suficientes para opinar sobre el estado contable detallado y valorado del activo y el pasivo (v. fs. 702/704), como así también, y que hasta la oportunidad de la LCQ:36 no se ha contado con los legajos previstos por el art. 11, inciso 5 de la LCQ. Finalmente, no es mi intención soslayar la cuestión atinente a la venta del paquete accionario de la deudora, el cual se halla condicionado a las inhibiciones personales dispuestas en sede penal y, hasta donde es de mi conocimiento, a tenor de cuanto surge del resultado de la audiencia de explicaciones llevada a cabo el 15/11/17 del llamado ?Grupo Indalo?; mas tal cuestión en nada incide respecto del análisis que precedentemente he efectuado y del cual se concluye que Oil Combustibles S.A. no es merecedora de la solución preventiva, pues la eventual conducta que a futuro pudieran llevar a cabo los ?nuevos? integrantes del directorio no sanearían -en el caso de tomarse por ciertas-, los extremos hasta aquí apuntados. Como corolario de lo expuesto, corresponderá desestimar el pedido de apertura concursal de la interesada. 3. Por todo lo hasta aquí desarrollado y de conformidad con lo previsto por el art. 13:LCQ, RESUELVO: Rechazar la petición de apertura del concurso preventivo de Oil Combustibles S.A., con costas. Notifíquese por Secretaría a la concursada, a la sindicatura, al comité de acreedores y regístrese. Firme o ejecutoriada, vuelvan las actuaciones a fin de atender los honorarios, gastos que pudieren corresponder y determinar la tasa de justicia que corresponderá oblar, previa remisión al Representante del Fisco al efecto. Oportunamente, previa comunicación a la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones Comercial y al Archivo de Actuaciones Judiciales y Notariales, ARCHÍVESE.

HECTOR HUGO VITALE JUEZ En la misma fecha se obtuvo copia para registro. Conste. JOSEFINA CONFORTI SECRETARIA INTERINA Correlaciones: Ley 24522 - BO: 20/7/1995 Oil Combustibles SA s/concurso preventivo - Corte Sup. Just. Nac. - 15/11/2017 - Cita digital IUSJU021882E Oil Combustibles SA s/concurso preventivo - Cám. Nac. Com. - Sala D - 27/12/2016 - Cita digital IUSJU016357E

022740E