



COMISION DE ACTUACION PROFESIONAL EN PROCESOS CONCURSALES

SUBCOMISION DE JURISPRUDENCIA

RECOPIACION DE FALLOS N° 127

Integrantes de la subcomisión:

Presidente: Bengoechea Elba

Secretaria: Corrado Florencia

Colaboradores:

- Marcelo Villoldo
- Mario Bruzzo
- David Kalomysky
- Marcos Kalomysky

-Julio 2016-

INDICE

1. MORIGERACION DE INTERESES DEL FISCO DE OFICIO.
2. RG 3587/2014 NO PUEDE EXIGIR DESESTIMIENTOS O ALLANAMIENTOS DE DEUDAS EN CURSO DE DISCUSIÓN.
3. CONCURSO PREVENTIVO HOMOLOGADO Y ANTES DEL PAGO DE LA PRIMER CUOTA SE LIQUIDA POR LEY DE SOCIEDADES. NO DEBERIA HABERSE HABILITADO EL CONCURSAMIENTO NI APROBADO LA PROPUESTA.
4. ANTE LA INACCION DEL SINDICO DE INICIAR ACCIONES DE RESPONSABILIDAD, UNA VEZ INTIMADO, QUEDA FACULTADO EL ACREEDOR. LA INACCION DEL SINIDCO PUEDE SER CAUSAL DE REMOCION. EL JUEZ NO PUEDE OBLIGARLO.
5. INTERPRETACION PLENARIO CIRUGIA NORTE SRL. HONORARIOS AL SINDICO CUANDO EL CONCURSADO RESULTE VENCIDO SI LAS COSTAS LAS GENERA EL CONCURSADO POR PLANTEOS INFUNDADOS.
6. RG AFIP 3587/2014 (ARTS. 16, 20 Y 39) ES INCONSTITUCIONAL.

1. MORIGERACION DE INTERESES DEL FISCO DE OFICIO.

La concursada se allana al crédito reclamado por el fisco con el fin de obtener un plan de facilidades de pagos, pero la sola voluntad del deudor no resulta suficiente para justificar la admisión de un crédito en el pasivo concursal del deudor. La admisión del crédito depende de la convicción que el juzgador pueda formarse sobre la existencia, legitimidad y cuantía de aquél.- Además, es un trámite con pluralidad de interesados, y debe reconocerse a los magistrados la facultad de morigerar los intereses susceptibles de ser calificados de “excesivos” o “usurarios”, pero para que el juez pueda apartarse de las tasas de origen legal debe declarar de oficio la **inconstitucionalidad** de las disposiciones respectivas. - En oportunidad del Art.36 se declaró verificado un crédito a favor de la AFIP con más los intereses con el límite de una vez y media TABN.

Juz. 23 - Sec. 45.

913/2014/5

HLB PHARMA GROUP S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/ INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO (POR ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS)

Buenos Aires, 25 de Febrero de 2016.-

Y VISTOS:

1.) Apeló la incidentista la decisión de fs. 85/86 que admitió la revisión -en forma parcial- y en consecuencia, declaró verificado en el concurso de *HLB Pharma Group SA* un crédito a favor de la *AFIP* por \$31.200.940,93 con más los réditos respectivos (con el límite de “una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en las operaciones de descuento de documentos a 30 días -sin capitalizar-”), imponiéndose las costas en el orden causado.- Los fundamentos del recurso fueron desarrollados en fs. 91/96, siendo respondidos por la sindicatura en fs. 98/102.-

2.) Se agravó el organismo fiscal invocando que ante el allanamiento ulterior de la concursada (ver fs. 74) no cupo morigerar la acreencia en materia de intereses. Se quejó, a su vez, en cuanto al modo de imposición de las costas en la anterior instancia.-

3.) Dicho esto, cabe señalar en torno al allanamiento efectuado por la concursada, que el mismo tuvo por finalidad obtener del Fisco un plan de facilidades de pagos (véase fs. 74). Así las cosas, apúntase que, en principio, nada obsta a que el deudor pueda prestar su conformidad para que un crédito sea verificado dentro de su pasivo, ya que salvo que exista la sospecha fundada de la existencia de un “*concilium fraudis*” con el tercero insinuante o un supuesto que pueda reputarse como reñido con el orden público, la moral o las buenas costumbres o perjudicial para un tercero, no debiera haber razón para tomar en consideración la voluntad libremente expresada por aquél (cfr. arg. esta CNCom, Sala E, *in re: “Tiendas Almacenes Lahusen S.A”* del 16.6.86; íd, *in re: “Gatti Hnos. Agrícola Ganadera y Forestal”*, del 24.8.87; Sala D, *in re: “Electronor S.A s. conc. prev. s. inc. de verificación por Teci SA”*, del 20.10.82; íd, *in re: “Cristalería La Esperanza s. conc. prev. s. inc. de revisión por Banco de Mendoza”*, del 11.4.90; Sala C, *in re: “Astilleros Alianza SA s. inc. de revisión promovido por I.C.G Chemiehandelgesellschaft GMBH”*, del 28.2.94, entre otros).- Sin embargo, esta postura de la concursada no debe ser considerada

dirimente en la materia que aquí se trata, pues la sola voluntad del deudor no resulta suficiente para justificar la admisión de un crédito en el pasivo concursal del deudor (conf. esta CNCom., esta Sala A, *in re*: “*Szmulewicz Jorge s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Bassetto SA*” del 05.03.97; *íd.*, *íd.*, *in re*: “*Bolado Francisco s concurso preventivo s/ incidente de revisión por Burguera Florian Anibal*” del 09.12.99; *íd.*, *íd.*, *in re*: “*Cedom SA s/ quiebra s/ incidente de revisión por Industrias Publicitarias CDP SA*” del 10.03.09; cfr. arg. *in re*: “*Havanna SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Deutsche Bank Trust Company Americas y otros respecto del crédito insinuado por ese acreedor –préstamo sindicado-*”, Juz. Com. N° 16, del 10.09.04). Desde tal perspectiva, no aparece como razonable que en un trámite concebido con la finalidad específica de esclarecer jurídicamente cierta acreencia frente al pasivo concursal del deudor, la evaluación jurisdiccional respectiva pueda ser eludida por la voluntad de aquél de reconocer la existencia de la obligación, pues, en definitiva, la admisión del crédito no depende de la voluntad de este último sino de la convicción que el juzgador pueda formarse sobre la existencia, legitimidad y cuantía de aquél.-

Es que quien insinúa un crédito en el proceso concursal, no efectúa una demanda individual contra el deudor, en cuyo caso el allanamiento, el reconocimiento y la confesión de éste, aún su silencio, tienen plena validez porque se halla en el marco dispositivo, sino que concurre a un trámite, se reitera, con pluralidad de interesados, razón por la cual no existe óbice para que la magistrada ordenara morigerar la acreencia quirógrafa en materia de intereses.-

4.) Sentado ello, en lo atinente a la materia de intereses, esta Sala tiene dicho, en composición parcialmente diversa a la actual, que la legítima facultad del Fisco de imponer intereses sancionatorios ante la mora por la falta de pago oportuno del tributo o contribución, deriva de la necesidad de atender los gastos del Estado y a razones de orden público que justifican la facultad legal de agregar, al daño provocado por la mora, una sanción compulsiva -arg. analóg. 790 y 797 CCCN; véase: LLambías, J.J., “*Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*”, T. I, nros. 316 b y 345 a, pgs. 421 y 460, ed. 1973- (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 14.2.06, “*Little Palace S.A. s. conc. prev. s. inc. revisión por AFIP-DGI*”; entre otros). Pero, al mismo tiempo, sostuvo también la Sala que esa legítima finalidad y la específica previsión de réditos de una entidad cuantitativa determinada por parte de las normas regulatorias que los consagran, no cercenan la facultad genérica del órgano judicial de *restringir* la sanción punitiva en el marco del art. 794, segunda parte, CCCN. En su actual composición, la Sala mantiene ese punto de vista.-

En efecto, a criterio de las suscriptas debe reconocerse a los magistrados la facultad de morigerar los intereses susceptibles de ser calificados de “*excesivos*” o “*usurarios*”, en supuestos, como el de la especie, en que por las circunstancias del caso, se pone en evidencia un cuadro de desproporción de los valores económicos en juego, situación que torna necesaria su recomposición en términos de justicia. Si bien no existe en nuestra legislación una base legal que fije la cuantía de los intereses y que -indirectamente- determine cuál es la tasa que debe reputarse “*excesiva*” o “*usuraria*”-influyendo especialmente en esa apreciación el ritmo de la inflación- corresponde a los tribunales establecer la compatibilidad entre la tasa de interés y el orden moral, de forma tal de invalidar, no ya el pacto de intereses en sí mismo -como causa de deber-, sino la tasa de esos réditos, en la medida que se la juzgue exorbitante.-

Este control de los intereses excesivos atribuido a los tribunales halla sustento en las claras disposiciones del artículo 279 CCCN que llevan a concluir que los acrecidos con esas características constituyen una causa *ilegítima* de las obligaciones. En este marco, y advertidas dichas circunstancias, se impone la *reducción* de los réditos pactados en términos de equidad, determinándose la *nulidad parcial* de los intereses en exceso (conf. Llambías, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil*” - *Obligaciones*, Tomo II nº 928 y doctrina y jurisprudencia citada bajo nº 108).-

Señálase, al respecto, que no puede cohonestarse que se recurra a mecanismos de capitalización (anatocismo) o de tasas desmedidas (usurarias) para impulsar al cumplimiento regular de las obligaciones tributarias, dado que mecanismos de esa índole no pueden ser justificados ni aún bajo el pretexto de utilidad para el bien común, pues no resulta admisible que el Estado, encargado de tutelar el recto proceder de los ciudadanos y su comportamiento, tenga a su favor un “*bill de indemnidad*” para aplicar tasas que contradicen esa misma finalidad, pues el primer custodio de la moralidad debe ser el propio Estado. Es dable recordar, a este respecto, que el principio de finalidad que caracteriza la tributación exige que todo impuesto tenga un fin de interés general. La tributación no tiene como objetivo enriquecer al Estado, sino lograr un beneficio colectivo, común o público (Cfr. Bidart Campos Germán J., “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, T.I. p. 369 y sgtes).-

Debe recordarse que la Convención Americana de los Derechos Humanos -más conocida como “Pacto San José de Costa Rica”- en su art. 21, inc. 3, declara que “*tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibida por la ley*” (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reforma del año 1994). A su vez el art. 175 bis del Código Penal tipifica el delito de usura.-

Cabe concluir entonces que no resulta admisible que, en aras a la obtención de ese interés público, se recurra a tasas usurarias que no se justifican ni aún bajo la óptica de forzar el cumplimiento en pos del bien común, por lo que las tasas a aplicar deben necesariamente ajustarse a las mismas pautas de razonabilidad aplicables en las relaciones entre particulares. Obsérvese que la regulación del punto las más de las veces es de origen reglamentario o delegado, con lo cual difícilmente ese rango normativo puede sobrepasar los claros lineamientos de la ley de fondo. Desde otro sesgo, y en todo caso, aun cuando esa regulación legal esté concebida para castigar a quienes se presume evasores, lo cierto es que no puede predicarse que quien deja de pagar, lo haga dolosamente, por lo que no cabe descartar la hipótesis de imposibilidad de cumplir, contingencia que deja sin fundamento el argumento del carácter disuasivo de las altas tasas de interés.-

Sobre tales premisas, este Tribunal, considera pertinente, el ejercicio de la potestad morigeradora que al órgano judicial confieren los arts. 279 y cc. CCCN, coincidiendo con la morigeración efectuada por la juez de grado, en cuanto estableció un tope que no supere *una vez y media* la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a 30 días, sin capitalizar (conf. art. 623, Código Civil). En efecto, es claro que para decidir de esta forma se otorga preeminencia a los principios de orden público involucrados en la admisibilidad de tasas de interés desmedidas. Desde este ángulo y en las circunstancias particulares del caso estima esta Sala que, aún dos veces la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento fijada por el *a quo*, se traduce en una “notoriamente objetiva desproporción”, en el actual contexto de la economía argentina y en la situación de sus mercados.-

Ha de reiterarse que las tasas de interés excesivas generan una ilicitud del objeto de la obligación general que se traduce, bajo la óptica del art. 279 CCCN en una nulidad absoluta y parcial que no cabe considerar subsanada ni aún por una suerte de consentimiento tácito (conf. arts. 12 y 279 CCCN) por lo cual es deber de los jueces "integrar" las obligaciones -contratos- o sentencias, en este caso, cuando sus soluciones deban ser morigeradas por apreciarlas exorbitantes, estableciendo la tasa en definitiva aplicable, como se hace en la especie (véanse argumentos de esta Sala, *in re: "Avan SA c/ Banco Tornquist SA s/ ordinario"* del 17/2/04).-

5.) El **Doctor Kölliker Frers** aclara que la excepcional potestad que tienen los jueces para reducir intereses excesivos se enmarca dentro de las atribuciones que la ley extraordinariamente reconoce a los magistrados de alterar o modificar los efectos de los *contratos*, y en general, los de cualquier otro acto jurídico entre particulares, cuando las estipulaciones que contienen resultan *contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres* (Código Civil:21, 656, 953, 1197 y cc., Código Civil). Por amplio que sea el criterio de valoración de esas facultades, entiende que éstas no pueden ser utilizadas para eludir la aplicación de normas legales o administrativas, como lo son en el caso las que establecen la aplicación de determinadas tasas de interés, ya que no puede asimilarse ese tipo de prescripciones a las de origen convencional. Juzga por ello que, para apartarse de estos textos normativos, es menester que el juez declare la **inconstitucionalidad** de las disposiciones respectivas, única forma de soslayar la aplicación de tasas de interés de origen legal, como las de la especie.-

La posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes ha sido admitida por esta misma Sala -bien que bajo otra composición- en anteriores precedentes (CNCom., esta Sala, 8.04.98, "*Carindú S.A. s/ conc. prev.*", con cita del voto de los Dres. Belluscio y Fayt en el fallo dictado por la C.S.J.N., el 13.09.88 publicado en L.L. 1988-E-528), y recientemente reconocida también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/ quiebra*" (del 19.8.04), luego de una dilatada trayectoria refractaria a esa posibilidad (cfr. Ibarlucía Emilio A., "*El control de oficio de constitucionalidad (a propósito de los fallos "Banco Comercial de Finanzas S.A." y "Cabrera")*", El Derecho, diario del 19.10.04.-

En el caso, la inconstitucionalidad de las normas en que el organismo fiscal insinuante ha pretendido sustentar los réditos reclamados aparece como *manifiesta*. Ello así, no solo porque la exorbitancia de la tasa de interés reclamada por el ente fiscal en concepto de réditos encuadra dentro de la calificación de **confiscatoria**, elaborada por la doctrina constitucional, y en cuanto tal, violatoria de la garantía de la propiedad que consagra el art.17 C.N., sino también porque, como bien lo han señalado las distinguidas Colegas de Sala, lo usual es que este tipo de prescripciones aparezcan consagradas por normas de índole administrativa o delegada, normas que son jerárquicamente inferiores a las leyes de fondo que regulan la materia.-

Con estas precisiones conceptuales -pues- el Doctor Kölliker Frers adhiere también en este punto a la solución propiciada por sus distinguidas Colegas de Sala.-

6.) **Costas:**

La incidentista cuestionó la distribución de las costas del modo en el orden causado impuesto en el fallo de grado.- Cabe señalar que, en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél.- Ello así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del

vencimiento (arts. 68, 69 y 558 Cód. Proc.) y se imponen, no como una sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, que deben ser reembolsados por el vencido.-

Si bien esa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirlo, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss). Síguese de lo expuesto que la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso- procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la *litis*, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*", T° I, p. 491).- La pretensión de la apelante en el sentido de modificar las costas para que sean impuestas a la concursada invocando la aplicación del art. 70 de rito, no será atendido pues, el allanamiento carece de la entidad pretendida por el quejoso. Ello, en razón de que, se reitera, la admisión del crédito depende de la convicción que el juzgador pueda formarse sobre la existencia, legitimidad y cuantía de aquél. Así las cosas, esta Sala no advierte la existencia de motivo suficiente para modificar la decisión recaída en la anterior instancia en este aspecto.-

7.) Por todo ello, esta Sala **RESUELVE**: Rechazar el recurso deducido por la incidentista y, en consecuencia, confirmar la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios.- Las costas de Alzada también se impondrán en el orden causado atento las particularidades del caso.- A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la Ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia encomendándole al Juez *a quo* realizar las notificaciones pertinentes.-

Fdo. **MARÍA ELSA UZAL, ISABEL MÍGUEZ, ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS**
JORGE ARIEL CARDAMA Prosecretario de Cámara

913/2014/5 – HLB PHARMA GROUP S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO S/
INCIDENTE DE REVISION PROMOVIDO POR ADMINISTRACION FEDERAL DE
INGRESOS PUBLICOS Juzg. Nac. de 1ra Inst. en Com. 23 Sec. 45

Buenos Aires, 23 de noviembre de 2015.

1. *Requirió el incidentista la revisión -en los términos de la LC:37-, del pronunciamiento dictado en los autos principales que declaró inadmisibile parte de la acreencia que insinuó en el pasivo concursal. Dicho reclamo se acotó al rechazo de la porción del crédito que derivaría de la caducidad de ciertos planes de pagos en razón de que la concursada habría interpuesto un recurso de reconsideración ante el Tribunal Fiscal de la Nación, y a la morigeración del rubro intereses. A su vez, el ente recaudador, solicitó la suspensión de las actuaciones a las resultas del trámite de tal recurso.*

2. *Corrido el pertinente traslado, la sindicatura, en fs. 19/20 señaló que nuevamente se le de intervención una vez concluido el iter probatorio.*

3. *Por su parte, la concursada en su presentación de fs. 22/44 resistió el planteo del revisionante, por los argumentos allí desarrollados y a los que en honor de brevedad me remito, más no opuso reparos al pedido de suspensión.*

4. Frente a ello, en fs. 35 se dispuso la suspensión del procedimiento hasta tanto se encontrase resuelto el recurso de reconsideración interpuesto por HLB Pharma Group S.A. ante el Tribunal Fiscal de la Nación.

5. Dicho Tribunal, informó que con fecha 12.11.2014 se declaró incompetente en dicha causa, resolución que quedó firme (ver oficios de fs. 45 y de fs. 53). Ante tal acontecimiento, en el pronunciamiento dictado en fs. 56 se levantó la suspensión oportunamente dispuesta, y se abrió la causa a prueba.

6. Con posterioridad a ello, la convocatoria, en su presentación de fs. 74, y al único efecto de que le sea otorgado el Régimen Especial de Facilidades de Pago dispuesto en la Resolución 3587/2014 de la AFIP, se allanaba a las pretensiones de la incidentista.

7. Corrido el pertinente traslado, el fisco, en fs. 80 no opuso reparos al allanamiento efectuado por la concursada, más solicitó que las costas sean a cargo de HLB Pharma Group S.A.

8. En la presentación en despacho, la auxiliar del juzgado tampoco cuestionó la postura adoptada por la deudora, solicitando que la suscripta se pronuncie respecto de la imposición de las costas del proceso.

9.1. En la oportunidad del dictado de la resolución prevista en el art. 36 L.C.Q., la suscripta declaró inadmisibles una porción del crédito insinuado por la A.F.I.P.—referida a la caducidad de ciertos planes de pagos—, en razón de que tal porción del crédito se encontraba cuestionada en sede administrativa, por lo que, la determinación de la deuda reclamada no se encontraba firme.

Por otro lado, se reconoció la porción del crédito derivada de la falta de pago de las obligaciones impositivas y previsionales, y se dispuso la morigeración de los intereses pretendidos por el ente recaudador.

9.2. En atención a la breve reseñada efectuada, considero que el allanamiento de la concursada a la pretensión de la incidentista no encuentra óbices que impidan conferir virtualidad a la conducta adoptada por aquélla, por lo que nada obsta a declarar verificado el crédito —en cuanto al capital—, y la modalidad de pago convenida.

Y ello es así, en tanto el deudor en concurso preventivo cuyo acuerdo ha sido homologado conserva la administración de sus bienes y goza de legitimación para adoptar posturas como la de autos. De otro lado, no aparecen indicios en la causa que permitan adoptar una postura diferente, como la que resultaría de verse afectados el orden público y la "pars conditio creditorum" si de los elementos agregados pudiera concluirse que la ilegitimidad del crédito reclamado o la posibilidad de "concilium fraudis" para incrementar indebidamente el pasivo (conf. CNCom. Sala "E", en autos "Hermida, Rodolfo s/ conc. preveventivo s/ incidente de prescripción", del 8.05.2000).

9.3. En punto a los intereses del importe cuya verificación habré de disponer de seguido, ha quedado claro que, es criterio de la suscripta, que cuando los réditos son de naturaleza legal, admitir los solicitados por el fisco, siempre cuando ellos no excedan una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en las operaciones de descuento de documentos a 30 días -sin capitalizar-, con la limitación que prevé la LC.19; en cuyo caso deberá estarse a éstos últimos.

Por tal motivo, sin embargo, habré de rechazar el recurso de revisión intentado sobre los intereses reconocidos en la sentencia dictada en los términos de la LC.36 en el expediente del concurso preventivo.

9.4. Por último, y en punto a la imposición de costas, las mismas se distribuirán en el orden causado, en atención a que los argumentos empleados en la resolución verificatoria fueron suministrados por el tribuna; y en consideración a las particularidades del caso.

10. Por todo lo expuesto, **resuelvo:**

(a) Hacer lugar en forma parcial al recurso de revisión interpuesto, y en consecuencia, declarar verificado en el concurso preventivo de **HLB Pharma Group S.A** un crédito en favor de la Administración Federal de Ingresos Públicos por la suma de \$ **31.200.940,93** con más los intereses respectivos que serán calculados por la sindicatura según las pautas supra previstas, con carácter quirografario (LC.248);

(b) Distribuir las costas en el orden causado (cpr.68 segundo párrafo);

(c) Notifíquese por secretaría.

María José Gigy Traynor

Juez Subrogante

2. RG 3587/2014 NO PUEDE EXIGIR DESESTIMIENTOS O ALLANAMIENTOS DE DEUDAS EN CURSO DE DISCUSIÓN.

La RG. 3587/2014 dispone que para requerir incorporarse al plan de facilidades, en caso de contribuyentes en concurso preventivo, deberá aquel “*allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso al de repetición*”, cuando se tratare de deudas que se encuentren en ejecución judicial o en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial y hacerse cargo de las costas que pudieren corresponder. En esta causa, la concursada había revisado el crédito de la AFIP y de adherirse a la RG, le impedía ejercer su derecho de defensa y vulneraba la *pars conditio creditorum*, por otorgar ventajas al fisco, que el resto de los acreedores no detentan. El requisito de acceso al plan de facilidades consistente en la renuncia o desistimiento de las acciones en trámites o futuras fue incorporado por vía reglamentaria, por la autoridad de aplicación mediante la suscripción de una disposición administrativa de jerarquía inferior. El requisito adicional que establece la RG 3758/14 no guarda razonabilidad y es violatorio del ejercicio del derecho de defensa en juicio que reconoce y garantiza la Constitución Nacional, por lo tanto es inconstitucional. Además, podría tratarse de una liberalidad prohibida en los términos del art. 16 de la LCQ, toda vez que la renuncia requerida implica un acto de disposición de un derecho patrimonial; ello por cuanto aún, cuando se trata de un derecho en expectativa, es susceptible de cuantificación económica y puede alterar la actual situación de los acreedores. Por ello, la Cámara resolvió que en ocasión de adherir la concursada al plan de facilidades de pago de la RF AFIP 3587/14, no podrá exigirse a su respecto el desistimiento o allanamiento en los incidentes de revisión en trámite como así tampoco de las acciones vinculadas a deudas que se encuentren en ejecución judicial o en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial.

Juz. 21 – Sec. 41 – Cám. N° COM 13417/2014/35/CA3. Sala C.

“Veinfar Industrial y Comercial S.A. s. concurso preventivo s/ incidente de piezas separadas (AFIP- DGI)”. (F.G. N° 128.126).

DICTAMEN DE FISCALIA: DICTAMEN N° 147.142. Excma. Cámara:

1. El juez de primera instancia rechazó la petición formulada por la concursada para que se disponga que al momento en que solicite un plan de facilidades de pago a la AFIP, en el marco de la R.G. 3587/14, ésta no podrá exigirle para dar la conformidad o no, el requisito de desistir y allanarse a los incidentes de revisión en trámite; requisito que la concursada tachó de inconstitucional por afectar el derecho de defensa en juicio, (art. 18 C.N.), el principio de verdad real (art. 28 C.N.) y el derecho de igualdad (art. 16 C.N.).

Sostuvo el juez que es contradictorio someterse al régimen y a su vez, tacharlo de inconstitucional y que cada acreedor presta su conformidad a la propuesta en la medida de su interés; que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad por lo que debe ser considerada la *última ratio*; que debe demostrarse exhaustivamente la contradicción de la norma con la Constitución Nacional; que no existe manifiesta incompatibilidad en el caso; que todo derecho patrimonial es renunciable y que frente a todo ello, las afirmaciones vertidas por la concursada resultan insuficientes para sustentar la petición de la naturaleza que exige la declaración que intenta, pues no ha llegado a demostrar la incidencia, ni la turbación del derecho constitucional.

2. Apeló la concursada; expresó agravios a fs. 65/69.

Sostuvo que en el caso se verificó a favor de la AFIP, en oportunidad del art. 32 LCQ, un crédito por la suma total de \$ 52.177.563,84 (\$ 28.422.565,01, con privilegio general, con más la suma de \$ 23.754.998,83, como quirografario).

Alegó que la RG. 3587/2014 dispone que para requerir incorporarse al plan de facilidades, en caso de contribuyentes en concurso preventivo, deberá aquel *“allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso al de repetición”*, cuando se tratare de deudas que se encuentren en ejecución judicial o en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial y hacerse cargo de las costas que pudieren corresponder.

Sostuvo que la cuantía del crédito en discusión no deja alternativas posibles y que agravia a la concursada en tanto se verá impedida de ejercer su derecho de defensa.

Por otra parte, alegó que ello vulnera la *pars conditio creditorum*, por otorgar ventajas al fisco, que el resto de los acreedores no detenta. Y que así, se desnaturaliza la finalidad del concurso de negociar la deuda sujeta a reestructuración, atendiendo a variables económicas reales, evaluadas discrecionalmente por las partes.

Manifestó que poner al concursado en la obligación de renunciar a sus derechos, otorgando ventajas a un acreedor en desmedro de los otros, lo pone en una situación que podría calificarse como la configuración del delito del art. 180 del C.P.N.

En suma, sostuvo que así el régimen fiscal desplaza el sistema concursal y que o bien se dispensa de la renuncia a los derechos que se encuentran sujetos a determinación o bien el acogimiento debería efectuarse una vez que se encuentre resuelto y firme el incidente de revisión en trámite, pues recién allí habría un crédito firme.

Se pronunció la sindicatura a fs. 75/77. Sostuvo que el requisito de allanamiento o renuncia deviene en la frustración del derecho establecido en el art. 37 LCQ, esto es, el amplio debate por las partes con intervención de la sindicatura y resolución de la jurisdicción. Y atenta con la igualdad de trato entre los acreedores, ya que no existe otro tipo de acreedores que pueda imponer semejante condición.

Contestó agravios la AFIP a fs. 86/88. Sostuvo la contradicción de la concursada de ofrecer acogerse al plan de facilidades y a la vez tacharlo de inconstitucional; que no hay agravio y que como acreedor admitido detenta la AFIP derecho a voto, independientemente

del incidente que pueda promover la concursada, por lo que entendió debe rechazarse el recurso y confirmarse la resolución apelada.

3. Se me corren en vista las actuaciones.

3.1. Se ha cuestionado que para el ingreso al plan de facilidades se exija el desistimiento del derecho y las acciones administrativas y judiciales contra el organismo acreedor.

Respecto de los contribuyentes y responsables que se encuentren concursados, la R.G. 3587/14 establece que *“de tratarse de contribuyentes o responsables fallidos, la solicitud de adhesión al presente régimen deberá efectuarse por la totalidad de las deudas que mantengan con este Organismo, respecto de obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social. No resultará procedente la solicitud de facilidades de pago que incluya deuda en forma parcial”*.

Quedan excluidas de lo dispuesto en el párrafo anterior: a) Las obligaciones previstas en el Artículo 3º, y; b) las deudas que se hallaren en discusión administrativa, contencioso-administrativa o judicial, y no se cumpla con relación a ellas lo requerido en el segundo párrafo del Artículo 6º. (art. 4 de la R.G.3587/14).

El art. 6, por su parte, establece que *“Los responsables deberán, en el momento que resulte procedente, allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso al de repetición, y hacerse cargo de las costas que pudieran corresponder, en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de deudas que se encuentren en curso de discusión administrativa, contencioso-administrativa o judicial, o en ejecución fiscal, y; b) en el caso que hubiera iniciado incidente de revisión de la deuda oportunamente declarada admisible”*.

A tales efectos, se dispone que el responsable presentará el formulario de declaración jurada N° 408 (Nuevo Modelo) en la dependencia de este Organismo en la que se encuentre inscripto y que resulte competente para el control de sus obligaciones fiscales. Y que, *“la citada dependencia, una vez verificada la pertinencia del trámite y realizado el correspondiente control, entregará al interesado la parte superior del referido formulario, debidamente intervenido, quien deberá presentarlo ante la instancia administrativa, contencioso-administrativa o judicial en la que se sustancia la causa”*. Como se advierte, el requisito de acceso al plan de facilidades consistente en la renuncia o desistimiento de las acciones en trámites o futuras fue incorporado por vía reglamentaria, por la autoridad de aplicación mediante la suscripción de una disposición administrativa.

3.2. En el caso, si bien la norma reglamentaria cuestionada no ha sido dictada por el poder ejecutivo -sino por una autoridad administrativa de jerarquía inferior habilitada a tal fin- resultan aplicables a su respecto, los límites específicos que la Constitución Nacional determina para los reglamentos ejecutivos o de ejecución.

Los reglamentos de ejecución los dicta la administración en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador.

El límite específico que la Constitución Nacional prevé para el ejercicio de la referida atribución es que no podrá alterar el espíritu de la ley reglamentada con excepciones reglamentarias, lo cual no obsta a que, como ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pueda sí contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley (CSJN, 12/09/95, “Barrose, Luis A.”, fallos 318:1707;

19/05/99, “AADI- CAPIF, Asoc. Civil”, fallos 322:775, citado por Comadira Julio Rodolfo en “Derecho Administrativo Argentino”, pág. 23, Editorial Porrúa México, “006).

En el caso bajo estudio, el legislador ha conciliado razonablemente los dos intereses en juego: por un lado la necesidad de incorporar a las arcas del estado el 100% del crédito fiscal adeudado y por otro lado, la de posibilitar la recuperación del concursado y de la actividad económica que desarrolla, en beneficio de todos sus acreedores al prestar conformidad a la propuesta.

Sin embargo, como anticipara, la autoridad de aplicación ha establecido un requisito adicional para el ingreso al plan de pagos que la ley dispone.

En efecto, impone la renuncia al derecho no sólo a que una autoridad judicial determine definitivamente el *quántum* debido, sino incluso, respecto de las futuras acciones que pudieran entablarse para repetir lo indebidamente pagado, de ser el caso.

En relación a ello, a fin de determinar la constitucionalidad de la norma cuestionada, cabe analizar, en primer término, si puede la autoridad administrativa -por vía reglamentaria- incorporar requisitos adicionales a los que la ley establece para el ejercicio de un derecho y; en segundo lugar, si la norma reglamentaria resiste un control de razonabilidad.

Ello por cuanto, aún suponiendo por vía de hipótesis que la renuncia a las acciones en trámite no distorsiona o desnaturaliza el derecho que la ley le acuerda al contribuyente concursado – opinión que no comparto- resta analizar si su imposición resulta o no razonable.

Y para ello, no corresponde examinar la razonabilidad de la norma confrontando los fines que ella invoca y los medios que utiliza para su consecución, sino que la confrontación debe realizarse entre la Constitución y el derecho, tal como el mismo ha quedado luego de su reglamentación legal (ver. Bianchi Alberto, “Dinámica del Estado de Derecho”, pág. 102, Depalma, 1996).

Si la situación de ese derecho es tolerada por la Constitución, podemos decir que la autoridad reglamentaria ha obrado conforme al debido proceso legal, es decir, “razonablemente”.

Cabe recordar que la atribución de potestades que el ordenamiento contiene a favor de los órganos administrativos es formulada en razón de un fin cuya efectiva concreción debe vertebrar todo el accionar de la administración.

La ley exige que las medidas que el acto involucre sean proporcionalmente adecuadas a su finalidad; y como concluye Marienhoff, dado que la garantía de razonabilidad cuyo sustento genérico deviene de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, es dable afirmar que lo irrazonable es inconstitucional.

En el marco señalado, cabe analizar si el derecho a acceder al plan de facilidades de pago resulta o no cercenado por la normativa reglamentaria cuestionada por la concursada y por ende, si el requisito adicional que se incorpora por vía reglamentaria es razonable.

En mi opinión, adelanto que el recurso debe prosperar.

En el caso, la acreedora producto de la aplicación de la normativa vigente, pretende que la concursada renuncie a ese derecho en expectativa -que podría llegar a determinar la ilegitimidad de la deuda reclamada por la AFIP- como requisito para permitirle ingresar al plan de facilidades de pago.

A poco que se analice no se advierte cuál es el fundamento de esta pretensión, ni cómo coadyuva a la prosecución de los fines propios del organismo administrativo.

En mi opinión el requisito adicional que establece la RG 3758/14 no guarda razonabilidad alguna respecto de la necesidad de incorporar lo adeudado a las arcas del estado. Ello por cuanto exige la renuncia total e incondicionada a un derecho patrimonial para acceder a un plan de pagos mediante el cual se abona el 100% de la deuda fiscal.

En el contexto señalado, deviene irrazonable la limitación del ejercicio del derecho de defensa en juicio que reconoce y garantiza la Constitución Nacional.

Máxime, si tomamos en cuenta que la propia normativa dispone que el acogimiento a los planes de pago del no implica novación de la deuda regularizada y la caducidad de los mismos hará exigible la porción de deuda que esté pendiente de ingreso con más la totalidad de los intereses y sanciones que correspondan.

En el marco expuesto, en mi opinión exigir al concursado el cumplimiento del requisito adicional que incorpora la RG 3587/14 deviene inconstitucional, por lo que así cabe declararlo.

A mayor abundamiento, cabe considerar que podría tratarse de una liberalidad prohibida en los términos del art. 16 de la LCQ, toda vez que la renuncia requerida implica un acto de disposición de un derecho patrimonial; ello por cuanto aún cuando se trata de un derecho en expectativa, es susceptible de cuantificación económica y puede alterar la actual situación de los acreedores.

4. Por los fundamentos expuestos, considero que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza el planteo de inconstitucionalidad introducido por la concursada.

Buenos Aires, 11 de febrero de 2016.

FDO. GABRIELA BOQUIN

Incidente N° 35 - VEINFAR INDUSTRIAL Y COMERCIAL S/CONCURSO PREVENTIVO s/INCIDENTE PIEZAS SEPARADAS (AFIP - DGI)

Expediente N° 13417/2014/35/CA3 Juzgado N°21 Secretaría N°41

Buenos Aires, 15 de marzo de 2016.

Y VISTOS:

I. Viene apelada por la concursada la resolución dictada a fs.

31/45 mediante la cual se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 16, 20 y 39 de la RF Afip 3587/14, dirigido a obtener la adhesión al plan de facilidades de pago regulado en esa resolución sin que le sea exigible a la deudora desistir o allanarse en los incidentes de revisión en trámite o en las actuaciones administrativas que pudieran existir. El memorial fue presentado a fs. 65/69 y contestado por la sindicatura a fs. 81/83 y por el organismo fiscal a fs. 92/95.

II. Por los fundamentos del dictamen de la Sra. Fiscal General que el Tribunal comparte y a cuya lectura cabe remitir, corresponderá admitir el recurso y revocar la decisión apelada. Por ende, en ocasión de adherir la concursada al plan de facilidades de pago de la RF Afip 3587/14, no podrá exigirse a su respecto el desistimiento o allanamiento en los incidentes de revisión en trámite como así tampoco de las acciones vinculadas a deudas que se encuentren en ejecución judicial o en curso de discusión administrativa, contenciosoadministrativa o judicial.

III. Por lo expuesto, se resuelve: Admitir el recurso deducido,

revocar la decisión apelada y, en consecuencia, admitir la pretensión de la concursada con los alcances que surgen del apartado precedente. Las costas se imponen por su orden dado que el fisco pudo considerarse con derecho a resistir el planteo como lo hizo (art. 68 CPCC). Póngase en conocimiento de la Sra. Fiscal General a cuyo fin remítanse las actuaciones a su despacho. Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

Fdo. EDUARDO R. MACHIN, JULIA VILLANUEVA, JUAN R. GARIBOTTO,
RAFAEL F. BRUNO SECRETARIO DE CÁMARA

3. CONCURSO PREVENTIVO HOMOLOGADO Y ANTES DEL PAGO DE LA PRIMER CUOTA SE LIQUIDA POR LEY DE SOCIEDADES. NO DEBERIA HABERSE HABILITADO EL CONCURSAMIENTO NI APROBADO LA PROPUESTA.

Unisel Argentina S.A., frente a su estado de cesación de pagos, decidió presentarse en concurso de acreedores; tal acto procesal tuvo como finalidad beneficiarse con el “paraguas legal” que produce los efectos de su apertura –v. art 19 y ss de la LCQ- así como las consecuencias de la homologación del acuerdo; no obstante, luego de haber obtenido su homologación, decide mediante asamblea extraordinaria su disolución y liquidación. Esa disolución no es un acto ordinario, requiere mayorías agravadas en aras de proteger a la sociedad y a los accionistas, y luego de declarada la disolución, comienza la liquidación del activo y el pago del pasivo, esto son actos de disposición y el art. 16 de la LCQ requiere autorización previa judicial para realizar actos que excedan la administración ordinaria. Esa autorización no fue requerida y por aplicación del art. 17 de la LCQ, el juez de primera instancia resuelve que esos actos serán declarados ineficaces de pleno derecho.

Mediante este artilugio social, Unisel Argentina S.A. intenta eludir toda la normativa concursal que resulta ser de orden público y de jerarquía superior al ordenamiento societario, y además, viola la “pars conditio creditorum”; y que ello puede resultar perjudicial para los acreedores reconocidos en este trámite concursal.

Acto seguido, se designó un interventor controlador por el plazo de tres (3) meses a efectos de informar la situación patrimonial de la sociedad y de todo acto llevado, a todo evento, por su liquidador.-

LA SALA RESUELVE 30/5/16

La liquidación respondió a la necesidad por parte de sus accionistas de cumplir con el régimen legal imperativo previsto en los arts. 94, incs. 4 y 5, y ccdtes, LSC, ante la pérdida del capital social de la firma que imposibilita su subsistencia sin ese fondo común necesario para conseguir el objeto social perseguido. Si a ello se suma que no luce contraposición entre la liquidación de la concordataria y la propuesta de pago a los acreedores, ha de admitirse el agravio puesto a consideración y, como lógica derivación de ello, corresponde dejar sin efecto la declaración de ineficacia recaída en la anterior instancia.- A esta altura, es dable señalar también que la decisión asamblearia no genera perjuicio económico a los acreedores concursales dado que el proceso de liquidación de la sociedad habrá de operar

dentro del marco de este proceso universal, sujetándose su liquidador a las condiciones fijadas en la propuesta de pago homologada y, por ende, al contralor que ejerza el Comité de Acreedores y la sindicatura en torno a su cumplimiento.

La propuesta de pago era: Propuso abonar a sus acreedores el 20% del importe de sus créditos verificados y/o declarados admisibles, sin intereses, en tres cuotas anuales, iguales y consecutivas, pagaderas los 31 de diciembre de los años 2009, 2010 y 2011 a través de la venta de todos los bienes de su activo (compuesto de Bonos de la deuda pública y de un inmueble).

En la ampliación de los fundamentos se explica: Que al admitirse el concursamiento había ausencia de “actividad”, sin empleados, y por eso la propuesta de acuerdo a los acreedores fue pagarles con la liquidación privada de los bienes. Esto es reñido con la finalidad del concurso preventivo, y atenta contra el régimen legal de orden público que el proceso de quiebra consagra para la liquidación forzada de los bienes de un insolvente.- Pero la pertinencia o no del concursamiento no fue apelado, el cual no debió habilitarse.

La *inexistencia de actividad productiva actual o potencial* del deudor constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, con fundamento en que esta última solución presupone *necesariamente* la posibilidad, cuanto menos *cierta*, de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible bajo la forma de *cash flow* (flujo de caja) el pago de la deuda concordataria. Ello así, por estar en la esencia de este remedio concursal la idea de la *conservación de la empresa* como unidad productiva y la del mantenimiento de la actividad del deudor y de la respectiva fuente de trabajo

Y el magistrado tiene la atribución de vedar el acceso a una vía que se muestra ostensiblemente inconducente e infructuosa.

Si la propuesta de acuerdo no es de *factible cumplimiento*, o sea, no se vislumbra como sustentable en función del nivel de actividad comercial denunciado por el deudor, no corresponde que el juez la apruebe. En el derecho comparado, para que sea viable la solución preventiva, se le exige al deudor la presentación de un plan *sustentable* que explique *fundadamente* cómo proyecta continuar con su actividad y cancelar el pasivo concordatario, manteniendo la actividad comercial.

El accionar de la sociedad configura un ejercicio abusivo del derecho porque existe un derecho en cabeza de Unisel, pero se apartan del *espíritu*, de su *objeto*, de su *finalidad* cuando en realidad, los derechos deben ejercerse con prudencia, sin causar daños injustos, respetando los fines para los que fueron concebidos. Pero la discusión sobre estos temas, se halla precluída, por cuanto la homologación del acuerdo preventivo se encuentra firme a la fecha de la sentencia, como así también la resolución que dio por concluido el concurso.

"UNISEL ARGENTINA S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO "

(Expte. N° 081911) Juzgado Comercial N° 13; Secretaría N° 25. CNCOM Sala A

Buenos Aires, 5 de mayo de 2009.

Puesta la Suscripta a revisar estas actuaciones con el objeto de proveer, una vez más, lo conducente a fin de completar la integración del comité de acreedores, advierto lo siguiente con relación al trámite de las mismas:

a. Actuación y conformación del Comité de Acreedores.

El 6 de junio de 2007 el Tribunal ordenó que el comité de acreedores –que tiene, como es sabido, amplias facultades de información, consejo, investigativas y de control- se

constituyera en la sede de la concursada y examinara su documentación, tomando conocimiento directo de la situación de la deudora, e informara al respecto (v. fs. 8213).

En orden a ello, la apoderada de Westham Trade Corp., miembro del comité, solicitó –tras aludir a infructuosas tratativas a fin de contactar a la asistencia letrada de la concursada y al resto del comité- que se designase fecha y hora en que podrían constituirse en la sede de la deudora, en presencia del síndico, para dar cumplimiento con lo ordenado (v.fs. 8232).

Requerida la concursada a fijar fecha y horario para la asistencia del comité a la sede social, informó aquella que podrían constituirse en el domicilio sito en Av. Pedro de Mendoza 679, C.A.B.A, el viernes 5 de octubre de 2007 a las 10hs. (v.fs.8241).

Paralelamente, la Dra. Maria Inés de San Martín, en calidad de apoderada de Banque Sudameris Miami -integrante del comité de acreedores- puso en conocimiento del Tribunal que, con motivo de la decisión del socio mayoritario de Banque Sudameris Intesa s.p.a. de retirarse de Latinoamérica, todas las sucursales existentes en la región fueron vendidas, entre ellas su mandante, cesando Banque Sudameris en su integración en el órgano de contralor (v.fs.8238/9).

En fs. 8257 WesthamTrade Corp. informó el resultado de la visita efectuada, aduciendo que “...el letrado apoderado de la concursada Dr. David Gurfinkel y el Sr. Guillermo Lizama en su carácter de liquidador de Unisel Argentina S.A. (en liquidación), pusieron a nuestra disposición la información que en copia se acompaña al presente, de donde surgen los activos, pasivos y la proyección que efectuara la empresa hasta diciembre del año 2008...” (sic.; v.fs. 8257).

De dicha presentación se confirió traslado al síndico concursal (como había sido pedido, a fin de que el funcionario “...coteje dicha información con sus fuentes e informe en consecuencia...”);sic.; v.fs. 8257).

El síndico, en presentación por demás escueta –volveré sobre el punto- señaló que nada tenía que observar a lo informado.

Es de destacar que desde el cese en la integración del comité por parte de Banque Sudameris y tras infructuosos intentos por parte del Tribunal de tener por constituido el mismo con tres acreedores de Unisel Argentina S.A., -ello conforme se desprende de fs. 8516, fs. 8540, fs. 8566 y fs. 8577- hasta la fecha, ningún acreedor ha aceptado la encomienda. Ello, fuera de Whestam Trade Corp. y Microsoft Corporation, quienes son, a la fecha, los dos integrantes del organismo.

b. Medidas de seguridad adoptadas.

En fs. 8389 obra informe del Sr. Secretario del que se desprende que la inhibición general de bienes ordenada en los actuados, al 12.6.08, se encontraba trabada provisionalmente en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (v. fs. 6107/8); y las anotadas en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires y Registro de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios se hallaban vencidas (v. fs. 6288/9 y fs.6303).

Se ordenó entonces a la sindicatura, en la misma fecha, que instara la inscripción de las medidas ordenadas en su momento, sin límite temporal (v. providencia de fs. 8389).

No hay constancias en el expediente de que la orden impartida haya sido íntegramente cumplida.

Véase que: (i) en punto a la inhibición general de bienes sólo se encuentra trabada la correspondiente al Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (v. fs. 8483), restando acreditar el diligenciamiento de la medida ordenada a la Inspección General de Justicia, Créditos Prendarios, Propiedad Intelectual y Marcas y Patentes; y (ii) no se

advierte que se hubiere arbitrado mecanismo alguno para hacer saber a los distintos registros que la medida ordenada no se encuentra sujeta al plazo de caducidad establecido por el cpr: 207:2°.

c- Disolución y liquidación de la Sociedad.

Párrafo aparte merece esta cuestión, puesta de manifiesto por la concursada mediante presentación efectuada el 13.08.07.

Veamos.

I. a. A fs. 8220/24 se presentó Unisel Argentina S.A. y acompañó copia de la asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07.

De su lectura surge que los socios: i) por unanimidad acordaron disolver y liquidar anticipadamente la sociedad por pérdida de capital social –si bien en el acta respectiva se hace mención al art. 94 inc. 2 y 5, lo cierto es que la decisión sólo tuvo fundamento el último inciso mencionado- y, ii) designaron al liquidador que la llevaría a cabo.

Agregó en tal presentación que la liquidación tendría como único objetivo cumplir con el acuerdo homologado.

I. b. De dicha presentación, se ordenó correr traslado al síndico y al comité de acreedores con habilitación de días y horas inhábiles (v. fs. 8225).

I. c. A fs. 8230, evacuó el síndico el traslado dispuesto, con una brevedad no propia ni recomendable del ejercicio de su función. Obsérvese que solo expuso que: *“nada tengo que observar a lo informado por la concursada”*.

I. d. A fs. 8232 se expidió el acreedor Westam Trade Corp. Si bien no se opuso, realizó reserva de efectuarlo en el futuro, según surge de los términos de su contestación. Dijo textualmente este integrante del Comité de Acreedores que *“...previo a resolver solicito se arbitren los medios para que el comité de acreedores pueda efectuar sus labores de contralor....”* (sic.; v.pto.I),

I.e. Ello así, pende decidir respecto a la virtualidad que cabe otorgar a tal acto.

II. Adelanto que corresponde declarar ineficaz la disolución y liquidación de Unisel Argentina S.A. que fue acordada en la asamblea extraordinaria del 23.03.07.

III. a. En tal orden de ideas y a los efectos de lograr una mayor claridad en este resolutorio, estimo oportuno realizar -de modo previo a arribar a la decisión- ciertas consideraciones generales referidas a la asamblea que decide disolver la persona jurídica; a la disolución y liquidación de las sociedades, y a la clasificación como acto de disposición que la disolución conlleva. Posteriormente, me introduciré en la ley de concursos y quiebras y me referiré a la declaración de ineficacia concursal. Por último, y como argumento que sustenta la decisión, me referiré a la finalidad del ordenamiento concursal y al principio de la *“pars conditio creditorum”*.

III. b. El art. 234 prevé que: *“Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1°) Balance General, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos; 2°) Designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución, 3°) Responsabilidades de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia; 4°) Aumentos del capital conforme al Art. 188...”*.

Asimismo, el art. 235 de la ley de sociedades, prevé que: *“Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la*

modificación del estatuto y en especial: ...inc. 4) fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores....”

De lo anterior se desprende que la ley de sociedades, distingue las asambleas ordinarias y extraordinarias según los asuntos o competencia que le asigna expresamente a cada una de ellas.

Las asambleas ordinarias, tienen por objeto resolver cuestiones vinculadas a la gestión y administración ordinaria de los negocios sociales y cualquier otra gestión de estilo a que pudiera someter a su consideración el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos (Vitolo, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada., T. IV, arts. 233 a 389, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2008, p. 20).

Ello así, son de competencia de la asamblea extraordinaria todos aquellos actos que excedan el giro ordinario de la administración.

En este sentido, obsérvese que –sea en resguardo de la misma sociedad, sea en protección a los accionistas- la ley prevé quórum y mayorías mayores y más exigentes en las asambleas extraordinarias que en las ordinarias (art. 243 y 244 de la L.S.). Ello así, en virtud de las materias que son allí sometidas a deliberación de los socios.

En tal orden de ideas, el art. 244, último párrafo, dispone que para adoptar decisiones en una asamblea extraordinaria en la que se pretenda la disolución de la sociedad, es menester una mayoría especial (“*mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto*”) (Conf. Halperín, Isaac Otaegui, Julio C., “Sociedades Anónimas”, 2da. edición, Ed. Lexis Nexis, 1998).

Tal agravamiento de las mayorías, tiene su causa en la virtualidad jurídica y práctica que tiene para el ente societario la adopción de tal decisión.

III. c. Ahora bien. El art. 94 de la L.S. dispone diversas causales en virtud de las cuales la sociedad se disuelve. Sin perjuicio de los efectos respecto de terceros que aquella trae aparejada –a los que luego me referiré, por incidir desde cierta perspectiva conceptual en este decisorio-, me introduciré en el análisis de las consecuencias que para la sociedad tal disolución conlleva.

Así ha dicho Zaldivar que hay disolución cuando finaliza la plenitud jurídica de la sociedad –es decir, la total vigencia de su objeto y de sus mecanismo internos- por la concurrencia de algunas de las causales del art. 94 LS o disposiciones de efectos análogos de la ley o del contrato social (Zaldivar, Enrique “Cuadernos de derecho societario”, V. IV, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., Ed. 1980, p. 249 y ss).

Una vez producida la disolución, la sociedad no se extingue, subsiste, pero con sus capacidades sólo limitadas a realizar los actos tendientes a su liquidación (art. 101 L.S.).

En este sentido, declarada la disolución, los administradores deben encausar sus actividades solo a atender a los asuntos urgentes y a adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Puede observarse que, la liquidación, es diversa a la disolución. Aquella tiene por objetivo realizar el activo, con el fin de cancelar el pasivo y distribuir el remanente entre los accionistas.

Para cumplir con sus responsabilidades y conforme lo impone la ley, sea los administradores –en virtud la realización de actos urgentes- sea los liquidadores; deben realizar actos de disposición. Ello pues la naturaleza de sus obligaciones impuestas por ley, trae aparejado que deban liquidar los activos de la sociedad con el objeto de cancelar el pasivo y distribuir -de existir- el saldo a los accionistas (arts. 101 y ss de la L.S.). En cuanto

al punto, y en lo que aquí interesa referir, respecto a que la disolución produce efectos frente a terceros desde su inscripción registral (art. 98 de la L.S.), debe señalarse que la sociedad no resulta un tercero por lo que las consecuencias de su declaración, en las relaciones internas y respecto a los socios, ya comenzaron a surtir efectos.

Ergo, este tribunal se encuentra facultado a decidir a su respecto, en el caso planteado, sin aguardar la inscripción.

III. d. Sentado lo anterior, me referiré al art. 16 de la LCQ.

Tal normativa prevé, en lo que aquí interesa referir lo siguiente: *“Actos sujetos a autorización. Debe requerir (la concursada) previa autorización judicial para realizar cualquiera de los siguientes actos: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial. La autorización se tramita con audiencia del síndico y del comité de acreedores; para su otorgamiento el juez ha de ponderar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores”* (el destacado me pertenece).

En ese sentido -y sin que implique adelantar opinión sobre el universo de posibilidades- en líneas generales, puede afirmarse que un acto es considerado de administración ordinaria cuando se presenta como corriente. Ello claro está, meritando la actividad habitual que la sociedad concursada lleva a cabo (cabe recordar que, en el caso, refirió Unisel Argentina S.A. al requerir la apertura de su concurso preventivo, ser distribuidora mayorista de productos de computación).

Acótese que los actos jurídicos serán de administración cuando tiendan a mantener íntegro el patrimonio, haciéndolo desempeñar su función económica sin modificar su naturaleza o destino.

En contraposición a aquellos, se presentan los actos de disposición: estos alteran sustancialmente los valores de producción del patrimonio, comprometen su existencia misma o la naturaleza del conjunto o, de algunos de los bienes que integran el patrimonio, o alteran significativamente su destino dentro de él (Martorell, Ernesto Eduardo, “Tratado de los concurso y quiebras”, T. II A., Ed Depalma, 1999, Bs. As., p. 380).

Ello así y tal como prevé el art. 16 de la LCQ, frente a actos que exceden el giro ordinario y normal, la concursada debe requerir autorización judicial previa (Fassi-Gebhardt, “Concursos y Quiebras”, Ed. Astrea, Bs.As., 2004, p. 86 y ss).

III.e. La declaración de ineficacia.

Como ya fuera expuesto en los párrafos precedentes, la sociedad concursada Unisel Argentina S.A. mediante asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07 decidió disolverse y liquidarse. Luego de ello informó tal circunstancia en estos obrados.

El art. 17 de la LCQ dispone que: *“los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores”*.

Coincido con la doctrina que considera necesaria la declaración judicial de ineficacia (v. Zavala, Rodríguez, “código de Comercio comentado, T. VII, Ed. Depalma, Bs. As.1976, p. 284.). En ese sentido y considerando lo “supra” expuesto, corresponde así declararlo en la especie. Ello porque, en síntesis y como quedó dicho: i) la disolución debe ser decidida en asamblea extraordinaria en virtud de tratarse de actos no ordinarios y de vital trascendencia para la sociedad, ii) se requieren mayorías agravadas en aras de proteger a la sociedad y a

los accionistas, iii) luego de declarada la disolución, comienza la liquidación, iv) en este estado los actos que pueden llevar a cabo los liquidadores y administradores solo deben circunscribirse a la liquidación del activo y el pago del pasivo, v) atento a la naturaleza de la actividad que la ley impone a los liquidadores de la sociedad, los actos tendientes a cumplir con sus responsabilidades deben encuadrarse como de disposición; vi) el art. 16 de la LCQ requiere autorización previa judicial para realizar actos que excedan la administración ordinaria, vii) no se requirió aquélla autorización judicial, y, por último, viii) el art. 17 de la LCQ dispone que, en tales condiciones, aquéllos serán declarados ineficaces de pleno derecho.

IV. Agréguese a lo anterior que, dado que este concurso preventivo se encuentra en trámite, me encuentro facultada para revisar todos aquellos actos que la sociedad concursada hubiese realizado poniendo en riesgo su patrimonio y que conlleven la realización de actos prohibidos en los términos del art. 16 de la LCQ (Com. B, 30/6/2005, “Frigorífico Regional San Antonio de Areco SA s/concurso preventivo s/inc. de intervención s/inc. Art. 250 cpr.”).

V. Desde otra perspectiva conceptual, advierto que, mediante este artilugio social, intenta Unisel Argentina S.A. eludir toda la normativa concursal que resulta, como es sabido, de orden público; ergo, por encima del ordenamiento societario.

Véase, en efecto, que la disolución de la sociedad y su posterior liquidación, importa por vía elíptica –y esto es muy importante- el desconocimiento de la “pars conditio creditorum”; y que ello puede resultar perjudicial para los acreedores reconocidos en este trámite concursal.

Piénsese que la liquidación de los activos de Unisel Argentina S.A. para cancelar el pasivo, bien podría traer aparejado el supuesto de que se cancelen obligaciones de acreedores no verificados, pero cuyos créditos se encuentren prescriptos por haber transcurrido el plazo previsto en el art. 56 de la LCQ., a modo de ejemplo. En la misma línea, también, podrían eventualmente abonarse créditos en porcentuales mayores a los previstos en el acuerdo homologado; y, aún, atentarse contra la conservación del patrimonio que resulta garantía común de los acreedores mediante la venta de activos a condiciones desventajosas para la masa, sin ningún tipo de control por parte de los órganos del concurso.

Así las cosas, habiendo Unisel Argentina S.A. requerido la protección de la ley a efectos de recomponer su estado patrimonial mediante la presentación en concurso preventivo -en virtud de los efectos que ella produce; arts. 19 y sss de la LCQ-, juzgo que no puede, sin que esto conlleve una violación a los principios concursales, apartarse de él mediante la utilización de mecanismos societarios y extra concursales.

Lo contrario llevaría a reconocer implícitamente que el concurso preventivo tiene como única finalidad beneficiar al deudor, lo que no es así (Com, en pleno, “Vila Jose M. s/ concurso preventivo”, Voto del Dr. Vázquez, L.L. 117, p. 45.).

En tal orden de ideas, he de advertir que queda manifiesto el contrasentido que se produce en autos.

En efecto: (i) Unisel Argentina S.A., frente a su estado de cesación de pagos, decidió presentarse en concurso de acreedores; (ii) tal acto procesal tuvo como finalidad beneficiarse con el “paraguas legal” que produce los efectos de su apertura –v. art 19 y ss de la LCQ- así como las consecuencias de la homologación del acuerdo; (iii) no obstante, luego de haber obtenido su homologación, decide mediante asamblea extraordinaria su disolución y liquidación.

Y ello, con las siguientes llamativas particularidades –volveré sobre esto-: (a) la empresa **no desarrolla ninguna actividad** (pese a que en la presentación inicial, al requerir la apertura de concurso preventivo, expuso contar con 42 empleados), según ha denunciado; y (b) **faltan casi ocho meses para que empiece a cumplir con el pago del acuerdo** homologado por el Tribunal en su momento (el pago de la primera cuota vence el 31.12.09).

Sentado lo anterior, y si todo concurso preventivo tiene por objeto proseguir con el giro comercial que desarrolla la empresa –que también trae aparejado un beneficio para toda la sociedad-, cabe preguntarse: ¿Procede convalidar la decisión de los socios de la concursada de disolver el ente?

¿Cabe soslayar, dadas las circunstancias aquí planteadas, el recaudo de la previa autorización judicial, no requerida en el caso?

Entiendo que no.

Antes bien, concluyo que lo que corresponde es, justamente, declarar ineficaz de pleno derecho la disolución y liquidación de la sociedad Unisel Argentina S.A.; y así será hecho.

d. La falta de información útil sobre la situación de la sociedad.

I. El Tribunal requirió al síndico – tras advertir que la concursada había dicho que la única actividad que desarrolla estriba en dar cumplimiento al acuerdo- que se expidiese sobre la situación planteada en autos, “...en función a la inactividad económica denunciada por la concursada y la obligación por parte de la deudora de responder patrimonialmente a la masa de acreedores...” (sic.; v. fs. 8516).

El órgano concursal respondió tal requisitoria, considerando irrelevante, a los efectos del cumplimiento del acuerdo, la inactividad económica de la concursada. En la misma presentación, sostuvo el síndico inclusive que demás del inmueble sito en la calle Pedro de Mendoza 679 C.A.B.A. el principal patrimonio de la deudora lo constituyen los bonos informados en fs. 8401/04, a cuyo respecto pidió al Comité de Acreedores actualización de la información relativa a su valor actual.

Es de destacar que ninguna información sobre este último punto fue aportada al expediente. Ciertamente es que el Tribunal, el 30 de mayo de 2008, en oportunidad de rechazar uno de los tantos **pedidos de autorización de venta del inmueble** de la concursada –mediante providencia que se encuentra firme-, requirió a ésta que informara documentalmente el valor de: (i) los títulos de la deuda pública global 2008; (ii) los bonos del estado argentino boden 2012 y (iii) el monto a que asciende la deuda postconcurzal (v.fs. 8369/72).

Mas también es cierto que tal información, evacuada de forma por demás escueta en la presentación de la deudora de fs. 8403/4, no ilustra sobre la **real situación** de la convocataria y las posibilidades de que los acreedores no vean frustrado su derecho de cobro.

Ello sin perjuicio de destacar que resulta ciertamente dudosa la afirmación vertida en fs. 8404 por parte de aquélla según la cual “Unisel no tiene deuda de carácter postconcurzal”. Así, a tenor de las constancias que existen en autos respecto de varios reclamos intentados por la AFIP e incluso de las deudas que soporta el inmueble, así como de los gastos “derivados del mantenimiento del edificio objeto de esta presentación y los de sus asesores contables y legales y los costos inherentes a su liquidación...” , según lo referido textualmente por la propia concursada en la misma presentación (sic.; v.fs. 8404 y vta. pto. V).

II. En la especie se verifica que pese a los distintos requerimientos ordenados por el Tribunal, no existe estimación cierta del valor actual del activo de Unisel S.A. - prenda común de los acreedores- y su deuda postconcurzal.

Ello pues sin perjuicio de lo informado por la concursada en fs. 8403/4, el funcionario sindical -experto en materia contable-, no efectuó ninguna compulsa ni aportó información documentada al expediente.

Ni siquiera se expidió en forma clara y precisa sobre la documentación adjuntada por Westham Trade Corp., como la misma acreedora había requerido.

Ello más allá de la singular situación acaecida en autos sobre la constitución del Comité de Acreedores, pues es ciertamente llamativo que, tras la renuncia del Banque Sudameris Miami, haya resultado imposible en los hechos su completa integración (véase que varios acreedores han rehusado formar parte del comité en tanto que varios otros ni siquiera han comparecido tras su designación a aceptar el cargo conferido; siendo que tampoco la concursada ha evidenciado haber instado mecánica alguna que asegurase la integración completa del órgano de contralor).

e. El trámite del concurso preventivo.

Unisel Argentina S.A. presentó su pedido de concurso preventivo el 12/6/01 (v.fs. 20 vta.) y obtuvo el decreto de su apertura el 5/7/01 (v.fs. 6029/36).

Propuso abonar a sus acreedores el 20% del importe de sus créditos verificados y/o declarados admisibles, sin intereses, en tres cuotas anuales, iguales y consecutivas, pagaderas los 31 de diciembre de los años 2009, 2010 y 2011 (v.fs.7377/80).

El 12/3/03 el Sr. Juez que me precedió en el cargo homologó tal propuesta (v.fs. 7540/2). En el mismo acto, encomendó al síndico "...el contralor sobre el cumplimiento del acuerdo preventivo..." (v.fs. 7542 pto. 2), del que luego lo relevó (v.fs. 7552), sin perjuicio de haber continuado interviniendo el funcionario en todas las etapas siguientes del trámite del concurso.

Tras haber compulsado detenidamente las actuaciones, la situación por la que atraviesa Unisel Argentina S.A., a la fecha, puede resumirse en tres puntos básicos:

1ro.) no desarrolla actividad alguna, como ha puesto de manifiesto en el expediente (lo cual, ciertamente, aparece poco compatible con la finalidad propia de todo concurso preventivo);

2do.) debe comenzar a cumplir con el primer pago comprometido en el acuerdo a sus acreedores el 31 de diciembre del corriente año;

3ro.) sus socios han resuelto su disolución anticipada y liquidación –como antes se vio-, tras haber transcurrido cuatro años de homologado el concordato, aduciendo como fundamento los resultados negativos que arrojó el ejercicio cerrado el 31.12.05 (lo cual tampoco se compadece con este trámite concursal).

Juzgo que, lo hasta aquí dicho, amerita la adopción de una medida –en consonancia con la declaración de ineficacia 'supra' decidida y en el marco de lo previsto por el art. 17 de la LCQ-, que resguarde el patrimonio de la deudora e ilustre sobre su valor económico y situación actual (cfr. Heredia, P. "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Bs.As., 2000, t.1, p. 449 y ss.).

Tengo en cuenta para así decidir no solamente la decisión adoptada en el seno de la sociedad que ha sido 'supra' declarada ineficaz, sino además toda la situación concursal vivenciada por el ente en su conjunto, que ha sido precedentemente esbozada, así como el

hecho de que no se encuentra en funciones ni un síndico ni un comité de acreedores que exhiba una participación activa y refuerce una idea de control sobre la suerte de la empresa. Sobre tales bases, y en uso de las facultades conferidas por el art. 17 de la LCQ, dispongo la designación de un interventor controlador por el plazo de tres meses, con la función de informar al Tribunal sobre la situación de la empresa Unisel Argentina S.A.. El funcionario presentará, dentro del décimo día de aceptado el cargo respectivo, un completo y pormenorizado informe sobre el estado patrimonial de la concursada y de todo acto llevado a cabo eventualmente por el liquidador designado Guillermo Adolfo Lizama González. A tal fin, déjase constancia de que se halla habilitado para recabar del deudor cuanta información estime corresponder, revisar libros y documentación, concurrir a reuniones de órganos de administración, gobierno y liquidación, y controlar y vigilar sus actos, con cargo de anotar al Tribunal y proponer cuantas medidas considere menester en resguardo de los intereses del concurso. Informará asimismo, si la disolución de la sociedad ha sido inscripta en la Inspección General de Justicia, a cuyo fin, libraré los despachos necesarios.

Con base en este primer informe se evaluará, en su caso, lo que corresponda.

Desígnase interventor controlador al Dr. **Diego Ignacio Tortonese**, con domicilio en Uruguay 775 3° "B" (zona 120) y teléfono 4313-7300, quien deberá aceptar el cargo por ante el Actuario dentro de las 24 hs. de notificado de la presente.

Sin perjuicio de ello, intímase al síndico por el plazo de 72 hs. a:

1. expedirse, en su calidad de profesional idóneo en la materia contable, en torno al valor actual de los bonos de propiedad de la deudora y a su eventual suficiencia para atender el pasivo concursal, emitiendo opinión fundada y documentada sobre el requerimiento efectuado por Whestam Trade Corp (v.fs. 8257); y
2. Acreditar el diligenciamiento de las piezas dirigidas al Inspección General de Justicia, Créditos Prendarios, Propiedad Intelectual y Marcas y Patentes, y comunicar a la totalidad de los registros que la inhibición general de bienes no se encuentra sujeta al plazo de caducidad establecido por el cpr: 207:2º, como fuera ordenado en su momento.

ASI LO RESUELVO.

Notifíquese por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles y en el día.

ALEJANDRA N. TEVEZ JUEZ

32153 / 2009

**UNISEL ARGENTINA S.A. s/ CONC. PREV. S/ INC. DE APELACION
PROMOVIDO POR LA CONCURSADA**

Buenos Aires, 31 de mayo de 2016.-

Y VISTOS:

1.) Apeló la concursada la decisión copiada a fs. 95/107, mediante a cual se declaró ineficaz de pleno derecho su disolución y liquidación acordada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07 (cfr. arg. arts. 16 y 17, LCQ) y, acto seguido, se designó un interventor controlador por el plazo de tres (3) meses a efectos de informar la situación patrimonial de la sociedad y de todo acto llevado, a todo evento, por su liquidador.-

La magistrada concursal -interviniente por aquél entonces en el proceso- expuso que *Unisel Argentina S.A.* había violentado su concursamiento mediante la utilización de mecanismos societarios y extra-concursales. Señaló que el art. 16, LCQ, requiere autorización judicial previa para realizar actos que excedan la administración ordinaria, que en el *sub lite* no se

pidió aquella autorización y que, en esas condiciones - con arreglo a lo previsto por el art. 17 del citado cuerpo normativo-, correspondía disponer la ineficacia del acto asambleario que resolvió la disolución y liquidación del ente, tras haber transcurrido cuatro (4) años de homologado el concordato.-

La Sra. Juez de Grado destacó que a resultas de que la sociedad concursada no realizaba actividad comercial alguna y que su disolución y posterior liquidación podría resultar perjudicial, por vía elíptica, para los acreedores reconocidos en este ámbito concursal, juzgó necesario el nombramiento de un interventor controlador con el objeto de verificar la situación patrimonial de la aquí recurrente.-

Los fundamentos de apelación obran desarrollados a fs. 129/149, siendo respondidos por la sindicatura a fs. 155/156 y por los miembros del "Comité de Acreedores" a fs. 160.-

2.) La recurrente adujo que la decisión de su disolución y liquidación encontró debido sustento en una situación objetiva -pérdida de capital- que derivó en la necesidad de acogerse por imperativo legal al régimen societario regulado en la materia (art. 94, inc.5, y ccdtes, LSC); que informó esa situación en el expediente, y que ni la sindicatura ni los integrantes del "Comité de Acreedores" esgrimieron oposición alguna sobre el particular y que inesperadamente, casi dieciocho (18) meses después, la Sra. Juez de Grado declaró su ineficacia.

Expresó, de otro lado, que la sociedad no ejercía la actividad comercial alguna hace seis (6) años -circunstancia que denunció en autos, oportunamente-, que la propuesta concordataria homologada conlleva(ba) el pago de un mínimo del 20% de los créditos declarados verificados y admisibles, a través de la venta de todos los bienes de su activo (compuesto de Bonos de la deuda pública y de un inmueble), por lo que, a su entender, carecía de sentido analizar si el acto en cuestión excedía o no "la administración ordinaria de su giro comercial" pues, lo que cabía determinar es si aquél era susceptible de afectar los intereses concursales.- En función de todo ello, la recurrente al sostener la inexistencia de contrasentido entre la decisión de presentarse en concurso preventivo y la posterior decisión de proceder a su disolución y liquidación anticipada en razón de la pérdida del capital social, entendió que correspondía la revocación *in totum* del fallo en crisis.-

3.) Como paso previo al análisis del presente recurso es dable poner de manifiesto los siguientes aspectos:

a) La apertura del concurso preventivo de *Unisel Argentina SA* data del 5/7/01, oportunidad en que la sociedad cesó en su actividad comercial, despidiendo a sus empleados y abonando las indemnizaciones correspondientes.

b) El 12/3/03 se homologó la propuesta de acuerdo presentada, la que consistió en que: i) Todos los créditos verificados y/o declarados admisibles fuesen convertidos a dólares estadounidenses a la relación de cambio vigente el 3/12/01, es decir 1u\$s = 1\$. ii) Se abonaría el 20% del importe de los créditos verificados y/o declarados admisibles, sin intereses, en tres (3) cuotas anuales, iguales y consecutivas, pagaderas los 31 de diciembre de los años 2009, 2010 y 2011.-

c) Se indicó que a la fecha de presentación de esa propuesta los principales activos eran: i) Títulos de la Deuda Pública Bonos Global 2008 por valor nominal de u\$S 5.922.000 -los que, con motivo del canje de la deuda pública de febrero de 2005, quedaron convertidos a títulos públicos denominados Par y Discount, con más el cupón atado al PBI ofrecido por el Estado Nacional-;

ii) Bonos del Estado Argentino Boden 2012 por valor de u\$s 758.100 y u\$s 109.100;

iii) Inmueble sito en la calle Pedro de Mendoza N° 679 de esta Ciudad.

d) La concursada expresó que la totalidad del dinero proveniente de la realización de sus activos se destinaría a pagar la deuda a sus acreedores.-

e) A la fecha de la decisión apelada, la concursada ha acreditado la cancelación de la primera (1a) y segunda (2a) cuota del concordato, respecto de los acreedores que se presentaron en su domicilio, faltando solamente alguno que no pudo ser localizado.-

4.) Sentado todo ello y en lo que aquí interesa, apúntase que el deudor que promueve su concurso preventivo se halla en estado de cesación de pagos, aquél queda al frente de la empresa, ya que su explotación es esencial para que pueda proponer el acuerdo preventivo, y en su oportunidad, cumplirlo. Como contrapartida, el ordenamiento normativo precautela la integridad patrimonial, asegurando los derechos de los acreedores, sin obstaculizar la marcha normal de los negocios ni imponer limitaciones estrictamente indispensables a esos fines (Cámara, Héctor, *"El Concurso preventivo y la Quiebra"*, Vol. I, p. 460).- En este marco, mientras el art. 15 LCQ establece que el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico, el art. 16 del mismo cuerpo legal establece las situaciones que quedan fuera del ámbito de sus facultades (actos prohibidos) y establece los alcances de los que conserva (actos sujetos a autorización).- Por último, el art. 17 LCQ dispone que los actos cumplidos en violación de lo dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores.- Si bien en el *sub examine* se ha dictado la resolución que dio por concluido el concurso, lo cierto es que, según lo reglado por el art. 59, LCQ, se mantienen pese a ello las restricciones en materia de actos de disposición en cabeza de la concursada, subsistiendo la inhibición general de bienes para asegurar el cumplimiento del concordato homologado. Por eso, a pesar de que cesan las limitaciones previstas por los arts. 15 y 16 del citado ordenamiento legal, subsiste, sin embargo, para aquélla la imposibilidad de realizar actos de disposición referentes a bienes registrales. Va de suyo, entonces, que para realizar tales actos debe formular el pertinente pedido al magistrado concursal, quien previa vista a los controladores del acuerdo y a la sindicatura, debe resolver lo que corresponda.-

Repárase también en que la concursada, con fecha 13.8.07, hizo saber que, mediante la asamblea extraordinaria celebrada el 23.3.07 se había dispuesto la disolución y liquidación de la sociedad en forma anticipada por pérdida del capital social, designando el liquidador correspondiente. A su vez, la juez de grado, recién el 5.5.09 declaró su ineficacia de pleno derecho y dispuso la designación de un interventor controlador.-

Pues bien, no puede soslayarse que la empresa no desarrolla actividad comercial alguna desde hace años y que tal circunstancia, como lo expuso la sindicatura fue denunciada en el trámite concursal (véase fs. 155/156). En tal contexto, debe señalarse que la índole de la propuesta de acuerdo preventivo aprobada condice con la inexistencia negocial de la firma habida cuenta que se propende a liquidar la totalidad de su activo para distribuirlo entre sus acreedores concursales.-

Desde tal perspectiva entonces, resulta evidente que no existirá, en el futuro, desenvolvimiento de actividad económica por parte de *Unisel S.A.* y que la decisión adoptada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.3.07 de disolverla y liquidarla en los términos de la ley de sociedades, en definitiva, es una consecuencia lógica de su inoperancia negocial que se ha patentizado por la pérdida del capital social, que implica el cumplimiento del acuerdo y la imposibilidad sobreviniente de lograr la consecución de su objeto social. Por ello, esa situación objetiva que nuestra Ley de Sociedades enmarca entre

las causales imperativas de disolución (art. 94, incs 4 y 5) y no afecta la *par conditio creditorum* en tanto, se reitera, la mentada resolución asamblearia se corresponde con los términos del concordato homologado que justamente consiste en enajenar la totalidad de su activo y distribuir su producido entre los acreedores quirografarios verificados en el concurso, siendo el cumplimiento del acuerdo pendiente, obligación subsistente que deberá satisfacerse necesariamente en la etapa liquidatoria pues, sobre los liquidadores rigen las obligaciones y responsabilidades propias de los administradores (art. 108, LSC).- De este modo, por las particularidades del caso descripto, la liquidación respondió a la necesidad por parte de sus accionistas de cumplir con el régimen legal imperativo previsto en los arts. 94, incs. 4 y 5, y ccdtes, LSC, ante la pérdida del capital social de la firma que imposibilita su subsistencia sin ese fondo común necesario para conseguir el objeto social perseguido. Si a ello se suma que no luce contraposición entre la liquidación de la concordataria y la propuesta de pago a los acreedores, ha de admitirse el agravio puesto a consideración y, como lógica derivación de ello, corresponde dejar sin efecto la declaración de ineficacia recaída en la anterior instancia.- A esta altura, es dable señalar también que la decisión asamblearia no genera perjuicio económico a los acreedores concursales dado que el proceso de liquidación de la sociedad habrá de operar dentro del marco de este proceso universal, sujetándose su liquidador a las condiciones fijadas en la propuesta de pago homologada y, por ende, al contralor que ejerza el Comité de Acreedores y la sindicatura en torno a su cumplimiento. Ello, concatenado con las medidas que el juez de grado ya ha adoptado en punto al resguardo de los fondos provenientes de la venta de los títulos públicos de que era titular la concursada y de aquellas que se adopten, una vez autorizada la venta del inmueble de propiedad de aquella, en punto a garantizar con su producido el pago del acuerdo homologado.-

5.) Por último, en lo atinente a la queja instrumentada contra la designación de un interventor controlador, debe repararse en que, a resultas de lo que fuera dispuesto en los autos "*Unisel Argentina S.A s. concurso preventivo s. incidente transitorio*", con fecha 02.3.10 el juez de grado dispuso tener por finalizada aquella intervención.- Conforme a ello, siendo que la medida cuestionada ya que se encuentra concluída, no cabe que este Tribunal se pronuncie sobre el particular.-

6.) Por todo lo expuesto, esta Sala **RESUELVE:**

a) Admitir parcialmente el recurso interpuesto y revocar la resolución recurrida con el alcance que se desprende del presente pronunciamiento.-

b) No imponer costas de Alzada por falta de contradictorio.- A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia, encomendándose a la Sra. juez *a quo* practicar las notificaciones del caso con copia de la presente resolución.

MARIA ELSA UZAL, ISABEL MIGUEZ, ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS
(CON AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS)

JORGE A. CARDAMA PROSECRETARIO DE CAMARA

AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS:

(1.) Más allá de los argumentos desarrollados en el pronunciamiento de la Sala, que, desde ya, comparto, encuentro propicia la ocasión para señalar que la problemática suscitada en el *sub lite* constituye una demostración más de las dificultades y contratiempos que son susceptibles de generarse, cuando se da cabida a la sustanciación de un trámite concursal cuyos objetivos se encuentran disociados de la finalidad propia que el ordenamiento legal prevé para el juicio de convocatoria de acreedores, utilizándolo como una simple herramienta para el logro de una finalidad diversa de aquella que da sustento a la regulación del instituto en cuanto presupone la existencia de una empresa “en marcha”. También constituye una evidencia más, si cabe a esta altura del relato, que la falta y/o ausencia de una “actividad” en cabeza del concursado al momento de admitirse el concursamiento- y mucho más cuando esa ausencia constituye un ingrediente más de la propuesta que se formula a los acreedores, a quienes se propone en definitiva pagarles con la liquidación privada de los bienes que componen el activo de la concordataria- es incompatible con el mencionado instituto puesto que es contrario a la naturaleza y finalidad del concurso preventivo que en situación de insolvencia el pago de los créditos insatisfechos se realice a través de la venta privada de los bienes que componen el activo y mucho más cuando ello tiene lugar con el aditamento del cierre de la actividad comercial del concursado: Nada más reñido con la finalidad del concurso preventivo, además de atentatorio contra el régimen legal de orden público que el proceso de quiebra consagra para la liquidación forzada de los bienes de un insolvente.- No obstante ello, se trata aquí de un concurso en que la propuesta de la deudora está basada justamente en la realización privada de los bienes que componen el activo de la deudora constituido por un inmueble y títulos de la deuda pública en dólares por un valor considerable cuyo valor excede notoriamente el porcentual del pasivo que se propone abonar (20% a través de cuotas anuales, iguales y consecutivas) a pagar los días 31/12 de los años 2.009, 2.010,2011 –que, en teoría, ya debieron ser abonados-, todo ello con el aditamento de la cesación de la actividad comercial de la deudora al momento mismo de producirse la apertura del concurso preventivo, a punto tal que a esa fecha -05.7.01- se despidió de todo el personal con el simultáneo pago de las indemnizaciones correspondientes.-

Con independencia de que a ésta altura del procedimiento, donde ya se encuentra íntegramente tramitado el concurso preventivo y se ha llegado incluso a homologar el concurso preventivo, poco es lo que puede hacerse para componer esa situación, mucho más cuando lo que está apelado no es justamente la pertinencia o no del concursamiento en estas circunstancias sino una cuestión societaria inherente a dicha sociedad, como lo es en este caso la eficacia de la asamblea que decidió la disolución y liquidación de la sociedad por pérdida del capital social consecuencia del cumplimiento de la propuesta concordataria.-

Sólo me resta señalar aquí que no debió habilitarse en su momento este concurso preventivo no solo porque implicaba en los hechos una liquidación privada del patrimonio falente sin sujetarla a las normas que regulan la realización de los bienes del insolvente, sino porque la propuesta que se formuló como base del concurso preventivo implicaba en los hechos aceptar la terminación de la actividad comercial de la deudora, en forma incompatible con la finalidad del concurso preventivo según ya fuera expuesto. En efecto,

(2 .) Como juez de primera instancia y como vocal de esta Cámara, he sostenido siempre la postura de que la *inexistencia de actividad productiva actual o potencial* del deudor

constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, con fundamento en que esta última solución presupone *necesariamente* la posibilidad, cuanto menos *cierta*, de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible bajo la forma de *cash flow* (flujo de caja) el pago de la deuda concordataria. Ello así, por estar en la esencia de este remedio concursal la idea de la *conservación de la empresa* como unidad productiva y la del mantenimiento de la actividad del deudor y de la respectiva fuente de trabajo (cfr. Quintana Ferreira, “*Concursos*”, T°I, págs. 91 y ss, García Martínez – Fernández Madrid, “*Concursos y quiebras*”, T°I, págs. 287 y ss).- Solución que se impone, además, desde una perspectiva finalista del instituto porque, de otro modo, tal pago sólo podría provenir, o bien de la liquidación de los bienes que componen el patrimonio del deudor (salida incompatible con una solución preventiva), o bien de nuevos endeudamientos “postconcursoales”, insusceptibles de ser amortizados por la falta de ingreso de fondos genuinos, contingencia que precipitaría al patrimonio del concursado a una segura quiebra posterior en perjuicio de los acreedores, debido precisamente al agravamiento del estado de cesación de pagos a que dicha alternativa conllevaría.- Por consiguiente, cuando al momento de presentarse la solicitud de concurso preventivo, existe la *certeza* de que el concursado se encuentra fáctica o jurídicamente *imposibilitado* de proseguir con su actividad, carece de ella y/o de la potencialidad para reestablecerla, o incluso, existen evidencias concretas de que esa actividad es económicamente *inviabile*, la decisión del juez concursal no debería poder ser otra –a juicio de este magistrado- que la de decidir el rechazo de la solicitud por inconcurrencia de uno de los presupuestos sustanciales para la existencia de concurso preventivo, cual es la *continuación de la actividad empresarial* (o –cuanto menos- la posibilidad cierta de tal continuación) y, por ende, la de la empresa misma, ya que sin *empresa -en funcionamiento o con posibilidades de funcionar-* o, mínimamente, sin un *patrimonio con actividad fructífera o en aptitud de tenerla*, no puede haber *seriamente* un verdadero “concurso preventivo”. Así lo he decidido en más de una ocasión durante mi desempeño como Juez a cargo del Juzgado N° 16 de este Fuero (cfr. JNCom.16, 05.07.02, “*Rocayapa SA s. conc.prev.*”, íd., 15.03.03, “*Sucesión de Barreiro Horacio A. s. conc. prev.*”, íd., 01.12.03, “*Casinos S.A. s. conc. prev.*”, íd., 14.04.05, “*Aerovip SA s. conc. prev.*”, íd., 26.7.05, “*Antártida 2000 S.A. s. conc. prev.*”, entre otros) y lo postulé también como juez de esta Cámara (cfr. mi voto *in re*: “*Southern Winds s. concurso preventivo, fallo del 12.04.08.*”).-

(3.) Lamentablemente, y tal como lo puntalicé en el precedente *ut supra* señalado (“*Southern Winds S.A s. concurso preventivo*”) el criterio mencionado no ha contado con el beneplácito de la jurisprudencia de esta Cámara, ya que sus distintas Salas han venido revocando sistemáticamente esas decisiones, pretendiendo privilegiar -o creyendo hacerlo- la solución preventiva como medio de resolución de la crisis empresarial por encima de la existencia o no de *actividad comercial -actual o potencial-* del deudor (cfr. a este respecto, esta CNCom, esta Sala “A”, 24.05.05, “*Aerovip*”; íd., Sala “C”, 01.10.02, “*Rocayapa*”; íd., Sala “D”, 06.10.03, “*Sucesión de Barreiro*” y misma Sala, 12.02.04, “*Casinos*”, etcétera).- Tampoco ha sido beneficiada esta postura con la simpatía de una buena parte de la doctrina que piensa que los jueces carecer de la facultad para decidir acerca de este tipo de cuestiones; ya que, en última instancia, deben ser los acreedores o, en sentido más amplio, el mercado, quien debe hacer las valoraciones que definan la suerte del concursado y la de la actividad que éste desarrolla (cfr. Dasso, Ariel, “*El Cramdown y la empresa en marcha*”, La Ley, 2000-D-310, mismo autor, “*La empresa en marcha o detenida y el*

cramdown”, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de La Pampa, N°51, Enero/Marzo 2001; Junyent Bas Francisco – Chiavassa Mario, “*Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo “Correo Argentino”*”, La Ley, boletín del 10.03.04, pag.7; Anich Juan A., “*La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*” La Ley 2002-F, 883 - Sup. Conc y Quiebras del 29 de noviembre de 2002).-

(4.) Sin embargo, pese a todo este adverso marco doctrinario –jurisprudencial, y justamente por lo que -a mi juicio- enseña la práctica judicial cotidianamente, siempre seguí creyendo fervientemente en la idea de que, *sin actividad productiva actual*, o cuanto menos *potencial*, no hay concurso preventivo viable, o por lo menos, *no seriamente sustentable* y que los jueces contamos con facultades para así declararlo. A tal punto es esto así que, de no existir esa actividad fructífera, podrá haber una especie de “*pseudo*” convocatoria de acreedores o una ficción de proceso bajo la apariencia de un concurso preventivo que sólo encubre -cual si fuera un caballo de “*Troya*” o el personaje fílmico de la película “*Alien*”- el germen de la autodestrucción o de una quiebra segura, contingencia que únicamente traerá mayores perjuicios a los acreedores debido a la inevitable profundización del estado de insolvencia que esa tramitación traerá aparejada para aquéllos; pero bajo ningún aspecto habrá un auténtico *concurso preventivo*, o por lo menos, no uno susceptible de resultar *exitoso* conforme a la finalidad a la que se encuentra destinado.

Asumí en todo momento, siguiendo a Anich, que si bien nuestra legislación no contempla(ba), ni lo hace ahora, puntualmente, el concepto “*actividad*” -o el hecho de que el deudor esté “*en actividad*”- como un requisito *necesario* para la solicitud y apertura del concurso, aparecen en la ley de concursos (LCQ) numerosas referencias que dan por presumida esa actividad o a través de las cuales se infiere que el deudor debe continuar “*en actividad*” para “*estar*” en concurso preventivo, como cuando el art. 16 determina, como criterio para los actos sujetos a autorización judicial, la ponderación de su “*conveniencia para la continuación de las actividades del concursado*” o cuando establece -en ese mismo artículo- que el pronto pago de los créditos laborales debe hacerse “*prioritariamente con el resultado de la explotación*” (cfr. Anich, Juan A. “*La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*”, La Ley - 2002 - F - 883).

De otro lado, como bien lo refiere el mismo autor en ese mismo comentario, aludiendo a lo que cualquier persona se preguntaría en un supuesto como éstos, el gran interrogante que subyace en toda esta cuestión, me sigo preguntando: *¿si no tiene “actividad”, con qué va a pagar sus créditos el deudor?* La respuesta parece fue y será obvia. Sin “*actividad*” –actual o futura- no hay generación de recursos y *sin recursos* no se puede pagar a los acreedores, salvo que se realicen bienes, pero eso ya escapa a una solución concursal preventiva. No puede sino derivarse de este razonamiento la idea –que ya fuera anticipada- relativa a que si el patrimonio del deudor no tiene “*actividad*” o “*productividad*” posible, carece de todo sentido la tramitación de un concurso preventivo, debiendo por el contrario procederse a la liquidación de los bienes a través de la quiebra. Ello así, por cuanto es de la esencia del concurso preventivo que el pasivo concordatario sea satisfecho -en principio y salvo supuestos muy excepcionales que no es del caso mencionar aquí- con el flujo de caja (*cash flow*) que genera el giro comercial o la actividad productiva del deudor, porque si para hacerlo debe liquidar privadamente su patrimonio, no se está ante un verdadero concurso “*preventivo*” sino ante una virtual quiebra, en tanto proceso que presupone la realización de los bienes como modo de pagar a los acreedores. De no ser así, y de aceptarse

concurramientos de esa índole, se estaría relegando al concurso preventivo al papel de un mero estadio burocrático previo a la falencia, con lo que se genera un innecesario desgaste de actividad jurisdiccional que sólo sirve para dilatar en el tiempo una situación que inexorablemente concluirá en la quiebra, con total desmedro de los derechos de los acreedores que sólo verán empeorada su situación con el mayor endeudamiento de aquél, sin provecho alguno para ellos.

Nunca me pasó desapercibido tampoco que autores de la talla de *Dasso* consideraron que no somos los jueces, sino en todo caso, los propios acreedores y el mercado, quienes deben decidir si la solución preventiva propuesta por quien carece de una actividad actual o potencial es o no viable para sus intereses, dicho esto -claro está- en el marco de una situación no exactamente coincidente con la de la especie, pero si de algún modo emparentada -v. *infra* (6.)- como lo es la relativa a la procedencia del procedimiento de “*cramdown*” que contempla la LCQ:48 cuando al momento de su implementación no existe una “*empresa en marcha*” (cfr. autor citado, “*El Cramdown y la empresa en marcha*”, La Ley, 2000- D-310, mismo autor, “*La empresa en marcha o detenida y el cramdown*”, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de La Pampa, N°51, Enero/Marzo 2001; “*La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown*”, La Ley, 2004-B-807). Tampoco se me escapó que del mismo modo opinan autores también muy respetados como *Anich* en punto a que el juez realmente tenga la posibilidad de definir este tipo de cuestiones *al inicio del juicio de convocatoria*, teniendo en cuenta que no habría sujetos más indicados que los propios acreedores para efectuar un análisis de este tipo, en aras de lo cual debería aquél darle curso al procedimiento. Para este autor, si se tiene en cuenta que, en general, los acreedores que financian la actividad del deudor son sus propios proveedores, nadie se encontraría en mejores condiciones para valorar esas posibilidades que esos mismos acreedores, dado que son éstos los que mejor conocen el negocio, la competencia, los clientes y las regulaciones propias de aquél (v. trabajo citado *supra*, “*La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo*”, La Ley - 2002 - F – 883, ap. VII).

Y si bien he llegado a coincidir *en abstracto* con estas opiniones, ya que lo ideal sería -efectivamente- que fueran los propios acreedores quienes decidieran si aceptan o no un concurso de estas características, lo cierto es que la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los “verdaderos” acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío con un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” -mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a éstos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles.

¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se

procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la formación de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa o de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar?. Sinceramente creo que no. Vuelvo a puntualizar que, no por esta lamentable realidad, debiera establecerse un sistema *tuitivo* que reemplace, en todos los casos, la voluntad de los acreedores por el criterio “superior” del juez como si aquellos fueran sujetos incapaces (que no lo son) de resolver el destino de sus créditos. Solamente sostuve y lo sigo haciendo que en aquellos *excepcionales* casos en que es palmaria la inviabilidad de la solución preventiva debido a la *inexistencia actual o futura de actividad hacendal* que la sustente, debe admitirse la atribución del magistrado de vedar el acceso a una vía que se muestra ostensiblemente inconducente e infructuosa.

No quiero con esto endiosar la figura del juez, como árbitro excluyente de la solución preventiva, pero si en el caso concreto, éste último, con su intuición y experiencia en el manejo de trámites concursales, está en condiciones de apreciar -según su leal saber y entender y máximas de experiencia- una situación de “manifiesta” inviabilidad de la solución concursal preventiva debido a la inexistencia de actividad actual o potencial del patrimonio concursado, ¿cómo no va a estar facultado ese magistrado -y aún compelido- a denegar el acceso a este tipo de solución al deudor que la propone, cuando de ese modo se evita un seguro agravamiento de la insolvencia y nuevos y mayores perjuicios a todo un universo de acreedores, ya –segura e irremediablemente- perjudicados por la inminente falencia que se avecina? La protección del crédito y del interés general no puede sino conducir a que el juez tenga esa atribución, aún cuando, como con acierto lo señalan Junyent Bas – Chiavassa, en su trabajo *“Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo “Correo Argentino”*, ya citado, la determinación de viabilidad o inviabilidad, o de potencialidad (o no) de la hacienda mercantil, deba ser efectuada necesariamente con criterio *restrictivo*, debiendo estarse en caso de duda por la solución más favorable a la apertura de la vía concursal para que en última instancia sean los propios acreedores quienes decidan las reales posibilidades de continuación de la empresa concursada.

Puse de relieve en ese sentido que no en vano la ley concursal anterior a la reforma introducida por la ley 24.522 contemplaba entre las pautas de valoración que debía tener en consideración el juez a la hora de homologar un acuerdo preventivo (LCQ:61), parámetros como “*la congruencia del acuerdo alcanzado con las finalidades de los concursos*”(inciso 1°), “*su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito*” (inciso 2°) y “*las posibilidades de su cumplimiento*”(inciso 3°). Esto así, a tal punto que si alguna o varias de las condiciones enunciadas no se daban, podía el juez denegar la homologación del acuerdo (LCQ:62). Extraje de ello dos (2) inferencias. En primer lugar, que el concurso preventivo (como ahora también el APE o Acuerdo Preventivo Extrajudicial) era y es un trámite de naturaleza concursal que presupone la *conservación de la empresa*, lo que, a su vez, implica la *reservación de la actividad comercial del deudor y la de la empresa como unidad económica y productiva*. Esto, como forma de evitar la liquidación de esa unidad y el consiguiente cierre de la respectiva actividad productiva, contingencia que se encuentra implícita en la quiebra. De lo que se sigue que si esta actividad ya no subsiste a la hora de solicitarse el concursamiento y, al

mismo tiempo, no existe posibilidad alguna de restablecerla en lo inmediato, careciendo ese patrimonio –al decir de Anich- de la *posibilidad o capacidad de generación de recursos para el pago de los créditos*; ¿qué sentido tiene habilitar la vía concursal preventiva?

Y, en segundo lugar, que se deducía también de dicha normativa que si la propuesta de acuerdo no es de *factible cumplimiento*, o sea, no se vislumbra como sustentable en función del nivel de actividad comercial denunciado por el deudor, no corresponde que el juez la apruebe o, lo que es lo mismo, si se está en una etapa liminar del procedimiento, tampoco corresponde que el juez le dé curso a la petición de concursamiento en tales condiciones.

(5.) Puse de relieve que era justamente por eso que legislaciones extranjeras, como la Ordenanza Francesa de 1967, la Ley Alemana de 1994 o el “*Bankruptcy Code*” americano, contemplan, como una exigencia inescrutable para el acceso a la solución preventiva, la presentación por el deudor de un “*plan de saneamiento*”, un “*plan de salvataje*” u otras fórmulas similares como el llamado “*plan de empresa*” o “*plan de recuperación*”, a través de los cuales debe explicarse al juez y a los acreedores cómo planifica el deudor llevar adelante su actividad comercial y productiva y cómo generar los recursos necesarios para sostener esa actividad y, al mismo tiempo, amortizar el pago de la deuda concordataria. En otras palabras, para que sea viable la solución preventiva, se le exige al deudor la presentación de un plan *sustentable* que explique *fundadamente* cómo proyecta continuar con su actividad y cancelar el pasivo concordatario, manteniendo la actividad comercial y/o productiva que se encuentra en marcha, o restableciéndola si hubiese cesado, como forma de evitar que su patrimonio sea liquidado a través del trámite de realización de la quiebra, que es la única otra vía que contempla la legislación falimentaria como solución para la insolvencia a través de la distribución del producido de la venta compulsiva de los bienes del deudor en el marco de la ejecución colectiva del patrimonio que aquéllos integran.

Señalé también que en nuestro actual régimen concursal -y como bien lo refirió el maestro Osvaldo Maffía en su trabajo “*Una vez más sobre el “Plan” de recuperación del que nuestros legisladores concursales nunca se enteraron*” (El Derecho, publicación del 27.04.05)-, el deudor no necesita decir qué piensa hacer con su empresa. No debe informar al juez y, traslaticamente, a sus acreedores, si mediante el concordato perseguido estima que podrá recuperarse de las dificultades que lo obligaron a concursarse, o si piensa continuar la actividad que desempeñaba y/o, acaso, mejorarla con el apoyo de sus acreedores. Es más, la ley ni siquiera prescribe que el concursado tenga que decir qué se propone con su empresa, menos todavía necesita proponer un “*plan*” o algo parecido para acceder a la solución preventiva (cfr. Maffía, ob cit., ap.1).

Bueno hubiera sido que la última reforma introducida al ordenamiento concursal -ley 26.684- contemplara como requisito *inexcusable* de admisibilidad de la pretensión concursal preventiva, que el deudor exhiba al juez y a sus acreedores un plan de empresa, de salvataje o de reestructuración empresarial, que sea *sustentable* desde el punto de vista económico y empresarial y respaldado por dictamen de profesional idóneo, a título de recaudo mínimo de *seriedad* para la presentación y ulterior aprobación de la propuesta de saneamiento y/o recuperación patrimonial formulada a los acreedores.

Al no haber esto ocurrido y no vislumbrándose tampoco que ello vaya a suceder en el futuro inmediato, entendí que era deber del juez bloquear el acceso a la solución preventiva a esquemas de organización empresarial y/o propuestas *manifiestamente inviables desde el punto de vista económico* y carentes de todo respaldo en un plan de salvataje mínimamente sustentable o que sólo involucran una “*pseudo*” prosecución del giro comercial

preexistente sin sustento alguno, pues de otro modo la justicia pasa a convertirse en un instrumento más de la práctica comercial desleal en desmedro de la protección del crédito y de los buenos hábitos en materia mercantil que es deber de los jueces evitar y preservar, respectivamente; so riesgo de prohijar el ejercicio abusivo del derecho a solicitar la formación del juicio de convocatoria de acreedores.-

(6.) A esta altura del razonamiento, y justamente a raíz de esta última idea, me parece conducente traer a colación en este punto un aspecto emparentado con la materia objeto de tratamiento, cual es la problemática jurídica derivada del reconocimiento de conductas abusivas en el ejercicio del derecho de acción, en este caso, de instar y tramitar un concurso preventivo, es decir, cuando se visualiza que el pedido de concursamiento del deudor -o su posterior trámite- se halla determinado por móviles ajenos al espíritu del instituto, relegando al proceso a un mero estadio burocrático con la intención de alcanzar objetivos extraños a la finalidad específica del concurso preventivo.

La configuración de un ejercicio abusivo del derecho presupone -obviamente- la existencia de un derecho en cabeza de quien incurre en esa conducta, pues la esencia del abuso está, precisamente, en cómo se ejercita este derecho. El ejercicio de los derechos tiene límites, los cuales pueden surgir de la propia ley, de su ámbito temporal de aplicación o de la misión social que debe cumplirse con ese derecho. A los efectos del caso que nos ocupa, interesa, justamente, el último supuesto, es decir, el de los límites institucionales al ejercicio de un derecho subjetivo.

La visión de los derechos como algo absoluto y/o meramente formal se encuentra hoy superada, priorizándose en su lugar intereses sociales serios y del mismo bien común, es que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar en su ejercicio. *Josserand*, en su obra *Del espíritu de los derechos y su relatividad*, ya había postulado que los derechos debían ejercerse con prudencia, sin causar daños injustos, respetando los fines para los que fueron concebidos. Este enfoque asumió la consideración de los fines y valores que justifican su razón de ser, por lo que no era dable atender sólo a la existencia misma del derecho, sino también a su fin y a los móviles que inspiran al sujeto que lo ejercita. Aparece así el criterio *funcional*, derivado del espíritu del derecho ejercido, de la *función* que le está encomendada. Cada derecho tiene su *espíritu*, su *objeto*, su *finalidad* y quien quiera apartarlo de su misión social, comete una falta, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad. La cuestión se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido y, por otra, el móvil que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se habrá ejercido correctamente, pero si no la hay, el ejercicio se habrá convertido en abuso y, por tanto, es susceptible de reproche. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de un derecho es efectuado en consideración a un fin que contempla al bien general más que al bien particular, si bien tomando en cuenta la significación inmediata para la persona a quien es destinado. Cada derecho tiene una misión, su razón de ser, su función, su espíritu, de allí que el derecho subjetivo tiene por finalidad satisfacer intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. En el logro de esos fines o intereses, entonces, está la razón de ser del derecho subjetivo y son ellos los que marcarán luego el acierto o error que se pueda causar en su aplicación o ejercicio. El derecho subjetivo aparece así “funcionalizado” y no como un mero poder individual arbitrario (Ordoqui Castilla, *El abuso del derecho*, 2009). El derecho subjetivo debe ser enfocado entonces no sólo “desde adentro” (interés o facultad jurídicamente protegida) sino también “desde afuera”, o sea, ponderando cuidadosamente

los límites de su proyección respecto de terceros y la misma sociedad, zona desde donde, precisamente, es posible constatar la abusividad.

Entonces, un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo no puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad. Es que como lo expresaba *Josserand*, hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera, en ciertas condiciones, y si bien a menudo el fin es susceptible de justificar los medios empleados, en ningún caso los medios justifican el fin, pues ello sería la inversión de la moral, sería una inmoralidad a la par de un absurdo, significaría el campo ampliamente abierto a la mala fe y al fraude.

Se muestra conducente recordar aquí que “abuso” proviene del latín “*abusus*” (“ab”: contra y “usus”: uso); su interpretación literal es “*mal uso*” o “*uso contrario*”; su acepción general es: “*aprovechamiento de una circunstancia en contra de una persona o cosa*”; la acepción jurídica sería: una actividad aparentemente lícita, pero que excede los límites impuestos por la justicia, la equidad, la razón y la finalidad; en suma, un obrar excesivo o anormal. En forma amplia, se puede decir entonces que existe un ejercicio abusivo de los derechos, cuando el titular de una prerrogativa jurídica o, de un derecho subjetivo actúa dentro de los límites lógico-formales que comprende la norma legal que concede la facultad, pero al ejercerla desvirtúa la finalidad económica o social de la permisión o el resultado aparece contrario a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres. En estos casos, se afirmará que el titular no hace uso de su derecho sino que abusa de él. Sobre la base de que el derecho subjetivo es susceptible de desviación de su uso regular -cayéndose así en un mal uso o abuso de aquél-, ese extremo bien podría configurarse con motivo de la promoción de un proceso, considerando que la acción procesal se sustenta, precisamente, en el ejercicio de un derecho. En el contexto teórico señalado, y en orden a detectar un eventual uso disfuncional del concurso preventivo, debe tenerse en cuenta, precisamente, cuál es la naturaleza y finalidad del instituto. Atendiendo a los fines del legislador ínsitos en la letra de la ley 24.522 y los medios instituidos por ese ordenamiento legal para poner en funcionamiento esos fines, el concurso preventivo, se reitera, aparece como un mecanismo procedimental al que puede recurrir el deudor que se halla en estado de cesación de pagos, con el fin de recomponer su situación patrimonial para poder proseguir con su actividad económica y/o profesional, mediante un acuerdo de reestructuración del pasivo con los acreedores. Así, el *deudor* que postula su concursamiento, lo que plantea al juez y a los acreedores es la posibilidad de pagar sus deudas con el producto de la gestión del patrimonio de que es titular, como modo de evitar la liquidación de aquél en el marco de una eventual quiebra porque, si lo que este planteara fuera pagarles con la realización de ese patrimonio, lo que en realidad les estaría proponiendo es una suerte de quiebra “privada”, o sea una solución que no sería compatible con la idea de concurso preventivo y, por tanto, configuraría un ejercicio abusivo del derecho a obtener la solución preventiva, toda vez que el trámite respectivo estaría orientado por un móvil distinto al fin por el que se reconocieron las normas que se invocan, visualizándose un anti-funcionalismo del trámite intentado.

Entonces, si lo que les tiene que proponer es pagar las deudas concordatarias con el fruto o producido de su patrimonio, entiendo que la existencia de una “actividad” empresarial o no, pero actividad fructífera al fin, es algo que el deudor debe *necesariamente* exhibir para poder pretender este tipo de solución, pues de otra forma la propuesta a formular carecería del debido sustento dentro del referido marco conceptual. Por ende, me parece que quien se

encuentra en una situación de esa índole no puede menos que procurar explicar al juez y los acreedores con cuál actividad hará frente al pasivo que lo viene asfixiando y como hará para pagar las deudas que lo llevaron al estado en que se encuentra. Dicho en otras palabras, quien se encuentra en estado de cesación de pagos y procura evitar la quiebra (o sea la liquidación de su patrimonio para pagar a sus acreedores), lo menos que puede hacer cuando se presenta ante el juez a formular su propuesta de acuerdo preventivo es exhibirle a él y a sus acreedores un *plan sustentable* de pago de sus acreencias y al mismo tiempo, una hacienda o empresa en funcionamiento o con posibilidades ciertas de funcionar, con cuyo producido hacer frente a las deudas que lo gravan.

(7.) Pues bien, hecha esta reseña y volviendo al caso de autos, la cuestión a resolver en el *sub examine* finca –como ya lo anticipara- en decidir si fue, o no, ajustada a derecho la decisión de la Sra. Jueza de grado de declarar ineficaz de pleno derecho la disolución y liquidación acordada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07 y la consecuente designación de un interventor controlador por el plazo de tres (3) meses a efectos de informar sobre la situación patrimonial de la sociedad y de todo acto llevado a cabo, a todo evento, por su liquidador. La recurrente adujo que la decisión de su disolución y liquidación encontró debido sustento en una situación objetiva -pérdida de capital- que derivó en la necesidad de acogerse por imperativo legal al régimen societario que regula la materia (art. 94, inc. 5°, y ccetes, LSC). Expresó también que la sociedad no ejerce actividad comercial alguna desde hace seis (6) años -circunstancia que denunció en autos, oportunamente-, que la propuesta concordataria homologada conlleva el pago de un mínimo del 20% de los créditos declarados verificados y admisibles, a través de la venta de todos los bienes de su activo (compuesto de Bonos de la deuda pública y de un inmueble), por lo que, a su entender, carecía de sentido analizar si el acto en cuestión excedía, o no, "la administración ordinaria de su giro comercial" pues, lo que cabía determinar es si aquél era susceptible de afectar los intereses concursales. En el *sub lite* la sociedad cesó en su actividad comercial, despidiendo a sus empleados y abonando las indemnizaciones correspondientes antes de que la propuesta concordataria -consistente en abonar el 20% de los créditos verificados y/o declarados admisibles sin intereses, en tres (3) cuotas anuales, iguales y consecutivas- fuera homologada -12.03.03-, comprometiéndose la deudora a abonarla con la totalidad del dinero proveniente de la realización de sus activos. Ahora bien, si a esta manifiesta "*ausencia de actividad comercial*" de la convocataria, se le suma el ofrecimiento de pagar el pasivo concursal con la realización de sus activos, surge evidente que lo aquí procurado fue una suerte de quiebra "privada", lo que -como ya expresé- constituye una solución incompatible con la idea de concurso preventivo y, por tanto, un *acto prima facie abusivo*, en tanto contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. En efecto, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado (Porcherot E., *De l'abus du droit*, citado por Llambías Jorge Joaquín, "*Tratado de derecho civil – Parte general*", T° II, p. 175). Véase que el enfoque finalista o funcional toma en cuenta que los derechos subjetivos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos una finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene una razón de ser, su espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no

puede ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo (Josserand Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*).

En este marco, natural sería concluir entonces, de acuerdo con el criterio que se ha venido exponiendo, que no había margen en este proceso para admitir la propuesta de pago presentada por la deudora, toda vez que el concordato no tenía correlato en el espíritu ni en la finalidad de la solución concursal preventiva. Sin embargo, la oportunidad para decidir sobre esta materia en el *sub lite* se halla precluída, por cuanto la homologación del acuerdo preventivo se encuentra a la fecha firme como así también la resolución que dio por concluido el concurso, amén de que, en la especie, ello violentaría el límite impuesto por el art. 277 CPCC, toda vez que los tribunales de Alzada se encuentran impedidos de fallar sobre capítulos no propuestos o pretensiones que no hayan sido debidamente planteadas ante los jueces de la primera instancia.

De modo que, frente a las particularidades del caso descripto, se presenta la llamativa paradoja de que la liquidación de la concursada en los términos del art. 94, incs. 4° y 5°, LSC, lejos de colisionar con la propuesta de pago a los acreedores, se muestra, en rigor, como su natural consecuencia.

Ello contexto me lleva a optar, en este caso, por una solución concordante con la sustentada por mis Colegas de Sala, puesto que comparto con ellas que el acto declarado ineficaz por la Sra. Juez de Grado respondió a la necesidad por parte de sus accionistas de cumplir con el régimen legal impuesto por la LSC, ante la pérdida del capital social de la firma que imposibilita su subsistencia sin ese fondo común necesario para conseguir el objeto social perseguido, como asimismo que la decisión asamblearia en cuestión no genera *per se* perjuicio a los acreedores concursales dado que el proceso de liquidación de la sociedad habrá de operar dentro del marco de este proceso universal, sujetándose su liquidador a las condiciones fijadas en la propuesta homologada y, por ende, al contralor que ejerza el Comité de Acreedores y la sindicatura en torno a su cumplimiento.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia, encomendándose a la Sra. juez *a quo* practicar las notificaciones del caso con copia de la presente resolución.

ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS

JORGE A CARDAMA PROSECRETARIO DE CAMARA

4. ANTE LA INACCION DEL SINDICO DE INICIAR ACCIONES DE RESPONSABILIDAD, UNA VEZ INTIMADO, QUEDA FACULTADO EL ACREEDOR. LA INACCION DEL SINIDCO PUEDE SER CAUSAL DE REMOCION. EL JUEZ NO PUEDE OBLIGARLO.

El juez de primera instancia rechazó la pretensión del acreedor tendiente a que la sindicatura iniciara cierta acción de responsabilidad, dejando a salvo la facultad que en tal

sentido asistía al referido acreedor en los términos del art. 120 L.C.Q. El art. 120 L.C.Q. reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores para promover las acciones allí previstas ante la inacción del síndico durante el plazo que señala la norma. Para ello, es necesario que previamente el referido funcionario sea intimado judicialmente, lo que se hizo, el síndico expresó los motivos por los cuales, a su entender, no resultaba pertinente la promoción de aquella acción. Si la acción corresponde, el juez no tiene la posibilidad de obligar al funcionario a promover las acciones que, aun negligentemente, decidiera no promover siendo causal de remoción, si lo hiciera podría entenderse como prejuzgamiento.

FAYSAL HOLDING S.A. Y OTRO s/QUIEBRA

Expediente N° 3264/2013/CA1 Juzgado N° 17 Secretaría N° 33 CNCOM Sala C

Buenos Aires, 3 de junio de 2016. Y VISTOS:

I. Mediante la resolución de fs. 383/384, el señor juez de primera instancia rechazó la pretensión del acreedor Meatfull S.A. tendiente a que la sindicatura iniciara cierta acción de responsabilidad, dejando a salvo la facultad que en tal sentido asistía al referido acreedor en los términos del art. 120 L.C.Q.

II. Meatfull S.A. apeló a fs. 392 y sostuvo su recurso con el memorial de fs. 395/400. El traslado respectivo fue contestado por el síndico a fs. 402.

A fs. 408/412 dictaminó la Sra. fiscal general.

III. Se adelanta que el planteo será rechazado. El art. 120 L.C.Q. reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores para promover las acciones allí previstas ante la inacción del síndico durante el plazo que señala la norma. Para ello, es necesario que previamente el referido funcionario sea intimado judicialmente. Ese recaudo debe entenderse cumplido en la especie mediante el auto que ordenó correr traslado de la intimación que, a esos concretos efectos, fue requerida por el recurrente (ver fs. 364/368, y fs. 369). Tras el emplazamiento, el síndico expresó los motivos por los cuales, a su entender, no resultaba pertinente la promoción de aquella acción. Los serios argumentos expresados por la Sra. Fiscal de cámara, si efectivamente se hubieran configurado, podrían llevar a la conclusión de que el síndico está incumpliendo las funciones que tiene a su cargo, máxime cuando el dolo no es el único factor de atribución.

Es decir, aun cuando la noción de “dolo” no se interpretara con los alcances que propicia la Sra. Fiscal –aspecto acerca del cual la Sala no puede pronunciarse en este estado-, lo cierto es que, de todos modos, el aludido factor de atribución no es el único susceptible de ser invocado a los efectos de deducir una acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad fallida que no tiene libros, ni documentación, ni activos.

Tampoco las acciones que proporciona nuestro ordenamiento se agotan en las previstas en los arts. 173 y 174 L.C.Q, por lo que era necesario que el síndico se pronunciara fundadamente acerca de la inviabilidad de promover acciones de otra especie, lo que no ha hecho.

No obstante, y sin perjuicio de la responsabilidad que por tales omisiones correspondiere imputarle en el futuro, lo cierto es que del texto del citado art. 120 no surge la posibilidad del juez de obligar al funcionario a promover las acciones que, aun negligentemente, decidiera no promover. Esa actuación del juez sería, incluso, de difícil concreción en este estadio previo, que da cuenta de que, al ser ese mismo magistrado quien debe resolver lo que corresponda en el marco de esas acciones, es alto el riesgo de prejuzgamiento. No

implica esto afirmar que el síndico no investiga, deba la quiebra quedar huérfana de esa investigación que hace a su esencia. Importa sólo sostener que, si hubiera mérito para ello, correspondería actuar en los términos del art. 252 de la misma ley y, en su caso, obtener que el síndico sea removido a efectos de que otro funcionario cumpla las funciones que se considerasen abonadas por el titular.

Con tales prevenciones, y sin perjuicio de la necesidad de valorar la actuación del síndico en función de lo que actúe oficiosamente el juez, o del resultado al que se arribe en caso de que el apelante decidiera promover las acciones de marras y obtuviera éxito, el recurso será rechazado.

Así se resuelve. Costas en el orden causado en atención a las particularidades del caso. Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art.4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

POR SUS FUNDAMENTOS:

Y VISTOS:

I. Mediante la resolución de fs. 383/384, el señor juez de primera instancia rechazó la pretensión del acreedor Meatfull S.A. tendiente a que la sindicatura iniciara cierta acción de responsabilidad, dejando a salvo la facultad que en tal sentido asistía al referido acreedor en los términos del art. 120 L.C.Q.

II. Meatfull S.A. apeló a fs. 392 y sostuvo su recurso con el memorial de fs. 395/400. El traslado respectivo fue contestado por el síndico a fs. 402. A fs. 408/412 dictaminó la Sra. fiscal general.

III. Se adelanta que el planteo será rechazado. El art. 120 L.C.Q. reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores para promover las acciones de recomposición (ineficacia por conocimiento del estado de cesación de pagos y revocatoria ordinaria), ante la inacción del síndico durante el plazo que señala la norma. Para ello, es necesario que previamente el referido funcionario sea intimado judicialmente. Ese recaudo debe entenderse cumplido en la especie mediante el auto que ordenó correr traslado del pedido de intimación que, a esos concretos efectos, fue requerido por el recurrente (ver fs. 364/368, y fs. 369). Tras el emplazamiento, el síndico expresó los motivos por los cuales, a su entender, consideró no pertinente la promoción de aquella acción. Ello no autoriza –en principio-, a juzgar sobre el acierto o no de aquella oposición desde que, en lo que aquí interesa –esto es, reconocer en favor del acreedor aquella legitimación subsidiaria para promover el juicio-, no era siquiera necesario que mediara expresa resistencia por parte del auxiliar, bastando con que éste se mantuviera inactivo durante el plazo que fija la ley tras el requerimiento que al efecto le fuera cursado.

En ese contexto, y sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el referido funcionario –aspecto que en el caso sólo podría ser juzgado en la eventualidad de que la acción que pudiera promover el acreedor tuviera éxito-, ninguna valoración corresponde realizar en este estado con relación a aquella negativa, desde que tal dato sólo autoriza al acreedor a deducir *per se* aquella acción.

Por tales razones corresponde decidir la cuestión del modo adelantado.

IV. Por ello se RESUELVE: a) rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida en cuanto deja expedita respecto del recurrente la vía prevista por el art. 120 L.C.Q; b) las costas de Alzada se imponen en el orden causado dado el modo en

que la cuestión se encuentra propuesta. Póngase en conocimiento de la Sra. fiscal general lo decidido precedentemente, a cuyo fin pasen los autos a su despacho. Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art.4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

Fdo. JUAN R. GARIBOTTO. RAFAEL F. BRUNO SECRETARIO DE CÁMARA

5. INTERPRETACION PLENARIO CIRUGIA NORTE SRL. HONORARIOS AL SINDICO CUANDO EL CONCURSADO RESULTE VENCIDO SI LAS COSTAS LAS GENERA EL CONCURSADO POR PLANTEOS INFUNDADOS.

Si bien con la ley 26.853 la fuerza obligatoria de los fallos plenarios ha dejado de existir, la Sala comparte los fundamentos del plenario “Cirugía Norte S.R.L. s/ inc. de verificación por DNRP”, doctrina: “*Corresponde regular honorarios al síndico, por la representación del concurso, cuando éste resulte vencedor en costas...*”. Lo que no implica interpretar *contrario sensu*, que no corresponde en ningún caso regular honorarios al síndico cuando las costas se impongan al concurso. Entiende que corresponde regular honorarios al síndico cuando las costas no habían sido generadas por él, sino por el concursado, cuándo, por ejemplo, este último había omitido denunciar el crédito en su presentación y se había opuesto injustificadamente a que fuera verificado. La labor del síndico no puede considerarse gratuita, pero dado que el informe se basaba en lo expuesto en el art.35 y 39, correspondía menguar los honorarios.

Incidente N° 6 - P.L. RIVERO Y CIA. S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO s/INCIDENTE DE REVISION DE CREDITO Expediente N° 4408/2012/6/CA5 Juzgado N° 18 Secretaría N° 35. CNCOM Sala C

Buenos Aires, 3 de junio de 2016.

Y VISTOS:

I. Aun cuando se estime que con la entrada en vigencia de la ley 26.853 la fuerza obligatoria de los fallos plenarios ha dejado de existir en la actualidad, lo cierto es que esta Sala comparte los fundamentos que llevaron a la Cámara en pleno a sentenciar del modo en que lo hizo *in re* “Cirugía Norte S.R.L. s/ inc. de verificación por DNRP”, del 29/12/88.

Es a la luz de tales principios que, en consecuencia, será resuelto el presente caso.

II. En dicho fallo se estableció la siguiente doctrina: “*Corresponde regular honorarios al síndico, por la representación del concurso, cuando éste resulte vencedor en costas...*” (sic). No obstante, de ella no puede extraerse de modo automático y como doctrina *contrario sensu*, que no corresponde en ningún caso regular honorarios al síndico cuando las costas se impongan al concurso. Por el contrario, si bien en el voto de la mayoría se admitió la existencia de labor diferenciada en el marco de un incidente de verificación o de revisión de crédito, se dijo que ella no tenía autonomía propia desde que, en principio, la labor intelectual había sido cumplida en el proceso principal mediante la elaboración de los informes correspondientes, y por ende remunerada allí.

Es decir, se destacó que había que advertir las disímiles situaciones en cada caso concreto, a los efectos de aventar la posibilidad de una doble regulación. En ese contexto, fue admitido por la jurisprudencia que correspondía regular honorarios al síndico cuando las costas no habían sido generadas por él, sino por el concursado, cuándo, por ejemplo, este último había omitido denunciar el crédito en su presentación y se había opuesto injustificadamente a que fuera verificado (*ver Pesaresi – Passarón, “Honorarios en concursos y quiebras”, pág. 490, edit. Astrea, 2002*).

III. Desde tal perspectiva, y a los efectos de justipreciar la labor desarrollada en autos por la sindicatura, es del caso señalar que en oportunidad de realizar el informe del art. 56 L.C.Q., el órgano concursal se limitó sin más a adjuntar aquel que había confeccionado en la oportunidad prevista por el art. 35 del mismo cuerpo legal, y a remitirse a lo expuesto en él (*ver fs. 165*). Es verdad que a requerimiento de la *a quo* ese informe fue ampliado en los términos del escrito de fs. 168/172.

No obstante, ese nuevo informe tampoco trasunta una actividad adicional, a poco que se repare en que, en sustancia, la opinión contenida en él estuvo sustentada en la información que había sido volcada oportunamente en el informe individual (art. 35) y general (art. 39) de los autos principales, destacando incluso el síndico la ausencia de prueba que pudiera justificar una opinión diversa. Por otra parte, la negativa de producción de la prueba pericial contable ofrecida aquí por la concursada no se sustentó en su falta de necesidad ante la prueba colectada por la sindicatura (ninguna específica actividad pericial fue cumplida por el síndico en el marco de este expediente), sino en la apreciación de la Sra. juez de grado según la cual “...sería necesario sólo en el hipotético caso de que se demostrase que la actividad de la concursada se adecua al contrato de fasón, supuesto en el cual resultaría procedente la reliquidación de los impuestos que se pretenden mediante peritaje contable.” (*sic ver. fs. 54/56*), de modo que su producción fue diferida al cumplimiento de aquella hipótesis.

Las consideraciones precedentes no implican afirmar que la labor realizada por la sindicatura en estos autos deba considerarse gratuita, gratuidad que no puede predicarse respecto de trabajos que deben ser, por su naturaleza, remunerados. Implica sólo afirmar que, a los efectos regulatorios, no han de seguirse las pautas pretendidas por el síndico a efectos de la fijación de sus emolumentos. Ahora bien, el síndico debió presentarse en este incidente en el cual la concursada cuestionó injustificadamente el crédito de la AFIP con sustento en que la presencia de cierto contrato de fasón imponía una diversa conclusión de lo adeudado en materia impositiva. Puso en este plano, entonces, el engranaje judicial en marcha a efectos de obtener la revisión de un crédito que ascendía a \$ 233.000.000 aproximadamente. Así lo hizo, sabiendo de antemano que no habría de poderse prescindir del dictamen del síndico, quien intervino en autos produciendo tal dictamen y asumiendo la responsabilidad implícita en sus opiniones técnicas. La Sala no encuentra razón, como se dijo, para considerar que esa labor y consecuente responsabilidad deban considerarse gratuitas, por lo que, a fin de cuantificar la remuneración de marras se tendrá en cuenta la importancia económica del expediente, menguada en su significación por el hecho de que los trabajos de la sindicatura, como se destacó *ut supra*, solo le requirieron en sustancia revisar su propio trabajo ya realizado en oportunidad de producir los informes de los arts. 35 y 39 L.C.Q.

IV. En tales condiciones, habrán de confirmarse en su cuantía los honorarios regulados a fs. 395. Así se decide. Sin costas dado las particularidades del caso. Notifíquese por Secretaría.

Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia.

Fdo, EDUARDO R. MACHIN, JULIA VILLANUEVA, JUAN R. GARIBOTTO
RAFAEL F. BRUNO SECRETARIO DE CÁMARA

6. RG AFIP 3587/2014 (ARTS. 16, 20 Y 39) ES INCONSTITUCIONAL.

El concursado categoriza disponiendo una categoría aparte para la AFIP y pidiendo a S.S. se declare inconstitucional ciertos artículos de la RG AFIP 3587/2014. El juzgado entiende que la negociación del concursado con sus acreedores es extrajudicial y ajena al juez del concurso, que la resolución de la AFIP fue dictada en ejercicio su potestad reglamentaria, y no cabe avanzar en el ámbito de ese proceso. Sin embargo, la cámara admite recurso de inconstitucionalidad planteado por el concursado y entiende que la resolución el Fisco no podrá exigirle -a fin de prestar o no su conformidad- que la deudora desista y se allane a las revisiones en trámite toda vez que resulta irrazonable la limitación del ejercicio del derecho de defensa en juicio que se encuentra reconocido y garantizado por la CN.

Expte. 31231/2014 -

PETROLERA ARGENTINA S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO

Juzgado n° 6 - Secretaria n° 11. CNCOM Sala B

Buenos Aires, 9 de junio de 2016. Y VISTOS:

1. Apeló la concursada la resolución de fs. 1477/1478 que desestimó in limine su planteo de inconstitucionalidad de la RG AFIP 3587/2014 (arts. 16, 20 y 39). Su memoria de fs. 1566/1572 fue contestada a fs. 1587/1592 y fs. 1610/1611. La Sra. Fiscal General dictaminó a fs. 1616/1622.

2. Los fundamentos del dictamen fiscal, que esta Sala comparte y a los que se remite a fin de mantener economía expositiva, resultan suficientes para admitir el recurso.

En tanto resulta irrazonable la limitación del ejercicio del derecho de defensa en juicio que reconoce y garantiza la CN, exigir al concursado el cumplimiento del requisito adicional que incorpora la resolución administrativa atacada deviene inconstitucional, por lo que así cabe declararlo (CNCom., Sala C, in re, “Veinfar Industrial y Comercial s/concurso preventivo s/ incidentes piezas separadas AFIP-DGI”, 15-3-16).

Ergo, se establece que en ocasión de adherir la concursada al plan de facilidades de pago de la RG AFIP 3587/14, el Fisco no podrá exigirle -a fin de prestar o no su conformidad- que la deudora desista y se allane a las revisiones en trámite (fs. 1570).

3. Se admite el recurso de fs. 1561 y se revoca la resolución atacada en lo que fuera materia de agravio, con costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

4. Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Acordadas n° 31/11 y 38/13 CSJN, y a la Fiscalía de Cámara en su despacho, y devuélvase al Juzgado de origen.

5. Oportunamente cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada n° 15/13 CSJN.

MATILDE E. BALLERINI, MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO,
ANA I. PIAGGI

Antecedentes:

**PETROLERA ARGENTINA S.A. s/CONCURSO PREVENTIVO - Expte.
N° 31231/2014 Juzgado Nacional en lo Comercial N° 6 - Secretaría N° 11**

Buenos Aires, 12 de febrero de 2016.S

(I)

La concursada presentó en fs. 1470 punto II su propuesta de agrupamiento y clasificación de acreedores de conformidad con lo previsto por la LCQ 41. Al emitir opinión, la sindicatura nada objetó respecto de la clasificación propuesta (fs. 1537), ni tampoco mediaron objeciones de terceros. El agrupamiento proyectado por la concursada aparece formalmente procedente, pues contiene una cantidad de categorías apropiadas al universo de acreedores verificados y declarados admisibles.

Ahora bien, cabe aquí señalar que en ocasiones anteriores y en diversos procesos concursales, ante pedidos de exclusión formulados por el deudor, he dispuesto la categorización de los organismos fiscales en categorías diferentes a fin de propiciar una solución preventiva exitosa.

Ello, entre otras cosas, teniendo en especial consideración la falta de flexibilidad negocial de los entes recaudadores.

Ahora bien, tal criterio no será seguido en la especie puesto que la deudora, si bien propuso la formación de una categoría para la porción quirografaria del crédito del fisco nacional, y otra distinta para la porción del crédito del fisco nacional con privilegio general, no solicitó la exclusión de los restantes acreedores fiscales, sino que los incluyó en las categorías “ACREEDORES QUIROGRAFARIOS EXCLUIDOS LABORALES Y EL FISCO NACIONAL –AFIP-“ y “ACREEDORES CON PRIVILEGIO GENERAL EXCLUIDO EL FISCO NACIONAL -AFIP- “, por lo que cabe asumir que la concursada no pretende colocar a dichos organismos fiscales respecto de la porción quirografaria y la porción con privilegio general de sus créditos en un categoría diferente del resto de los acreedores a fin de ofrecer propuestas distintas. Resta señalar, a fin de despejar cualquier duda al respecto, que la concursada deberá en su caso obtener y presentar la conformidad de los organismos fiscales dentro del período de exclusividad y con las formalidades que exige la LCQ 45, en atención a que la norma ninguna excepción prevé al respecto.

En tal situación resuelvo establecer las siguientes categorías de acreedores:

1. ACREEDORES QUIROGRAFARIOS EXCLUIDOS LABORALES Y EL FISCO NACIONAL –AFIP-
2. ACREEDORES QUIROGRAFARIOS LABORALES.
3. ACREEDOR QUIROGRAFARIO FISCO NACIONAL – AFIP-.
4. ACREEDORES CON PRIVILEGIO GENERAL EXCLUIDO EL FISCO NACIONAL –AFIP-.
5. ACREEDOR CON PRIVILEGIO GENERAL FISCO NACIONAL –AFIP-.

Notifíquese ministerio legis.

(II)

En atención a la fecha en que quedará notificado el presente decisorio, hágase saber que el período de exclusividad vencerá el día 24 de junio de 2016, por lo que la audiencia informativa tendrá lugar en la Sala de Audiencias del Juzgado el día 17 de junio de

2016, a las 11.30 horas si para entonces la concursada no hubiese obtenido las conformidades previstas en la LCQ.

(III)

De conformidad con lo dispuesto por la LCQ 42, corresponde designar a los integrantes del comité de control. Por ello y en virtud de lo resuelto en la oportunidad prevista por la LCQ: 36 designo a los acreedores Cargill Investments SRL, Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén y la Administración Federal de Ingresos Públicos, para integrar dicho comité, los que deberán aceptar el cargo ante el Actuario o mediante su presentación escrita en autos, dentro del quinto día, bajo apercibimiento de reemplazo. Notifíquese.

En cuanto a los tres integrantes del comité que representarán a los trabajadores, en tanto la norma no prevé el modo en que será llevada a cabo la selección del mismo, dispónese que - con intervención legal de la/s asociación/es gremial/es respectiva/s- la concursada convoque a elecciones en las que participarán todos sus dependientes.

Hágase saber a la deudora que, dentro del término de veinte días, deberá instar ese trámite y acreditar en autos dentro -mediante acta suscripta por: el representante legal de la concursada, las autoridades gremiales que intervendrán en el acto y tres trabajadores- el resultado de la elección.

Por último, señálase que el comité deberá actuar en conjunto, y a ese fin deberá unificar la personería, designar un presidente y constituir un único domicilio procesal.

Marta G. Cirulli Juez

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2015.

1. Agréguese la propuesta de categorización y hágase saber.

2. a) La concursada planteó la inconstitucionalidad de los artículos 16, 20 y 39 de la Resolución General de la AFIP 3587/2014 por considerar que agravia los derechos y garantías constitucionales reconocidos por los artículos 14, 16, 18, 28 y concordantes de la Constitución Nacional.

Ello, por los argumentos expuestos en la presentación de fs.1642/3, y en la pieza en despacho, a las que me remito por motivos de brevedad.

b) Señálase de modo preliminar que el concursado “debe obtener extrajudicialmente y acompañar al juzgado antes del vencimiento del denominado periodo de exclusividad, constancia escrita de la que resulte la conformidad o aceptación de la propuesta, expresada por la mayoría absoluta de los acreedores quirografarios de cada categoría, si es que hubiere más de una” - el subrayado me pertenece (conf. Heredia Pablo “Tratado Exegético de Derecho Concursal Ley 24.522 y modificatorias, comentada, anotada y concordada, Ed. Abaco Bs. As. 2000, T 2 p. 101). Recuérdase además que el principio de igualdad de los acreedores informa todos los preceptos de la ley concursal y en especial los que regulan el período de exclusividad del que goza el deudor para formular propuestas de acuerdo preventivo y obtener de éstos su conformidad. Ello así, he de adelantar que escapa a la jurisdicción de esta juez concursal el conocimiento de las motivaciones y fundamentos por las cuales cada acreedor, independientemente de su naturaleza jurídica, forma su voluntad y adopta la decisión de prestar, o no, conformidad con la propuesta de acuerdo, sin que el hecho de que el acreedor en cuestión sea un organismo fiscal merezca distinta solución.

Es que la negociación entre el acreedor y el deudor en punto a la obtención de su conformidad, tal como señalé precedentemente, es extrajudicial y por ende ajena a la jurisdicción del juez del concurso.

Por otro lado, véase que en el caso que nos ocupa la norma cuestionada por la concursada responde a criterios y políticas de Estado en los que no cabe en principio intervenir, por cuanto obedecen a decisiones derivadas de políticas fiscales encauzadas a través del organismo recaudador.

Es que la resolución atacada dictada por la Administración Federal de Ingresos Públicos en el ejercicio de su potestad reglamentaria, para determinar el modo y los términos en los que los contribuyentes en concurso preventivo podrán acogerse a los planes de facilidades de pago, importa el ejercicio de cierta discrecionalidad propia, sobre la que no cabe avanzar en el ámbito de este proceso.

Lo contrario importaría la injerencia en cuestiones que exorbitan las facultades del magistrado a cargo del concurso.

c) Por todo ello, y con el alcance expuesto, Resuelvo: Desestimar in limine el planteo en análisis.

Marta G. Cirulli Juez