



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

*“Abuso del derecho en los acuerdos
preventivos”*

(PIA)

Abogacía

Rasetto, Lucía María

2012

Resumen.

En este trabajo final de graduación se plantea la problemática del abuso del derecho en los acuerdos preventivos que conforman y dan comienzo al llamado concurso preventivo. El concurso preventivo es un remedio judicial otorgado por la ley 24.522 que le brinda la posibilidad a un deudor que no le es posible hacer frente a sus obligaciones de crear un plan de negocios, junto con la aprobación de sus acreedores, para renegociar sus deudas y en un determinado plazo cumplir con estas. El problema se encuentra cuando este deudor propone o concreta propuestas con sus acreedores que resultan abusivas de los derechos de los mismos, ya sea por estar conformadas con esperas demasiado largas, con quitas demasiado grandes, con refinanciamientos absurdos entre otras innumerables maneras. Son muchos, sin embargo, los casos en los cuales estos son aprobados por los acreedores, ya sea por la inmediata necesidad de cobrar sus créditos o por que el dividendo sería aun menor que en el caso de una quiebra, es aquí donde se puede echar mano a este instituto. Debemos tener en cuenta que la ley establece que debe primar la decisión de los acreedores, y que el juez solo de manera excepcional puede denegar una homologación cuando sea notoria la existencia de un abuso. Es decir, la facultad del juez de no homologar es excepcional, solo puede ser utilizada cuando el abuso resulte manifiesto, inequívoco, que no quede ninguna duda que el concursado quiere ejercer el derecho de una forma irregular. Pero el abuso del derecho en el ámbito de los concursos no se encuentra demasiado determinado en cuanto a cuáles son las conductas reprochadas por la ley, es un concepto indeterminado, un estándar jurídico que debe ser definido, buscando la fenomenología en cada caso concreto, ponderando las circunstancias propias de cada supuesto. Es por esto que se ha hecho un arduo trabajo tanto doctrinario como jurisprudencial para poder determinar en qué casos se puede hablar de un ejercicio abusivo de los derechos, es decir cuando el mismo contraría los principios que componen todo el ordenamiento jurídico en su integridad, el orden público y los principios de los concursos, como el principio de conservación de la empresa.

Abstract

This final graduate work paper raises the problem of legal abuses in preventive arrangements which lead to a company's debt restructuring. This is a judicial remedy granted by the law 24.522, which gives the possibility to a debtor who is unable to carry out their obligations to create a repayment plan, with the approval of its creditors to renegotiate their debts and within a certain period to comply with them. The problem is when the debtor puts forward or makes proposals with creditors that are abusive of their rights, either because these proposals involve extending the period repayment too much, reducing the amount owed to a great extent or with absurd refinancing among countless other ways. However, there are many cases in which these proposals are approved by creditors, either because of their immediate need to be paid or because they may run the risk that the dividend would be even lower in the case of bankruptcy. This is when you can resort to this institute. We should take into account that the law gives priority to the creditors' decision, and the judge can, only under exceptional circumstances, reject an homologation when there is an indisputable abuse. That means, that the power of the judge to reject the agreement is exceptional and can only be used when the abuse is undeniable, unequivocal, and there is no doubt that the debtor is making bad use of their right to file for bankruptcy. However, the abuse of the law in the field of debt restructuring is not well defined as regards what behaviour is exactly condemned by law; it is an indeterminate concept, a legal standard that must be defined, seeking phenomenology in each case, considering the circumstances of each case. That is why there has been doctrinaire hard work as well as case law to determine when one can speak of an abusive exercise of rights, when it is contrary to the principles that make up the entire legal system as a whole, the public order and principles involved in debt restructuring such as the principle of conservation of the company.

INDICE DEL TFG.

1. Resumen.
2. Abstract.
3. Índice.

I. Capítulo 1	
• Planteamiento del problema de investigación y objetivos.	<i>Pág. 5.</i>
• Metodología.	<i>Pág. 6.</i>
• Introducción.	<i>Pág. 9.</i>
II. Capítulo 2: Aspectos generales.	
• Concepto de acuerdo preventivo y propuestas a los acreedores.	<i>Pág. 11.</i>
• Concepto de homologación de acuerdo preventivo.	<i>Pág. 16.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 19.</i>
III. Capítulo 3: Las facultades judiciales de control de los jueces.	
• Análisis comparativo de las leyes 19.551, 24.522 y 25.589.	<i>Pág. 21.</i>
• Análisis doctrinario sobre las facultades de control de los jueces de las propuestas en el acuerdo preventivo.	<i>Pág. 24.</i>
• Principio de conservación de la empresa.	<i>Pág. 27.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 31.</i>
IV. Capítulo 4: Abuso del derecho.	
• Concepto.	<i>Pág. 33.</i>
• Encuadre jurídico en la ley 24.522 y artículo 1.071 del Código civil.	<i>Pág. 35.</i>
• Naturaleza jurídica del instituto, ¿Es un estándar jurídico a definir?	<i>Pág. 39.</i>
• Aplicación práctica. Casos.	<i>Pág. 41.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 43.</i>
V. Capítulo 5: Propuestas en el acuerdo preventivo.	
• ¿En qué casos se consideran abusivas?	<i>Pág. 45.</i>
• Análisis doctrinario del inciso 4, artículo 52.	<i>Pág. 49.</i>
• Facultades de valoración de los magistrados.	<i>Pág. 53.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 56.</i>
VI. Capítulo 6: Análisis jurisprudencial.	
• CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo”.	<i>Pág. 58.</i>
• C.S.J.N., “Arcángel Maggio s/ concurso preventivo s/ incidente de	

• impugnación al acuerdo preventivo”.	<i>Pág. 60.</i>
• C.S.J.N., “Sociedad comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo”.	<i>Pág. 62.</i>
• CNCom., Sala C, “Línea Vanguard, S.A. s/concurso preventivo”.	<i>Pág. 64.</i>
• CNCom., Sala F, “Cooperativa de Crédito Pampero Limitada s/ concurso preventivo”.	<i>Pág. 66.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 68.</i>
VII. Capítulo 7: Derecho comparado.	
• Ley de concursos mercantiles N° 1116, Colombia.	<i>Pág. 70.</i>
• Ley de Concurso mercantiles México.	<i>Pág. 71.</i>
• Código de Comercio de Uruguay, Libro IV, Ley de Quiebras.	<i>Pág. 72.</i>
• Conclusiones parciales.	<i>Pág. 74.</i>
VIII. Conclusiones finales.	<i>Pág. 75.</i>
IX. Bibliografía.	<i>Pág. 80.</i>
X. Anexo.	

I. *CAPITULO 1.*

Problema de investigación: ¿En qué casos y bajo qué condiciones los jueces pueden aplicar el instituto del abuso del derecho a la hora de homologar un acuerdo?

OBJETIVO GENERAL

Analizar bajo qué condiciones los jueces pueden considerar como abusivas las propuestas presentadas por el deudor en el acuerdo concursal a homologar.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Comparar las facultades de control que poseen los jueces sobre el acuerdo preventivo en la ley 24.522, su modificatoria ley 25.589 y en la anterior ley 19.551.
- Distinguir el concepto de abuso de derecho en el marco de los concursos del abuso del derecho receptado en el art. 1071 del Código Civil.
- Explicar qué se entiende por homologación de un acuerdo preventivo.
- Destacar la importancia del instituto del abuso del derecho como instrumento de control en los concursos preventivos.
- Identificar las distintas opiniones doctrinarias prevalecientes en nuestro derecho sobre el alcance o extensión de las facultades de los jueces de controlar las propuestas del acuerdo, la utilidad de la incorporación del abuso del derecho y su consideración actual como un estándar jurídico a definir.
- Analizar los fallos jurisprudenciales más trascendentes en los tres períodos de la ley de concursos y quiebras; ley 19.551, ley 24.522 y ley modificatoria 25.589.
- Analizar la recepción del instituto del abuso del derecho en el derecho comparado.

METODOLOGIA:

En el presente apartado se explicará la metodología a utilizar, cuáles son las técnicas y los procedimientos para llevar a cabo el siguiente trabajo de investigación. Para comenzar, diremos que la metodología

Se ocupa tanto del estudio de los procedimientos y las acciones que debe seguir el investigador para construir conocimiento científico, como de una serie de criterios y reglas que permitan valorar si ese conocimiento alcanza o no el rango de científico (Yuni y Urbano, 2003, pág. 10).

En el presente trabajo de graduación se utilizará el tipo de estudio llamado descriptivo, que es aquel que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales” (Yuni y Urbano, 2003, pág. 47).

Este es el método utilizado sobre la base de una hipótesis expuesta, en este caso las facultades de los jueces de control de un acuerdo preventivo para otorgar su homologación o su rechazo en base al instituto del abuso del derecho introducido por la ley 25.589. A partir de la hipótesis en la que se intentará establecer en qué casos y bajo qué condiciones los jueces pueden rechazar la homologación de un acuerdo preventivo por considerar las propuestas abusivas, se intentará recolectar diferentes tipos de datos o información para luego analizarla y exponerla de manera tal que pueda apoyar a la hipótesis anteriormente mencionada. Se utilizará recolección de legislación, análisis jurisprudenciales, informes de revistas especializadas y doctrina existente en la actualidad.

Una vez expuesto el tipo de estudio a utilizar, se indicará cual será la estrategia metodológica a utilizar. Como sabemos existen tres tipos de estrategias metodológicas: la cualitativa, la cuantitativa y la cuali-cuantitativa. La diferencia principal entre ellas es que la cualitativa emplea términos estrictamente verbales mientras que el cuantitativo utiliza también términos matemáticos y la cuali-cuantitativa combina los términos verbales y los matemáticos. A los fines del presente trabajo, consideramos que la estrategia del tipo cualitativo es aquella “que se utiliza en estudios cuyo objetivo es examinar la naturaleza general de los fenómenos. Proporcionan una gran cantidad de información valiosa y contribuyen a identificar factores importantes que deben ser medidos” (Van Dalen y Meyer, 1944). Se considera pertinente en este caso la

utilización del método anteriormente mencionado ya que se tratará de utilizar todos los datos encontrados y evaluados para demostrar la realidad desde el punto de vista más objetivo posible, en este caso con qué extensión y alcance es utilizado el abuso del derecho y cuál es su valoración. Por otro lado, no se utilizará ningún tipo de extracción de datos del tipo de encuestas o entrevistas, sólo se limitará a recolectar información existente sobre el tema.

Fuentes principales a utilizar:

Primarias: información sobre la cual se basa la investigación. En este caso se utilizará jurisprudencia en la cual se podrá observar el rechazo de ciertos acuerdos preventivos considerados por los magistrados como abusivos, al mismo tiempo se evaluará de qué manera los magistrados analizan y aplican el instituto del abuso del derecho y su utilidad actualmente. También se citará y evaluarán las leyes 19.551, 24.522 y la ley modificatoria 25.589 para así determinar cómo fueron evolucionando las facultades de los jueces y cómo repercute en el ámbito de los concursos la introducción del abuso del derecho en la ley 24.522.

Secundarias: dentro de estas se analizarán extensivamente fuentes doctrinarias, describiendo las distintas corrientes de pensamiento sobre como se observa el abuso del derecho en las propuestas del acuerdo preventivo y de qué manera se recepta actualmente por los autores este instituto, los comentarios a los fallos citados dentro del marco de las fuentes principales y diferentes artículos en revistas especializadas.

Técnicas de recolección de datos:

- *Observación de datos o de documentos:* se analizarán los documentos y datos obtenidos a partir de las fuentes primarias y secundarias. En este caso la legislación citada, los fallos jurisprudenciales y la doctrina contenidos en libros y artículos de revistas. Mediante este análisis u observación en el caso de la legislación, queremos observar de qué manera se recepta el instituto del abuso del derecho en la legislación actual; mediante la jurisprudencia se analizará de qué manera impactó y fue aplicándose el abuso del derecho, cómo es su consideración actual y valoración por parte de los magistrados judiciales. En el caso de la doctrina, se intentará evaluar y valorar de qué manera los diferentes autores han interpretado esta incorporación del abuso del derecho y las distintas teorías que apoyan estas consideraciones.

Delimitación Temporal:

El tema que se investiga en el siguiente trabajo data de poco tiempo en el campo de los concursos y las quiebras. Si bien el instituto del abuso del derecho existe desde la creación del Código Civil y el Código de Comercio, en el ámbito de los concursos fue introducida en el año 2002 por la ley modificatoria 25.589; a partir de este momento se vuelven a ampliar las facultades de control otorgadas a los jueces incluyendo el abuso del derecho como parámetro para la denegación o rechazo de la homologación del acuerdo preventivo. A raíz de esta incorporación comienzan también los análisis doctrinarios y especialmente jurisprudenciales sobre la conveniencia de este instituto, respecto a cómo se valora actualmente teniendo en cuenta que la empresa en nuestro país es una fuente productora de trabajo e industria, cómo se puede apreciar a una propuesta como abusiva y cómo podríamos definir al abuso del derecho dentro del concurso preventivo, dónde la jurisprudencia es mayoritaria y afirma que este es un estándar jurídico a definir.

INTRODUCCION:

Actualmente no podemos dejar de observar que la empresa ocupa un lugar fundamental en el desarrollo de la economía y de un país, esta desde el punto de vista económico, jurídico, cultural y social es considerada como una fuente generadora de empleo, es la que otorga la mayor cantidad de puestos laborales. De esta forma, la empresa debe ser protegida e incentivada a llevar adelante su producción e industria. En nuestro país, se han dictado diversas leyes referidas a la empresa, como ser la ley de sociedades comerciales y la ley de concursos y quiebras, una que organiza a la empresa y la otra que otorga un remedio judicial y un procedimiento de liquidación de estas.

La empresa, además de generar empleo y múltiples activos, también genera deudas cuando no es capaz de cumplir con el pago de sus obligaciones, ya sea con proveedores o con sus propios trabajadores. De esta manera, cuando el pasivo supera al activo, la persona jurídica llega a encontrarse en un estado que se denomina “cesación de pagos” conceptualizado como “una real imposibilidad de hacer frente de manera corriente a sus obligaciones” (Junyent Bas y Molina Sandolval, 2009, pag. 39). Así cuando esto sucede se abre un remedio judicial otorgado por la ley llamado concurso preventivo, por el cual el deudor puede convenir con sus acreedores la forma y los plazos en que se irán cumpliendo las obligaciones adeudadas, que se materializan en un acuerdo preventivo, al que podemos definirlo como “el contrato solemne celebrado entre el deudor y la comunidad organizada de sus acreedores con el objeto de sistematizar las relaciones jurídicas existentes entre aquél y estos y tiene por finalidad evitar la declaración de la quiebra” (Cullari, 2005) que a través de las diversas propuestas que son otorgadas por el deudor y aprobadas por los acreedores, el que luego es homologado por una resolución judicial para poder concursarse definitivamente.

En el siguiente trabajo de investigación se tratará el instituto del abuso del derecho, conocido principalmente en materia de derecho civil, ingresado a la ley de Concursos y quiebras en el año 2002 por el cual el juez es facultado a no homologar un acuerdo preventivo cuando sea abusivo para sus acreedores. Esta modificación de la ley produjo diversas opiniones doctrinarias así como precedentes jurisprudenciales que se pronunciaron sobre este instituto, llegando a la conclusión de que en materia concursal este era un estándar jurídico a definir. De esta forma, se intentará a lo largo del presente, dar un concepto de lo que se entiende por abuso del derecho y la mirada y aplicación que posee en el ámbito que nos compete, explicar cuáles son las facultades que tienen los jueces a la hora de evaluar si un acuerdo es considerado abusivo y su consideración

actual, teniendo en cuenta que la jurisprudencia mayoritaria valora a la empresa actualmente como una fuente productora de empleo. Destacando que la ley a que estamos haciendo referencia ha sufrido diversas modificaciones, comenzando por la ley 19.551, en la cual las facultades del juez eran amplias pudiendo hacer un examen no solo formal, sino sustancial del acuerdo, modificándose posteriormente para acotar estas facultades a un mero examen extrínseco del mismo durante la vigencia de la ley 24.522 y finalmente, la modificación por la ley 25.589 por la que se restablecen las mentadas facultades.

El trabajo final de graduación se divide en tres grandes líneas: en primer lugar se intentará dar los conceptos de acuerdo preventivo y las propuestas que lo componen y qué se entiende por homologación judicial, dando una primera aproximación al tema. En el segundo capítulo, se observará cuáles son las facultades que poseen los jueces a la hora de evaluar el acuerdo preventivo para su posterior homologación, comparando las diversas modificaciones que sufrió la ley de concursos y quiebras a través del tiempo, teniendo en cuenta que en las citadas modificaciones se produjeron disminución de estas facultades para su posterior rehabilitación. En el tercer capítulo se conceptualizará lo que es el abuso del derecho, tanto en el derecho civil como en los concursos preventivos, haciendo una comparación de ambos, cómo es su encuadre jurídico en la ley de concursos y quiebras actual, así como en las diferentes modificaciones que la antecedieron. Por otro lado, se tratará de establecer cuál es la naturaleza jurídica del mismo y responder al interrogante acerca de su calificación por la jurisprudencia mayoritaria como un concepto a definir.

En el cuarto capítulo se expondrán cuáles son las propuestas que en la práctica actual son presentadas por el deudor y en qué casos son consideradas como abusivas para los intereses de los acreedores y qué es lo que valora el juez al momento de su calificación. En los últimos dos capítulos se analizará diversa jurisprudencia sobre temática a investigar pronunciadas durante la vigencia de la leyes 19.551, 24.522 y 25.589 y diversa legislación extranjera para así observar sí el abuso del derecho es receptado en las diversas leyes y de qué manera.

II. **CAPITULO 2: Aspectos Generales.**

Concepto de acuerdo preventivo y propuestas a los acreedores.

Para comenzar con los aspectos generales del presente trabajo de investigación, consideramos propicio dar una definición o noción de lo que es un acuerdo preventivo. Primeramente diremos que es una condición necesaria de los concursos preventivos, ya que mediante él los acreedores y el deudor, a través de distintas propuestas que se van evaluando respecto a su conveniencia para el cumplimiento de las obligaciones que posee el deudor con estos acreedores, llegan a estipular como se irán haciendo efectivas las distintas prestaciones debidas por el deudor concursado.

Para dar una primera aproximación al concepto de acuerdo preventivo diremos que este se encuentra receptado en el artículo 49 de las Ley de Concurso y Quiebras 24.522 que establece: *“Dentro de los tres días de presentadas las conformidades correspondientes, el juez dictará resolución haciendo saber la existencia de acuerdo preventivo”*¹.

Esta resolución judicial no importa aprobación ni homologación del acuerdo por parte del juez (en su caso, la homologación se hace en la oportunidad que señala el artículo 52, LQC). Para dictarla, el juez debe verificar –con o sin previa consulta al síndico o al comité de acreedores- que se hayan reunido las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta; y ello es todo lo que debe hacer saber (Rouillon, 2010, pág. 151).

A partir del citado artículo podemos observar que el acuerdo preventivo lleva como antecedente necesario que se hayan otorgado las conformidades de los acreedores, sin los cuales el juez no puede dictar la resolución que notifique sobre la existencia de un acuerdo. Las mayorías que se establecen como necesarias varían según se trate de acreedores quirografarios o privilegiados o ambos. Para obtener un acuerdo preventivo con los acreedores quirografarios es necesario lograr la mayoría absoluta de los acreedores y que representen dos tercios del capital computable dentro de cada una de las clases en que se las ha agrupado. Por otra parte, para los acreedores privilegiados la formulación de propuestas es optativa.

¹ Artículo 49, Ley 24.552.-Concursos y Quiebras, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

Si el deudor las formulare, puede hacerlo con dos modalidades diferentes, que acarrearán distintos efectos sobre la suerte del concurso preventivo:

a) Condicionamiento de las propuestas de los quirografarios a la aprobación de la propuesta de los privilegiados. Esto es, o se aprueban todas las propuestas o se entiende no aprobada ninguna de ellas. En tal caso, la falta de aprobación de la propuesta condicionante (la de los privilegiados) determina el fracaso del concurso preventivo y su conversión a la quiebra indirecta, aunque se hubiesen logrado las mayorías suficientes en la propuesta condicionada (la de los quirografarios).

b) Si el condicionamiento precedentemente analizado no existiera, la falta de aprobación de la propuesta para privilegiados no produce la frustración del concurso preventivo; este prosigue siempre y cuando, obviamente, se aprobara la propuesta para quirografarios (Rouillon, 2010, pág. 137/138).

Por lo tanto, una vez conseguidas las mayorías requeridas por la ley el juez puede dictar la resolución que va a dar por informados a los acreedores de que se ha logrado un acuerdo.

Por otra parte, debemos incluir qué se entiende por propuestas del deudor y acreedores que de alguna manera quedan plasmadas en el acuerdo preventivo y lo constituyen en su totalidad. Es decir, a partir de las mencionadas propuestas es posible llegar a la obtención del acuerdo, que como dijimos anteriormente, debe estar aprobado por la mayoría establecida por la ley. Estas propuestas serán presentadas dentro del periodo de exclusividad que establece la ley. A este periodo de exclusividad lo podemos definir como “el lapso previsto en el ordenamiento concursal para que el deudor pueda obtener las mayorías necesarias para la aprobación de su concurso preventivo” (Grispo, 1998, pág. 54). Otros autores lo conceptualizan como

El espacio de tiempo en el cual solo el concursado puede hacer ofertas de acuerdo preventivo a los acreedores y debe obtener las mayorías legales para que el acuerdo se considere aprobado. Si el deudor fracasa en obtener la aprobación del acuerdo preventivo, entonces se abre otro periodo en el cual los terceros quedan habilitados a ofrecer propuestas de acuerdo preventivo (Rivera et al. 2010, pág. 324).

Establecido brevemente lo que se entiende por periodo de exclusividad proseguiremos con las propuestas para el acuerdo preventivo que están contenidas en el actual artículo 43.

Siguiendo el modelo impuesto por la ley 19.551, el artículo 43 de la ley vigente hace una larga enumeración de los contenidos posibles de la propuesta de acuerdo: quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores, constitución de sociedad con los quirografarios, reorganización de la sociedad deudora, administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de bonos convertibles en acciones, obligaciones negociables, debentures; constitución de garantías sobre bienes de terceros, cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos incluso laborales mediante la emisión de acciones o en un programa de propiedad participada (Rivera et al. 2010, pág. 325).

Hay autores que formulan una crítica a este artículo, Grispo expresa que

El texto legal contiene un error susceptible de provocar ciertos errores de interpretación. La norma separa con un punto y coma cada una de las alternativas que va enunciando, pero al tratar la capitalización de créditos, “incluso laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada”, debió separarse también con un punto y coma del tema siguiente, es decir, cuando se refiere a “cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad dentro de cada categoría...” (1998, pág. 57).

Para hacer algunas aclaraciones respecto a las propuestas que pueden ser otorgadas Escuti y Junyent Bas opinan que

La propuesta no puede consistir en prestación que dependa de la voluntad del deudor. Si consiste en una quita, aun cuando contenga otras modalidades, el deudor debe ofrecer, por lo menos, el pago del 40% de los créditos quirografarios anteriores a la presentación (1998, pág. 340).

A continuación, se realizará una descripción respecto a las distintas opciones de propuestas autorizadas por la ley. Siguiendo a Rivera et al., la forma más común de propuesta concordataria es la combinación de quita y espera, las cuales pueden verse plasmadas en la mayor parte de la jurisprudencia, en las que se combina una remisión parcial de la deuda y un plazo para su pago. Las propuestas también se pueden basar en la reorganización de la empresa, que puede consistir en fusión, escisión o transformación de la sociedad. También, se puede optar por constituir una sociedad con los acreedores, que puede realizarse a través de la emisión de acciones que suscriben los acreedores a través de la capitalización de sus créditos. Por otro lado, puede proponerse la administración de parte o todos los bienes del deudor en interés de los acreedores; los autores sostienen que debe instrumentarse de una manera precisa, indicando cómo va a realizarse y por quién, afirmando que una de las formas más comunes es el fideicomiso. Otro caso es el de la emisión de bonos, debentures, obligaciones negociables y de todo tipo de documentos, como comercial papers y letras hipotecarias. La ley prevé la constitución de garantías sobre bienes de terceros, y a opinión de los autores esto no impediría que se constituyan garantías sobre bienes del propio concursado, ya que implica preferencia de los acreedores en la masa sobre acreedores pos concursales. Por último, la ley incluye a la cesión de acciones de otras sociedades y la capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones de la constitución de la sociedad porque el acreedor se incorpora a la sociedad concursada (2010, págs. 326/328).

Por último, debemos preguntarnos si la enumeración establecida por el artículo 43 es taxativa o ejemplificativa. La doctrina es unánime en considerarla como ejemplificativa.

No quedan dudas que las alternativas contenidas en la norma son ejemplificativas y no taxativas. Las posibilidades de acuerdo son infinitas. Así, lo ha entendido también nuestra doctrina al señalar que “se conserva el criterio-ya adelantado- de que igualmente pueden ofrecerse otros acuerdos que, formulados libremente, obtengan la conformidad de los acreedores conforme a las mayorías que se establecen” (Grispo, 1998, pág. 57).

A modo de conclusión del presente módulo en el cual se ha observado lo que se considera un acuerdo preventivo y las propuestas que lo integran citaremos a Rouillon quien considera que

La propuesta de acuerdo es la fórmula que el concursado ofrece a sus acreedores para solucionar las deudas. Su contenido puede variar y, por ello, la mención de varios tipos de propuestas en el texto legal ha de entenderse como meramente ejemplificativa, dado que –en definitiva- se admite “cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulare propuesta”.

Toda propuesta, cualquiera que fuese la naturaleza de las prestaciones ofrecidas, debe integrarse con un régimen de administración y limitaciones a actos de disposición, aplicable en la etapa de cumplimiento y la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo (2010, pág. 128/129).

Concepto de homologación de acuerdo preventivo.

Ya precisado qué se entiende por acuerdo preventivo y las propuestas que ofrece el deudor y aprobadas por las mayorías requeridas por la ley seguiremos por precisar qué es la homologación del citado acuerdo, qué es una condición sine qua non de que el deudor pueda concursarse. Cuando hablamos de condición sine qua non nos estamos refiriendo a que es un paso necesario y obligatorio para que pueda otorgarse al deudor el remedio jurídico del concurso preventivo. Como sabemos, el concurso es considerado como un remedio judicial ya que le permite al deudor pactar con sus acreedores diversas formas de pago de las obligaciones a las que no puede hacer frente en el curso ordinario y habitual de sus negocios. Una vez que el deudor pacta o acuerda con sus acreedores, a través de las propuestas, la forma y el tiempo en que hará efectivo el cumplimiento de las obligaciones o deudas estas quedarán plasmadas en el acuerdo preventivo que a su vez deberá ser presentado ante el juez, quién constatará que se encuentren cumplidas las formalidades que ordena la ley y dictará su homologación.

Podemos encontrar a la homologación del acuerdo preventivo en el artículo 52 de la LCQ 24.522 que establece:

“Homologación. No deducidas las impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo.

1. Si considera una propuesta única, aprobada por las mayorías de la ley, debe homologarla.

2. Si considera un acuerdo en el cual hubo categorización de acreedores quirografarios y consiguiente pluralidad de propuestas a las respectivas categorías:

a) Debe homologar el acuerdo cuando se hubieran obtenido las mayorías del artículo 45 o, en su caso, las del artículo 67;

b) si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de acreedores quirografarios, siempre que resulte reunida la totalidad de los siguientes requisitos:

(i) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;

(ii) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;

(iii) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Entiéndase como discriminación el impedir que los acreedores comprendidos en dicha categoría o categorías disidentes puedan elegir -después de la imposición judicial del acuerdo- cualquiera de las propuestas, únicas o alternativas, acordadas con la categoría o categorías que las aprobaron expresamente. En defecto de elección expresa, los disidentes nunca recibirán un pago o un valor inferior al mejor que se hubiera acordado con la categoría o con cualquiera de las categorías que prestaron expresa conformidad a la propuesta;

(iv) Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra a los acreedores disidentes.

3. El acuerdo no puede ser impuesto a los acreedores con privilegio especial que no lo hubieran aceptado.

*4. En ningún caso el juez homologara una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.*²

La homologación del acuerdo preventivo puede ser definida como “la sentencia judicial que da imperio al acuerdo preventivo, haciéndolo obligatorio para todos los acreedores del concursado comprendidos en él, incluso para aquellos que no dieron su conformidad a la propuesta hecha por el concursado” (Rivera et al. 2010, pág. 425).

Otra aproximación al concepto de homologación es la que la define como “la aprobación que el juez otorga al acuerdo aprobado por los acreedores. Esta aprobación judicial es condición sine qua non de la validez y exigibilidad del acuerdo preventivo” (Rouillon, 2010, pág. 154). Grispo lo define como “la convalidación judicial de lo convenido entre los interesados y especialmente las partes de un juicio, sobre todo cuando hace al objeto principal de la causa” (1998, pág. 191).

Al respecto, Rivera, Roitman y Vitolo expresan que

El artículo 52 de la ley 24.522 proporciona una directiva al juez para la homologación del acuerdo, entendiéndose que la norma no impide la facultad jurisdiccional de realizar un control excedente de la mera legalidad formal, en los casos en los que el acuerdo pudiese afectar el interés público, teniendo en cuenta el universo jurídico en su integridad, con sustento en los artículos 953 y 1.071 del Código Civil (2005, pág. 28).

Debemos de expresar brevemente que el artículo 52 de la ley de Concursos y Quiebras ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años. No siempre el juez tuvo esta extensa facultad a la hora de evaluar la conveniencia de homologar un acuerdo preventivo. Durante la vigencia de la ley 24.522 y antes de su modificación, el juez solo podía realizar un mero control de las formalidades de este acuerdo que eran, básicamente, las de controlar que se hayan obtenidos las mayorías exigidas por la ley. Sin embargo, este será un tema a desarrollar a lo largo del presente trabajo de investigación.

² Artículo 52, inciso 4, Ley 24.552.-Concursos y Quiebras, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

En palabras de Grispo, podemos decir

Que el acuerdo alcanzado con los acreedores carece de eficacia sin una decisión judicial que lo homologue, es decir, sin la aprobación de un tribunal mediante un acto que lo homologue, es decir, sin la aprobación de un tribunal mediante un acto jurisdiccional expreso, momento a partir del cual aquel cobra virtualidad jurídico-legal, constituyéndose entonces un nuevo status iuris en las relaciones existentes entre el deudor y acreedores (Grispo, 2002).

Conclusiones parciales.

Hasta el momento hemos expuesto, a partir de numerosas fuentes de investigaciones que van desde doctrina en libros impresos hasta revistas especializadas, cual es el concepto de acuerdo preventivo y las propuestas que se encuentran contenidas en el y cuál es el concepto de homologación de este acuerdo preventivo.

De todo lo redactado podemos extraer como conclusiones, en primer lugar que el concurso preventivo es un remedio judicial que se otorga a deudores que no son capaces de hacer frente a sus obligaciones y de esta forma cae en un estado de cesación de pagos, que por otra parte es una condición necesaria para que le sea otorgado el mentado remedio judicial. Por lo tanto, en el momento en que es otorgado este el deudor debe realizar en la medida de las condiciones patrimoniales que enfrenta, diversos modos o formas de poder cumplir con todas sus deudas con el o los acreedores que se hayan presentado a exigir el pago de sus respectivos créditos. Estos modos o formas para cumplir se materializan en las llamadas propuestas que el deudor va realizando a sus acreedores y que estos irán aprobando o no, según su conveniencia y efectividad. Como ya lo expresamos anteriormente, la ley establece cuales pueden ser estas propuestas, siendo las más comunes la quita y la espera, que más adelante lo veremos en diversos fallos jurisprudenciales. Sin embargo, debemos aclarar que la enumeración realizada no es taxativa, es decir, que no son las únicas posibles, sino que el deudor puede apartarse de la letra de la ley y acordar cualquier clase de propuesta. Es justamente aquí donde cobra importancia la homologación de este acuerdo que se formó una vez aprobadas las propuestas. Desde los conceptos exhibidos podemos concluir que la homologación es una resolución judicial que realiza el juez, una vez observados que se encuentren cumplidos los requisitos que exige la ley, por el cual aprueba estas propuestas que han acordado entre las partes implicadas en el proceso concursal. Al mismo tiempo de que la homologación es un requisito indispensable y obligatorio para poder continuar con el concurso, ya que de no ser otorgada, inevitablemente se debe dictar la quiebra. Además, debo concluir que el hecho de homologar el acuerdo es una facultad que realiza el juez en base al derecho, es decir, que la ley le ha otorgado esta facultad para que pueda controlar que este acuerdo satisfaga a todas las partes y que ninguna se vea perjudicada, independientemente de que estos hayan otorgado su consentimiento. Es de vital importancia y relevancia la homologación ya que en innumerables oportunidades se ha observado que muchas de estas propuestas causan perjuicio a muchos acreedores, que ante la necesidad de hacer efectivo el pago de sus

créditos son compelidos a aceptar cualquier propuesta que evidencia ser desfavorable para este, y es donde el artículo 52 de la ley establece cuales son las condiciones que debe contener este acuerdo para poder ser aprobado por el juez, con la más significativas de las condiciones que es que en ningún caso debe ser abusiva. Aquí es donde el juez va a considerar que los derechos de todos los acreedores se hayan visto respetados de igual manera.

En los restantes capítulos veremos de qué manera se concretan estas facultades judiciales de los jueces, observando en la práctica como se ha realizado, y de qué manera han ido evolucionando a lo largo de los años, por las diversas modificaciones que ha sufrido la ley de concurso y quiebras.

III. **CAPITULO 3: Las facultades judiciales de control de los jueces.**

Análisis comparativo de las leyes 19.551, 24.522 y 25.589.

Una vez descriptos los conceptos generales en el capítulo anterior, comenzaremos a ver cuáles son las facultades que le otorga la ley a los jueces a la hora de decidir la aceptación o rechazo del acuerdo preventivo, que como dijimos es lo que se denomina “homologación del acuerdo”. También expresamos que la ley concursal ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de los años, en las cuales se han acotado y ampliado las citadas facultades de control. A continuación se realizara un análisis de estas leyes y como fue su evolución en el tiempo y su utilidad práctica.

A modo de introducción diremos que las leyes a analizar son la ley 19.551, que establecía que el juez podía realizar un amplio control del acuerdo y sus propuestas, no solo a nivel formal, sino también sustancial, para luego ser acotada por el dictado de la ley 24.522 que modifica estas en el artículo 52, para reducirlo a un mero control formal, para su posterior restablecimiento con la modificación de la anterior ley 24.522 por la ley 25.589 que vuelve a otorgar un control extrínseco e intrínseco.

Durante la vigencia de ley 19.551 el artículo establecía:

Art. 61 – *No deducidas impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez se debe pronunciar sobre la homologación del acuerdo, por resolución fundada, en la que valora:*

1. *Su congruencia con las finalidades de los concursos de acreedores y si resulta conforme con el interés general.*
2. *Su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito.*
3. *Las posibilidades de su cumplimiento y las garantías o medidas dispuestas para asegurarlo.*
4. *La existencia de causales de impugnación no invocadas.*
5. *Si el deudor, en relación con las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva.*
6. *La suficiencia de la contabilidad y documentación para informar con claridad los actos de gestión y la situación del concursado.*³

³ Artículo 61, Ley 19.551.-Concursos y Quiebras, modificada por ley 24.522. B.O. 08.09.1995.

Como lo anticipamos durante la vigencia de la ley 19.551 el juez tenía amplias facultades a la hora de evaluar la conveniencia o no de un acuerdo preventivo para dictar su posterior homologación. Otros autores como Mosso opinan que

Durante la vigencia de la ley 19.551, según se desprendía de su artículo 61, el contralor que efectuaba el tribunal al momento de la homologación, era de dos clases, de legalidad y de mérito. Jurisprudencialmente se dijo que el control de legalidad apuntaba al cumplimiento de los recaudos formales (publicación de edictos, mayorías legales, propuestas del deudor); según el control de mérito se debe ponderar la conveniencia económica del acuerdo propuesto y analizar si el deudor -atendiendo a su comportamiento-, es merecedor o no de una solución preventiva reside en examinar de modo expreso el interés público incluso de prevalencia sobre el interés de los acreedores (1998).

Hasta el momento, hemos adelantado como se encontraba configurado el sistema de homologación de los acuerdos, sin embargo en 1995 se sanciona la ley 24.522 que modifica la citada ley 19.551. Dentro de las diversas modificaciones que sufrió la ley, una de las más importantes y criticadas fue el artículo 61, por el artículo 52, en el cual se acotan o disminuyen las facultades de control del magistrado, casi anulándolas.

El nuevo artículo 52, que establece la homologación del acuerdo preventivo, quedó redactado de la siguiente manera: *“No deducidas las impugnaciones en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de DIEZ (10) días”*⁴.

La doctrina al respecto ha sostenido que

El juez se limitaba a un mero control de legalidad formal, que por otra parte en gran medida ha anticipado al declarar la existencia de acuerdo conforme al artículo 49 de la Ley de Concursos. Dicho de otro modo la homologación pasó a ser una mera comprobación de la regularidad de la obtención de las mayorías; privándose al juez de ponderar el mérito o conveniencia del acuerdo preventivo aprobado por los acreedores (Rivera et al., 2010, pág. 428).

⁴ Artículo 52, Ley 24.522.-Concursos y Quiebras, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

Continuando con el análisis de la evolución de la ley de Concursos y Quiebras en Argentina, llegamos a la modificación que produce en el año 2003 la ley 25.589, dentro de ellas el artículo 52, en el cual se restablecen las facultades judiciales de control, aproximándose al vigente durante la ley 19.551. Sin embargo, con una significativa innovación, que fue la incorporación del abuso en las propuestas a los acreedores. Este mentado instituto produce el análisis y estudio por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

En este capítulo, se citará alguna de las opiniones vertidas, ya que el instituto en particular será analizado en un capítulo aparte.

El artículo 52 quedó definitivamente modificado de la siguiente forma: *“Homologación. No deducidas las impugnaciones en término, o al rechazar las interpuestas, el juez debe pronunciarse sobre la homologación del acuerdo (...) 4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley (...)”*⁵.

Parte de la doctrina ha opinado al respecto que en nuestro derecho se restablece la facultad judicial de no homologar cuando el acuerdo sea abusivo o en fraude a la ley y, por otro lado, otorgándole al juez la facultad de imponer el acuerdo a una clase de acreedores disidentes (Rivera et al., 2005, pág. 23).

⁵ Artículo 52, inciso 4, Ley 24.552.-Concurso y Quiebra, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

Análisis doctrinario sobre las facultades de control de los jueces de las propuestas en el acuerdo preventivo.

Como se ha expresado, la ley de concursos y quiebras ha sufrido modificaciones a través de los años. Se han citado los diferentes artículos que con el correr del tiempo y con las diversas modificaciones han contenido la homologación del acuerdo preventivo. Se ha podido apreciar que en la ley 19.551 las facultades homologatorias que poseía el juez eran amplias incluyendo un análisis intrínseco del acuerdo, sobre este artículo la doctrina opinaba que la derogada ley otorgaba al magistrado la facultad de control de mérito del acuerdo y de esta manera durante su vigencia se observaron fallos jurisprudenciales en los que los jueces rechazaron la homologación de ciertos acuerdos, a pesar de haber contenido las conformidades necesarias y no haber existido impugnaciones, por estimarse que las propuestas aceptadas por la mayoría eran notoriamente gravosas para el interés general. De lo cual se puede concluir que el simple hecho de la obtención de las mayorías necesarias no obsta a que el juez pondere los demás criterios valorativos establecidos por el artículo 61 de la derogada ley 19.551 (Di Tullio et al., 2002, págs., 160/161).

Dentro de la misma línea de pensamiento, otros autores expresaban que el artículo 61 incorporó pautas que el juez debía observar a la hora de decidir si otorgaba la homologación o el rechazo del acuerdo, como la conducta del deudor, la obtención de las mayorías necesarias, la claridad de los documentos contables a la hora de evaluar los actos de gestión y la situación contable del concursado, así como la posibilidad de cumplimiento del acuerdo y la presencia o no de impugnaciones al acuerdo (Rivera et al., 2010, pág. 226). Para Gómez Rincon: “En la anterior ley 19.551 el juez contaba con amplias facultades para valorar las posibilidades de homologación de un acuerdo preventivo, pero no solo podía sino que además la ley le imponía el deber de hacerlo”. Es decir, que el juez debía valorar distintas pautas como el interés general, causales de impugnación que no hubieran sido interpuestas, el principio de conservación de la empresa, las posibilidades de cumplimiento, entre otras (2003, pág. 196/197).

Como lo indicamos, la ley 19.551 quedó derogada por la nueva ley 24.552 en la cual las facultades del magistrado fueron acotadas al extremo de poseer sólo un control de forma del acuerdo, y no ya como en la ley 19.551 de control de mérito. El juez ahora homologa lo convenido entre el deudor y los acreedores, en el régimen actual si hay acuerdo, el juez homologa y de esta manera se aleja de las antiguas legislaciones. Por lo

tanto se entiende a la homologación como un acto formal que se debe dictar si se han obtenido las mayorías y no hubiera impugnaciones (Grispo, 1998, pág. 191).

La ley 24.522 modifica así completamente el régimen de homologación del acuerdo, privando al juez de realizar un control intrínseco del acuerdo alejándose completamente de lo establecido en la antigua ley 19.551, sin embargo la doctrina le restó importancia, incluso relativizó el artículo, coincidiendo en que el juez podía dejar de homologar un acuerdo cuando este evidencie un fraude a las acreedores (Rivera, et al., 2005, pág. 22).

En base a la citada modificación de la ley se produjeron diversas críticas al sistema vigente durante ese periodo, de esta forma se ha señalado que

Debe tenerse cuidado en este aspecto y recordar que el concurso preventivo no es un ámbito meramente privado, un coto exclusivo donde acreedores y deudor dilucidan intereses privados. El orden público está interesado y mucho. Las alternativas de un proceso donde se debate la solución preventiva de la crisis de una empresa afecta a muchas otras empresas (aun cuando no sean directamente acreedores del deudor) e interesa a la comunidad toda en cuanto importa sobre el crédito en general. El interés privado debe computarse pero sin dar la espalda al interés público (Boretto, Mauricio, 2002).

La nueva ley otorga predominio a la autonomía de la voluntad del deudor y los acreedores, y acotando las facultades del juez no pondera al interés general, el principio de conservación de la empresa y la protección del crédito. A pesar de la clara letra de la ley la doctrina concursalista ha coincidido en establecer que el juez no pierde sus potestades de control del acuerdo, ya que siempre podrá rechazar la homologación cuando el acuerdo sea notoriamente fraudulento, no afecte el interés público, las buenas costumbres, la moral y el orden jurídico y que, además, este acuerdo logrado por el deudor con todas las mayorías exigidas por la ley no sea resultado del ejercicio abusivo de los derechos, y que se descubra alguna causal de impugnación que no haya sido presentada en el momento oportuno (Di Tullio, et al., 2002, págs. 163/164).

Otros autores también han sostenido que “El acotamiento de sus poderes decisorios, en cuanto a la posibilidad de evaluar en orden de mérito o conveniencia, las soluciones acordadas entre acreedores y deudores, es uno de los objetivos claramente identificables de la nueva normativa” (Mosso, Guillermo G, 1998).

En este sentido expresa también Grispo que

Que el artículo 52 establece una especie de homologación obligatoria para el juez en caso de que los acreedores no efectúen impugnaciones, lo que lo convierte en el convidado de piedra. Nuestra experiencia judicial nos ha demostrado la importancia del mantenimiento del juez como supremo árbitro del bien común y del interés social para que en determinados casos pueda oponerse a la homologación del acuerdo aún contra la voluntad del conjunto de los acreedores (1998, pág. 192).

Dentro de la misma línea de pensamiento que venimos demostrando, pudo notarse un rechazo por la doctrina mayoritaria hacia la reforma insistiendo en que

El juez concursal carece de la facultad-deber de analizar el mérito del acuerdo aprobado por los acreedores que le conferían anteriores leyes concursales argentinas, asimilando esta homologación a la que los jueces otorgan a los acuerdos transaccionales arribados por las partes en los procesos dispositivos; por lo que sólo es menester analizar extrínseca y formalmente el acuerdo, así como ejercer un control genérico de la licitud de las prestaciones convenidas, quedando vedado al juez del concurso ir más allá (Di Tullio et al.,2002, pag.162).

En definitiva, la nueva legislación trajo mas rechazo que aceptación tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, sin haber sido escuchadas las voces de protesta, y así trajo la necesidad y esfuerzo de ordenar la nueva normativa reconociéndose a la doctrina judicial el trabajo de sobreponerse a las sombras que descargaba el espectro normativo (Vaiser, Lidia, 2010).

En el marco de la doctrina judicial podemos observar lo previamente expresado respecto a la relativización de la mentada norma. En el fallo Franino se ha establecido que el juez no debe limitarse a efectuar un mero control de legalidad formal sino que también debe realizar un control sustancial debiendo observar que esté de acuerdo a los principios que conforman el orden jurídico como la moral, y las buenas costumbres, el no ejercicio abusivo del derecho, la buena fe, etc. También en la causa Invermar se ha expresado que a pesar de que la obtención de las mayorías obligatorias que establece la

ley es una condición necesaria e insoslayable, eso no implica que el juez deba obligatoriamente homologar el acuerdo. Así este debe atender a que haya congruencia con los principios del orden público, el interés general y la finalidad que posee el concurso preventivo (Rivera et al., 2010, págs. 432/433). En el caso La Naviera se interpreto que

Resulta improcedente interpretar el artículo 52 en la inteligencia según la cual el juez se encontraría constreñido en todos los casos en forma absoluta e irrestricta a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado favorablemente por las mayorías legales requeridas, toda vez que, el sentenciante conservaría siempre la potestad de realizar un control que trasciende la mera legalidad formal, en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo jurídico en su totalidad (Rivera et al., 2010, pág. 430).

Como lo establecimos la doctrina fue unánime en el rechazo a la modificación del artículo 61 de la ley, expresando que el trámite de homologación se convierte en un mero trámite formal, impidiéndose al juez efectuar cualquier otro tipo de análisis sobre la conveniencia o inconveniencia del acuerdo propuesto. De esta manera, se llegó a considerar al juez como un cuenta porotos, ya que acreditadas las mayorías exigidas este debía proceder inevitablemente a la homologación del acuerdo arribado, es decir, sólo realizaba una convalidación del mismo (Gómez Rincon, 2003, pág. 197).

Para finalizar con el análisis doctrinario de las facultades judiciales de los jueces daremos una breve mirada a la ley 25.589, ya que el desarrollo del mismo será desarrollado en extenso en los próximos capítulos. La doctrina en este caso coincidió que el nuevo artículo 52 ha dado una adecuada respuesta a los requerimientos de la doctrina produciéndose el restablecimiento y fortalecimiento de los poderes del juez, introduciendo un novedoso ensanchamiento al establecer que no puede el juez homologar un acuerdo que sea abusivo o en fraude a la ley y pudiendo imponer este acuerdo a los acreedores que no estuvieron de acuerdo con el mismo (Di Tullio et.al, 2002, págs. 178/179).

Principio de conservación de la empresa.

La empresa es un requisito a ponderar por el juez al momento de evaluar la conveniencia o no de homologar un acuerdo preventivo. La doctrina judicial en numerosos fallos ha remarcado la necesidad de tener en cuenta la conservación de la empresa en el caso de decidir la quiebra de la misma, teniendo en cuenta que esta es una fuente generadora de empleo. Podemos decir que este principio es el

Método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos (y antepuestos) al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc. (Richard, 2010).

La continuación de la explotación de la empresa se encuentra en el artículo 191 del la Ley de Concursos y Quiebras en la que establece que: *“La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez solo en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de la realización o se interrumpiera un ciclo de producción que pueda continuarse (...)”*⁶. En este caso, el juez debe decidir si autorizar a la continuación de la empresa o no, teniendo en cuenta no solo la disminución del valor de la realización o la interrupción del ciclo de producción, sino también, como la conservación de la fuente laboral de los trabajadores (Cesadío Martínez, 2011). “Se estipula que el juez debe disponer la continuación también en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra” (Cesadío Martínez, 2011).

Siguiendo a Grispo podemos decir que a la hora de legislar especialmente en la materia de concursos y quiebras se ponderan varios elementos, siendo uno de ellos la conservación de la empresa y la continuidad de su explotación siendo esta una excepción dentro del procedimiento falencial. Además, la empresa no es un conjunto de bienes aislados y debe de ser considerada como una fuente de trabajo, ya que en la práctica se puede observar que el cierre de estas empresas produce un inmediato

⁶ Artículo 191, Ley 24.552, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

desempleo, con un consiguiente daño a la economía y al orden público. Así mismo, la legislación concursal considera a la empresa como una actividad útil para la comunidad y así el juez debe valorar dos elementos al momento de decidir la continuación de su explotación: la posibilidad de proseguir con las actividades y que estas signifiquen un beneficio para la comunidad (2001).

Como se evidencia, la doctrina mayoritaria ha entendido la continuación de la empresa y su explotación como notoriamente necesario y positivo, principalmente por considerarse fuente de empleo, pero también se ha considerado a su favor que

Cumplen otras finalidades como consecuencia de la reconstrucción del tejido productivo, favoreciendo los ingresos de los trabajadores e incrementando el consumo interno, disminuyendo los índices de desocupación, todo lo cual permite también bajar los índices de deserción escolar, evitar el crecimiento de la delincuencia, y propender a un mayor grado de homeostasis del sistema social con menor tasa de conductas o subculturas desviadas (Junyent Bas, 2010).

Para finalizar este breve análisis del principio precedentemente señalado, podemos señalar que gran parte de la jurisprudencia ha ponderado este principio como fundamento de la continuación de la explotación de la empresa. Como principal antecedente del mismo encontramos al megaconcurso “Editorial Perfil S.A.”⁷ resuelto por la Cámara Nacional de Comercio, Sala D, en el cual se consideró que al momento de decidir sobre la homologación de un acuerdo preventivo o liquidar la sociedad deudora “debe ponderarse en cada caso, no solo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo”. En el marco del mismo se expuso que se debe ponderar tener dos finalidades: en primer lugar el derecho del deudor de proponer a sus acreedores diferentes modalidades de pagos de sus créditos, incluso diferentes a las originales; pero también el derecho de los acreedores de que se vea satisfecho el pago de sus créditos. Y se agrega una tercera finalidad, que surge de las finalidades anteriormente mencionadas

⁷ CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo” A.A 2007-4217.

que es una finalidad “social” de conservar la empresa como fuente de producción y trabajo.

Conclusiones parciales.

Las facultades homologatorias de los jueces sin dudas tienen una fundamental importancia a la hora de evaluar y aprobar un acuerdo preventivo desde que los mismos cumplen un papel de garantistas de la incolumidad de los derechos de los acreedores del concursado. Innumerables veces los concursados utilizan el concurso como mecanismo para evitar una quiebra inminente y dentro de esta el uso de maniobras abusivas en las propuestas a los acreedores que muchas veces aceptan las mismas por la necesidad del cobro inmediato de sus créditos. Como se ha desarrollado en este capítulo estas mentadas facultades han sufrido a lo largo de los años diversas modificaciones, pasando muchas veces a estados extremistas. Comienza este trabajo con la ley 19.551 que otorga amplias facultades revisorias a los jueces, tanto de oportunidad como de mérito del acuerdo aunque sin nombrar expresamente al abuso del derecho, objeto de este trabajo.

El estado extremista es encontrado desde el instante en que la ley 24.552 suprime el artículo 61 de la ley 19.551 para reformarlo a un escueto texto en el cual el juez debe homologar el acuerdo obtenido siempre que se hubieran logrado las mayorías y no hubiera impugnaciones pendientes. Se ha transformado la ley en este aspecto de una ley protectora a una ley simplista en la cual se dejan de lado muchos aspectos relevantes que sí estaban contemplados en la anterior ley. Como se ha observado, esta reforma ha sido protagonistas de duras críticas (y con razón). Ciertamente se le ha otorgado más importancia a la autonomía de la voluntad de las partes signatarias que al orden público, convirtiendo el concurso en un simple acto transaccional. Se ha llegado incluso a considerar, durante este momento de la ley, al juez como un “cuenta porotos”. Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia se apartaron de la letra de la ley para expresar que si bien el texto expreso no contempla el orden público, la conservación de la empresa y la buena fe de que deben estar revestidos estos actos, estos principios estaban implícitos denegándose en muchos precedentes jurisprudenciales la homologación del acuerdo preventivo por considerarlos abusivos y contrarios al orden público.

Con la nueva modificación de la ley las potestades revisorias de los magistrados son restablecidas, pero ya con la inclusión de un nuevo instituto: el abuso del derecho como una vara para medir las propuestas del concursado. La doctrina se expresó al respecto con opiniones encontradas, desde aquellos que dieron el visto bueno, a otros que les pareció una inclusión innecesaria, ya que el abuso del derecho siempre estuvo

implícito en la ley desde que estos actos jurídicos nunca escapan de estar en relación con el orden público en general.

A partir de esta modificación se han observado diversos fallos al respecto, en los cuales se resalta el hecho de ser el abuso del derecho un concepto indeterminado por lo que se dificultaba catalogar a las diferentes conductas como tales. Por otro lado, se menciona expresamente el principio de conservación de la empresa como fuente productora de trabajo y de la importancia de su funcionamiento como tal.

Concluyendo, acertadas o no las modificaciones, reformas e inclusiones es la realidad que ha ido construyendo nuestra legislación concursalista y que ha quedado de esa manera redactada, defendiendo intereses y derechos de los acreedores disidentes que muchas veces se encuentran en situación de inferioridad respecto a otros protagonistas del procedimiento concursal.

IV. **CAPITULO 4: Abuso del derecho.**

Concepto.

Hasta ahora hemos descripto lo que se entiende por acuerdo preventivo y su homologación y las facultades homologatorias que posee el juez, desde una perspectiva histórica. Es el momento de adentrarnos al instituto del abuso de derecho, que en este caso funcionaría como una vara limitadora de la homologación del acuerdo preventivo, es decir, un acuerdo no podrá ser homologado si es abusivo de los derechos de los acreedores. En este capítulo se observará el concepto de abuso del derecho, su aplicación y utilidad tanto desde la perspectiva civil como en la concursalista, se intentará apreciar si en la actualidad constituye una herramienta útil de control de los jueces y su naturaleza jurídica.

El abuso del derecho actualmente constituye una herramienta muy utilizada para prevenir hechos que perjudiquen tanto a las partes contratantes o constitutivas de una relación jurídica como a terceros y también para dismantelar las consecuencias perjudiciales que estos produzcan. Este instituto fue objeto de numerosos estudios desde todas las disciplinas jurídicas, sin embargo nuestro interés se centra en la materia que venimos estudiando. Podemos dar un primer concepto diciendo que

Habrá ejercicio abusivo del derecho cuando la conducta, si bien encuadra formalmente con la norma legal, al encontrarse desviada del fin para el cual la ley concedió ese derecho, o ejercitarse en pugna con los principios de la buena fe, la moral o las buenas costumbres, se encuentra viciada y es repudiada por el Derecho (Prono, Mariano R. Prono, Ricardo S).

El abuso del derecho se encuentra contemplado expresamente en el artículo 1071 del código Civil que establece: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*⁸. Se considerara una conducta abusiva cuando se observa una conducta o ejercicio de un derecho en principio permitido, pero su ejercicio de manera irregular, contra la buena fe, la moral y el orden

⁸ Artículo 1.071, Código Civil.

público produce como resultado la vulneración de su funcionalidad (Di Tullio et al. 2002, pág. 182).

El abuso del derecho puede ser descrito desde dos concepciones, una subjetiva y una negativa. Para la concepción subjetiva se verificaría una conducta abusiva cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se haya actuado con dolo, intención de dañar o perjudicar. Esta concepción centra su atención en la conducta del agente desde el punto de vista interno del mismo, debiéndose observar el elemento volitivo de la intencionalidad de causar un daño. Expresan lo mismo, que también se observara esta conducta cuando pudiendo haberse evitado, obrando con previsión y cuidado y cuando no existe un interés legítimo para su titular. En este caso se observa el abuso también desde la culpa, por no haber realizado la conducta esperada de una manera diligente y cuidadosa (Torielli, 2008).

Desde la concepción objetiva describen a la conducta abusiva como aquella que se ejerce en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley (Torielli, 2008). Nuestra legislación civil se inclina por el criterio o concepción objetiva que parte de la premisa de que “la idea de reconocer que los derechos son conferidos teniendo en miras una finalidad, por lo que los derechos pierden su carácter cuando el titular los desvía de esa finalidad que justifica su existencia” (Rivera et al., 2010, págs. 436/437).

Encuadre jurídico en la ley 24.522 y artículo 1.071 del Código civil.

Hasta el momento hemos propiciado genéricamente el concepto de abuso del derecho. Digo genéricamente por que este ha sido objeto de numerosas investigaciones a lo largo del tiempo, no solo por la doctrina argentina, sino por la doctrina internacional. En este apartado describiremos como encuadra y se identifica el abuso tanto en el artículo 52 de la ley 24.522 como en el artículo 1071 del código civil.

El artículo 52 enuncia que bajo ninguna circunstancia el juez podrá homologar un acuerdo que sea abusivo (inc. 4). Esto quiere decir que, a pesar de que el deudor haya obtenido las mayorías necesarias y demás requisitos contenidos en la ley, el juez puede apartarse de estos y no homologar cuando el mismo evidencie de manera concreta e indudable un abuso a los derechos de los acreedores. Como lo hemos estudiado, el juez, en principio, debe respetar la voluntad de los acreedores de someterse a un acuerdo que contenga propuestas que denoten un perjuicio para ellos por lo que gran parte de la doctrina considera al mandato contenido en el inciso 4 como una facultad excepcional que posee el juez.

Cuando hablamos del abuso del derecho en todos los ámbitos del derecho decimos que el ordenamiento jurídico no tolera el ejercicio irrazonable de los derechos. La misión de control de los jueces en tal caso se dará cuando aparezca ostensible la disparidad en beneficio del predisponente del negocio ya sea por el ejercicio abusivo de los derechos, el desvío de la finalidad económico-social, exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (Di Tullio et al., 2002, pág. 183).

Se ha considerado que la ley ha dejado a cargo del criterio del juez la determinación del supuesto de “abuso”. La clave actual radica en interpretar que no hay parámetros constantes y generales para considerar la existencia de una propuesta abusiva, sin embargo, la encontraremos en la directiva de que una propuesta no puede consistir en prestación que dependa de la sola voluntad del deudor (Porcelli, 2008). En ese sentido, una propuesta resultara abusiva

Cuando el deudor ha impuesto las condiciones a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza manejando o manipulando las mayorías de forma tal que las prestaciones a las que se obligó, dependen en definitiva de su voluntad y no son fruto de un adecuado consenso (Petraso).

Resulta difícil, sin embargo, precisar la abusividad de un acuerdo preventivo cuando el mismo ha sido aceptado por la mayoría de los acreedores, entendiéndose así que la norma intenta proteger a la minoría disidente, que no prestó conformidad o aquellos acreedores tardíos justificado desde que el proceso concursal no solo se halla orientado hacia los intereses privados de los acreedores, sino que repercute dentro del ámbito de la actividad económica y social donde la situación se exterioriza y causa muchas veces mayor perturbación, por lo tanto la propuesta de acuerdo debe ser valorada atendiendo a la congruencia con los principios del orden público, las finalidades de los concursos y el interés general. Por lo tanto, el juez en los supuestos excepcionales en que manifiestamente lo acordado traduzca inequidad manifiesta, sea arbitraria o absurda no homologará preservando los valores de la administración del servicio de justicia (Barbieri, 2002).

Dentro de la doctrina concursalista se ha realizado un análisis respecto al instituto que venimos desarrollando a lo largo del presente trabajo, sin embargo, es imposible no realizarla en base a una estrecha relación entre el artículo 52 y el artículo 1071. En este sentido los elementos configurativos del abuso del derecho han sido expuestos y desarrollados por la doctrina civilista:

- ✓ Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal: el acto abusivo sería intrínsecamente legal, pero se le imputa una sanción porque ha vulnerado la funcionalidad del derecho al ejercerlo irregularmente.
- ✓ Un uso contrario a los claros fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres: existe abuso cuando el titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres. Para decidir cuándo existe violación a la buena fe el juez debe preguntarse cuál es la conducta media socialmente obligatoria que, de acuerdo con las circunstancias, debe observar el contratante. Las buenas costumbres son la moral dominante, cuyas exigencias deben deducirse de la forma de pensar del hombre medio decoroso.
- ✓ La imputabilidad: pues no se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad.
- ✓ La existencia de un daño: el ejercicio antifuncional debe haber provocado un daño. Es menester que sea grave, desproporcionado, por eso no

procede acudir a la defensa del abuso del derecho cuando los perjuicios sufridos son escasos, eventuales e hipotético (Cárdenas, Kemelmajer de Carlucci, Lavalle Cobo y Smith, 1994, págs. 61-63).

La manifestación de la intención de perjudicar puede darse de las más diversas maneras, pero se coincide en entender que una de las más significativas es la elección de la vía más gravosa, es decir, cuando de varias vías que se le abren al concursado o sujeto activo de la relación jurídica, este opta por la que mas detrimento causará al sujeto pasivo o acreedor. La jurisprudencia por su parte admiten que la moral, la buena fe y las buenas costumbres sirven para decidir si una persona titular de un derecho subjetivo ha excedido los límites del mismo, sumado a otros como la culpa en el ejercicio del derecho subjetivo, la ausencia de un interés serio y legítimo, la intención de perjudicar, la elección de la vía más gravosa o dañosa para terceros, ejercicio irrazonable de la prerrogativa individual, la colusión o concierto fraudulento, en definitiva, ponen en resalto la conducta anti funcional, contraria a los fines económicos, éticos y sociales de la ley (Di Tullio et al., 2002, pág. 182/183). Una propuesta puede o no ser abusiva en un caso u otro. Deberá, en todo caso, tenerse en cuenta diversos supuestos por parte del juez, desde la actividad del concursado, sus proyecciones futuras y las causas que llevaron a solicitar la formación del concurso. Así el juez podrá

Ponderar si existe un tratamiento similar entre los acreedores (lo que no quiere significar identidad absoluta, sino evitar diferenciaciones que permitan presumir el abuso), si la propuesta es armónica con el orden jurídico y principios que lo integran (equidad, moral y buenas costumbres); también deberá meditarse el no quebrantamiento del interés general o de la buena fe; evitar el aprovechamiento de situaciones de inferioridad económica de algunos acreedores. En fin, cada caso en particular dará lugar a una valoración particular de la cuestión, la que puede variar según las circunstancias que lo influyan (Junyent Bas, 2002).

Para analizar el juez si la propuesta es abusiva debe ser realizada desde un punto de vista económico lo cual implicaría analizar el mérito y oportunidad del acuerdo. Es difícil precisar los límites del abuso del derecho en materia concursal, para una opinión seria aquellos acuerdos que impongan sacrificios desmedidos e irrazonables a los acreedores disidentes. El punto de contacto estaría dado porque la ley establece que la

propuesta no puede consistir en una prestación que dependa de la sola voluntad del deudor. Por lo tanto, se consideraría abusiva la propuesta en la que el deudor imponga sus condiciones aprovechándose de una posición de fuerza manipulando las mayorías y de forma tal que las prestaciones a las que se llega no son fruto de un adecuado consenso (Petraso).

Por otra parte, ya se llegó a describir extensamente el hecho de que la materia concursal está siempre en relación y sujeción a otras ramas del derecho, comenzando con el hecho de que cualquier propuesta de acuerdo preventivo no debe contrariar el orden público general. Por lo tanto, cuando hablamos del abuso del derecho indefectiblemente nos lleva al Código Civil, más específicamente en el artículo 1.071 que contiene y describe este instituto.

En efecto, no puede concebirse que el juez (sobre todo el concursal) carezca de facultades para no homologar un acuerdo que sea abusivo o en fraude a la ley. Esta disposición encuentra su fundamento en los artículos 21, 502, 953, 954, 1071 y 1098 del código civil, entre otras (Junyent Bas, 2002).

En el ámbito civil, para hablar de abuso cobra relevante importancia la intencionalidad del agente para que su conducta sea pasible de las sanciones previstas. El quid será desentrañar en cada caso cuál ha sido la voluntad del sujeto y en el caso en que claramente se advierta podremos hablar de ejercicio abusivo (Giménez Bauer, 2011).

La doctrina civilista explica el nacimiento de la teoría del abuso del derecho y su incorporación en el Código Civil expresando que cuando el legislador nos confiere una prerrogativa, no es para que hagamos cualquier uso de ella ya que este tiene un objetivo determinado, un destino, que constituye su razón de ser y contra la cual no es lícito levantarse. Como cada derecho está llamado a seguir una dirección, los particulares no pueden cambiarla a su antojo. La teoría aparece de esta manera como una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho por lo que se insiste en que los jueces hagan uso restrictivo del instituto, solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo, sin ser manejada con tanta flexibilidad como para introducir toda situación que pueda interpretarse como perjudicial (Cárdenas et al., 1994, págs. 53/54).

Naturaleza jurídica del instituto, ¿Es un estándar jurídico a definir?

En el apartado previo hemos precisado el concepto del abuso del derecho y de qué manera la doctrina ha analizado su inclusión expresa en la ley concursal, aunque ya en la anterior ley 24.522 se encontraba implícito desde que de ninguna manera, a través de un acto jurídico de cualquier índole se pueden contrariar los principios que imperan el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que el abuso del derecho tiene una naturaleza jurídica no muy bien descripta o desarrollada, por lo tanto se ha llegado a entender que este es un estándar jurídico a definir. “Se trata de una norma que regula el caso en base a lo que la doctrina italiana llama “cláusulas generales” o estándares como lo son el abuso del derecho y el fraude a la ley” (Di Tullio et al., 2002, pág. 436).

La ley LCQ solo alude a la propuesta abusiva o fraude a la ley. Esta terminología, a la larga, constituye un estándar, cuya valoración deberá efectuarse en el caso concreto. Una propuesta puede ser abusiva en un caso y no en otro. De otro lado, teniendo en cuenta la actividad del concursado, sus proyecciones futuras e incluso las causas que llevaron a solicitar la formación de su concurso (Junyent Bas, 2002).

Así es como la ley 25.589 ha introducido un estándar jurídico pero no fija las pautas específicas para determinar en qué casos existe abuso. Para ello, establecen los autores, habrá que acudir a la doctrina y jurisprudencia que se ha constituido sobre el tema desde su inclusión en el Código Civil. La labor jurisprudencial afronta, de esta manera, el desafío de evaluar cada caso en concreto apreciando el conjunto de circunstancias para establecer si el acto contiene los requisitos para ser considerado como abusivo (Rivera et al., 2005, págs. 24/25).

Tal como adelantamos, la jurisprudencia en su ocasión se expresó de una manera coincidente, en el megaconcurso “Editorial Perfil SA s/ concurso preventivo”⁹ argumento que la cuestión de si la propuesta es abusiva o no se vincula con un aspecto conflictivo en el que juristas y litigantes han tratado de dar concreción a un concepto

⁹ CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo” A.A 2007-4217.

jurídicamente indeterminado, a punto de ser dificultosa la construcción de una jurisprudencia que defina cuando es y cuando no es abusiva la propuesta, siendo la palabra “abusiva” un termino omniabarcativo.

También en el recordado fallo “Arcángel Maggio s/concurso preventivo”¹⁰ se observo

Siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y, más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas.

Concluimos, por consiguiente, que la noción de abuso es frecuentemente utilizada en doctrina y jurisprudencia pero resulta difícil precisar sus límites. Siendo un estándar de gran latitud su utilización en el campo concursal deberá ser con prudencia y de manera excepcional para desestimar la aprobación de ciertos acuerdos que de modo manifiesto impongan sacrificios desmedidos e irrazonables a los acreedores disidentes (Rouillon, 2010, pág. 155).

¹⁰ C.S.J.N., “Arcángel Maggio s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, L.L 2007-C, Fallos 330:834.

Aplicación práctica. Casos.

Luego de haber precisado algunos conceptos desde el plano teórico, creemos que es útil dar una mirada de casos en los cuales se considera que es abusivo. No solo encontramos casos en los que la jurisprudencia los ha establecido, sino también lo que algunos autores consideran que se trataría de una conducta abusiva. En apartados anteriores hemos detallado cuales son los requisitos que unánimemente la doctrina y la jurisprudencia han considerado los necesarios para comenzar a hablar de una conducta o acto jurídico abusivo. Por consiguiente, desarrollaremos algunos casos en los cuales se considera que la conducta ha reunido estos requisitos mínimos.

El primer abuso: falta de tempestividad al asumir la crisis. Comenzaremos por decir que es abusivo operar en cesación de pagos, sin presentarse en concurso. Operar en cesación de pagos es un acto doloso conforme al artículo 931 y siguientes. En los casos de las sociedades engendra responsabilidad de administradores y, quizás, de socios.

El segundo abuso: falta de integración de la propuesta. La norma impone que haya no sólo propuesta sino también un plan de negocios por el tiempo de cumplimiento, conservación de la empresa y cumplimiento del acuerdo. Para que la propuesta sea legal, el juez debe observar que esta sea formalizada por quien correspondiera y se integrará con los requisitos que exige la ley. En primer lugar deberá expedirse sobre la persona u órgano que la formalizó y si aquél tenía competencia para ello. En segundo lugar deberá expedirse sobre la presentación y régimen de administración y las limitaciones a actos de disposición aplicables a las etapas de cumplimiento siendo este aspecto necesario para detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar las medidas necesarias. En tercer lugar, se debe constatar la conformación de un comité de acreedores para actuar como controlador del acuerdo que es coetánea e integra la propuesta de acuerdo.

Tercer abuso: por intervención de terceros no legitimados. En este aspecto se ve en relación al derecho a voto y al ejercicio de la subrogación o cesión. La cesión o subrogación implican actos de no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Cuarto abuso: el cambio de domicilio (fórum shopping). Muchas sociedades buscan alejarse de sus acreedores buscando mejores escenarios para presentar propuestas predatorias. Es claro que, como cualquier otro derecho, el cambio de

domicilio debe realizarse en el contexto de un ejercicio regular de tal facultad (Richard, Efraín H.)

Dentro de la aplicación práctica la teoría del abuso del derecho se ha ido aplicando en numerosos precedentes jurisprudenciales. En un caso se negó el acceso al procedimiento de conversión contenido en el artículo 90 y siguientes de la LCQ invocándose el abuso del derecho en los términos del artículo 1071 del código civil. En este caso, la situación del peticionante era la de realizar trabajos de mantenimiento que realizaba a sus amigos, no realizando actividad comercial alguna. El magistrado en este caso expresó que si bien no puede sostenerse que la petición sea contraria al orden público, la moral y las buenas costumbres, si contraría los fines para los cuales fue establecido el remedio concursal (Di Tullio et al., 2002, págs. 183/184).

En otro caso, un juez rechaza in limine un pedido de quiebra con el fin de evitar el remate de un inmueble. Este manifestó que la situación expuesta importa manipular abusivamente el instituto de la falencia y acceder a la pretensión contraria el espíritu y razón de ser de las normas concursales (Di Tullio et al., 2002 pág. 184).

Distinto fue el fallo en el que se negó la homologación del acuerdo preventivo por considerarlo abusivo y violatorio del derecho de propiedad de los acreedores desde que este imponía a los titulares de obligaciones de hacer que no habían aprobado expresamente la propuesta, la asunción de una obligación de dar sumas de dinero por la diferencia resultante del inmueble adquirido respecto del que se pretendía entregar, y se preveía la transferencia del valor del inmueble respecto del cual se habían reconocido obligaciones de hacer. Por último, se ha inadmitido por abusiva la propuesta formulada por la concursada a los acreedores quirografarios que consistió en el pago del 40% en veinte cuotas anuales, sin intereses en moneda nacional de curso legal, venciendo la primera de ella a los 60 meses de homologado el acuerdo preventivo (Rivera et al., 2005, págs. 38/41).

Conclusiones parciales.

Siendo, como se ha podido notar, el abuso del derecho un estándar jurídico de gran latitud, un concepto indeterminado o “cláusulas generales” este de alguna manera trae diversos problemas de interpretación y una tarea más dificultosa y minuciosa a los jueces. Es decir, en la ley no están descriptos los lineamientos básicos sobre que conductas debemos entender como abusivas, es así que los magistrados, mediante la jurisprudencia y la doctrina existentes deben ir conformándolo y poder llegar a declarar si la propuesta del deudor contiene los requisitos mínimos para ser considerada como abusiva del derecho de los acreedores. Dentro de la misma línea de reflexión, se han tratado de establecer varias de las conductas que evidencian ser abusivas como es la propuesta que depende de la sola voluntad del deudor, aquellas que imponen sacrificios desmedidos a acreedores disidentes, que la propuesta no sea fruto de un adecuado consenso entre las partes, entre otras.

Como siempre estas propuestas deben ir de la mano con el orden público, la moral y las buenas costumbres como lo establece el artículo 1071 del Código Civil, que es la fuente del abuso del derecho, sin embargo en muchos casos la conducta del deudor no es contraria a estos principios pero sí lo es a los fines que se tuvo en miras al constituir el instituto del concurso (segundo párrafo artículo 1071). No hay que apartarse tampoco del principio rector de los actos jurídicos que es la buena fe de los contratantes, siempre implícita en los mismos.

Es evidente entonces, que el concursado que busca, la vía más gravosa para los acreedores incurrirá en un ejercicio abusivo del derecho, que de alguna manera es una de las manifestaciones más comunes. Pero el juez va a ser, en definitiva, quien declarará si esta lo es o no. Para esto debe ser analizada desde el punto de vista económico, tanto del mérito de la oportunidad del acuerdo, aunque su punto de partida va a estar dado por imponer condiciones aprovechándose de una posición de fuerza.

Un deudor que quiera extinguir sus obligaciones con sus acreedores encontrará (o al menos intentará) un plan de negocios al que sujetarse para realizarlo, siempre teniendo en cuenta el interés de la continuación de la empresa en el mercado. Este plan de negocios evidenciará así el compromiso de este para detectar las dificultades en que se encuentra y adoptar las medidas que sean necesarias para sortearlas.

Concluyendo, el deudor debe tener en primer lugar una conducta diligente en cuanto a las propuestas que realiza, tratando de que estas sean justas y equitativas para las partes, siempre valorando que el concurso se otorga como un remedio para evitar un

proceso falencial. Sin embargo, la tarea más importante la debe realizar el juez, analizando que la misma no produzca un daño grave a los acreedores.

V. **CAPITULO 5: Propuestas en el acuerdo preventivo**

¿En qué casos se consideran abusivas?

En el siguiente apartado se evaluará extensivamente en qué casos y cómo se valoran las propuestas que contienen el acuerdo como abusivas a los derechos de los acreedores. En este caso se valorará y considerará las opiniones vertidas por la doctrina luego de la reforma introducida por la ley 25.589, la cual incorporó el instituto del abuso del derecho.

El abuso del derecho para la doctrina concursalista es un estándar jurídico a definir, ya que no existen parámetros establecidos por la ley que obliguen al magistrado a valorar de una u otra forma a estas propuestas como abusivas, y de esta manera, muchas veces los jueces tienen que recurrir a otros parámetros para su valoración, que como ya lo anticipamos son los principios generales que hacen al orden público y al interés general, como es el principio de conservación de la empresa.

El artículo 52 en su inciso 4 establece una directiva que dice: “(...) En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley (...)”¹¹. Entonces, el juez “tiene la implícita facultad de control de la licitud de las prestaciones convenidas, a fin de denegar homologación a un acuerdo que contuviera prestaciones contrarias a derecho, al orden público, la moral o las buenas costumbres” (Rouillon, 2010, pág. 155).

La doctrina mayoritaria se inclina por considerar que

La conducta abusiva debe aparecer inequívoca, en sentido de que no quepa duda alguna que (en este caso el deudor concursado) pretende ejercer el derecho en forma irregular, con intención de perjudicar, eligiendo la vía más dañosa o actuando de manera no razonable y repugnante a la lealtad y confianza recíproca (Rivera et al., 2010, pág. 438).

Cuando hablamos de los casos en que una propuesta va a ser considerada como abusiva o no, lleva implícito como se valorarán estas condiciones, algunos autores sostienen que cuando la ley hace referencia a una propuesta abusiva se debe tener presente el activo y el pasivo del concursado y la propuesta, ya que de esto se debe observar con toda claridad la excesiva ganancia que va a obtener el deudor en caso de

¹¹ Artículo 52, inciso 4. Ley 24.522, modificada por ley 25.589 B.O 15.05.2002.

cumplimiento y los desfavorables resultados que obtendrán los acreedores al momento del pago de sus créditos. Debe también tenerse en cuenta los periodos de inflación, en donde al haber propuestas de larga duración o espera, la moneda va perdiendo su valor al momento en que verdaderamente se efectivicen los pagos (Gómez Rincón, 2003, págs. 198/199).

La propuesta, para considerarla abusiva o no, debe ser valorada atendiendo a aspectos tales como su compatibilidad con el orden público, la finalidad de los concursos y los principios como el de conservación de la empresa. Se considera que es abusiva una propuesta aprobada y formalizada por los acreedores cuando el deudor desnaturaliza el instituto del concurso preventivo, siendo improcedente de esta manera su homologación cuando el juez, al analizar la propuesta del deudor se puede observar que esta no cumple con los recaudos exigidos por la ley, por ejemplo el pago del 40% de los créditos verificados, sin ningún interés, con 5 años de gracia y en 20 cuotas anuales (Rivera et al., 2005, págs. 31/32). Gimenez Bauer expresa que para que pueda considerarse que existe abuso por parte del deudor a los acreedores hay que tener presente las siguientes circunstancias:

- ✓ Estar sustentado en una norma jurídica;
- ✓ Exceder la finalidad de la misma;
- ✓ El agente debe ser imputable;
- ✓ Existir un daño concreto y grave.

La presencia de estos elementos resulta indispensable para comenzar a hablar de un ejercicio abusivo de los derechos (2011).

Así mismo, otros autores señalan que se deben tener en cuenta ciertos parámetros valorativos para establecer si la conducta del deudor es abusiva y de esta manera dictar la no homologación del acuerdo preventivo. Di Tullio et al. expresan que existen algunas conductas que son reprochables, y que pueden llevar a observar el abuso en las propuestas como:

- ✓ Infracción deliberada al régimen de voto;
- ✓ Remisión total de la deuda;
- ✓ Conducta del deudor enderezada a eludir el principio del juez natural;
- ✓ Inexistencia de la cesación de pagos inicial a partir de la cual se abrió el concurso;
- ✓ Propuesta que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor;
- ✓ Acuerdos sujetos a condiciones externas;

- ✓ Enriquecimiento ilícito;
- ✓ Acuerdos que imponen sacrificios exorbitantes a los acreedores minoritarios;
- ✓ Aniquilación del derecho de propiedad de los acreedores por propuestas que contemplen inconcebibles plazos de espera;
- ✓ Ventajas indebidas o desproporción en las propuestas a las distintas categorías de acreedores;
- ✓ Ausencia de intereses o de índices de actualización monetaria, y de esta manera no tener en cuenta la depreciación económica de la moneda por el proceso inflacionario (2002, págs. 439/440).

Otros autores, piensan que las propuestas no pueden consistir en la sola voluntad del deudor. Cuando la propuesta sea de quita o espera se debe expresar claramente la forma y el plazo en que serán definitivamente pagadas las prestaciones. El juez siempre tiene la posibilidad de revisar las propuestas y evitar homologar aquellas que impliquen un abuso del derecho. Por lo tanto, aquellas propuestas que de largo aliento infringe el límite permitido por nuestra ley y convierta a la misma en violatoria del derecho de propiedad deben o pueden ser causal para que el juez no proceda a su homologación (Grispo, 2003).

Rouillon nos dice que

Uno de los criterios más importantes-posiblemente, el principal- a tener en consideración para juzgar abusivo un acuerdo, finca en la consideración del trato que dicho acuerdo otorga a los acreedores disidentes; o sea, a quienes expresamente no prestaron conformidad y, sin embargo, resultarían obligados por la voluntad de la mayoría (2010, pág. 155).

Continuando así, Truffat expresa que hay tres criterios a tener en cuenta para considerar si una propuesta es abusiva o no.

- a. La voluntad de los acreedores. Tanto cuando la mayoría de los acreedores han presentado conformidad, se puede interpretar que para estos la propuesta no afecta a su crédito, ni a la moral, ni al orden público, ni a las buenas costumbres. Así mismo, cuando sea un mínimo de los acreedores los que dieron conformidad, o algún grupo o grupos no pudieron dar conformidad, o la calidad de quienes lo hicieron todavía está pendiente de decisión jurisdiccional, también debe ser una pauta complementaria.

- b. La calidad del deudor. No es lo mismo la propuesta dada por un deudor individual que la dada por una empresa en marcha y generadora de puestos de trabajo y producción.
- c. El eventual dividendo de la liquidación. El juez deberá también considerar: 1) existencia de créditos privilegiados cuyo asiento sea el grueso de los activos del concursado o la mayoría de estos; 2) la existencia de denuncias sindicales sobre ineficacias concursales, acciones de responsabilidad o extensión de quiebras que pudieran mejorar el dividendo en caso de quiebra (2001).

El carácter abusivo de una propuesta estará determinado por la relación siguiente: facturación de la empresa por utilidad anual sobre la incidencia de los pagos en la utilidad anual de la empresa. Esta ecuación nos permitirá concluir cual es el verdadero esfuerzo que el deudor realizará para pagar a sus acreedores, ya que de eso se trata el concurso, de un esfuerzo compartido (Fragapane, 2011).

Los presupuestos que configuran el abuso del derecho son:

1. Conducta permitida por el derecho en una disposición legal;
2. Uso contrario a los fines de la ley;
3. Imputabilidad: obrar con discernimiento, intención y libertad;
4. Daño: desproporcional, anormal y excesivo, que resulte una notoria injusticia (Petrasso, 2003).

Análisis doctrinario del inciso 4, artículo 52.

Una vez desarrollado el correspondiente capítulo referido al abuso del derecho y el apartado en el cual se apuntó en qué casos las propuestas que conforman el acuerdo preventivo van a ser abusivas y en qué casos no, procederemos a describir cual fue la opinión de la doctrina en nuestro país a raíz de la reforma de la ley concursal con la consecuente incorporación del abuso del derecho en el artículo 52.

La reforma de la ley ha dado debida respuesta a los requerimiento de la doctrina y de esta manera se empieza a reflejar en la ley lo que se ha ido observando en la doctrina judicial a lo largo de estos años. A partir de la ley 25.589 el juez comienza a cumplir un papel esencialmente de control, ya que muchas veces hay una desigualdad en el poder de negociación que terminan concretándose en propuestas perjudiciales para los acreedores que son aceptadas por estos ante la inminencia de quiebra, que frustraría por completo la expectativa de crédito (Di Tullio et al., 2002, págs. 179/181). Sin embargo, en este aspecto la doctrina no fue unánime, por otro sector se esgrimió que la inclusión a la ley del abuso y del fraude era innecesaria ya que la jurisprudencia y doctrina ya los habían reconocidos como integrantes de las facultades de control de los jueces (Rivera et al., 2005, pág. 25).

El juez no debe homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, es una atribución que se inspiró en la jurisprudencia y doctrina elaboradas durante la vigencia de la ley 24.522, que en parte estableció que a pesar de lo que dictaba el anterior artículo 52, el juez conservaba las facultades de no homologar un acuerdo cuando sea abusivo, en fraude a la ley o contrario al interés general (Rivera et al., 2010, pág. 436).

La norma tiene por fin una real protección de los acreedores por parte del juez del concurso y de alguna forma viene a compensar todos los restantes postulados de la ley concursal que defienden a ultranza el patrimonio del concursado, tratando siempre de evitar la liquidación de los bienes. Como vemos en el caso, se conceden las más absolutas facultades al juez del concurso para negar la homologación del acuerdo obtenido en los supuestos que considere que medie una conducta abusiva o defraudadora en perjuicio de los acreedores concursales (Gómez Rincón, 2003, pág.198).

La doctrina ha expresado que la intención de perjudicar, que es un presupuesto necesario del abuso del derecho, puede manifestarse de distintas maneras, y una de las

más significativas es la de la elección de la vía más gravosa, es decir, que de muchos caminos de los que puede optar el deudor este opta por el que más detrimento causa a los acreedores o sujetos pasivos de la relación concursal. En los casos en que se presenta una apariencia de abusiva el juez debe ponderar las circunstancias con criterio restrictivo ya que se trata de un remedio excepcional, aplicándose en el caso de que el instituto se manifieste de forma expresa, inequívoca e incontrastable (Di Tullio et al., 2003, págs. 183/185). También en opinión de Gómez Rincón esta potestad de no homologar debe ser excepcional, estando siempre presente que si se han reunido las conformidades pertinentes, esta es la voluntad de la mayoría de los acreedores y debe prevalecer, por lo tanto, solo en casos excepcionales, en donde claramente aparece un despropósito, una transgresión a los principios generales del derecho, una burla a los acreedores y a la ley el magistrado debe echar mano a su facultad de revisión contrario a la voluntad de los acreedores, ya que la no homologación del acuerdo conlleva seguramente graves perjuicios no sólo para el concursado, sino también para los acreedores (2003, pág. 199).

En general, hasta el momento, se puede desprender que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en dos aspectos: la anterior ley 24.522 acotó de una manera absoluta las facultades del juez ordenándole que en caso de que los acreedores hubieran votado favorablemente el acuerdo este debía homologarlo, y por otro lado, que no era necesaria la incorporación del abuso del derecho y el fraude a la ley en el artículo 52, ya que durante la vigencia de la anterior ley la doctrina y jurisprudencia se habían encargado de dejar en claro que nunca el juez podría homologar un acuerdo que sea abusivo o fraudulento, ya que de esta manera se estaría contrariando los principios generales del orden público.

El derecho argentino no impone al juez homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley, cuya vigencia nunca se puso en tela de juicio. Surgiendo una discusión a partir de la reforma del artículo 61 de la ley 19.551 por el anterior artículo 52 de la ley 24.522 en donde la discusión se centro en la consideración por Maffia del juez como un “cuenta porotos” (Sanchez, 2005). Dado que nunca estuvo en tela de juicio o siempre estuvo presente el abuso y el fraude aún cuando no estaba expresamente previsto en la letra de la ley, a modo de ejemplo, existe un fallo trascendente dictado durante la vigencia de la ley 24.522 en el que se puede observar que el magistrado negó la homologación de un acuerdo preventivo por considerarlo abusivo.

El caso “Línea Vanguard”¹² resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial luego de declararse el haber obtenido las mayorías exigidas un acreedor impugna el mismo. El juez rechaza esta por haberse cumplido los requisitos exigidos por la ley y procede a la homologación del mismo. El acreedor apela la sentencia. La Cámara sostiene en este caso que la propuesta resulta un verdadero ejercicio abusivo de los derechos del deudor contra los derechos de los acreedores en el que se desnaturalizaría el fin de los concursos preventivos (Sanchez, 2005). Como es de observar, ya antes de la reforma de la ley los jueces tenían implícita la facultad de no homologar un acuerdo si este evidenciaba un abuso del derecho de los acreedores.

En general se admite que lo que interesa, más que las mayorías, que por cierto son necesarias, es que la propuesta sea razonable. Debe haber una relación entre lo ofrecido por el concursado y la razonabilidad de lo que cobrará el acreedor (Fragapane, 2011).

La noción del abuso del derecho ha sido analizada por todas las ramas del derecho, pero es difícil precisar sus límites en materia concursal. Podría tratarse de aquellos acuerdos que impongan sacrificios desmedidos y fuera de toda razonabilidad a los acreedores. En primer lugar la ley no permite que la propuesta consista en la sola voluntad del deudor, entendiéndose como abusiva la propuesta que contenga condiciones al solo arbitrio de este, aprovechando una posición de fuerza, consiguiendo un acuerdo que depende de su sola voluntad y no son fruto de consenso (Petraso, 2003).

En otras palabras, la propuesta es abusiva cuando

Las condiciones y términos de ella, han sido impuestos por el deudor a su arbitrio, aprovechando una posición de fuerza por el manejo o manipuleo de la mayoría y de esta forma, las prestaciones a que se obliga dependen, en definitiva de su voluntad; y no son fruto de un consenso necesario e imprescindible, para un equilibrio entre intereses antagónicos tal como lo exige toda solución reversiva de la crisis que contemple los derechos de todos los afectados (Porcelli, 2008).

Se ha considerado por parte de la doctrina que la inclusión de los parámetros del

¹² CNCom., Sala C, “Línea Vanguard S.A s/ concurso preventivo”.

fraude y el abuso ha sido innecesaria, desde que la jurisprudencia y doctrina han reconocido que estos aspectos forman parte del control de legalidad que posee el juez (Rivera et al., 2005).

Facultades de valoración de los magistrados.

Cuando hablamos de facultades de valoración nos estamos refiriendo a cuáles son las prerrogativas de control que tienen los jueces al momento de decidir sobre la homologación o rechazo, y en este caso, bajo qué condiciones consideran que las propuestas del acuerdo son abusivas a los derechos de los acreedores. Como bien ya se describió, actualmente bajo la modificación de la ley los jueces tienen amplias facultades de valoración, al menos más amplias que durante la vigencia de la ley 24.522. El magistrado no solo hace un control formal o de las formalidades prescriptas por la ley, sino también un control de la legalidad sustancial del mismo, es decir, de su contenido.

El juez del concurso no deberá tolerar en ningún caso el abuso y el fraude en el acuerdo, así tales pautas se encuentren reguladas o no. La labor jurisprudencial afronta por ello un nuevo desafío que los jueces sabrán asumir, evaluando cada caso en particular, y apreciando el conjunto de sus circunstancias establecer si se trata de un acto jurídico que contenga los requisitos mínimos para recibir la tutela del Derecho (Rivera et al., 1995, pág. 25).

El juez en estos casos tiene gran facultad homologatoria, pero a su vez grandes responsabilidades y sobre todo un compromiso dada la situación económica actual. De esta manera, la consagración legislativa de estas prerrogativas es razonable y concede a los jueces la facultad de hacer un control de la propuesta que no sea solo de la legalidad formal de la misma (Rivera et al., 2010, págs. 436/437). Por consiguiente, para imponer la equidad y justicia en cada caso, el juez está ahora habilitado para analizar exhaustivamente la propuesta de acuerdo, el contexto en la cual se formuló y su valoración correspondiente, y, entonces, no homologar el acuerdo aún cuando se hayan obtenido las mayorías. No obstante, debe el juez tener presente que la aprobación del concurso y la homologación del acuerdo satisface a todos, mientras que la quiebra importa la frustración de los intereses del fallido y de los acreedores, quienes recibirán una ganancia inferior al que pudo proponer pagar el concursado (Gómez Rincón, 2003, pág. 199).

El concurso preventivo no sólo está orientado a los intereses privados del deudor y de los acreedores sino que también repercute en la actividad económica y social, es

así, que el juez debe valorar toda propuesta atendiendo a su congruencia con los principios del orden público, el interés general y los fines del concurso, no limitándose a un análisis formal de la legalidad, sino que tiene el deber de analizar si la misma resulta congruente con las finalidades del concurso preventivo (Grispo, 2002). De cualquier modo, no debe olvidarse que en los casos en que haya una apariencia de abuso en las propuestas el juez debe ponderar las circunstancias particulares de cada causa con un criterio restrictivo, ya que este es un remedio excepcional que concede el derecho privado, para solo utilizarse cuando este se manifieste expreso, inequívoco e incontrastable (Rivera et al., 2010, pag 438).

Para Grispo la facultad revisoria del magistrado es excepcional, ya que si el deudor ha reunido las conformidades necesarias para la aprobación de la propuesta, debe primar esta voluntad. Solo en aquellos casos en los que la homologación pueda producir una burla a la ley y a los acreedores, el juez debe echar mano de su facultad y denegar su homologación (2002).

Barbieri nos indica al respecto que

La calificación o evaluación que realiza el juez del concurso no se deberá referir, solamente, a la propuesta de acuerdo (art. 43), sino también al acuerdo preventivo en sí mismo, dado que, en realidad, no debe olvidarse que lo que se somete a la decisión jurisdiccional homologatoria es el acuerdo y no la propuesta, sobre la cual ningún juicio de valor efectúa el magistrado al momento de su presentación en el expediente (2002).

En los casos en que de lo acordado se traduzca en una inequidad y arbitrariedad el juez no homologará preservando los valores que hacen a la buena administración de la justicia (Barbieri, 2002). El juez debe analizar si la propuesta desde el punto de vista económico implica un ejercicio abusivo y, por lo tanto, debe analizar el mérito y oportunidad del acuerdo (Petrasso, 2003).

El juez del concurso es el director del proceso, teniendo la facultad de dictar todas las medidas de impulso y de investigación que sean necesarias. Sin embargo, gran parte de la doctrina opina que, la facultad revisora de este es excepcional, por lo que si el deudor obtuvo las mayorías necesarias y su consiguiente aprobación debe primar esta voluntad de los acreedores. Sin embargo, esto cede ante aquellos acuerdos contrarios al derecho en base a la interpretación de todo el ordenamiento íntegramente considerado.

Habría que considerar dos hipótesis: una propuesta única o una pluralidad de propuestas. En el primer lugar va a importar el reconocimiento de las facultades del juez, quien valorará las propuestas ofrecidas por el deudor. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico establece que las propuestas no pueden consistir en prestaciones que dependa de la sola voluntad del deudor. Actualmente compete al juez estimar el límite de razonabilidad que debe tener toda propuesta concordataria y evitar aquellas que importen un ejercicio abusivo, por lo tanto en aquellas propuestas que infrinjan el límite moralmente permitido por el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, tiene el juez la implícita facultad de no homologar. En el segundo supuesto (pluralidad de propuestas) dispone el artículo que se deberá tener en cuenta si se obtuvieron las mayorías de:

- a) Aprobación por al menos una de las categorías de acreedores quirografarios;
- b) Conformidad de por lo menos las tres cuartas partes del capital quirografario;
- c) No discriminación en contra de la categoría o categorías disidentes. Aquellos casos en que se impide a los acreedores elegir después de la imposición judicial cualquiera de las propuestas acordadas en las categorías aprobadas.

De esta manera, cumplidos los requisitos el juez puede homologar e imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores quirografarios (Grispo, 2003).

Conclusiones parciales.

Cuando hablamos de un concurso preventivo sabemos en primer lugar que el mismo tiene el fin de ser un remedio judicial que se otorga a deudores a fin de que mediante un ordenado y eficaz plan de negocios el mismo sea capaz de contrarrestar las deudas que posee y evitar la eventual liquidación del patrimonio. Sin embargo, muchas veces este remedio se ve desnaturalizado por deudores inescrupulosos que se aprovechan del mismo buscando el pago de sus acreencias, con un inmenso perjuicio a sus acreedores, quienes buscan el pronto pago de sus créditos y con temor a un mínimo dividendo en caso de una quiebra. Es en ese momento en el cual surge un claro despropósito, en el cual se pueden observar propuestas claramente abusivas de los derechos de los acreedores.

La doctrina coincide en que se evidencia este abuso cuando el deudor ha impuesto las condiciones a su arbitrio, aprovechándose de su posición de fuerza, de tal manera que el acuerdo queda redactado de prestaciones que dependen de su sola voluntad. Lo que se busca es otra cosa, que el acuerdo sea fruto de un consenso entre los acreedores y el deudor y de tal manera se vean satisfechos los intereses de ambos.

Por otra parte, debemos tener presente que lo que interesa es la voluntad de los acreedores, por lo que la facultad de negar la homologación por el juez debe ser excepcional. La anterior ley no contemplaba el abuso del derecho, ni todas las condiciones que establece el actual artículo 52, solo se limitaba a establecer que se debían completar las mayorías indicadas. La doctrina, a raíz de la reforma, se expreso de dos maneras: en primer lugar, un sector, propició que la incorporación del mentado instituto fue innecesaria ya que la jurisprudencia siempre se expresó por el hecho de que nunca, bajo ninguna circunstancias, se homologaría un acuerdo que evidencie conductas claramente abusivas, desde que el derecho concursal está integrado dentro de todo un ordenamiento jurídico que contiene directrices que son aplicables a todas sus ramas y que hacen al orden público en general. Dentro de esta línea de opinión encontramos diversos fallos que acompañan a la misma. Otras de las opiniones fueron en base a la utilidad y relevancia del retorno de las facultades de control de mérito de los jueces ya que muchas veces la negociación de las propuestas termina en condiciones perjudiciales para los acreedores ante una posible quiebra, que en definitiva frustraría la expectativa de crédito. Pero todo esto siempre debe ser observado desde la óptica de la economía en general, y no solo de los intereses privados de las partes, atendiendo a la congruencia

del mismo con el interés general, el orden público, y como expresamos al principio, el fin de los concursos.

Concluimos así, que los jueces tiene una ardua tarea al momento de dar su veredicto respecto a la homologación del acuerdo, dándole preeminencia a la voluntad de los acreedores, pero siempre teniendo la posibilidad de utilizar una herramienta excepcional, pero de gran utilidad, como es el abuso del derecho cuando se evidencie de manera clara y manifiesta que el deudor de todas las vías que posee elige la más gravosa, produciendo un daño excesivo que aparezca como notorio.

VI. *CAPITULO 6: Análisis Jurisprudencial.*

- Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo¹³.

Procedimiento desarrollado en segunda instancia, frente al recurso de apelación interpuesto por los acreedores impugnantes, respecto de la sentencia que desestimó las impugnaciones y homologó el acuerdo. La propuesta consistía en el pago del 60% del capital social en doce cuotas anuales, con tres años de gracia, no contemplando ningún interés, recomposición u otro tipo de ajuste. Si bien la misma fue aprobada por mayorías superiores al 90%, sin que se advirtieran manipulación de las mayorías, esta mereció diversas impugnaciones. La fiscal emite su dictamen adverso a la homologación. La concursada mejora la propuesta por primera vez adicionándole intereses a la misma con una tasa anual del 2%, capitalizable por el mismo periodo. Se solicita el dictamen del síndico sobre la mejora y si esta puede ser susceptible de nuevas mejoras, el cálculo respecto al valor presente y proporcional de la cancelación de los créditos y que formule una comparación entre lo ofrecido y un potencial dividendo en caso de quiebra (Pasquinelli, 2011).

La cámara convoca a la concursada a una audiencia pública, a la que concurrieron los impugnantes y la fiscal. Luego de esta la concursada vuelve a mejorar la propuesta de la siguiente manera: reducción de la quita al 5%, incrementando el porcentaje nominal de pago al 65% del capital quirografario verificado. La segunda fue condicionada a cierto nivel de venta de las revistas “Caras” y “Noticias”. Si estas alcanzaban en conjunto el 70% de las unidades que vendieron en el año 1998 durante los 12 meses anteriores al pago de la cuota número cinco, abonarían con la misma el 50% de la sexta cuota y la restante mitad con la cuota 7a. que en ese caso sería abonada en la fecha inicialmente fijada para la 6a. Agregó que si tales publicaciones alcanzan el 85% de las unidades que vendieron en 1998 durante los doce meses anteriores al pago de la cuota 8a., anticipar el 50% de la cuota 9a. y la restante mitad abonarla con la cuota 10a. que al igual que en el anterior caso, sería pagada en la fecha inicialmente fijada para la 9a.

La cámara solicita un nuevo informe a la sindicatura sobre el valor presente, neto y proporcional de cancelación de los créditos y una opinión sobre la idoneidad del IVC

¹³ CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo”, A.A 2007-4217.

como medio para conocer el nivel de ventas. Sin embargo, antes de que se expidiera la sindicatura, la concursada vuelve a mejorar la propuesta esta vez reduciendo la quita al 25 %, elevándose el porcentaje de pago al 75% del capital quirografario verificado.

Las impugnantes se postularon por el rechazo de la homologación. En cambio la fiscal opinó que las mejoras propuestas variaban favorablemente la situación tenida en cuenta en su momento por ella cuando se expidió por el rechazo de la homologación, que actualmente propiciaría una situación contraria.

La cámara se expide sobre si la propuesta es abusiva o no con diversos argumentos:

- ❖ La cuestión sometida entronca una cuestión conflictiva desde que se ha intentado darle al abuso del derecho una concreción por ser este un concepto indeterminado, al punto de ser imposible construir una jurisprudencia que defina cuando es y cuando no es abusiva una propuesta de acuerdo. Caso por caso los jueces habrán de decidir lo que crean justo, sin que sus fallos sirvan de guía para otros supuestos, ya que estos tienen sus propios presupuestos fácticos y circunstancias.
- ❖ Debe ponderarse en cada caso, no solo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, es decir si es dador de empleo. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, el derecho del deudor de proponer a sus acreedores una propuesta de pago que modifique las condiciones de exigibilidad de sus créditos, pero también el derecho de los acreedores a ver lograda una finalidad satisfactiva.
- ❖ Resulta claro que la propuesta no puede consistir en una prestación que dependa de la sola voluntad del deudor, es decir, cuando sus condiciones y términos fueron impuestos por el deudor en su arbitrio aprovechando una posición de fuerza que le permitiera manipular las mayorías y de esta manera las prestaciones a que se obligara no fueran fruto de un adecuado consenso.
- ❖ Desde ponderarse el hecho de que se derogó el límite del 40% de la propuesta de quita contemplada en el artículo 43 que tuvo como objeto evitar el mal mayor de la quiebra.
- ❖ El juicio sobre la homologabilidad de una propuesta debe tener en cuenta los principios de “razonabilidad”, que aparece cuando se respetan los criterios de razonabilidad formal, logrando un equilibrio entre las distintas

exigencias y se obtiene un máximo consenso. Y el principio de “carácter restrictivo” se justifica cuando la teoría del abuso del derecho debe utilizarse solamente si parece de manera manifiesta el anti funcionalismo.

Sobre la base de lo expuesto la Cámara considera que no se configuró un abuso del derecho, objetivo y manifiesto, ni en el contenido ni en la aceptación de la propuesta ofrecida por la concursada.

En conclusión, el tribunal confirmó la sentencia homologatoria modificándola solo en cuanto consideró incluidas en la propuesta las mejoras presentadas en la alzada. De entre todos los argumentos expuestos, los más destacados fueron: las diversas mejoras a la oferta concordataria; la aceptación mayoritaria del acuerdo; la imposibilidad de ensayar las interpretaciones rígidas para mensurar la razonabilidad o abusividad de la propuesta; la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo; la tutela de la conservación de la empresa como fuente de producción; la propuesta se correspondía con las posibilidades económicas de la explotación en los términos informados por la sindicatura; el contexto económico de crisis y emergencia nacional; valoración de las menores posibilidades de cobro en un escenario de quiebra, la eventual compensación de pérdidas mediante futuros negocios; la relevancia del acuerdo alcanzado con los acreedores en moneda extranjera; la trascendencia de las actividades desarrollada por la concursada; los efectos nocivos de la quiebra; y la tempestividad de las mejoras introducidas en la alzada e inducidas judicialmente (Rivera et al., 2010, pág. 442).

El trabajo llevado a cabo por la Cámara, la sindicatura, la fiscalía y el deudor es invalorable. Consideramos que este es el único precedente a través del cual se acomete con responsabilidad la compleja labor de evaluar el abuso y proceder a su eliminación, destacándose el empleo de la información y la intermediación para arribar a una solución de consenso (Pasquinelli, 2011).

- Arcángel Maggio s/ concurso preventivo¹⁴.

La causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del recurso interpuesto por la concursada contra la sentencia de la Cámara que revoca la

¹⁴ C.S.J.N., “Arcángel Maggio s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, L.L 2007-C, Fallos 330:834.

homologación del acuerdo preventivo. La propuesta para acreedores quirografarios, aprobada por doble mayoría requerida, consistía en el pago del 40% de los créditos verificados y declarados admisibles, en 20 cuotas mensuales, sin intereses, en moneda de curso legal, con vencimiento de la primera cuota a los 60 meses de la fecha en que se homologara la propuesta. Varios acreedores impugnaron el acuerdo de conformidad con el artículo 50 bajo las siguientes causales: error en el cómputo de las mayorías necesarias para arribar al acuerdo; inobservancia de las formas esenciales para la celebración del acuerdo; extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios; existencia de acuerdos paralelos negociados por afuera del expediente a través de testaferros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la par conditio creditorum; e insuficiencia del mínimo legal del 40 % exigido por el artículo 43 de la ley 24.522.

Al momento de tomarse tal decisión, ya había sido sancionada la ley que dejó sin efecto el límite del 40% para la propuesta de quita y que prescribió "... En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley..."

El recurso extraordinario articulado por la concursada, controvierte la sentencia por considerarla arbitraria por lo siguientes motivos: a) porque resolvió la cuestión sometida a litigio aplicando el texto original del artículo 43 de la anterior ley 24.522 en vez de hacerlo conforme a la 25.589; b) porque al reprochar a la concursada no haber previsto en su propuesta la incidencia de la depreciación monetaria prescindió aplicar el artículo 7 de la ley 23.928 que prohíbe la actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, haya o no mora; c) porque incurrió en afirmaciones que reputa de extrema latitud para fundar la condición de abusiva de la propuesta, en cuanto remitieron a aspectos tales como el punto de vista técnico-económico, el orden jurídico en general, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irracionalidad y absurdidad de la oferta; d) porque no tuvo en cuenta que la actual legislación parte de un "enfoque desregulado" del acuerdo preventivo, en el que dando los acreedores su aprobación, la intervención judicial es una interferencia que debe ser acotada; e) porque no puede calificarse de abusiva una propuesta que implica para el deudor todo lo que puede pagar; f) porque omitió ponderar que el 56% del pasivo quirografario está constituido por acreedores en moneda extranjera, a quienes se les ofreció pagar el 40% del monto nominar en la respectiva moneda de origen; g) porque se basó en fundamentos aparentes para aceptar

que medió fraude en la obtención del acuerdo; h) porque se la privó de su derecho de lograr en exclusividad la reestructuración de la deuda, habilitándose improcedentemente la vía prevista en el artículo 48.

La Corte, rechaza el recurso, basándose en la ausencia de arbitrariedad de la sentencia apelada. Respecto a la abusividad, considera que la referencia a la ciencia económica que efectúa la Cámara constituye un válido canal interpretativo para un análisis objetivo de si el deudor ha ejercido su derecho de acuerdo a los fines económicos y sociales del mismo. Por otro lado, la Cámara consideró a la concursada incurso en fraude y que los agravios de esta solo expresan disconformidad por lo resuelto. El acuerdo no fue homologado por resultar abusivo y fraudulento, por lo que una nueva oportunidad al deudor implicaría un premio a su conducta fraudulenta (Pasquinelli, 2011).

Uno de los fundamentos que más nos interesan, que posteriormente fue utilizado en un sin número de fallos fue la consideración del abuso del derecho como un concepto jurídico indeterminado, por lo que los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto en todos sus aspectos.

○ Línea Vanguard S.A. s/ concurso preventivo¹⁵.

El juez de primera instancia rechazó la impugnación al acuerdo que había deducido la acreedora C.I.D.E.C. Compañía Industrial del Cuero. El acuerdo, aprobado por la mayoría de los acreedores, consistía en una quita del 60% y una espera de 5 años de gracia y el pago de los créditos en un plazo de 20 años.

El juez consideró que el acuerdo no viola los principios del orden jurídico considerado en su integridad y que la propuesta no resulta ilegal, en tanto la quita y la espera son modalidades previstas y admitidas por la ley, a lo que la acreedora apela la sentencia.

La sindicatura presta su opinión expresando que: no comparte la norma conforme a la cual el juez se hallaría constreñido en todos los casos en forma absoluta e irrestricta a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado favorablemente por las mayorías legales, toda vez que el sentenciante conservaría siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal, en aquellos supuestos en que

¹⁵ CNCom., Sala C, “Línea Vanguard S.A s/ concurso preventivo”. MJ-JU-E-5384-AR | EDJ5384 | EDJ5384.

el acuerdo pudiera afectar el interés público atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad, postulando que se revoque la sentencia y rechace la homologación del acuerdo.

El juez de grado rechazó la impugnación, y dándose el hecho de encontrarse reunidas las mayorías legales homologó el concordato. De esto apeló el perjudicado.

La segunda instancia revoca la sentencia y hace lugar a la impugnación con relación al acuerdo preventivo. Algunos de los fundamentos de la misma fueron: a) una propuesta de esas características no solo puede llegar a importar un verdadero ejercicio abusivo de los derechos por parte del deudor, y sobre todo de los acreedores que integran la mayoría, que virtualmente desnaturalizó el instituto del concurso preventivo, sino también un acto jurídico encuadrable en la noción de objeto ilícito, violatorio de la regla contenida en el artículo 953 del Código Civil; b) que, a pesar de que la ley vigente considera que los acreedores son los únicos en situación de decidir sobre lo que mejor se ajusta a su interés, esto no significa que los jueces no se encuentren facultados para valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad. La propuesta de acuerdo debe ser valorada atendiendo a su compatibilidad con los principios del orden público, la finalidad de los concursos y el interés general; b) la propuesta presentada por la deudora no satisface la exigencia de una quita del 60% de los créditos. Dicho acuerdo no satisface las exigencias mínimas de integridad patrimonial que contempla la legislación concursal; c) el acuerdo contó con la conformidad de todos los acreedores, alcanzada mediante el voto de mayorías de capital y acreedores que apenas superaron los mínimos legales y un porcentaje importante de esa mayoría estaría representado por acreencias sospechadas de connivencia entre la concursada y los supuestos acreedores.

Este fallo es el leading case en materia de facultades homologatorias por cuando las ejerce cuando no estaban contempladas en la ley, ya que este fue dictado con anterioridad a la reforma de la ley 25.589.

Es importante señalar dos grupos de cuestiones, por un lado, la abusividad de la propuesta podría haber sido advertida en una instancia muy anterior y por otro la importancia del ejercicio de las facultades ordenatorias e instructoras, puesto que con pedidos de informes al síndico y a la concursada, se podía haber disuadido al deudor, de la inviabilidad de su propuesta, exponiendo la necesidad de mejorarla (Pasquinelli, 2011).

- Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo¹⁶.

Es el turno de analizar un fallo de trascendencia resuelto en última instancia por la Corte Suprema de la Nación a través de un recurso extraordinario contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. La sala D de la misma confirmó la sentencia de primera instancia que consistía en la homologación de un acuerdo preventivo presentado por la concursada y autorizando la pérdida del 81% de su participación en Compañía General de Combustibles S.A.-por la falta de ejercicio del derecho de preferencia-en el marco de un aumento de capital de esta última sociedad y rechazo las objeciones efectuadas contra la asamblea de obligacionistas que votaron el acuerdo, tanto en lo referente a su constitución, como al mecanismo mediante el cual fue celebrada. Al examinar los agravios que calificaban la propuesta como abusiva y fraudulenta y sin desconocer que el acuerdo contenía cláusulas iguales para acreedores que se encontraban en diferentes condiciones, ponderó el alto grado de adhesiones expresado por los acreedores en moneda extranjera. No se efectuó categorización de acreedores, sea cual fuera la moneda en que estuviera expresado su crédito, quedando agrupados en una misma y única categoría. La propuesta consistía en una quita del 40%; empero para los créditos en dólares estadounidenses se aplicaría además una quita implícita que implicaba la conversión de U\$S 1=1\$, un plazo de gracia de 10 años percibiéndose a los 11° y 12° años el 10%, a los 13° el 20% y a los 14° y 15° años el 30% con un interés a partir del decimo año del 1% anual sobre saldos (Rivera et al., 2010, pág. 447).

La Fiscal General ante la Cámara se agravia por homologar una propuesta que esta califica como abusiva. Imputa a la Cámara la omisión de tratamiento de numerosas cuestiones planteadas en su dictamen respecto de la asamblea de accionistas, entre las que destaca la falta de consideración de las irregularidades relativas a la asistencia de los bonistas y su registro que quedo en manos de la concursada, sin control del juzgado. Manifiesta que tampoco recibió tratamiento la alegación de que el edicto de convocatoria no contenía ninguna especificación acerca del otorgante del certificado de bloque para asistir a la asamblea. Afirma que la propuesta es claramente abusiva en tanto los acreedores en moneda nacional votaron una quita que ellos no sufrirían y que solo perjudicará a los acreedores en moneda extranjera. Sostiene también que se han computado mayorías ficticias y que las consideraciones formuladas por la Cámara para

¹⁶ C.S.J.N., “Sociedad comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo”, L.L 2009-F, Fallo 332:2339.

homologar no se corresponden con las constancias de la causa, siendo los fundamentos artificiosos y carentes de contenido, puesto que no indican nada acerca del valor real de la propuesta.

La corte, por su parte, admite el recurso en base a dos cuestiones fundamentales: al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad. Sobre el primer aspecto la Corte concluyó que la Cámara omitió el examen del planteo oportunamente propuesto, al no analizar los extremos conducentes para abordar los agravios de la Fiscal General relativos a la convocatoria de bonistas, respecto de la aceptación del acuerdo y, por ende, descalificar el fallo por aplicación de la doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias. Que existe una duda razonable sobre la transparencia de la información y sobre los obstáculos que encontraron los acreedores para expresar su voluntad. Estas diferencias planteadas y las dudas que ello genera deberían haber sido suficientes como para que el Tribunal reconsiderara los medios para lograr una clara, transparente e incuestionable expresión de la voluntad de los acreedores, y no lo hizo, con afectación del derecho al debido proceso.

En cuanto a la segunda cuestión, y la que más nos interesa, la Corte expresó que la sentencia era arbitraria por la afectación sustancial del crédito derivado de un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado, contrariando la finalidad económico-social del dicho instituto (Rivera et al., 2010, pág. 448). Además la Corte esgrime que el abuso del derecho con relación a la admisibilidad de una propuesta debe ser analizado por el juez apreciando objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado esa finalidad económica-social, como fuente de producción y trabajo sino también por una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores.

Como nos encontramos ante una cláusula general que no tiene una determinación precisa, obliga al juez a realizar un juicio de ponderación para lograr su mayor satisfacción en la medida compatible con otros principios competitivos, por lo tanto, el a quo debió ejercer un control sustancial de la propuesta y denegar su aprobación si la consideraba abusiva.

En el voto de la Jueza Highton se afirmó que de la sola redacción de la propuesta surge que esta transgrede el principio de *par conditio creditorum* en que se funda el artículo 43 de la ley 24.522 que establece que las propuestas deben contener cláusulas igual para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas (Rivera et al., 2010, pág. 449).

La Corte por fin decidió dejar sin efecto la homologación del acuerdo a partir del análisis de los dos puntos antes indicados y comprobar su existencia.

La trascendencia de esta sentencia de la Corte ha sido señalada por toda la doctrina. En ella la Corte sienta criterios que guiarán en el futuro la interpretación de las pautas “abuso” y “fraude” que contiene la ley concursal vigente y, además, ha puesto un límite a las maniobras utilizadas por un concursado inescrupuloso que había conseguido que su acuerdo lo aprobaran los “amigos” (Rivera et al., 2010, pág. 449).

- Cooperativa de Crédito Pampero Limitada s/ concurso preventivo¹⁷.

El presente fallo es resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial a través de un recurso de apelación interpuesto por la concursada hacia la homologación del acuerdo preventivo cuya propuesta dirigida a los acreedores privilegiados, que fue aceptada por un único acreedor, consistente en abonar los créditos verificados con una quita del 70%, en el plazo de dos años y con una espera de dos años a partir de la fecha de homologación sin intereses. La decisión del a quo fue que el acuerdo no sería oponible para otros acreedores de igual categoría que con posterioridad obtuviesen su ingreso al pasivo concursal, señalando que ello sería juzgado en la oportunidad correspondiente.

La Cámara decidió en primer lugar, que la propuesta produciría efectos respecto de acreedores con esa graduación que se verifiquen posteriormente.

En segundo lugar, analizó si la propuesta efectuada por la concursada respecto de los eventuales acreedores con privilegio laboral resultaba abusiva, determinando que los magistrados siempre se encuentran facultados a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general sobre el individual de los acreedores o del deudor. Ello es así toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad. Enfoca su análisis en diversos precedentes jurisprudenciales en

¹⁷ CNCom., Sala F, “Cooperativa de Crédito Pampero Limitada s/ concurso preventivo”. MJ-JU-M-66165-AR | MJJ66165.

los cuales las facultades del juez fueron reivindicadas por la jurisprudencia al rechazar en no pocos casos la homologación de acuerdos abusivos.

Expresa la misma Cámara que procede, así, ingresar en el análisis de la propuesta efectuando un control que trascienda la mera legalidad formal, pues ello viene impuesto por los principios que fluyen de los artículos 953 y 1071 del Código Civil, puesto que la solución contraria importaría renunciar al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional.

Por otro lado, nos es posible admitir la mera alegación de ejercicio abusivo de un derecho o configuración de fraude sin un perjuicio cierto o potencial, pues la actividad jurisdiccional cumple en esta materia también una función correctiva del desvío en forma preventiva.

Consecuentemente, finalizadas las evaluaciones de las circunstancias del caso, el Tribunal concluyó que la propuesta ofrecida vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito. Y la homologación del acuerdo que implica desvirtuar la eficacia de los medios compulsivos con que cuentan los acreedores para hacer valer sus derechos, va más allá de su particular interés, para convertirse en una cuestión que afecta al interés general.

Conclusiones parciales.

Los precedentes jurisprudenciales en el derecho forman una importante fuente a los que se recurre periódicamente ya sea para dar fundamentación a una sentencia, o para el estudio y desarrollo de opiniones doctrinarias. Es de larga data el hecho de que los mismos han delineado las bases respecto a aspectos que no se encontraban del todo claros, o necesitaban ser interpretados. Este es el caso del ámbito concursal, en el cual son innumerables los casos en los cuales los magistrados han desarrollado las doctrinas que hoy utilizamos y estudiamos.

A lo largo del presente trabajo, hemos analizado los diversos principios que hacen al acuerdo preventivo y a la homologación del mismo, a las facultades de control y valoración de los jueces, a la empresa en sí misma, al abuso del derecho y su indeterminación, entre otras. Sin embargo, estas han sido desarrolladas en su totalidad por la labor jurisprudencial, quienes mediante un estudio de los problemas llevado a sus tribunales los han resuelto de manera que hoy son los principios y directivas que debemos respetar y tener en cuenta al momento de formalizar un acuerdo preventivo y, por otro lado, directivas que deben tener en cuenta los magistrados al evaluar una propuesta de acuerdo, para aprobar o rechazar un acuerdo preventivo.

De los fallos expuestos, la mayoría de ellos leading case en diversas materias, surgen, en resumidas cuentas, los principios que venimos desarrollando precedentemente. En primer lugar, se establece que el abuso es un concepto indeterminado, con lo que es imposible construir una jurisprudencia que defina con exactitud cuándo es y cuándo no es abusiva, debiendo ponderarse las circunstancias propias y concretas de cada caso. En segundo lugar, podemos observar que los fallos hacen especial referencia a la consideración de la concursada como fuente generadora de puestos de empleo y como incidirá una posible quiebra en la economía general.

Uno de los avances más importantes, fue en base al desarrollo de las propuestas abusivas como aquellas que dependan de la sola voluntad del deudor, imponiendo condiciones y términos a su arbitrio aprovechándose de su posición de fuerza, dándose no solo contrariando a la moral, el orden público y las buenas costumbres, sino también cuando desnaturaliza el fin que se tuvo en miras al otorgar el concurso preventivo.

Otros grupo de fallos, dictados durante la vigencia de la ley 24.522 y su consecuente artículo 52, atiende a la intervención de los jueces, que durante la citada ley era escueta y solo se refería a un análisis formal de la cuestión. En estos, pudimos apreciar la intervención de los mismo realizando un análisis de mérito de la cuestión, en

los que se cuestionó que a pesar de que en la ley solo se pondera la decisión de los acreedores no significa que los jueces no se encuentren facultados para valorar los principios que ordenan el orden jurídico en su integridad, encontrándose siempre facultados a realizar un control que trascienda la mera legalidad formal, ponderando el interés general y no solo los intereses individuales y privados de las partes.

VII. **CAPITULO 7: Derecho Comparado.**

Es el turno de tratar lo que llamamos como derecho comparado, o aquel precedente de ordenamientos jurídicos de otros países. La finalidad a la que queremos llegar a continuación es observar como otros ordenamientos jurídicos abordan el procedimiento de la homologación del acuerdo preventivo, qué condiciones se establecen y si se hace mención del abuso del derecho como en nuestra ley.

- Código de Comercio de Uruguay, Libro IV, Ley de Quiebras¹⁸.

Artículo 1541: Dentro de los cinco días siguientes a la reunión resolverá el Juez sobre la homologación del concordato, pronunciándose a la vez sobre los créditos que trata el artículo 1539.

Si el concordato hubiere sido aceptado por las mayorías exigidas por el inciso 1º del artículo 1524, le prestará el Juez su aprobación, salvo lo dispuesto en el artículo 1524; en caso contrario, lo declarará rechazado.

Artículo 1544: Hasta que se dicte sentencia homologatoria del concordato, cualquier acreedor podrá oponerse a éste si el deudor ha alterado conscientemente el estado de su activo o valiéndose de medios fraudulentos para obtener la adhesión de los acreedores. En tal caso, y si el concordato reuniera los votos exigidos para su aprobación el Juez, previa audiencia del deudor, abrirá un termino de prueba no mayor de veinte días. Las partes alegarán de bien probado dentro del término común y perentorio de cinco días, vencido el cual el Actuario pondrá los autos al despacho.

El Juez resolverá dentro de los cinco días.

Artículo 1558: Homologado el concordato, podrá pedirse su anulación mediante la prueba de ocultación del activo o exageración del pasivo o de maniobras dolosas del deudor o de terceros para formar la mayoría.

La acción de nulidad expira a los seis meses, contados desde la última publicación de la sentencia homologatoria.

Para comenzar, diremos que el artículo 1.541 que trata sobre la homologación del acuerdo o concordato es similar al derogado artículo 52 de la ley 24.522 que establecía un mandato expreso en el que ordenaba al juez homologar el mismo siempre

¹⁸ Código de Comercio de Uruguay, Libro IV, Ley de Quiebras.

que se encontraran cumplidas las mayorías exigidas por la ley, en un plazo previsto. Ya en el próximo artículo contempla la posibilidad de que los acreedores se opongan a la aprobación siempre que existiere una maniobra fraudulenta por el concursado para obtener las mayorías necesarias o que de alguna manera éste haya alterado el activo. Cuando establece el mismo la alteración del activo utiliza la palabra “conscientemente”, es decir, con intencionalidad de causar un daño, valiéndose de ardid o engaños. De cualquier manera, esta librado a la oposición de los acreedores, pero con la solución de la apertura de un término de prueba en el que se deberá demostrar que así ha sido, para luego de su examen aprobar o rechazar el acuerdo o concordato.

Creemos, que si bien la ley no hace expresa mención al abuso del derecho como causal por la que el juez debe negar la homologación del acuerdo a diferencia de la Ley Argentina, cuando utiliza la palabra “consiente”, que hace referencia a un estado volitivo, estaría hablando del dolo, de la intención de dañar a los acreedores realizando una conducta contraria a derecho. Por otra parte, el juez, ateniéndonos a la letra de la ley, no pareciera estar facultado para realizar un control de mérito de oficio de la cuestión, sino que esta compelido a esperar la denuncia por parte de los acreedores.

Como dijimos anteriormente, la precedente ley es similar a la derogada ley 24.522 en la cual sólo se contemplaba la posibilidad del juez de realizar un análisis formal de la cuestión, como en este caso que es el de verificar el plazo y que se hayan llenado las mayorías.

- Ley de Concursos Mercantiles México¹⁹.

Artículo 164: Transcurrido el plazo a que se hace referencia en el artículo 162 de esta Ley, el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos previstos en el presente capítulo y no contravenga disposiciones de orden público. En este caso el juez dictará la resolución que apruebe el convenio.

Prosiguiendo con el análisis, en el caso de la ley Mexicana, encontramos una similitud muy grande con la ley de Uruguay. Este solo expresa que el juez debe verificar

¹⁹ Ley de Concurso Mercantiles México.

los requisitos previstos por la ley y homologar el convenio si es así. Como ya lo hemos expresado, el juez en este caso, solo puede realizar un análisis formal del acuerdo, sin poder hondear en la cuestión, realizando un análisis de mérito del mismo.

Sin embargo, creemos que al incluir las palabras “orden público” lleva implícito la facultad del juez de observar más profundamente el acuerdo, ya que, como lo vimos en apartados anteriores el orden publico es un principio rector en todo el derecho y no pudiendo contrariarse el mismo. Este contiene a su vez otros principios, como la moral, las buenas costumbres, la buena fe en la contratación, entre otros. Es así que de alguna manera este articulo conlleva a entender que la propuesta no podrá ser abusiva o fraudulenta, ya que de ser así, esta quebrantaría o infringiría las disposiciones de orden público, encontrándose, como la doctrina mayoritaria opina en nuestro país, implícita la facultad del juez de rechazar un acuerdo que evidencie de forma clara la intención de perjudicar a los acreedores.

- Ley de concursos mercantiles N° 1116, Colombia²⁰.

Artículo 35: Audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que el promotor radique el acuerdo de reorganización aprobado por los acreedores, el juez del concurso convocará a una audiencia de confirmación del acuerdo, la cual deberá ser realizada dentro de los cinco (5) días siguientes, para que los acreedores tengan la oportunidad de presentar sus observaciones tendientes a que el Juez, verifique su legalidad. Si el Juez niega la confirmación, expresará las razones que tuvo para ello, y suspenderá la audiencia por una sola vez y por un término máximo durante ocho (8) días , para que el acuerdo sea corregido y aprobado por los acreedores, de conformidad con lo ordenado, so pena del inicio del término para celebrar acuerdo de adjudicación.

Presentado debidamente dentro del plazo mencionado en el inciso anterior, el Juez, determinará dentro de los ocho (8) días siguientes, si lo confirma o no. Al vencimiento de tal término, será reanudada la audiencia de confirmación, en la cual se emitirá el fallo, que no será susceptible de recurso alguno. No presentado o no confirmado el acuerdo de reorganización, el Juez ordenará la celebración del acuerdo de

²⁰ Ley de Concursos Mercantiles 1116, Colombia.

adjudicación, mediante providencia en la cual fijará la fecha de extinción de la persona jurídica, la cual deberá enviarse de oficio para su inscripción en el registro mercantil.

El caso de la ley Colombiana es mas particular, ya que si bien el juez puede negar la confirmación del acuerdo de reestructuración o acuerdo preventivo, no se establecen expresamente cuales son las razones por las cuales puede realizarlo. Solo se limita a establecer que el juez, una vez analizado el acuerdo, puede negarse a su homologación, otorgando un plazo para que sea corregido. Cuando el artículo habla de contrato de adjudicación hace referencia al contrato que se realizará de no proceder el acuerdo de reestructuración, en el cual se repartirán los bienes para realizar la quiebra, sin posibilidad de recurso alguno a esta decisión del sentenciante. Creemos en este caso, que se trata de una normativa muy rígida, ya que al no estar prevista de manera categórica las razones por las que se niegue la homologación, deja al libre arbitrio del juez la posibilidad de rechazar el acuerdo y así la consecuente quiebra, que conlleva el cierre de una empresa en marcha, con puestos de trabajos y que, por otro lado, puede resultar perjudicial para los acreedores si el dividendo que obtienen es menor que de haber sido aprobado el concordato de reestructuración de la empresa.

Conclusiones Parciales.

En este capítulo hemos desarrollado como leyes de otros países tratan a la homologación de un acuerdo preventivo. El fin que se ha buscado es evaluar cuales eran las diferencias y las similitudes con nuestra ley. Hemos podido descubrir que la normativa citada es semejante a nuestra derogada ley 24.522 la que en su artículo 52 establecía que una vez que se habían llenado las mayorías exigidas y no deducidas impugnaciones el juez debía dictar la homologación. En estos casos, los artículos citados obligan a los jueces a dictar la aprobación del concordato preventivo llenado los requisitos.

Lo que en un primer lugar se esperó descubrir era si alguno de estos ordenamientos jurídicos contenía algún inciso o artículo que mencionara de manera expresa e ineludible al abuso del derecho como un obstáculo para dicha homologación, como lo hace nuestra legislación vigente. La conclusión extraída fue que ninguna de estos contiene tal mención, pero que, dos de las legislaciones de una manera tácita o implícita lo hacen. Una a través de una sola palabra y la otra a través de la no contravención del orden público. Se ha llegado a esta conclusión a través de todo lo estudiado hasta el momento, no solo en materia doctrinaria, sino también en materia jurisprudencial, a través de estudios y análisis de las diversas normas que fueron transcurriendo. Una que categóricamente ordenaba homologación y la otra que establece un sinnúmero de requisitos para la aprobación.

Como ya se dijo, creemos que no facultar al juez para realizar un análisis sustancial del acuerdo es convertirlo en un mero sujeto pasivo de un proceso que necesita un magistrado intervencionista que sea quien vele por los intereses de los acreedores muchas veces perjudicados por maniobras ardidas por los concursados. Sin embargo, es peligroso el extremo de otorgar la libertad de que un magistrado pueda denegar la homologación sin que se encuentren de una manera clara y precisa las razones por las que puede realizarlo o no.

VIII. Conclusiones finales.

En el presente trabajo de investigación hemos podido observar y evaluar un importante sector de lo que significa concursarse. El concurso preventivo está destinado a remediar una situación de insolvencia comprobable que se origina en un deudor o en una persona jurídica. La ley de Concursos y Quiebras 24.522 contiene dos soluciones para esta situación patrimonial: un remedio judicial llamado concurso preventivo y un proceso de desapoderamiento de bienes llamado quiebra. Ambos muy diferentes uno de otro, ya que el primero produce una continuación de los negocios y el otro produce el cierre de empresas.

Como todo proceso judicial, el concurso preventivo conlleva diversos pasos y exigencias para poder ser otorgado, pero sin dudas el acuerdo preventivo es uno de los más significativos desde que su aprobación es el conducto a su otorgamiento. Debemos entender que el acuerdo preventivo es aquel que se concreta a través de las propuestas realizadas por el deudor y aprobadas por las mayorías de acreedores que exige la ley. Estas propuestas son de la más diversa naturaleza, como la quita, la espera, la reorganización, entre otras. Como se desprende del presente, a pesar de que el acuerdo debe contar con autorización expresa de los acreedores, este no surtirá efectos hasta que se produzca una resolución judicial que lo apruebe, que lleva el nombre de homologación judicial. Esta resolución es “la sentencia judicial que da imperio al acuerdo preventivo, haciéndolo obligatorio para todos los acreedores del concursado comprendidos en él, incluso para aquellos que no dieron su conformidad a la propuesta hecha por el concursado” (Rivera et al. 2010, pág. 425).

Como es de costumbre en nuestro derecho, los criterios con respecto al acuerdo preventivo y su homologación no siempre han sido uniformes, sino que han ido variando a lo largo de los años a partir de diversas reformas de la ley de concursos. En un principio, durante la vigencia de la ley 19.991 los jueces al momento de evaluar el acuerdo preventivo y las consecuentes propuestas tenían amplias facultades, pudiendo realizarse un control no solo formal sino de mérito del mismo. Es decir, podían profundizar sobre la cuestión, no debían solo observar los requisitos, sino que podían analizar el contenido y razonabilidad de las propuestas. El control de legalidad apuntaba al cumplimiento de los recaudos formales (publicación de edictos, mayorías legales, propuestas del deudor); según el control de mérito se debe ponderar la conveniencia económica del acuerdo propuesto y analizar si el deudor es merecedor de una solución

preventiva examinando de modo expreso el interés público incluso prevaleciendo sobre el interés privado de los acreedores (Mosso, 1998). Al parecer durante la vigencia de esta ley el juez protagonizaba un papel más garantista de los intereses y derechos de los acreedores. Fue así que en el año 1995 se reforma la ley produciéndose un cambio sustancial en la misma, los magistrados ya no contaban con los poderes de control de la anterior ley sino que se les reservó un papel absolutamente pasivo en la tramitación del acuerdo preventivo. La nueva ley imponía un mandato expreso y obligatorio que rezaba que una vez conseguidas las mayorías y no habiendo impugnación el juez debía homologar el acuerdo. Simplemente así fue como el juez de ser un gran intervencionista pasa a ser un simple observador. Ya no puede realizarse un control de mérito, sustancial sobre el acuerdo, ahora es un control de legalidad de la misma.

Esta reforma trajo consigo una cadena de críticas y oposiciones llegando a describir al papel del magistrado como un “cuentaporotos” del proceso desde que su papel se reducía a contar mayorías legales. Dicho de otro modo “la homologación paso a ser una mera comprobación de la regularidad de la obtención de las mayorías; privándose al juez de ponderar el mérito o conveniencia del acuerdo preventivo aprobado por los acreedores” (Rivera et al., 2010, pág. 428).

La reforma perduró durante ocho años hasta que en el año 2003 se produce una nueva reforma, quedando redactado el nuevo y presente artículo 52 como lo venimos estudiando. El nuevo artículo fue totalmente redactado quedando lleno de nuevos requisitos, no solo en los aspectos formales, como ser las mayorías, la separación de clases de acreedores, sino también respecto a los aspectos sustanciales específicamente cuando el artículo ordena al juez que no debe homologar un acuerdo que resulte abusivo. Como lo dijimos, ordena al juez, le otorga un mandato obligatorio para el magistrado ya que expresamente el inciso establece que en ningún caso podrá homologarse un acuerdo que sea abusivo. Al respecto la doctrina ha observado que el nuevo artículo 52 ha dado una adecuada respuesta a los requerimientos de la doctrina produciéndose el restablecimiento y fortalecimiento de los poderes del juez, introduciendo un novedoso ensanchamiento al establecer el deber de no homologar el acuerdo que resulte abusivo y al poder imponer el acuerdo a los acreedores que no estuvieron de acuerdo (Di Tullio et.al, 2002, págs. 178/179).

Aunque se le dio el visto bueno a la reforma y el restablecimiento de las facultades del juez, trajo un torrente de problemas de interpretación cuando se preguntaron cuáles eran las conductas o las propuestas que encuadraban dentro del

abuso del derecho ya que el citado artículo no contiene una descripción específica de estas, tan solo una disposición genérica. Es así como la doctrina comienza a realizar un estudio profundo del tema, otorgándole conceptos, descripciones hasta ejemplos hipotéticos. Pero, ¿Qué es el abuso del derecho? Podemos describirlo diciendo que es una conducta que se encuentra desviada del fin para el cual ha sido concedido el derecho, o aquel que se ejercita en pugna con los principios de la buena fe, la moral o las buenas costumbres, se encuentra viciada y es repudiada por el Derecho (Prono, Mariano R. Prono, Ricardo S). Sin embargo, la jurisprudencia ha concluido que el abuso del derecho es un concepto indeterminado, un estándar jurídico que debe ser definido y precisado, ponderando las circunstancias del caso en particular, siendo de esta manera un precedente judicial que se utiliza en la actualidad. La doctrina es uniforme al expresar que una conducta es manifiestamente abusiva cuando el deudor le impone las condiciones a su arbitrio aprovechando una posición de fuerza o manipulando las mayorías de modo que las prestaciones a las que se obliga depende de su voluntad y no son fruto de un consenso con los acreedores (Petrasso).

Luego de observar distintas concepciones del abuso del derecho y arribando a una que la doctrina considera como la más adecuada pudimos extraer diversos ejemplos o casos en donde es manifiesto que la propuesta resulta abusiva, es así que se considerara a la propuesta en aspectos como su compatibilidad con el orden público, la finalidad de los concursos y con el principio de conservación de la empresa, siendo de esta manera abusiva la propuesta aprobada y formalizada por los acreedores cuando el deudor desnaturaliza el instituto del concurso (Rivera et al., 2005, págs. 31/32). Sin embargo el signo más claro e ineludible de una propuesta abusiva es la intención de perjudicar del deudor pudiendo manifestarse de diversas maneras pero siendo dos las más significativas, el trato a los acreedores disidentes a quienes en definitiva se les aplicara el acuerdo y aquella en la cual el deudor concursado de muchas opciones o vías que posee elige la más gravosa para los acreedores. Son numerosos los casos en los que un deudor puede realizar una propuesta abusiva, desde la manipulación del activo o el pasivo, manipulación de las mayorías, acuerdos que imponen sacrificios excesivos a los acreedores, esperas demasiado largas, entre otras. Pero, en definitiva, será el juez quien habrá de observar y analizar estas propuestas que integran el acuerdo, examinar las circunstancias del caso y proceder a declarar la admisibilidad o rechazo del acuerdo. Existen numerosos fallos en los que se ha negado la homologación de acuerdo preventivos por ser abusivos dándose distintos fundamentos al respecto pero en los

cuales tienen una línea interpretativa común, como es el de que el acuerdo debe ser interpretado y examinado en congruencia con el orden público, el fin de los concursos y el interés general, que los acuerdos preventivos deben satisfacer las exigencias mínimas de integridad patrimonial. A pesar de que son los acreedores quienes en definitiva aprueban un acuerdo que satisface y se ajusta a su interés esto no obsta a la posibilidad de que los jueces valoren los principios que informan al orden jurídico en su integridad. En otro fallo se pudo desprender el hecho de que la Corte Suprema deniega la homologación de un acuerdo abusivo por afectar el crédito y contrariar la finalidad económica-social del concurso preventivo. Es de esta manera que el abuso del derecho no solo se da por ser contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, sino también cuando mediante una propuesta se desvía el fin que tuvo en miras el legislador al otorgar el concurso preventivo. En otro orden de casos existen dos precedentes jurisprudenciales de los cuales las conclusiones arribadas y sus fundamentos han sido utilizados en adelante por diversos fallos sentando una doctrina judicial. Es el caso, en primer lugar, de “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo” en el que se desarrollan valiosos criterios interpretativos en cuanto al acuerdo preventivo, las propuestas, el abuso del derecho. Por un lado se expresó respecto a la indeterminación del concepto de abuso, por lo que los jueces deberán decidir caso por caso lo que crea justo, ponderando no solo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, quedando irrevocablemente asentado el principio de conservación de la empresa. Otra de las reflexiones importantes ha sido el caso en el que se objetó el hecho de que una propuesta no puede depender de la sola voluntad del deudor, de poner sus condiciones a su arbitrio aprovechándose de una posición de fuerza. Otro de los fallos trascendentes en estos aspectos ha sido el de “Arcángel Maggio s/ concurso preventivo” en el que se niega la homologación del acuerdo por resultar abusivo y fraudulento, siendo el aporte más significativo el fundamento de considerar al abuso del derecho como un concepto jurídico indeterminado, debiendo los jueces buscar la fenomenología del acto casuísticamente, ponderando las circunstancias propias en todos sus aspectos.

Por último, hemos relevado diversos artículos de otros países de los que extrajimos como conclusión que dos de estas contenían alguna mención que nos inducía a entender como incluido el abuso del derecho, pero que no existía una mención específica en ninguna de estas sobre el abuso y su consecuente no homologación del acuerdo.

Concluimos de esta manera que las propuestas que realiza el deudor a sus acreedores deben ajustarse a los principios que imperan al orden jurídico integral, ya que el derecho concursal no es una rama aislada o una isla, por lo que si bien la ley de Concurso y Quiebras no describe específicamente cuales son las conductas abusivas que producen el rechazo de la homologación, serán aquellas que contraríen estos mentados principios. Al concederse al deudor el concurso preventivo se busca que el mismo consiga renegociar sus deudas y poder cumplir con estas para que no se produzca la quiebra, sea una persona física o una empresa. Es entonces que el concurso es una excepción, es un remedio judicial, por lo que el deudor no debe incurrir en conductas reprochables por el ordenamiento jurídico. Es ardua en este aspecto la tarea de los magistrados entonces de examinar un acuerdo y sancionar al mismo como abusivo o no abusivo. El abuso del derecho es un concepto de gran latitud, indeterminado que precisa ser construido pero caso por caso, observando las circunstancias de cada caso en particular, pero siempre ponderando los principios que hacen no solo al orden público y general sino al concurso mismo, como es el principio de conservación de la empresa, cuando esta es fuente generadora de empleo y fuente de movilización de la economía, especialmente en un país como es Argentina, en el cual no se puede dar el lujo de seguir cerrando empresas. El magistrado siempre tendrá la posibilidad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal para adentrarse al contenido sustancial de la propuesta, pudiendo rechazar la homologación o interpelar a que el deudor corrija la misma. Echar mano a este instituto es tarea delicada, pero en definitiva, la larga experiencia judicial nos ha demostrado que han sido acertados los casos en los que se ha aplicado el mismo y defendiendo el derecho de los acreedores que se verían agraviados de haber aprobado conductas groseramente abusivas.

IX. Bibliografía.

Doctrina:

- BARBIERI, PABLO C. (2008). *Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la ley 25.589*. LALEY2002-D, 1093.
- BONFATI, MARIO Y GARRONE, JOSE A. (1998). *Concursos y Quiebras*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BORETTO, MAURICIO. (2002). *Las facultades legales del Juez Concursal con respecto a la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera*. MJ-DOC-1835-AR | ED, 197-210 | MJD1835.
- CÁRDENAS, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LAVALLE COBO Y SMITH (1994) *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.
- CESADIO MARTINEZ, CLAUDIO A. (2011). *Breve análisis exegético de la Ley 26.684*. MJ-DOC-5414-AR | MJD5414.
- CULLARI, CARLOS A. (2005). *Orden público y propuesta concursal*. MJ-DOC-2596-AR | ED, 210-996.
- DI TULLIO JOSE, MACAGNO ARIEL Y CHIAVASSA EDUARDO (2002). *Concursos y Quiebras: reformas de las leyes 25.563 y 25.58*. Buenos Aires: LexisNexis.
- ESCUTI, IGNACIO A. Y JUNYENT BAS, FRANCISCO (2002). *Instituciones de derecho concursal 2: integración de las leyes 24522, 25.563 y 25.589*. Córdoba: Alveroni.
- FRAGAPANE, HECTOR R. (2011). *Una vez más sobre las facultades judiciales para no homologar el acuerdo preventivo votado por los acreedores por resultar abusiva o fraudulenta la propuesta*. MJ-DOC-5617-AR | MJD5617.
- GIMÉNEZ BAUER, MARCELA (2011). *El abuso de las formas en el proceso concursal*. MJ-DOC-5454-AR | MJD5454.
- GOMEZ RINCON, CARLOS (2003). *Concurso Preventivo: Ley 24.522-artículos 1 al 76. Modificaciones posteriores. Ley 25.536-*

La reforma. Ley 25.589-La contrareforma. Comentarios-Doctrina-Jurisprudencia. Buenos Aires: Virtudes.

- GRISPO, JOSE DANIEL (1996). *Tratado sobre la ley de concursos y quiebra, Ley 24.522.* Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GRISPO, JOSE DANIEL (2001). *Algunas consideraciones en torno a la Continuación inmediata de la explotación de la empresa en quiebra en la ley 24.522.* MJ-DOC-1518-AR | ED, 190-830.
- GRISPO, JOSE DANIEL (2002). *Homologación del concordato y facultades del magistrado.* MJ-DOC-1840-AR | ED, 197-761 | MJD1840.
- GRISPO, JOSE DANIEL (2003). *Facultades homologatorias del Juez Concursal ¿Puede el juez modificar la propuesta concordataria del deudor?* MJ-DOC-2166-AR | ED, 204-663.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO (2002). *El informe general y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589.* MJ-DOC-2463-AR | ED, 198-674 | MJD2463.
- JUNYET BAS, FRANCISCO Y MOLINA SANDOVAL, CARLOS (2003). *Ley de concursos y quiebras: comentada.* Buenos Aires: DEPALMA.
- JUNYET BAS, FRANCISCO (2010). *Un nuevo intento de reforma sobre cooperativas de trabajo en la Ley Concursal. A propósito de una historia sin fin.* MJ-DOC-4609-AR | MJD4609.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. (2006). *Sobre la vía procesal idónea para incoar la propuesta abusiva en el marco del concurso preventivo.* MJ-DOC-2977-AR | MJD2977.
- MOSSO, GUILLERMO G. (1998). *El juez concursal ante la homologación del acuerdo preventivo.* MJ-DOC-530-AR | ED, 176-969 | MJD530.
- PASQUINELLI, M. LAURA (2011). *La tercera vía, propuesta de lege data.* MJ-DOC-5392-AR | MJD5392.

- PETRASSO, HERNAN WALTER. *Homologación del acuerdo preventivo y facultades judiciales: modificaciones introducidas por la ley 25.589 al art. 52 de la ley 24.522*. DJ2003-2, 778.
- PORCELLI, LUIS A. (2008). *No homologación del acuerdo preventiva. Propuesta abusiva o en fraude a la ley*. LALEY2002-D, 979.
- PRONO, MARIANO R. PRONO, RICARDO S. *Abuso del derecho y fraude procesal en juicios concursales. Concurso sin insolvencia. Modificación intempestiva de la base de cómputo para la votación. En el pago con subrogación*. LALEY2009-F, 1290.
- RICHARD, EFRAIN H. (2010). *El monto de la reintegración para mantener la actividad de una sociedad: evitar la liquidación por pérdida del capital social y la responsabilidad por continuar operando*. MJ-DOC-4908-AR | MJD4908.
- RICHARD, EFRAIN H. *¿Abuso en el proceso concursal?* LALEY-2009-A, 907.
- RIVERA, JULIO C., ROITMAN, HORACIO Y VITOLO, DANIEL (2005). *Concursos y Quiebras: Ley 24.522*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- RIVERA, JULIO C., CESADIO MARTINEZ, CLAUDIO, DI TULLIO, JOSE, GRAZIABILE, DARIO Y RIBERA, CARLOS (2010). *Derecho Concursal Tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- ROUILLON, ADOLFO N. (2010). *Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.52*. (15º ed.) Buenos Aires: Astrea.
- SANCHEZ, PEDRO JAVIER (2003). *Potestades Homologatorias (Art. 52 L.C.)*. MJ-DOC-2489-AR | MJD2489.
- TORIELLI, CLAUDIA P. (2008). *Proscripción del abuso del derecho en el proceso*. MJ-DOC-3377-AR | MJD3377.
- TRUFFAT, EDGARDO D. (2002). *Concurso preventivo-Homologación de acuerdo preventivo*. MJ-DOC-1904-AR | ED, 198-760 | MJD1904.

- VAISER, LIDIA (2010). *La ley 24.522 debe reformarse*. MJ-DOC-4859-AR | MJD4859.

Jurisprudencia:

- CNCom., Sala D, “Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo”, A.A 2007-4217.
- C.S.J.N., “Arcángel Maggio s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo”, L.L 2007-C, Fallos 330:834.
- C.S.J.N., “Sociedad comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo”, L.L 2009-F, Fallo 332:2339.
- CNCom., Sala F, “Cooperativa de Crédito Pampero Limitada s/ concurso preventivo”. MJ-JU-M-66165-AR | MJJ66165.
- CNCom., Sala C, “Línea Vanguard S.A s/ concurso preventivo”. MJ-JU-E-5384-AR | EDJ5384 | EDJ5384.
- Juzg. De Concursos y Sociedades N°5 de la ciudad de Córdoba, “Pancor SA s/ Gran Concurso Preventivo”, 14-09-05, LNC 2006-4-410.

Legislación:

- Ley de Concursos y Quiebras 19.551. Artículo 61.
- Ley de Concursos y Quiebras 24.522. Artículo 52.
- Ley de Concursos y Quiebras 24.522, modificada por ley 25.589. Artículo 52.
- Código Civil Argentino. Artículo 1071.
- Ley de Concursos Mercantiles 1116, Colombia. Artículo 35.
- Ley de Concurso Mercantiles México. Artículo 164.
- Código de Comercio de Uruguay, Libro IV, Ley de Quiebras. Artículos 1541, 1544, 1558 y 1571.

Voces: CONCURSOS - ACUERDO PREVENTIVO - HOMOLOGACIÓN - PROPUESTA ABUSIVA - LIBERTAD DE PRENSA - PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO - MEDIOS DE COMUNICACIÓN - FACULTADES Y DEBERES DEL JUEZ

Partes: *Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo*

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala/Juzgado: D

Fecha: 19-sep-2007

Cita: MJ-JU-M-54896-AR | MJJ54896 | MJJ54896

Son multifacéticas las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta, siendo importante considerar la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo. En el caso, la propuesta no es manifiestamente abusiva ya que se corresponde con las posibilidades económico financieras de la explotación, teniendo en cuenta las sucesivas mejoras que la concursada realizó a su propuesta inicial, lo cual la alejó de la imputación de abusiva.

Sumario:

1.-La conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley.

2.-El legislador, al dictar la ley 25.563 , modificó con carácter transitorio el art. 43 de la ley 24.522 eliminando el piso del 40% como límite de la propuesta de quita (arts. 1° y 2°), y que tal modificación fue transformada en regulación definitiva por ley 25.589 (art. 1°). De tal suerte, el Poder Legislativo, por decisión que responde a

criterios no revisables judicialmente, trasladó la definición sobre la medida de la quita a la negociación con los acreedores y más allá de la crítica que desde lo doctrinario pudiera levantarse contra tal concepción, lo que ella permite es, en definitiva, que la adecuación al caso de la propuesta y su razonabilidad sea cuestión que, ante todo, queda aprehendida en el marco valorativo de los acreedores; de ahí que el grado de aceptación de estos últimos, no puede ser un dato a soslayar a la hora de la decisión judicial, bien que como pauta complementaria y no dirimente.

3.-En tanto las mayorías legales reflejan un voto positivo y decisivo de los acreedores en moneda extranjera, tal circunstancia no solo permite conformar la existencia del acuerdo, sino que constituye una señal clara para el magistrado en punto a que estos acreedores han entendido la propuesta como un remedio razonable y, por tanto, no abusivo. Es más: desde el punto de vista objetivo que resulta de la aceptación mayoritaria lograda, es indudable que las mejoras realizadas ante este tribunal, han alejado aún más la hipótesis contraria de una propuesta abusiva.

4.-A diferencia de la redacción del texto original del art. 52 de la ley 24.522, que desde lo literal parecía no facultar al magistrado a denegar la homologación cuando eran obtenidas las mayorías legales, la actual legislación falimentaria otorga al juez esa posibilidad en caso de estimar que la propuesta es abusiva o ha sido construida u obtenida en fraude a la ley (art. 52, inc. 4 LCQ, texto según ley 25.589).

5.-La cuestión referida al carácter de abusiva o no de una propuesta entronca con un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa sino imposible la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta de acuerdo.

6.-No existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas y el análisis variará según cada circunstancia.

7.-A los fines de evaluar si una propuesta de acuerdo preventivo ha sido abusiva o no, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo y esta pauta cobra especial relevancia en los tiempos actuales al advertirse que pese al incremento constante del P.B.I. en los últimos años, los índices de desocupación laboral permanecen aún altos para los niveles históricos, hecho que se juzga público y notorio.

8.-Son multifacéticas las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de créditos y plazos de espera y ciertamente, en todo ello debe campear la misma esencia de lo que puede considerarse abusivo a la luz del art. 1071 del Código Civil, en el sentido de que se considera tal al acto contrario a los fines que la ley tuvo en mira para reconocer el derecho de que se trate, o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

9.-Como finalidades de la ley a tener en cuenta según el artículo 1071 del Código Civil está, por un lado, el derecho del deudor a proponer a sus acreedores una propuesta concordataria de pago que modifique las condiciones originales de exigibilidad de sus créditos (en cuanto al monto, al plazo de pago, objeto o intereses debidos, etc.), pero también el derecho de los acreedores a ver lograda una finalidad satisfactoria. Consustanciada con ambas finalidades hay, además, una finalidad social determinada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo.

10.-Los estándares referidos a la buena fe, moral y buenas costumbres del art. 1071 del Código Civil, indican que el juez ha de decidir según un valor social medio, esto es, teniendo en cuenta las concretas circunstancias de tiempo y de lugar que le atribuya el sentimiento común de la población a tales conceptos también jurídicamente indeterminados.

11.-La propuesta resultará abusiva cuando sus condiciones y términos fueron impuestos por el deudor a su arbitrio aprovechando una posición de fuerza que le

permitiera manipular las mayorías para que de tal forma las prestaciones a que se obligara dependieran en definitiva de su voluntad y no de un consenso equilibrado con los intereses de los acreedores y de la situación objetiva de su explotación.

12.-El juicio sobre la homologabilidad de una propuesta de acuerdo al esquema legal vigente, debe tener en cuenta dos principios interpretativos cardinales, a saber, el de la razonabilidad y el del carácter restrictivo del instituto del abuso del derecho. El de la razonabilidad se exige porque el abuso del derecho aparece como una expresión de lo no razonable y a ello se ordena, ciertamente, la noción de ejercicio regular inserta en el párrafo primero del art. 1071 del Código Civil. Bien entendido que la razonabilidad aparece cuando se respetan los criterios de racionalidad formal, se logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y se obtiene un máximo de consenso. De su lado, el carácter restrictivo se justifica porque los jueces están facultados para modificar los derechos establecidos en convenciones y otros actos jurídicos cuando exceden el fin que se tuvo en mira al reconocerlos conforme al art. 1071 del Código Civil.

13.-En tanto la prensa es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la administración, resulta naturalmente adecuado acudir a un criterio más flexible y tolerante (inclusive diferencial con relación a otros sujetos concursables, y acaso excepcional) a la hora de evaluar la homologabilidad de un acuerdo de reestructuración de deuda de empresas de una editorial periodística, máxime ponderando la amplia aceptación que en el caso la propuesta de arreglo tuvo de parte de los acreedores, y como modo de dar cabal aplicación a uno de los principios orientadores de la legislación concursal que es, como lo expresara la Exposición de Motivos de la ley 19.551 , la conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad.

14.-Para calificar una situación como abusiva, no sólo es menester verificar la cuantía del pago prometido, sino confrontar también una serie de valores que permita dar una comprensión amplia del problema, pues el porcentaje de quita no es por sí solo dirimente.

15.-Siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y, más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52 inc. 4 de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Fallo:

Buenos Aires, 19 de septiembre de 2007.

1º) La sentencia interlocutoria de fs. 4553/4556 rechazó las impugnaciones al acuerdo deducidas por las acreedoras "Futura AFJP S.A." y "Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A.", en conjunto; "Koenig & Bauer Aktiengesellschaft" ("KBA"); y "Krause Biagosch GMBH". Como consecuencia de ello, homologó la propuesta de concordato preventivo presentada oportunamente por la concursada, imponiendo las costas en el orden causado.

Este pronunciamiento fue apelado por la casi totalidad de las partes que intervinieron en el trámite de la impugnación, aunque el objeto y extensión de los agravios fue diverso en cada caso.

I. Por el rechazo de las impugnaciones que oportunamente dedujeran, recurrieron:

a) "Futura AFJP S.A." y "Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A.", cuyo memorial presentado en fs. 4603/4608, fue contestado por la sindicatura en fs. 4638/4641 y por la concursada en fs. 4704/4718 ; y

b) "Koenig & Bauer Aktiengesellschaft" ("KBA"), quien fundó sus agravios con la presentación de fs. 4643/4701, la que fue contestada por el estudio sindical en fs. 4735/4739. Sin embargo, en fs. 4742 este acreedor desistió de su recurso y solicitó que las costas de alza fueran distribuidas en el orden causado.

De su lado, el tercer impugnante, "Krause Biagosch GMBH", consintió el fallo homologatorio pues guardó silencio después de conocer la decisión.

II. La concursada también recurrió del fallo (fs. 4601), pero limitó su queja al modo como fueron impuestas las costas del incidente (distribución en el orden causado, como se dijo).

El memorial de esta parte se encuentra glosado en fs. 4613/4617 , y fue contestado por los acreedores impugnantes en fs. 4720/4723 ("Krause Biagosch GMBH"), fs. 4725/4728 ("Futura AFJP S.A." y "Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A."), fs. 4730/4732 ("Koenig & Bauer Aktiengesellschaft"), y por la sindicatura en fs. 4619/4636 .

III. Respecto de los honorarios regulados con motivo de la homologación, varios fueron los profesionales que apelaron por estimarlos bajos. La concursada hizo lo propio por considerarlos altos, aunque limitado al honorario del estudio sindical y su asistencia letrada (fs. 4581 vta.: 3º párrafo y fs. 4595 vta. : II.3.C).

IV. En las condiciones expuestas, excluidos los recursos referentes a los honorarios regulados, los vigentes son sólo dos; a saber: el de Futura AFJP S.A. y Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A. en punto al rechazo a la impugnación al acuerdo; y el deducido por la concursada, bien que limitado a un tema accesorio de las costas.

V. Remitidas las actuaciones a la Fiscal General ante la Cámara, la funcionaria aconsejó rechazar el recurso de las impugnantes por entender que sus argumentos no eran atendibles.

Sin perjuicio de ello, en uso de facultades propias, postuló dejar sin efecto la homologación del acuerdo dispuesta en la instancia anterior por considerar abusiva la propuesta en virtud de los fundamentos que desarrolló en la pieza de fs. 4812/4817 , apartado 4º.

Este aspecto del dictamen fiscal fue sustanciado con la concursada y con la sindicatura, quienes evacuaron oportunamente el traslado que se les confiriera.

Con posterioridad, se desarrollaron en autos diversas presentaciones, algunas espontáneas y otras ordenadas por esta Sala, cuya mención se aprecia relevante para decidir los recursos pendientes.

Veamos:

a) La propuesta presentada en su momento por la concursada, y que mereció la aceptación de las mayorías legales requeridas por la ley concursal, ofertaba el pago del sesenta por ciento (60%) de los créditos en doce cuotas anuales, con tres años de gracia.

Las anualidades variaban en su magnitud porcentual entre el seis por ciento (6%) en las primeras tres anualidades, hasta llegar al doce por ciento (12%) del capital ofrecido en la última cuota.

Aquella propuesta no contemplaba ningún interés, recomposición u otro tipo de ajuste.

Ya ante esta alzada, en oportunidad de sustanciar el dictamen fiscal (fs. 4818), y ante cierta manifestación de la Fiscal General realizada en fs.4816, punto 5°, la concursada mejoró su propuesta de acuerdo ofreciendo pagar intereses a partir de la fecha de la presentación inicial de la primitiva propuesta a la tasa del dos por ciento (2%) anual, capitalizables por el mismo período (fs. 4830/4850 punto VII), lo cual según los cálculos de la sindicatura equivalía a una tasa efectiva acumulada del 34,59% en todo el período (conf. contestación de la sindicatura de fs. 4861/4864 , punto III). Estos réditos serían abonados, según la oferta, en una única cuota a vencer al año de la última prevista para el pago del capital.

Tal mejora también fue resistida por los acreedores apelantes (fs. 4855/4859).

La Fiscal General, al ser informada de este incremento de la oferta, se limitó a tomar conocimiento de la novedad sin formular juicio de valor alguno (fs. 4866).

b) La Sala, en su anterior integración, requirió un informe a la sindicatura a fin de conocer su opinión sobre la propuesta modificada y sus posibilidades de mejora;

realizar un cálculo para conocer ".el valor presente y proporcional de cancelación de los créditos."; y ".formular una comparación de lo ofrecido en la propuesta con un eventual dividendo de liquidación en la quiebra." (fs. 4870).

La sindicatura cumplió el cometido peticionado mediante una respuesta que, en apretada síntesis, dijo lo siguiente: (i) que podía inferirse un pequeño excedente a fines del año 2021 que eventualmente permitía sustentar una poco relevante mejora; sin embargo, advirtió que era muy dificultoso apreciar los efectos que podría tener para la empresa, y en particular para el desenvolvimiento de su plan de negocios, derivar parte de esos fondos a una hipotética mejora; (ii) que se calculaba en un 7,10% el valor presente promedio de la propuesta mejorada; y (iii) que los pagos que se pretendían realizar en este escenario concursal se apreciaban de una magnitud significativamente superior a los esperables en un contexto de quiebra (fs.4872/4876).

Oídos los acreedores impugnantes, la concursada y la Fiscal ante la Cámara, no formularon cuestionamiento al informe sindical y/o se mantuvieron en sus respectivas posturas.

c) La actual integración de la Sala, frente a la complejidad de la materia en estudio y la trascendencia de la decisión que le era requerida, entendió necesario convocar a la concursada a una audiencia pública para conocer el estado actual de la empresa y explorar las contingencias previsibles durante la etapa de un eventual cumplimiento de la propuesta. A dicho acto fueron invitados los impugnantes y la Fiscal ante la Cámara.

La audiencia fue cumplida el 15 de marzo del año en curso, de lo que da cuenta el acta de fs. 4938/4939 .

d) Después de tal actuación, la concursada volvió a mejorar su propuesta.

Para explicar en qué consistió esta nueva mejora, cabe dividir en dos la oferta respectiva.

Por un lado, comprometió una oferta sin condicionamientos; por otro, sumó a la anterior una propuesta alternativa sujeta a condición.

La primera fincó en reducir la quita en un cinco por ciento (5%). Así, incrementó el porcentaje nominal de pago al sesenta y cinco por ciento (65%) del capital quirografario verificado. Este valor adicional lo ofreció pagar en las últimas cuotas concordatarias (9 a la 12).

La segunda, fue condicionada a obtener cierto nivel de ventas de dos productos de la editorial concursada (revistas "Caras" y "Noticias"), o aquellas que las reemplacen. En este sentido, la concursada ofreció, si ambas revistas alcanzaban en conjunto el 70% de las unidades que vendieron en el año 1998 durante los doce meses anteriores al pago de la cuota 5a., abonar con dicha cuota el 50% de la cuota sexta y la restante mitad con la cuota 7a. que en ese caso sería abonada en la fecha inicialmente fijada para la 6a. Agregó que si tales publicaciones alcanzan el 85% de las unidades que vendieron en 1998 durante los doce meses anteriores al pago de la cuota 8a., anticipar el 50% de la cuota 9a. y la restante mitad abonarla con la cuota 10a. que al igual que en el anterior caso, sería pagada en la fecha inicialmente fijada para la 9a.

En punto a la parte condicionada de la oferta, propuso al Instituto Verificador de Circulaciones (en adelante, I.V.C.), como controlador objetivo e imparcial de la venta de las publicaciones que fueron nominadas como parámetros.

e) Frente a esta presentación, la Sala requirió de la sindicatura el cálculo del valor presente neto y proporcional de cancelación de los créditos considerando las diversas alternativas allí propuestas, así como una opinión sobre la idoneidad del I.V.C. como modo de conocer, en forma objetiva, el nivel de ventas de las publicaciones de la concursada identificadas en la propuesta condicional.

f) Antes de que el estudio sindical cumpliera con tal manda, la concursada mediante presentación de fs. 5012/5015 , volvió a mejorar su propuesta de pago.

Esta vez ella consistió en reducir una vez más el nivel de la quita, ahora al veinticinco por ciento (25%).

Así pues, su ofrecimiento de pago se elevó, finalmente, al setenta y cinco por ciento (75%) del capital quirografario verificado, sin condicionamiento alguno.

Este nuevo porcentaje adicional (10%) se abonará, según esta última presentación, en iguales proporciones y con el vencimiento de las 12 cuotas originales; a diferencia del 5% de la anterior mejora que quedaba fijado para ser oblado en las últimas 4 cuotas.

Aclaró, además, que mantenía la mejora condicionada que formuló en la presentación detallada en el punto d.

En fs. 5017/5018 la concursada formuló una aclaración a su última propuesta, en el sentido de fijar como fecha de pago de la primera cuota el 30 de junio de 2009, cuando la propuesta original la ubicaba a los tres años de la homologación del acuerdo.

g) En fs. 5073/5076 se cumplió el informe sindical pendiente.

La sindicatura examinó las diversas alternativas respecto de las últimas mejoras realizadas. En lo que aquí interesa destacar, se señaló que la propuesta final importa -según los cálculos del citado órgano del concurso- un pago a moneda constante de 8,61% de computarse sólo la propuesta no sujeta a condición, hasta un pago de 10,49% de incluirse además los adelantos condicionados (fs. 5042).

Amén de ello, realizó una investigación en punto a las funciones e integración del I.V.C., lo cual lo llevó a entenderlo como un organismo confiable a los fines requeridos.

h) Las impugnantes, al pronunciarse sobre las mejoras y el informe sindical, postularon el rechazo de la homologación.

En cambio, la Fiscal ante la Cámara, al dictaminar sobre las modificaciones que la concursada había formulado a la propuesta inicial y respecto del informe de la sindicatura (fs. 5116/5118), opinó que las mejoras propuestas por la concursada variaban favorablemente la situación de hecho tenida en cuenta por dicha funcionaria al tiempo de expedirse por el rechazo a la homologación, lo cual le permitía ahora propiciar la solución contraria.

Destacó sustancialmente que esta nueva opinión estaba asentada, además, por el hecho de no existir imputación de fraude, amén que valoró los perjuicios que la eventual quiebra produciría no sólo a los restantes acreedores, sino también a los numerosos empleados y prestadores vinculados a la concursada.

Asimismo, en punto a los acreedores impugnantes señaló que estos percibirían su crédito no sólo de esta concursada sino también en el proceso universal de Diario Perfil S.A., lo cual objetivamente reduce el perjuicio crediticio.

Por último, el Ministerio Público valoró que las recurrentes son fondos profesionales y no meros ahorristas, condición que les permitiría neutralizar el riesgo de sus inversiones.

2º) El preámbulo que ha concluido resulta útil, a juicio de esta Sala, para brindar una suficiente reseña de la situación de hecho que este Tribunal debe ponderar, amén que para dar congruencia al discurso que sigue, referente al análisis de los recursos pendientes.

Por razones de orden lógico, deberá ser examinada en primer término la apelación de las impugnantes, pues la decisión que se adopte en cuanto al fondo del asunto tendrá necesaria incidencia en el estudio de la apelación de la concursada vinculada a la cuestión accesoria de las costas.

En ese sendero, conviene observar, ante todo, que la sustancial modificación del dictamen fiscal, ha vuelto innecesario analizar las observaciones a la propuesta que el Ministerio Público desarrolló en su presentación de fs. 4812/4817 .

Es que según ha dicho la Fiscal General en fs. 5116/5118 , aquellas han perdido vigencia frente a las diversas mejoras a la oferta concordataria presentadas por la concursada en momento posterior.

Con este presupuesto cabe ingresar, sin más, en el estudio del recurso de Futura AFJP S.A. y Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A.

3°) Recurso de las impugnantes:

I. En buena parte de su memorial, las aquí recurrentes impugnan la sentencia del juez a quo por considerarla carente de fundamentos, y ello las llevó a calificarla como arbitraria.

Comparte la Sala la apreciación de que, efectivamente, la sentencia dictada en fs. 4553/4556 no brindó suficiente respuesta a los tres planteos impugnatorios entonces vigentes.

En una extensión algo menor a dos carillas, el juez a quo entonces a cargo de la causa, desarrolló fundamentos sólo genéricos y de extrema laxitud, que en modo alguno consideraron los variados argumentos planteados por los impugnantes.

Sin embargo, tal defecto de fundamentación nada predica en punto al resultado del recurso pues aún cuando la Sala decidiera anular el fallo por ausencia de un discurso fundado, correspondería que procediera a dictar nueva decisión ya que se trata de vicio subsanable en alzada que no justifica un reenvío a la anterior instancia (art. 253 del Código Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1992, t. 6, p.195).

Por esta razón, carece de toda utilidad una eventual nulidad de la sentencia.

II. Futura AFJP S.A. y Fuerza Compañía de Seguros de Vida S.A., en su calidad de acreedores en moneda extranjera, impugnaron la propuesta que inicialmente realizó la concursada, en cuanto sólo ofreció abonar el sesenta por ciento (60%) de los montos nominales verificados y declarados admisibles en el plazo de doce años con tres de

espera, sin intereses ni aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (en adelante, C.E.R.) u otro tipo de recomposición de los créditos originariamente contraídos en dólares estadounidenses.

Sostuvieron que tal propuesta era abusiva, pues a valores reales la oferta de pago en moneda nacional y a la cotización U\$S 1 = \$ 1, implica una quita del setenta por ciento (70%) para aquellos créditos contraídos y adeudados en dólares estadounidenses como los suyos.

Agregaron que, desde un análisis financiero, el pasivo se diluye hasta alcanzar el cien por ciento.

A esta conclusión arriban, según cálculos de las recurrentes, al aplicar la doble quita que impone la propuesta (el 40% sobre el nominal, con más la conversión de la divisa a la cotización U\$S 1 = \$ 1), a lo cual debía agregarse la incidencia financiera de la espera propuesta sin previsión de rédito alguno, la que debía calcularse con base en una depreciación estimada.

Puntualizaron, además, que la concursada se encuentra en mora respecto de las sumas adeudadas antes de la vigencia de las leyes 25.561 y 25.820 , y del decreto 214/02 , lo cual torna inaplicables tales normas.

A todo evento, adujeron que si la concursada pretende beneficiarse con la conversión a pesos dispuesta por dichas normas, no debe soslayarse la aplicación del C.E.R. previsto por ellas.

III. Respecto de estas impugnaciones, la Sala comparte los términos y conclusiones expuestas en el dictamen fiscal de fs.4812/4817, en cuanto postuló su rechazo.

Sobre el particular tiénesse especialmente en cuenta lo dicho por la Fiscal General en punto a la significativa aceptación que concitó aquella oferta entre los acreedores en moneda extranjera.

En efecto, según los cálculos presentados por el estudio de síndicos, las conformidades importaron el 90,89% del capital quirografario en moneda extranjera y el 72,87% si se los sub-clasifica como créditos "pesificados" (fs. 4508v).

La funcionaria del Ministerio Público señaló que, en el caso, los acreedores en moneda extranjera tuvieron mayor incidencia que los acreedores en moneda nacional, que sólo presentaron conformidades en un 66,81% del capital verificado.

De allí que, aún con la doble quita señalada por las recurrentes, los acreedores que se habían insinuado en esa moneda volcaron el resultado de tal cómputo hasta promediar una cifra cercana al ochenta por ciento (80%) de las conformidades totales, siempre con base en los cálculos por capital.

En este punto, cabe abrir un paréntesis para señalar que comparte la Sala lo indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Arcángel Maggio S.A. s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", sentencia del 15/3/2007, en cuanto a que ".la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (inc. 4).".

Mas sin desconocer lo anterior, es indudable que una aceptación mayoritaria como la advertida por la Fiscal ante la Cámara respecto de los acreedores en moneda extranjera, brinda al juez una referencia que, aunque no se estime como decisiva, tiene un valor fuertemente persuasivo en orden a la formación de una decisión judicial favorable a la homologación.

No debe olvidarse aquí que el legislador, al dictar la ley 25.563 , modificó con carácter transitorio el art.43 de la ley 24.522 eliminando el piso del 40% como límite de la propuesta de quita (arts. 1° y 2°), y que tal modificación fue transformada en regulación definitiva por ley 25.589 (art. 1°).

De tal suerte, el Poder Legislativo, por decisión que responde a criterios no revisables judicialmente, trasladó la definición sobre la medida de la quita a la negociación con los acreedores. Y más allá de la crítica que desde lo doctrinario pudiera

levantarse contra tal concepción (conf. Heredia, P., Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, 2005, t. 5, p. 666 y sgtes.), lo que ella permite es, en definitiva, que la adecuación al caso de la propuesta y su razonabilidad sea cuestión que, ante todo, queda aprehendida en el marco valorativo de los acreedores; de ahí que el grado de aceptación de estos últimos, no puede ser un dato a soslayar a la hora de la decisión judicial, bien que como pauta complementaria y no dirimente (conf. Truffat, D., Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LCQ: art. 52, inc. 4°), ED, t. 198, p. 760, espec. p. 764).

En la especie, como fue dicho por la Fiscal General y esta Sala comparte, las mayorías legales reflejan un voto positivo y decisivo de los acreedores en moneda extranjera. Tal circunstancia no solo permite conformar la existencia del acuerdo, sino que constituye una señal clara para el magistrado en punto a que estos acreedores han entendido la propuesta como un remedio razonable y, por tanto, no abusivo. Es más: desde el punto de vista objetivo que resulta de la aceptación mayoritaria lograda, es indudable que las mejoras realizadas ante este tribunal, han alejado aún más la hipótesis contraria de una propuesta abusiva; ello sea dicho, sin perjuicio del más profundo análisis que sobre esto último se hará ulteriormente.

IV. En las causas "Editorial Perfil S.A.s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Fuerza Cía. de Seguros de Vida S.A." (expte. n° 18.494/05) y "Editorial Perfil S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Futura AFJP S.A." (expte. n° 80.642/04) esta Sala, con una integración distinta a la actual, resolvió con fechas 27/10/2005 y 9/12/2005, respectivamente, reconocer a ambas acreedoras un incremento de sus créditos con base en la llamada doctrina del "esfuerzo compartido". La admisión parcial de aquél recurso importó reajustar las obligaciones en la proporción del 50% de la brecha existente entre el cómputo U\$S 1 = \$ 1, y el valor de mercado del dólar estadounidense.

Esta decisión supera, en lo formal, la queja de las recurrentes fundada en su pretensión de obtener que sus acreencias sean ajustadas mediante el C.E.R.

Y decimos que esta declaración supera formalmente la queja, en tanto materialmente carece de consecuencias prácticas, pues el pago de los créditos queda definido exclusivamente por la oferta que formuló la concursada y fue aprobada

mayoritariamente por los acreedores, la cual finalmente homologó la sentencia de la anterior instancia.

En efecto, Editorial Perfil S.A. ofreció a sus acreedores en moneda extranjera abonar sus créditos en pesos, previa conversión mediante la equivalencia U\$S 1 = \$ 1, a la fecha de la presentación del concurso (27.12.2001). Luego dijo que abonaría el 60% de ese capital en las cuotas que describió (12, con diferentes porcentajes de pago).

Las pautas de conversión (cotización y fecha) no fueron modificadas. Sin embargo, sí lo fueron otros conceptos: la quita prevista sufrió progresivas variaciones ya que, como fue reseñado en puntos anteriores, quedó reducida al 25% (hoy ofrece pagar el 75% de aquel capital); fueron incorporados intereses compensatorios; quedó determinado en un día fijo el dies a quo del cómputo de las cuotas; por último fue prevista como mejora sujeta a cierta condición alternativa que podría llevar a reducir las anualidades a diez.

Así las cosas, al haber quedado inamovible el valor de cotización de la moneda extranjera y fijada la tasa de interés compensatorio, resulta inaudible el argumento de las impugnantes en punto a pretender algún ajuste al importe resultante de aquella conversión.

V. Tampoco es convincente la crítica de las recurrentes referente al mantenimiento tanto de la inhibición general de bienes de la concursada (LCQ, 14 inc. 7), como de las restricciones previstas por los arts. 16, 17 y 18 de la ley 24.522 (punto II.3 del memorial).

Ello es así, porque el levantamiento de la inhibición general de bienes y la culminación de las restricciones a las facultades de administración de la concursada formaron parte del texto de la propuesta de acuerdo aceptada por las mayorías del art. 45, LCQ (punto IV en fs. 2330/2335).

Su aprobación por las mayorías legales de los acreedores, y su ulterior homologación, torna operativa tal propuesta. Y ello afecta al total de la masa pasiva.

Podría tal aspecto ser eventualmente cuestionado en tanto se lo califique como un síntoma de abuso. Pero los apelantes no postularon semejante cosa, ni indicaron las razones concretas por las cuales correspondería no aplicar las consecuencias previstas por el art. 59, párrafos segundo y cuarto , LCQ.

VI. Cabe ahora analizar la propuesta a la luz de lo previsto por el art. 52, inc. 4°, de la ley 24.522, aspecto que constituye el meollo de las impugnaciones.

A diferencia de la redacción del texto original del art.52 de la ley 24.522, que desde lo literal parecía no facultar al magistrado a denegar la homologación cuando eran obtenidas las mayorías legales, la actual legislación falimentaria otorga al juez esa posibilidad en caso de estimar que la propuesta es abusiva o ha sido construida u obtenida en fraude a la ley (art. 52, inc. 4°, LCQ, texto según ley 25.589).

Los recurrentes sostuvieron que el pago ofrecido importaba prácticamente la remisión de su crédito, al combinar una significativa quita con una extensa espera.

La Fiscal ante la Cámara dictaminó inicialmente por el rechazo de tales agravios, aunque posteriormente calificó a la propuesta como abusiva. Empero, en dictamen posterior propició la confirmación del fallo desistiendo de sus anteriores críticas.

En ese contexto, y a fin de dar una respuesta acabada al recurso de las impugnantes, la Sala enunciará su juicio sobre este dirimente aspecto.

a) La cuestión sometida a decisión (si la propuesta de Editorial Perfil S.A. es abusiva o no) entronca con un aspecto muy conflictivo del actual derecho concursal argentino, que ha colocado a jueces y litigantes en el trance de dar concreción, en cada caso, a un concepto jurídicamente indeterminado como es el del abuso del derecho, con el grave riesgo del relativismo que todo juicio de esa índole lleva en su seno, al punto de ser dificultosa sino imposible la construcción de una jurisprudencia que defina cuándo es y cuándo no es abusiva una propuesta de acuerdo. Es que, como lo observa Maffía, en materia de descalificación de una propuesta de acuerdo, la palabra "abusiva" es un término omniabarcativo; todo cabe en él (conf. Maffía, O., La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589 , JA 2002-IV, p. 1292, espec. p.1302), habiendo

señalado otro autor, con igual sentido crítico, que la referencia al abuso del derecho constituye ".una pauta cuya vaguedad produce vértigo.", se expide Ribichini, G., El nuevo artículo 52 de la ley de concursos y quiebras, LL 2003-A, p. 1084).

Lo más que puede decirse es que, caso por caso los jueces habrán de decidir lo que en conciencia crean "justo", sin que sus fallos sirvan de guía para otros supuestos, ya que estos tendrán sus propios presupuestos fácticos y circunstancias, siendo por ello imposible la traslación de una solución determinada de una hipótesis a otra.

En efecto, no existen parámetros estandarizados para mensurar la razonabilidad o, su contracara, la abusividad de una propuesta concursal. Y ello aleja toda posibilidad de ensayar interpretaciones rígidas. El análisis -ha coincidido la doctrina- variará según cada circunstancia (conf. Molina Sandoval, C., Facultades homologatorias del juez concursal y cramdown power en la ley 25.589, RDPC, t. 2002-3, p. 103, espec. p. 116; Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25.589, ED, t. 198, p. 674; Di Tullio, J., Macagno, A., y Chiavassa, E., Concursos y quiebras, reformas de las leyes 25.563 y 25.589, Buenos Aires, 2002, p. 186; Villanueva, J., Concurso preventivo, Buenos Aires, 2003, p. 504)

En el caso, la Fiscal ante la Cámara ha hecho referencia a dictámenes propios vertidos en otras actuaciones y ha señalado al valorarlos, las diferentes circunstancias fácticas que permitieron soluciones diversas.

La diversidad de soluciones, empero, puede tener coto a la luz de ciertas pautas de delimitación negativa de lo que sería una propuesta abusiva. Así, por ejemplo, habrá de verse que la propuesta: 1) no proponga la remisión total de los créditos; 2) traduzca alguna ventaja o beneficio a favor de los acreedores; 3) no implique una promesa del deudor de pagar menos de lo que puede pagar; 4) no prometa un dividendo inferior al que los acreedores podrían obtener si se liquidasen los bienes; 5) no imponga sacrificios desmedidos a los acreedores disidentes; 6) no difiera el pago sin fecha, o a época indeterminada; 7) no discrimine a los acreedores de una misma categoría por su calidad de concurrentes (verificados o declarados admisibles) o no concurrentes, prometiéndoles a aquellos una prestación que se niega a estos últimos; 8) no

desnaturalice el derecho de los acreedores o imponga a algunos pautas arbitrarias aceptadas por la mayoría; 9) no desatienda el contexto económico y social del país; etc. (conf. Heredia, P., ob. cit., t. 5, ps. 829/830).

Asimismo, debe ponderarse en cada caso, no sólo la propuesta en sí, sino también la subsistencia de la concursada como fuente generadora de empleo, esto es, si el deudor es o no dador de empleo (conf. Boquin, G, La propuesta abusiva y la readecuación de la propuesta, en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 429, esp. p. 445). Y esta pauta cobra especial relevancia en los tiempos actuales al advertirse que pese al incremento constante del P.B.I. en los últimos años, los índices de desocupación laboral permanecen aún altos para los niveles históricos, hecho que se juzga público y notorio (conf. Couture, E. Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, 1993, n° 149, p.231).

En suma, son multifacéticas las pautas que pueden concurrir para determinar la existencia de abuso en una propuesta de acuerdo preventivo, conjugando no solo el punto de vista de los acreedores sino también la situación y actuación del deudor, más allá de la mirada que puede darse a partir de porcentajes de recupero de créditos y plazos de espera.

Y, ciertamente, en todo ello debe campear la misma esencia de lo que puede considerarse "abusivo" a la luz del art. 1071 del Código Civil, en el sentido de que se considera tal al acto contrario a los fines que la ley tuvo en mira para reconocer el derecho de que se trate, o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbre.

De tal suerte, como finalidades de la ley a tener en cuenta según dicha norma está, por un lado, el "derecho" del deudor a proponer a sus acreedores una propuesta concordataria de pago que modifique las condiciones originales de exigibilidad de sus créditos (en cuanto al monto, al plazo de pago, objeto o intereses debidos, etc.), pero también el "derecho" de los acreedores a ver lograda una finalidad satisfactiva.

Consustanciada con ambas finalidades hay, además, una finalidad social determinada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo.

Por su lado, los estándares referidos a la buena fe, moral y buenas costumbres del art. 1071 del Código Civil, indican que el juez ha de decidir según un valor social "medio", esto es, teniendo en cuenta las concretas circunstancias de tiempo y de lugar que le atribuya el sentimiento común de la población a tales conceptos también jurídicamente indeterminados (conf. Spota, A., Tratado de derecho civil - parte general (Relatividad y abuso de los derechos), Buenos Aires, 1960, t. I, vol. 2, ps.830 y 831, n° 551; en análogo sentido, véase la valoración de conceptos como "reglas morales", "buenas costumbres" o "moralidad" por la C.S.J.N., 27/11/86, "Sejean" , Fallos 308:2268, consid. 16; íd. 11/12/84, "Ponzetti de Balbín" , Fallos 306:1892, consid. 3 y 10; íd. 5/8/85, "Santa Coloma", Fallos 308:1170, consid. 8; Juzg. Nac. 1a. Inst. Com. n° 1, 16/2/04, "Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ conc. prev.", sentencia firme).

b) Es importante destacar, asimismo, que la correcta hermenéutica del derecho positivo vigente, aunque no hace pie en parámetros constantes y generales para determinar si una propuesta es abusiva en lo que concierne a la quita o la espera (o la combinación de ambas), resulta no obstante claro en cuanto a que ".no puede consistir en prestación que dependa de la voluntad del deudor." (art. 43, LCQ).

En otras palabras, la propuesta resultará abusiva cuando sus condiciones y términos fueron impuestos por el deudor a su arbitrio aprovechando una posición de fuerza que le permitiera manipular las mayorías para que de tal forma las prestaciones a que se obligara dependieran en definitiva de su voluntad y no de un consenso equilibrado con los intereses de los acreedores y de la situación objetiva de su explotación (conf. Truffat, D., Puliendo el concepto de propuesta abusiva y algunas otras cuestiones, LL 2004-D, p. 853; Porcelli, L., No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley, LL 2002.C, p. 1244; Petrasso, H., Homologación del acuerdo preventivo y facultades judiciales: modificaciones introducidas por la ley 25.589, Doct. Jud., t. 2003, p. 778).

Esta última situación, por cierto, no ha sido denunciada en la especie.

c) No puede dejar de ponderarse tampoco que la modificación transitoria dispuesta por la ley 25.563, que se convirtió en derogación definitiva con la ley 25.589, del límite del 40% a la propuesta de quita contemplada por el art.43 de la ley 25.522, tuvo como objeto expreso el de evitar, con el consentimiento de los acreedores, el mal mayor de la quiebra en el contexto en que dichas reformas fueron dictadas.

Al respecto, cabe recordar que según fue dicho en el Congreso Nacional al fundamentarse la reforma de la ley 25.589 ".en la Argentina de hoy.no podemos darnos el lujo de seguir cerrando empresas." (Exposición del miembro informante en el H. Senado de la Nación en la sesión del 15.5.02). Y tal norte, ciertamente, exige remedios aún calificados como "groseros" (conf. Dasso A. A., Ley de concursos y quiebras, texto actualizado de la ley 24.522 a noviembre de 2002, Buenos Aires, 2002, capítulo "La Contrarreforma. Ley 25.589", n° V, pág. XLVI).

Con atinencia al caso, cabe observar que las reformas legislativas referidas fueron contextuales con la presentación de la aquí deudora en concurso preventivo, y coinciden con el período inmediatamente anterior al de la presentación de la propuesta de acuerdo (2/9/2003; fs. 2330/2335).

d) De manera genérica, pero no menos trascendente, puede decirse que el juicio sobre la homologabilidad de una propuesta de acuerdo al esquema legal vigente, debe tener en cuenta dos principios interpretativos cardinales, a saber, el de la "razonabilidad" y el del "carácter restrictivo" del instituto del abuso del derecho.

El de la "razonabilidad" se exige porque el abuso del derecho aparece como una expresión de lo no razonable y a ello se ordena, ciertamente, la noción de "ejercicio regular" inserta en el párrafo primero del art. 1071 del Código Civil (conf. Sanz, C., Consideraciones en torno al abuso del derecho, LL 1981-B, p. 886; Heredia, P., ob. cit., t. 5, p. 828). Bien entendido que la razonabilidad aparece cuando se respetan los criterios de racionalidad formal; se logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y se obtiene un máximo de consenso (conf. Atienza, M., Tras la justicia - una introducción al derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona, 1993).

De su lado, el carácter restrictivo se justifica porque si bien los jueces están facultados para modificar los derechos establecidos en convenciones y otros actos jurídicos cuando exceden el fin que se tuvo en mira al reconocerlos conforme al art. 1071 del Código Civil (conf. CSJN, 15/7/97, "Astilleros Príncipe y Menghi S.A. c/ Banco Nacional de Desarrollo", Fallos 320:1495, voto del juez Bossert), cuando se trata de privar de efectos a tales actos, la teoría del abuso del derecho debe utilizarse solamente si aparece manifiesto el antifuncionalismo (conf. CSJN, 28/9/93, "Martínez Saravia, Miguel Angel s/ concurso preventivo", Fallos 316:2069; íd. 1/9/87, "Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica", Fallos 310:1705; íd. 4.8.88 "Automóviles Saavedra S.A.C.I.F c/ Fiat Argentina S.A.C.I.F.", Fallos 311:1337).

Es que una sana aplicación del principio de subsidiariedad del Estado -y por lo tanto de su Poder Judicial- en el ámbito de la libertad de los particulares en sus decisiones patrimoniales con motivo de la actuación de leyes de orden público -como lo es la concursal- en cuanto la limiten razonablemente (Constitución Nacional, arts. 14 , 19 segunda parte , y 33 ; Corte Suprema, 1/1/84, "Radio Universidad Nacional del Litoral S.A. c/ Comité Federal de Radiodifusión", Fallos 306:1253; Gelli, M., Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires, 2001, ps. 74, 165, 185 y 269; Bidart Campos G., Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires, 2000, t. II, cap. XIV, n° 14, p. 58), supone que la doctrina del abuso del derecho no puede ser aplicada con el alcance de pretender remediar toda situación que el órgano judicial intérprete como perjudicial o inequitativa, suplantando a la voluntad de los particulares en cuanto está tutelada por el derecho. Por el contrario, es necesario que se configure una injusticia notoria y una consecuencia no prevista en la ratio de la ley.

e) Sobre la base de los distintos criterios expuestos, el tribunal no aprecia que se pudiese haber configurado un abuso de derecho, objetivo y manifiesto, según las circunstancias propias del caso, ni en el contenido ni en la aceptación de la propuesta de acuerdo ofrecida por la concursada. Ergo, tampoco se aprecia que la propuesta sea irrazonable.

Coadyuva a formar tal convicción, los siguientes elementos de juicio:

1.- Cuando Editorial Perfil S.A. cesó en sus pagos y pidió su concurso preventivo (27/12/2001), nuestro país ingresaba a una de sus mayores crisis económicas que, días antes, había provocado la caída del Poder Ejecutivo y su cambio por otro Presidente de la Nación designado, en la emergencia, por el Congreso Nacional.

No puede olvidarse tampoco el clima de notorio desorden y evidente incertidumbre respecto de la situación de nuestra economía y, particularmente, de sus posibilidades futuras.

Así las cosas, y aún cuando debe pretenderse de la insolvente que brinde a sus acreedores la mejor oferta de pago que pudiera afrontar, nadie puede aguardar que se contemple en un concurso conectado materialmente al referido momento histórico, un pago casi total de los créditos y en un tiempo breve, o en cuantía similar a la que sería exigible de una empresa concursada en tiempos de estabilidad económica y financiera. Lo contrario sería tanto como negar la realidad de las cosas, en la cual los jueces necesariamente deben anclar para no dictar sentencias voluntaristas. Tanto más cuando los magistrados juzgan casos que, como se dijo, nacieron en un contexto económico sumamente difícil como era el existente al tiempo de la presentación concursal, y cuya presencia y ecos se prolongaron durante buena parte del trámite judicial posterior.

En situaciones como la de autos, valga señalarlo, se justifica plenamente el criterio que surge de parafrasear un conocido juicio -propio de los test de constitucionalidad- acuñado por la Corte Suprema que dice que ".los acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios." (Fallos 313:1513, entre muchos otros).

Y si bien es cierto que la insolvencia no concede al deudor una irrestricta facultad para ofrecer cualquier plan de pagos, que expolice a los acreedores o les imponga sacrificios desmedidos, pues un concurso preventivo es, entre otras cosas, una herramienta al servicio de un reparto equitativo de los sacrificios que deudor y acreedores deben hacer en aras de principios superiores, no lo es menos que en casos de convocatorias de acreedores vinculadas material y fácticamente a hechos económicos y financieros que llevaron a la declaración oficial de emergencia productiva y crediticia

dispuesta por la ley 23.561 (art. 1°), el criterio de la judicatura no puede ser el mismo que en situaciones de estabilidad y normalidad.

A partir de tal modo de ver las cosas, se comprende que un porcentual que cubra una parte significativa de los créditos, aunque es condición necesaria no es, al igual que la obtención de mayorías, un dato suficiente por sí mismo para decidir. En rigor, ambas expresiones deben ser ponderadas conjuntamente con otras pautas tales como las mayores o menores posibilidades de cobro en un escenario de quiebra; la eventual compensación de pérdidas mediante futuros negocios que podrían emprenderse con su deudora una vez superada la insolvencia; los costos sociales que pudiera generar una falencia; etc., amén de computar el interés general implicado, para lograr un plexo valorativo lo suficientemente amplio que permita, entonces, llegar a una decisión "justa" in concreto, que es la que los suscriptos entienden adoptar en la especie.

2.- Como fue dicho, la voluntad mayoritaria no está conformada sustancialmente por acreedores en moneda local sino por los acreedores en moneda extranjera (pesificados o no, según calificación del síndico), grupo sobre el cual no se aprecia que nadie hubiera incidido en imponer la propuesta. Tales acreedores conforman más del cincuenta por ciento de los acreedores con derecho a voto y sus créditos fueron decisivos para conformar la aceptación por parte del ochenta por ciento del total del capital quirografario (véase lo expuesto por la sindicatura en fs. 4640vta./4641 y vta.).

Así lo ha destacado, además, la Fiscal ante la Cámara en su dictamen inicial.

3.- Es cierto que al proyectar, sobre el capital ofrecido, una hipotética y estimativa depreciación de la moneda, el resultado sería demostrativo de un gravamen para el crédito de los impugnantes. En rigor, para todos los acreedores.

Para evitarlo, ciertamente, cabría efectuar una previsión conjetural de la inflación futura.

Empero, no hay duda que fijar un parámetro de desvalorización futura del dinero, constituiría una alternativa de escasa objetividad y de absoluta incertidumbre en su correcta evolución, al par que en lo formal una disposición contraria a los arts. 7 y

10 de la ley 23.928 (texto según ley 25.561, art. 4° ; Raspall, M., Algunas reflexiones y conclusiones sobre el "acuerdo abusivo" (art. 52, inc.4°, LCQ), en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 479, esp. p. 490).

Por esto, ella resulta inadmisibile.

4.- Ahora bien, en cualquier economía estable, se ha reflejado históricamente un mínimo de recomposición de los capitales cuanto menos representativo de la pérdida implicada en los intereses compensatorios que cualquier banco de plaza pagaría al acreedor durante el tiempo que perdure la falta de disponibilidad de aquellos. Tal demérito patrimonial no puede ser desconocido sin más.

La mejora propuesta por la concursada ha previsto, finalmente, el pago de intereses, los que inicialmente habían sido negados.

Y aunque desde una perspectiva conservadora para mensurar el valor presente de la financiación requerida pueda ser afirmado que tales accesorios son bajos, no debe ser olvidado que quien ofrece pagar en autos es una empresa que, por su situación de insolvencia, ha debido pedir la convocación de sus acreedores y, en tal cauce, es que propone una quita y espera combinadas para sortear su hipotética quiebra. Teniendo ello en cuenta, a juicio de la Sala, el mínimo de recomposición antes aludido se halla cumplimentado.

5.- No fue objetivamente demostrado que la propuesta de pago signifique un beneficio para los acreedores menor que el dividendo que pudieren obtener en una liquidación de quiebra, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes que componen el activo y la concurrencia sobre estos de los acreedores con privilegio (conf. CNCom. Sala E, 10.10.03 "Entertainment Depot S.A. s/ conc. prev." con remisión al dictamen de la Fiscal General, punto 6).

Por el contrario, en los cálculos requeridos al estudio sindical, este concluyó que el pago dentro del concurso sería sustantivamente mayor que en una hipotética falencia. En concreto, según la estimación del funcionario el dividendo que obtendrían

los acreedores quirografarios en la liquidación de los activos en la quiebra, sería aproximadamente del sesenta por ciento del que obtendrían del cumplimiento de la propuesta aceptada en el concurso preventivo (informe especial, fs. 4876 vta., punto 3 "d").

Se encuentra superada, de tal manera, la pauta valorativa referida por el art. 52, inc. 2, ap. iv, de la ley 24.522, que si bien aparece como formalmente vinculada a la operatividad del denominado "cramdown power" (conf. Araya, T., No corresponde homologar acuerdos cuya propuesta de pago sea inferior a la eventual cuota de liquidación que recibirían los acreedores quirografarios en caso de quiebra, en AA.VV., VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, Santa Fé, 2006, t. I -"Moralización en los procesos concursales"-, p. 41), constituye, en rigor, un requisito intrínseco de viabilidad de toda propuesta de concordato, como lo explica la doctrina italiana (conf. Bonsignori, A., Il fallimento, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia, dir. Galgano, F., Cedam, Padova, 1986, t. IX, p. 745; Ragusa Maggiore, G., Istituzioni di Diritto Fallimentare, Cedam, Padova, 1994, p. 505).

6.- No parece haber sido considerado en el sub lite la restricción legal que alcanza a la concursada para acceder plenamente a la solución prevista por el art. 48, LCQ, conforme con las disposiciones establecidas en la ley 25.750, lo cual, en principio, acotaría a los acreedores la opción de obtener el cobro por un tercero (conf. Junyent Bas, F. y Chiavassa, E., La exclusión de los medios de comunicación del salvataje empresario en el concurso preventivo, JA, t. 2003-III, p. 1303; Lorente, J., La exclusión del art. 48, LCQ, para las empresas de medios de comunicación dentro de la ley 25.750 de preservación de bienes y patrimonios culturales, en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t.II, p. 762; Dasso, A. y Dasso, J., El cramdown y la preservación de la cultura, en AA.VV., Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, V Congreso Argentino de Derecho Concursal y III Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 805).

Cobra, entonces, mayor trascendencia la desfavorable situación para dichos acreedores que provocaría la quiebra en tanto el recupero de sus créditos sería aún más improbable.

7.- Como lo destaca la Fiscal General en su último dictamen, la empresa cuenta con un caudal de 377 empleados (432 personas al 31.12.01; conf. capítulo I punto "d" del informe general), amén de otros 150 prestadores y colaboradores periodísticos.

La funcionaria también pone de relieve la existencia de 15.000 kioscos de diarios y revistas que son abastecidos parcialmente por la concursada, en particular en el rubro revistas por ser la mayor editora de tales envíos.

Y aún cuando estos aspectos del negocio carezcan de vinculación inmediata con el contenido de la propuesta, el juez no puede ignorar la trascendencia de ellos desde el plano de las circunstancias adjetivas del caso, ya que ponen en juego la alternativa consistente en la pérdida de numerosos puestos de trabajo y producción en un contexto, como ya se dijo, en que los índices de desocupación -aunque menores a otros tiempos- siguen siendo desgraciadamente altos.

8.- De otro lado, y con idéntica amplia apreciación de las circunstancias del caso, cabe tener presente la particular trascendencia que posee en el régimen democrático la actividad fundamental de la concursada, en tanto se refiere al ejercicio de la libertad de expresión por medio de la prensa (conf. cláusula tercera del contrato social copiado en fs.73/81).

En este orden de ideas, cabe recordar que la prensa es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa atenta a la actividad del gobierno y de la administración. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a los ciudadanos vigilar el funcionamiento del gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción del gobierno (CSJN, Fallos 312:916, considerando 6º del voto del juez Fayt). Y es que, en definitiva, el derecho a la información opera como vínculo permanente entre

las libertades públicas y el principio democrático (conf. A. Fernández Miranda y Campoamor, Art. 20: libertad de expresión y derecho de la información, reg. en "Comentarios a las Leyes Políticas - Constitución española de 1978", vol. II, pág. 502, Madrid, 1984), pues, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión no sólo posee una dimensión individual, en cuanto es un derecho humano de todas las personas para acceder, expresar o difundir sus ideas y opiniones, sino que además tiene una dimensión colectiva, con lo cual se convierte en un derecho vital para garantizar la democracia (conf. Opinión Consultiva n° 5/85, del 13/9/1985, parágrafo 32).

9.- Como consecuencia de la importancia estratégica que en el marco de la democracia tienen las empresas periodísticas según lo precedentemente dicho, ha podido disponer el art.11 del Código Europeo de Deontología del Periodismo, en criterio que cabe compartir, que ".Las empresas de información deben ser consideradas como empresas socioeconómicas que hagan posible la prestación de un derecho fundamental."

Al ser ello así, no es dudoso el carácter de empresa de interés público que tiene la concursada.

Y, sobre la base de tal entendimiento, resulta naturalmente adecuado acudir a un criterio más flexible y tolerante (inclusive diferencial con relación a otros sujetos concursables, y acaso excepcional) a la hora de evaluar la homologabilidad de un acuerdo de reestructuración de deuda de empresas como Editorial Perfil S.A., máxime ponderando la amplia aceptación que en el caso la propuesta de arreglo tuvo de parte de los acreedores, y como modo de dar cabal aplicación a uno de los principios orientadores de la legislación concursal que es, como lo expresara la Exposición de Motivos de la ley 19.551, la conservación de la empresa en cuanto actividad útil para la comunidad (art. 4°, inc. b, de las Consideraciones Generales).

10.- Asimismo, cabe reconocer como verdaderas las alegaciones de la concursada según las cuales los cambios provocados en el mercado editorial generan una dificultad en la atención de una reestructuración de la deuda verificada y declarada admisible en plazos más cortos y con una tasa de recupero mayor.

El problema, al parecer, no es sólo de la concursada, sino que resulta común a todo el periodismo escrito a partir de la gradual reducción de la tirada de diarios y revistas que ha provocado la irrupción de otros medios alternativos de información. Como lo expone el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Fayt, a partir de las fechas en que la radio, la televisión y la internet ingresaron en el mercado de la información y la publicidad en abierta competencia con los medios gráficos, se agudizó la crisis que amenaza la extinción de diarios y revistas en todo el mundo. Ese proceso sustitutivo provocó una reducción en la distribución y circulación de los diarios, circunstancia que preocupó a la World Association of Newspapers, que reúne a las asociaciones en 93 Estados en los que se editan 17.000 periódicos y que señaló en 1996 a la televisión como el medio causal de tal reducción. A escala planetaria, en los últimos años del siglo XX, la tirada de los diarios se redujo en un 30%. El peligro cierto y actual de extinción de los diarios hizo necesario adoptar a nivel mundial estrategias aptas para paliar las fracturas, cubrir los intersticios y adoptar medidas para sobrevivir (conf. Fayt, C., La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo - Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción, Buenos Aires, 2001, ps. 66/67).

Sentado lo anterior, resulta aceptable la postulación de la concursada en cuanto a que, dadas las características del mercado en el que se desenvuelve (en el que se debe "buscar al lector y no a la inversa" -conf. Fayt, C. ob. cit., p. 67- para lograr lo cual, ciertamente, ha lanzado nuevos títulos y reconvertido revistas -fs. 4894-), las posibilidades de una recuperación económica y financiera está sujeta a plazos más extensos y tasas de repago algo más exiguas que las exigibles en otros casos.

Al ser ello así, vienen a la memoria las palabras de Matienzo quien, aun repudiando el sistema de la ley 4156 (que como la actual no establecía un piso para la propuesta de quita, ni limitaba los plazos de la propuesta de espera), no dejó de afirmar que ".hay ciertos negocios o empresas que no podrían desenvolverse con plazos tan exiguos, ya que la naturaleza misma de las explotaciones requiere mucho más tiempo para recuperar o reintegrarse de las pérdidas sufridas (.). Para todos estos casos, evidentemente, la fijación del dividendo y plazos mínimos sería un grave error." (conf. Matienzo, A., Curso de quiebras, Buenos Aires, 1927, t. I, p.203, n° 427).

11.- Ninguna de las impugnaciones al acuerdo formuladas en autos, de las cuales sólo una mantiene vigencia, ni la Fiscal ante la Cámara en su abandonada observación, contuvieron imputación de fraude a la ley en los términos del art. 52, inc. 4, LCQ.

Tampoco hubo denuncia de fraude a los acreedores (concepto distinto del fraude a la ley, como lo enseña la doctrina: Messineo, F., Manual de derecho civil y comercial, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 163, cap. 108, n° 10), lo cual definitivamente aleja el presente caso de otros antecedentes jurisprudenciales que tuvieron un resultado diverso, vgr. el citado precedente "Arcángel Maggio" en el que la existencia de fraude se constituyó, a criterio de la Corte Suprema, en causal autónoma para arribar a una sentencia denegatoria de la homologación (véase considerando 12° del voto de los jueces Lorenzetti y Fayt; y considerandos 6° y 7° del voto de los jueces Highton de Nolasco y Argibay).

12.- En el parecer de la Fiscalía -cuyas conclusiones otra vez esta Sala comparte- la concursada ha revertido las abusivas condiciones que presentaba la primitiva propuesta.

En tal sentido, aunque aquella calificación inicial no es objeto de evaluación por la Sala al haber perdido actualidad, lo cierto es que Editorial Perfil S.A. ha incorporado a su propuesta inicial un interés anual que aún cuando puede parecer bajo (2%), su condición de capitalizable hace que tal debilidad sea rápidamente superada.

También ha disminuido drásticamente la quita, al reducirla al 25% frente al 40% que inicialmente contemplaba la oferta inicial.

Ahora bien, la Sala no ignora que la extensa espera conspira con la realidad de este número. Sin embargo, aparte de que tal espera encuentra justificación en lo dicho más arriba sobre la naturaleza de la actora y el mercado en que se desenvuelve, no puede ignorarse que su esfuerzo ha sido importante, en particular a la luz del informe de fs.4872/4876 donde la sindicatura señaló que existe escaso margen para la mejora, el cual parece agotado en las que ofreció de seguido.

Constituye también un hecho trascendente que la concursada hubiera dado certidumbre a la fecha de pago de la primer cuota (30.6.2009 (fs. 5017/5018), cuando inicialmente se fijaba como dies a quo la fecha de homologación.

Por último, en cuanto a la mejora alternativa condicionada, tampoco puede negarse su trascendencia en cuanto oferta un eventual adelanto de cuotas, que importaría anticipar en dos años el pago del concordato. A lo que cabe añadir, que no puede sostenerse que esta propuesta condicionada sea potestativa, pues la fiscalización de la ocurrencia de la condición ha sido delegada en una empresa que por su objeto y trayectoria concede razonable confianza.

13.- La Sala no desatiende la escasa proporción que representa el pago comprometido, cuando se calcula en valores actuales netos.

Tal aspecto del caso hizo dudar a los miembros de este tribunal sobre la procedencia de la homologación, pues objetivamente el porcentual de recupero a valores actuales netos puede constituir, como lo ha destacado la doctrina, un indicador de abuso (conf. Azize, C., La espera como quita en el concurso preventivo, LL 2000-D, p. 1269; Casadío Martínez, C., Propuesta abusiva en el concurso preventivo, LL 4/6/2007).

Pero debemos reiterar que, como fue dicho en los puntos anteriores, al juicio sobre la abusividad de la propuesta no se arriba mediante la aplicación de pautas estandarizadas y, mucho menos, a partir de una simple cuenta matemática.

Para calificar una situación como abusiva, no sólo es menester verificar la cuantía del pago prometido, sino confrontar también una serie de valores que permita dar una comprensión amplia del problema, pues el porcentaje de quita no es por sí solo dirimente (conf. Ruiz, S., El abuso como causal impugnativa del concordato, en AA.VV., VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, Santa Fe, 2006, t. I -"Moralización en los procesos concursales"-, p. 779, esp. p.783).

Así lo señaló de modo expreso, por lo demás, el voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en el ya citado caso "Arcángel Maggio" al referir que ".siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado,

los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y, más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas." (considerando 9°).

Y, en el caso, como ha sido reiteradamente destacado, el síndico ha sostenido que se trata de la mejor propuesta que la concursada puede realizar, siendo muy difícil una mejora sustentable.

14.- El rechazo de la homologación importaría eventualmente la quiebra de Editorial Perfil S.A., lo cual aparejaría la pérdida de un medio de comunicación, que por su naturaleza y orientación (en tanto posee productos de periodismo político), tiene una notoria trascendencia republicana.

Se provocaría, además, no sólo la pérdida de importantes puestos de trabajo, sino también un mayor quebranto de la totalidad de los acreedores concurrentes (tanto los afectados por la propuesta como aquellos que no lo están), pues según el dictamen del síndico, recibirán como pago casi la mitad de lo que percibirían de mantenerse el concurso y cumplirse la propuesta.

Demás está decir que en una hipotética quiebra también quedarían afectados tanto los acreedores privilegiados como los posconcursoales, lo cual eleva el número de involucrados, como el quantum del pasivo e inversamente aleja las posibilidades de un pago razonable.

15.- Cabe recordar, igualmente, el contenido del informe general (cuya copia ha sido incorporada en fs. 4869 vta.), en el que la sindicatura señaló que:

a.El activo de la concursada, según estado patrimonial consolidado al 30.9.02, ascendía a \$ 219.106.409 (conf. cap. II del informe general); en tanto que el pasivo consolidado en la misma fecha era de \$ 125.026.749 (conf. cap. III del informe general).

b. En cuanto a la evolución económico financiera de la concursada, en el informe general se ilustró que "Tal como lo demuestra el gráfico de evolución de patrimonio neto., la función de patrimonio neto estuvo sostenida por la de aportes acumulados, a pesar de la fuerza que determina la pendiente de la curva de quebrantos acumulados, de modo acelerado a partir del ejercicio cerrado en 1999. Pero sólo hasta que la magnitud de esta última y la imposibilidad de los accionistas de continuar con esta estrategia, que se comienza a apreciar a partir de los ejercicios cerrados en el año 2000, determina una inversión definitiva de la pendiente de la curva, al cual queda direccionada hacia el eje de valor cero. Los resultados logrados en el ejercicio cerrado en 2002, a tenor de las cifras provisionales analizadas por esta sindicatura prolongan esta pendiente hasta casi hacerla confluir en valor cero, lo cual denota la gravedad estructural de la situación empresarial." (conf. cap.VI del informe general).

c. Respecto de la situación en la fecha en que se realizó el informe, la sindicatura expuso que ".la actualidad muestra a Editorial Perfil SA como una empresa líder en el mercado editorial nacional luego de una constante expansión, tanto en el país como en el exterior, con un parque industrial de gran envergadura y una diversidad de títulos cuyas redacciones ocupan más de 2.500 m², con un equipamiento de última generación. Editorial Perfil SA, representó una fuente de trabajo para 730 personas, hoy lamentablemente reducido producto de la crisis vivida por el país y por el Grupo Empresario." Asimismo se indicó que ".los datos revelan que el Grupo Perfil lidera el mercado de venta de revistas. Sin embargo, es dable advertir que más allá de haberse conservado la estructura de participación en el mercado entre los concurrentes, en conjunto se ha producido una merma muy significativa en la cantidad total de ejemplares vendidos entre todas las revistas. Así, de los casi 100 millones de revistas vendidas en el año 1999 se ha pasado en una declinación interminable a cifras de 79,4 millones, 62 millones y (estimado) 30.7 millones. Una verdadera catástrofe producto de la recesión y crisis argentina, con la eclosión de la devaluación y salida de la convertibilidad que se inició en diciembre de 2001." (conf. capítulo I puntos "a" y "c" del informe general).

d. Tanto el informe especial presentado por la sindicatura en fs. 4872/4877 , cuanto la proyección y evolución del activo-pasivo presentado por la propia deudora en fs. 4821/4850 , permiten concluir, de acuerdo con la comparación de las ecuaciones económico-financieras del período preconcursal con la

del postconcurzal, en que no se logró revertir totalmente la tendencia negativa a partir del año 2003, llegándose al ejercicio cerrado en el año 2005 todavía con un patrimonio neto negativo (conf. fs. 4828), y apenas se obtuvo un equilibrio en el resultado operativo pero todavía sin generación de suficientes ganancias que, al menos por el momento, permitan mejorar responsable y sustancialmente la propuesta ofrecida y aceptada.

16.- En fin, particularmente, merece destacarse:

a. Las conclusiones expuestas por la sindicatura en cuanto a que desde el punto de vista patrimonial la concursada pudo detener el proceso de deterioro de sus estructuras, superó la situación crítica que motivó su presentación en concurso, pudo absorber sus quebrantos y, si bien con la ayuda de otras sociedades del grupo, obtener un estado de liquidez sano aunque todavía muy exigente y está arribando recién al equilibrio en el resultado operativo que le permite por primera vez en muchos años comenzar a obtener beneficios (conf. punto 3 "a" del informe especial).

b. No obstante, tal recuperación proyectada para el período de cumplimiento del acuerdo permitiría en la mejor hipótesis una irrelevante mejora de sus términos, pero con el riesgo eventual de provocar un conflicto, cuyo alcance es de difícil apreciación y que incluso puede comprometer la sustentabilidad del plan de negocios (vid. punto 3 b del informe especial).

VII) De acuerdo con las consideraciones precedentes y con el estudio de la información relevante, se puede concluir en que la propuesta no es manifiestamente abusiva y que ella se corresponde con las posibilidades económico financieras de la explotación en los términos informados.

Tiénesse en cuenta especialmente las sucesivas mejoras que la concursada realizó a su propuesta inicial, lo cual la alejó de la imputación formulada por las quejas.

Por cierto, párrafo aparte merece la cuestión de la tempestividad de tales mejoras.

En efecto, adviértase que es facultad propia de todo concursado elaborar y definir su propuesta de pago (art.43, LCQ). Tal elaboración y definición debe ser realizada, en principio, valorando las posibilidades de pago a la luz del nuevo escenario patrimonial que deriva principalmente de la recomposición de la deuda, y del comercial que es de prever le reportará dicha reestructuración del pasivo, así como teniendo en cuenta las proyecciones económico-financieras que podrán concretarse a partir del saneamiento de la empresa.

Ahora bien, las negociaciones que en el marco del iter del concurso preventivo deberá realizar con sus acreedores, podrían imponerle al deudor la necesidad de realizar una mejora a la oferta inicial a fin de obtener la aceptación de la propuesta.

Pero, según la ley 24.522, ninguna modificación a la propuesta podría el deudor plantear después de la audiencia informativa prevista por el art. 45 (art. 43, último párrafo).

En el sub lite la modificación a la propuesta original consistente en mejoras ha sido posterior a ese hito temporal, mas no por ello debe reputarse simpliciter inadmisibile.

Y es que, en opinión de la Sala, el límite temporal que marca la realización de la citada audiencia informativa se refiere a las modificaciones que "voluntariamente" el concursado pretenda hacer, pero no a aquellas que son el fruto del estímulo judicial, como típicamente ha ocurrido en el caso como consecuencia directa de la audiencia convocada y realizada por esta Sala en fs. 4938/4939 .

A todo evento, la mejora en cuestión no provoca agravio alguno para los acreedores, en tanto se potencia la oferta respecto de la cual ya han prestado conformidad.

Tampoco parecen afectados los acreedores privilegiados, ya que en nada se afecta la exigibilidad inmediata de sus créditos. Y sus posibilidades de cobro tampoco son alteradas, en tanto la mejora no constituye un exceso respecto de las circunstancias económico financieras de la empresa. Ciertamente, en el caso nada semejante ha sido

dicho ni por el síndico ni por los impugnantes, lo cual descarta todo óbice formal y sustancial a la mejora en punto al tiempo de su presentación.

4°) Recurso de la concursada:

Resta considerar la apelación deducida por la concursada que concierne a la forma en que fueron distribuidas las costas, ante el rechazo de las impugnaciones formuladas a la propuesta de acuerdo preventivo.

Cabe confirmar la sentencia también en este punto.

La imputación de abuso que las impugnantes asignaron a la propuesta, calificación que también fue apoyada por la Fiscal de Cámara en un inicio, ha sido desvirtuada drásticamente por las mejoras efectuadas en esta instancia.

Si bien la pertinencia de tal imputación no resultaba nítida de los términos originales de la oferta, sus particularidades bien pudieron abonar tal posición en tanto llevaron al Ministerio Público a sumarse a aquél ataque.

Estas particulares circunstancias justifican apartarse del principio objetivo de la derrota y, por ello, mantener la distribución de las costas en el orden causado.

Solución que también será adoptada para las devengadas en esta instancia.

5°) Por ello, la Sala RESUELVE:

a) Rechazar los recursos de apelación formulados por los acreedores Futura AFJP SA y Fuerza Cía. de Seguros de Vida SA.

Por ello confírmase en general la sentencia de fs. 4553/4556, modificándola sólo en cuanto a considerar incluidas en la propuesta el pago que se homologa, las mejoras presentadas en esta alzada.

b) Costas por su orden.

c) 3. A diferencia de lo manifestado por el entonces juez a quo en ocasión de fijar los honorarios, en cuanto refirió tomar como base el pasivo quirografario verificado y admisible, la Sala entiende que en el caso se debe tener en cuenta el importe del activo prudencialmente estimado, con sujeción al límite impuesto por la LCQ 266 último párrafo (t.o. según ley 25.563).

Si bien la concursada impugnó ese rubro, pues sostuvo que no debía incluirse el quantum de los bienes intangibles, lo cierto es que es la propia ley concursal la que incorpora el valor de estos como parte integrante del activo (art. 39 inc. 2, con la modificación introducida por la ley 25.589). Y si a ello se agrega la inexistencia de fundadas y precisas razones que demuestren que, en el caso, los valores asignados no responden a la realidad de mercado, no cabe sino concluir por la inviabilidad de la crítica.

Es por ello que a los fines regulatorios se tendrá en cuenta el activo denunciado en el informe general de fs. 1846/2094, que asciende a la suma de \$ 219.106.409, con la limitación supra referida.

La Sala no desatiende lo expuesto por la sindicatura en orden a la pérdida de vigencia de la ley 25.563.

Sin embargo debe señalar que:

(i) Si bien ese cuerpo legal puede contener normas de carácter temporal que hicieron a la emergencia iniciada tiempo antes de su dictado, ello no permite calificarla in totum como una ley de tales características. A todo evento, las alícuotas que fijó aquella normativa fueron mantenidas por la ley 25.589, lo cual priva a la crítica de sustento normativo.

(ii) La "emergencia" fue prorrogada según el artículo 1° de la ley 26.204 (B.O. 20.12.06); motivo por el cual resulta aplicable en la especie el referido tope del 1 %.

Sobre tal premisa, en mérito a la naturaleza, importancia y extensión de las labores desarrolladas, el significativo número de acreedores insinuados en ocasión de la

LCQ 32 (v. informe individual de fs. 2386/3268) y las distintas presentaciones realizadas a lo largo de todo el proceso, redúcense los honorarios regulados en fs. 4553/4556 a \$ 1.424.191 (pesos un millón cuatrocientos veinticuatro mil ciento noventa y uno) para la sindicatura, Estudio Azar- Lavezzari, que comprenden los correspondientes a su asistencia letrada (LCQ 257).

Por estas apelados sólo por bajos confírmense en \$ 1.120.653 (pesos un millón ciento veinte mil seiscientos cincuenta y tres) el honorario de los letrados patrocinantes y apoderados de la concursada, Marcelo Gebhardt y Alejandro D. Villaverde -en conjunto- (LCQ 265 inc. 1º y 266 último párrafo).

Notifíquese a la Sra. Fiscal General de Cámara en su despacho y oportunamente devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (c.p.c. 36: 1) y las notificaciones pertinentes.

Gerardo G. Vassallo

Juan José Dieuzeide

Pablo D. Heredia

Héctor L. Romero

Prosecretario Letrado

Voces: RECURSOS - RECURSO EXTRAORDINARIO - RECURSO DE QUEJA - SENTENCIA ARBITRARIA - CONCURSOS Y QUIEBRAS - CONCURSO PREVENTIVO - ACUERDO PREVENTIVO - HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO PREVENTIVO - IMPUGNACIÓN DE ACUERDO PREVENTIVO - FRAUDE EN LOS ACTOS JURÍDICOS - APLICACIÓN DE LA LEY - VIGENCIA DE LA LEY

Partes: *Recurso de hecho deducido por Arcángel Maggio S.A. en la causa Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 15-mar-2007

Cita: MJ-JU-M-11816-AR | MJJ11816 | MJJ11816

Sumario:

1.-La eficacia de la ley en el tiempo y la validez intertemporal de las normas, constituye materia ajena al recurso extraordinario, sin que en el caso se presente un supuesto de arbitrariedad que permita hacer excepción a ello pues, aunque es verdad que el tribunal a quo recurrió a un desarrollo argumental que hizo mérito del límite porcentual establecido originariamente por el art. 43 de la ley 24.522, que en el momento de fallar ya no se encontraba vigente habida cuenta de las reformas introducidas por las leyes 25.563 y 25.589, lo cierto es que también la sentencia examinó la validez de la propuesta de quita y espera combinadas hecha por la concursada desde la perspectiva de la nueva legislación vigente, llegando a una misma conclusión sobre su inadmisibilidad. En efecto, el fallo apelado fue claro en cuanto a que, más allá de que la propuesta no cumplía con la exigencia del piso legal del 40% requerido por el texto original del art. 43 de la ley 24.522, se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del CCiv., por lo que de acuerdo a la nueva normativa

introducida por la ley 25.589 respecto de las facultades del juez (art. 52, inc. 4º, de la ley concursal), correspondía denegar la homologación. Así, el agravio de la concursada, en cuanto imputa arbitrariedad al fallo por haber aplicado una normativa derogada no puede ser aceptado pues, como queda dicho, la decisión no tuvo sustento exclusivo en ella, sino también en el derecho vigente.

2.-La conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (art. 52 inc. 4º de la ley 24.522) - hecho acontecido en autos-.

3.-El agravio de la concursada respecto a la arbitrariedad de la sentencia que denegó la homologación de la propuesta de acuerdo, debe ser desestimado. Lo que cuestiona el tribunal a quo no es que la propuesta de acuerdo concordatario no contemplara pautas indexatorias (oponiéndose ciertamente al art. 7º de la ley 23.928), sino que no contabilizara intereses por el lapso en que se concretaba la espera a que se sometería el pago de los créditos. Es que la previsión de una espera, sin el correspondiente pago de los réditos refleja, en rigor, una quita superior a la que resulta de una mera expresión nominal de la merma prevista, con el efecto práctico de pagar menos de lo formalmente prometido. Así, lo que se reprocha a la propuesta de acuerdo, se asienta en la exigencia que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores y de que la quita formalmente ofrecida, se corresponda con la que realmente se pagará. Nada hay de arbitrario, entonces, en lo decidido por la cámara de apelaciones bajo este aspecto.

4.-La determinación de en qué clase de situaciones existe ejercicio abusivo de un derecho constituye una cuestión ajena, por regla, a la instancia extraordinaria, que sólo debe ceder cuando la decisión es el resultado de afirmaciones sustentadas en la sola voluntad de los jueces. No se da en el caso, sin embargo, esta última excepción, pese a los esfuerzos argumentales de la concursada por demostrar que la sentencia incurre en arbitrariedad por haber calificado a la propuesta de acuerdo, como abusiva.

5.-No hay arbitrariedad en la sentencia apelada por haber ponderado elementos de juicio tales como el límite moralmente permitido, la presunta inadmisibilidad de la aceptación de los créditos contra el concursado para su descuento bancario o como objeto de garantías, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general. En tal sentido, se observa que sólo una comprensión disociada y fragmentaria de esos distintos elementos de juicio tal como la que se hace en el recurso extraordinario es la que permite a la apelante postular sus críticas, las cuales, por consiguiente, no sirven para descalificar un fallo que, por el contrario, realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial en la tarea de definir la existencia o no de un caso de abuso de derecho. Y es que, siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del CCiv. un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas. Sobre esa base de entendimiento, el razonamiento jurídico que exhibe la sentencia para llegar a la conclusión de que se está en frente de una propuesta de acuerdo abusiva supera, a criterio de esta Corte, la tacha de arbitrariedad con que se la impugna, pudiendo ser señalado que las críticas que ensayaba la recurrente en ese aspecto no pasan de constituir reflejo de su propia disconformidad personal con lo decidido en una materia que, valga reiterarlo, es propia de los jueces de la causa y ajena, como regla, a la instancia de revisión federal.

6.-Debe tenerse a la quejosa concursada incurso en la hipótesis de fraude contemplada por el art. 52 inc. 4° de la ley 24.522, con sustento en concretas constancias de la causa. Dicho fundamento concierne a aspectos de hecho y derecho común, en principio irrevisables por la vía extraordinaria y los agravios de la recurrente sólo traducen una mera discrepancia con lo resuelto que, más allá de su acierto o error, cuenta con sustento suficiente para aventar la tacha de arbitrariedad. (Del voto de a Dra. Argibay).

Fallo:

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia de la Sala A, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (fs. 848/867 del incidente) que revocó la de la instancia anterior e hizo lugar a las impugnaciones formuladas respecto del acuerdo preventivo entre la deudora y sus acreedores; Arcangel Maggio S.A. dedujo recurso extraordinario federal, el que fue desestimado, dando lugar a la presente queja (fs. 209/229, 230/231 y 234/265).

- II -

En lo que aquí es pertinente, corresponde resaltar que el magistrado de primera instancia homologó con fecha 16/4/03 (fs. 3482/3484 del principal), el acuerdo preventivo arribado entre la deudora y los acreedores, consistente en el pago del 40% del monto total de los créditos en su moneda de origen, en 20 cuotas anuales, con vencimiento la primera de ellas a los sesenta meses de la homologación (v. fs. 2717/2718 y 2784/2786 del principal).

El citado acuerdo fue objeto de impugnaciones promovidas por Merita Bank Plc., Stora Enso Fine Papers Oy, Interpaper and Finance Corporation Limited, Relaway Trading S.A. e Industria de Papel Arapoti S.A. (Inpacel).

El tribunal a quo señaló en la sentencia recurrida de fecha 3/5/04 que el efecto evaluatorio del plazo de espera, en tanto no se incluyen intereses compensatorios, evidencia que la propuesta de pago de la concursada resulta inferior al mínimo legal requerido por el artículo 43, tercer párrafo de la Ley N° 24.522 -40%-, y afirmó que no cumple las exigencias de integridad patrimonial que contempla la legislación concursal para la validez de este tipo de propuestas.

Agregó que con un plazo de espera tan significativo, debe darse prevalencia, "por sobre lo dispuesto por la ley 23.928 y a las n° 25.563 y 25.589 a las facultades que otorga el inciso 4° del art. 52 de ésta última", que dispone que en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley. En este sentido, manifestó que la obtención de las mayorías legales, es condición necesaria, pero no suficiente para merecer la homologación judicial, y que el acuerdo en estudio no resulta acorde con los principios de orden público, las finalidades de los concursos y el interés general, resaltando las renunciaciones a los privilegios de diversos acreedores que califica de actos de liberalidad que resultan inverosímiles, que afectaron los derechos de acreedores quirografarios que quedaron sometidos a la propuesta.

- III -

En síntesis, la recurrente alega que la sentencia es arbitraria ya que prescinde del derecho vigente -Leyes N° 25.589 y 23.928-, aplica textos derogados -art. 43, párr. tercero, Ley N° 24.522-, carece de fundamentación al sustentarse en afirmaciones dogmáticas y pautas de excesiva laxitud, y omite el tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del pleito, que surgen de las constancias de la causa.

En particular, sostiene que el tercer párrafo del artículo 43 de la Ley N° 24.522 que fundamenta jurídicamente la sentencia de la Cámara, fue derogado por la Ley N° 25.589 -art. 1°- que resulta aplicable desde el día de su publicación -16/5/02- a los concursos en trámite -art. 20 -, y consecuentemente suprimió la exigencia para la deudora de ofrecer por lo menos, el pago del 40% de los créditos quirografarios.

Asimismo, señala que la sentencia impone una obligación prohibida cual es contemplar la depreciación, cuando el artículo 7 de la Ley N° 23.928 -aún después de las modificaciones de la Ley N° 25.561 - dispone que el deudor se desobliga pagando la cantidad nominalmente expresada en la obligación, sin admitir actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor. A ese respecto, manifiesta que contrariamente a lo expresado por la alzada, el artículo 43 citado, no se refiere a valor presente de los créditos.

Por otra parte, destaca que los jueces de la mayoría realizan afirmaciones dogmáticas de contenido aparente y sin sustento jurídico o fáctico, al referirse -a modo de ejemplo, entre otros párrafos objetados por la recurrente- a la "ciencia económica" (fs. 849 vta.), "puntos de vista técnico - económico" (fs. 849), "la depreciación de lo ofrecido por el sólo transcurso del tiempo infringe el límite moralmente permitido por nuestro sistema legal" (fs. 851 vta.), que expresan -a su entender- convicciones subjetivas sin revelar los motivos ni indicar los medios de prueba utilizados.

Por último, afirman que la sentencia contradice las constancias de la causa en tanto considera y expone que los pagos propuestos son en moneda nacional, cuando el acuerdo impugnado -según los escritos y audiencia informativa- consiste en el pago del 40% del monto nominal de los créditos verificados en la moneda de origen, y destacan que el 56% del pasivo quirografario verificado está constituido en moneda extranjera.

- IV -

Si bien en estricta técnica jurídica la resolución impugnada no constituye sentencia definitiva, reiterada jurisprudencia de V.E. ha entendido que son equiparables a ésta y susceptibles, por tanto, de instancia extraordinaria, aquéllos decisorios que priven al interesado de valerse de remedios legales ulteriores que tornen efectiva la defensa de sus derechos (Fallos 307:1688; 314:107; entre otros), como es el caso de estudio donde fue ordenada la remisión de las actuaciones a primera instancia para comenzar el procedimiento del artículo 48 de la Ley N° 24.522, excluyendo de esa manera la posibilidad de reestructuración de la deuda de la concursada.

Sentado ello, cabe señalar que es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que sean fundados y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, y consideración de las alegaciones decisivas formuladas por las partes (Fallos 323:2468; 324:556; 325:2817), exigencia que procura esencialmente la exclusión de decisiones irregulares que afecten el adecuado servicio de justicia.

Estimo entonces, asiste razón al recurrente toda vez que constituye uno de los fundamentos del a quo la falta de adecuación de la propuesta de la concursada "al

mínimo legal requerido por el artículo 43, tercer párrafo de la Ley N° 24.522", cuando dicho texto legal se encuentra derogado por la Ley N° 25.589 -art. 1°-.

La Ley N° 25.589 citada suprimió la limitación que preveía el artículo 43 tercer párrafo de la Ley N° 24.522, que exigía al deudor, cuando la propuesta consistía en una quita, ofrecer por lo menos el pago del 40% de los créditos quirografarios anteriores a la presentación. Es más, su aplicabilidad al caso, en el marco de lo establecido en su artículo 20, no ha sido desconocida por los acreedores al apelar la resolución que desestimó las impugnaciones por ellos formuladas (fs. 635, 650 vta.).

Corresponde resaltar, que no obstante haber manifestado el propio tribunal (fs. 1016 vta. del incidente) que para resolver hizo mérito de lo dispuesto por el artículo 52 inciso 4) de la Ley N° 24.522 que se refiere a las facultades del juez para no homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, examinando consecuentemente su contenido, no tuvo en cuenta (fs. 848 vta. del incidente) que Arcangel Maggio S.A. en oportunidad de la audiencia informativa celebrada el día 11/7/01 (fs. 2784/2786 del principal), aclaró que "en el caso de acreedores que se hubieren insinuado en moneda extranjera y así se hubieren verificado, el pago se hará en tal moneda", circunstancia susceptible de incidir en el resultado del litigio.

Por otro lado, omitió considerar la cuestión en el marco puntual de las causales de impugnación a que se refiere el artículo 50 de la Ley N° 24.522, deficiencia que no se ve subsanada con la referencia al dictamen de la Fiscalía de Cámara, desde que sin perjuicio del exhaustivo y pormenorizado estudio que allí se realiza de la cuestión, a la luz de los antecedentes fácticos del juicio, aquella materia no fue objeto de un tratamiento específico.

Asimismo, la alzada realizó afirmaciones dogmáticas, al referirse a análisis técnico - económico, técnico - financiero, a la ciencia económica (fs. 849 y vta., 852 del incidente) y a las consecuencias y proyecciones patrimoniales del acuerdo, sin efectuar un estudio de las cuestiones conducentes presentadas por las partes, en particular, las relativas a la propuesta de pago en la moneda en la que fueron inicialmente pactados los créditos, que en la sentencia se señaló -erróneamente- sería en moneda nacional.

Por lo expuesto, y sin abrir juicio sobre la solución final que corresponda dar al caso, opino que V.E. debe dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 20 de Abril de 2005

ES COPIA MARTA A.BEIRO DE GONÇALVEZ

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 15 de marzo de 2007.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Arcángel Maggio S.A. en la causa Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, por mayoría, revocó la sentencia de la instancia anterior e hizo lugar a la impugnación que, en los términos del art. 50 de la ley 24.522, opusieron diversas firmas acreedoras respecto del acuerdo preventivo logrado en autos por Arcángel Maggio S.A. En la misma decisión, el tribunal de grado ordenó al juez de la causa que adecuara el procedimiento de conformidad con lo dispuesto por el art. 48 de la ley citada.

2º) Que contra esa decisión interpuso recurso extraordinario la concursada, cuya denegatoria originó la presente queja.

3º) Que después de sucesivas prórrogas del período de exclusividad, la concursada logró que sus acreedores aprobaran la propuesta de acuerdo preventivo que les había ofrecido. Por encontrarse reunidas las mayorías legales, previo informe de la sindicatura, el magistrado de primera instancia declaró la existencia de acuerdo preventivo según lo prescripto por el art. 49 de la ley 24.522 (fs. 3339 de los autos principales).

Todos estos actos se cumplieron con anterioridad a la sanción de las leyes 25.563 y 25.589 que reformaron la ley 24.522 .

Es de observar que la propuesta para acreedores quirografarios que recibió la aprobación de la doble mayoría requerida por el art. 45 de la ley concursal, consistió en el pago del 40% de los créditos verificados y declarados admisibles, dividido en veinte (20) cuotas mensuales, sin intereses, en moneda de curso legal, con vencimiento la primer cuota a los sesenta (60) meses de la fecha en que se homologara la propuesta, de acuerdo al siguiente esquema: a) diez (10) cuotas anuales, consecutivas, equivalentes cada una al 0,5% del capital verificado y declarado admisible; b) desde la cuota 100 a la 170, se abonaría "cada año" el 1% del capital computable; c) las cuotas 180 y 190 se cancelarían con el pago del 2% del capital verificado y declarado admisible; y d) la última cuota (n° 20) comprendería el pago del 24% restante del indicado capital (fs. 2717/2718 de los autos principales).

4°) Que varias firmas acreedoras (Merita Bank Pic.; Stora Enso Fine Papers Oy; Interpaper and Finance Corporation Limited; Relaway Trading S.A.; e Inpacel Industria de Papel Arapoti SA) impugnaron el acuerdo de conformidad con el citado art. 50 de la ley concursal, bajo las siguientes causales: 1) error en el cómputo de las mayorías necesarias para arribar al acuerdo; 2) inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo; 3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios; 4) existencia de acuerdos paralelos negociados por fuera del expediente a través de testaferros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la par condicio creditorum; y 5) insuficiencia del mínimo legal del 40% exigido por el art. 43 de la ley 24.522.

Con relación a esto último, las impugnantes sostuvieron que la propuesta de acuerdo ofrecida por la concursada (que combina una quita nominal del 60%, con una espera de veinticinco años para la cancelación final), equivale a una oferta real de pago, a valor presente, de solamente el 12,39% de los créditos, considerando una tasa de descuento del 6% anual, y aún sin contabilizar la pérdida del valor del capital habida desde la fecha de presentación de la demanda de concurso preventivo hasta la de la

sentencia de homologación.5º) Que "conforme se adelantó" el tribunal a quo admitió la impugnación promovida contra el acuerdo preventivo.

Cabe observar que al tiempo de tomarse tal decisión, ya había sido sancionada la ley 25.563 que dejó sin efecto el límite del 40% para la propuesta de quita exigido por el texto original del art. 43 de la ley 24.522, así como también la ley 25.589 que, por una parte, ratificó esa misma solución, y por otra prescribió que ".En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley." (art. 52, inc. 4º, de la ley concursal).

En cuanto aquí interesa, la cámara de apelaciones consideró "a la luz del texto original del art. 43 de la ley 24.522" que la propuesta de acuerdo ofrecida por la concursada no respetaba el mínimo exigible del 40%, porque la previsión de una espera sin el contemporáneo pago de los réditos compensatorios trasunta en realidad una quita superior a la máxima admitida legalmente. Con cita de doctrina y jurisprudencia concluyó, además, que la propuesta de acuerdo a los acreedores quirografarios, en tanto importaba una oferta de pago que alcanzaba solamente el 12,39% de los créditos, debía calificarse como abusiva e irrazonable porque no cumplimentaba las exigencias mínimas de integridad patrimonial que contempla la legislación concursal para la validez de este tipo de propuestas. Estimó, en tal sentido, que con un plazo de espera tan significativo como el postulado "un cuarto de siglo" debía darse prioridad, por sobre lo dispuesto por la ley 23.928 y la eliminación del piso del 40% instrumentada por las leyes 25.563 y 25.589, a las facultades que otorga el inc. 4 del art. 52 introducido por esta última, que constituye una norma de carácter imperativo, toda vez que "dijo" no es razonable pensar que la ley permita plazos de extensión excesivos o formas de espera que desvirtúen el contenido material mínimo de la propuesta. Ponderó, asimismo, que la obtención de las mayorías legales es condición necesaria pero no suficiente para lograrse la homologación judicial de la propuesta de acuerdo, y que la aceptación de ella implicaba en el caso una liberalidad inverosímil, porque los créditos contra la concursada "reducidos en la proporción mencionada" aun bajo la hipótesis de inflación cero, no serían aceptables para descuento, ni como garantía en ninguna institución financiera, por estar indisponibles para su uso actual y por estar sometidos al riesgo de su incobrabilidad.

Independientemente de lo anterior, remitió el tribunal a quo a las conclusiones brindadas por la fiscal ante la cámara con relación a la cesión de diversos créditos privilegiados y a la inmediata conducta de los cesionarios en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios, actos que estimó demostrativos de la existencia de liberalidades que sólo tuvieron por objeto afectar los derechos de los acreedores comunes a fin de que quedaran sometidos a una propuesta irrisoria; todo lo cual, por contrariar normas imperativas del ordenamiento jurídico (arts. 502, 530, 542 y 953 del Código Civil; art. 52, inc. 4, de la ley concursal) hacía innecesario evaluar lo atinente a la tempestividad de la renuncia a los respectivos privilegios.

6º) Que el recurso extraordinario articulado por la concursada, controvierte la sentencia precedentemente reseñada, imputándole arbitrariedad: a) porque resolvió la cuestión sometida a litigio aplicando el texto original del art.43 de la ley 24.522 (que no admitía una propuesta de quita inferior al pago del 40% de los créditos verificados y declarados admisibles) en vez de decidirla de conformidad con la redacción dada a esa norma por la ley 25.589 en cuanto reiteró la solución brindada antes por la ley 25.563 referente a la eliminación de un mínimo legal para tener por válida la propuesta de quita, lo cual "dice" resultaba procedente en función de la disposición de derecho transitorio contenida en el art. 20 de la ley 25.589 y de lo previsto por el art. 3º -del Código Civil; b) porque al reprochar a la concursada no haber previsto en su propuesta la incidencia de la depreciación monetaria, prescindió de aplicar el art. 7 de la ley 23.928 "no derogado por la ley 25.561" que prohíbe la actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, haya o no mora del deudor; c) porque incurrió en afirmaciones que reputa dogmáticas o de extrema latitud para fundar la condición abusiva de la propuesta, en cuanto remitieron a aspectos tales como el punto de vista técnico - económico o a la ciencia económica, el límite moralmente permitido, la presunta inadmisibilidad de la aceptación de los créditos contra el concursado para su descuento bancario o como objeto de garantías, el orden jurídico en general, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta; d) porque no tuvo en cuenta que la actual legislación parte de un "enfoque desregulado" del acuerdo preventivo, en el que el papel de los acreedores es amplísimo y prioritario, de suerte tal que dando ellos su aprobación, la intervención judicial es una interferencia que debe ser acotada; e)

porque no puede calificarse de abusiva una propuesta que implica para el deudor pagar todo lo que puede pagar, agotando sus recursos para cumplir; f) porque omitió ponderar que el 56% del pasivo quirografario está constituido por acreedores en moneda extranjera, a quienes se les ofreció pagar el 40% del monto nominal en la respectiva moneda de origen, de donde se seguiría que el carácter abusivo de la propuesta no puede sustentarse en la situación de ellos; g) porque se basó en fundamentos aparentes para aceptar que medió fraude en la obtención del acuerdo; y h) porque, en función de todo lo anterior, se la privó de su derecho de lograr en exclusividad la reestructuración de la deuda, habilitándose improcedentemente la vía prevista por el art. 48 de la ley 24.522, texto según ley 25.589.

7º) Que lo atinente a la eficacia de la ley en el tiempo y a la validez intertemporal de las normas, constituye materia ajena al recurso extraordinario (Fallos: 310:315 y 1080; 311:324; 312:764; 320:1542), sin que en el caso se presente un supuesto de arbitrariedad que permita hacer excepción a ello pues, aunque es verdad que el tribunal a quo recurrió a un desarrollo argumental que hizo mérito del límite porcentual establecido originariamente por el art. 43 de la ley 24.522, que en el momento de fallar ya no se encontraba vigente habida cuenta de las reformas introducidas por las leyes 25.563 y 25.589, lo cierto es que también la sentencia examinó la validez de la propuesta de quita y espera combinadas hecha por la concursada desde la perspectiva de la nueva legislación vigente, llegando a una misma conclusión sobre su inadmisibilidad.

En efecto, el fallo apelado fue claro en cuanto a que, más allá de que la propuesta no cumplía con la exigencia del piso legal del 40% requerido por el texto original del art. 43 de la ley 24.522, se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del Código Civil, por lo que de acuerdo a la nueva normativa introducida por la ley 25.589 respecto de las facultades del juez (art. 52, inc. 4º, de la ley concursal), correspondía denegar la homologación.

Dicho con otras palabras, la cámara de apelaciones examinó la cuestión tanto desde la visión que le daba la ley anterior, como desde la visión de la ley vigente, y aunque lo hizo incurriendo en cierta superposición de ambos enfoques, concluyó en la

improcedencia de dar aprobación judicial a una propuesta de acuerdo que, en definitiva, calificó como abusiva e irrazonable.

Así pues, el primer agravio de la concursada, en cuanto imputa arbitrariedad al fallo por haber aplicado una normativa derogada no puede ser aceptado pues, como queda dicho, la decisión no tuvo sustento exclusivo en ella, sino también en el derecho vigente.

8º) Que no mejor suerte corre el agravio de la concursada relativo a que la sentencia le habría reprochado "a juicio de la apelante, en forma improcedente" no haber contemplado en la propuesta una forma de corrección de la desvalorización de la moneda.

En este sentido, la atenta lectura de la sentencia recurrida muestra que, en rigor, lo que cuestionó el tribunal a quo no fue que la propuesta no contemplara pautas indexatorias (a lo cual se oponía, ciertamente, el art.7º de la ley 23.928), sino que no contabilizara intereses por el lapso en que se concretaba la espera a que se sometería el pago de los créditos, señalando expresamente, que la previsión de una espera, sin el correspondiente pago de los réditos refleja, en rigor, una quita superior a la que resulta de una mera expresión nominal de la merma prevista, con el efecto práctico de pagar menos de lo formalmente prometido.

Cabe consignar, en este aspecto, que la propuesta ofrecida por la concursada consistió, precisamente, en el pago del 40% de los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles, por lo que el tiempo en que ese pago habría de concretarse no es elemento de juicio del que quepa prescindir a los fines de ponderar si, en los hechos, el porcentual ofrecido se respeta o no.

Sentado lo anterior, y vista la cuestión desde la perspectiva indicada, la sentencia apelada no se exhibe como arbitraria pues, en verdad, por el hecho de aplazar el pago del 40%, el deudor está en la obligación de pagar el interés moratorio a fin de que el pago siga siendo de por lo menos del 40% del capital prometido; de no ser así, el plazo o división en cuotas del pago, reduce esa parte alícuota precisamente en la medida correspondiente al interés adeudado.

El reproche del a quo a la propuesta de acuerdo se asienta, pues, en la exigencia "que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores" de que la quita formalmente ofrecida, se corresponda con la que realmente se pagará. Nada hay de arbitrario, entonces, en lo decidido por la cámara de apelaciones bajo este aspecto.

9º) Que la determinación de en qué clase de situaciones existe ejercicio abusivo de un derecho constituye una cuestión ajena, por regla, a la instancia extraordinaria, que sólo debe ceder cuando la decisión es el resultado de afirmaciones sustentadas en la sola voluntad de los jueces (Fallos:311:1337).

No se da en el caso, sin embargo, esta última excepción, pese a los esfuerzos argumentales de la concursada por demostrar que la sentencia incurre en arbitrariedad por haber calificado a la propuesta de acuerdo como abusiva con argumentos que, afirma, serían dogmáticos o de extrema latitud.

Al respecto, puede señalarse que la referencia a la ciencia económica efectuada por la cámara para definir el valor real y actual de lo ofrecido, lejos de mostrarse como un recurso argumental dogmático, partió de la base no controvertida de que la propuesta de concordato cuya homologación se persigue en autos implica solamente el pago "en un lapso de veinticinco años" del 12,39% del capital verificado y declarado admisible (dato económico esencial para definir la medida del sacrificio de los acreedores), al par que constituyó un válido canal interpretativo pues, en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva.

No hay tampoco arbitrariedad en la sentencia apelada por haber ponderado elementos de juicio tales como el límite moralmente permitido, la presunta inadmisibilidad de la aceptación de los créditos contra el concursado para su descuento

bancario o como objeto de garantías, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general. En tal sentido, se observa que sólo una comprensión disociada y fragmentaria de esos distintos elementos de juicio "tal como la que se hace en el recurso extraordinario" es la que permite a la apelante postular sus críticas, las cuales, por consiguiente, no sirven para descalificar un fallo que, por el contrario, realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial en la tarea de definir la existencia o no de un caso de abuso de derecho. Y es que, siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo (y más precisamente, la fenomenología de la propuesta abusiva referida por el art. 52, inc. 4, de la ley concursal) sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas.

Sobre esa base de entendimiento, el razonamiento jurídico que exhibe la sentencia para llegar a la conclusión de que se está en frente de una propuesta de acuerdo abusiva supera, a criterio de esta Corte, la tacha de arbitrariedad con que se la impugna, pudiendo ser señalado que las críticas que ensayaba la recurrente en ese aspecto no pasan de constituir reflejo de su propia disconformidad personal con lo decidido en una materia que, valga reiterarlo, es propia de los jueces de la causa y ajena, como regla, a la instancia de revisión federal.

10) Que tampoco demuestran arbitrariedad las reflexiones que trae el recurso extraordinario según las cuales la legislación vigente abraza un enfoque desregulado del concordato preventivo, donde la solución es librada a la decisión de acreedores y deudor con exclusión de la ingerencia judicial, sin que, por otra parte, pueda calificarse de abusiva una propuesta que implica para el deudor pagar en el límite máximo de lo que puede.

Lo primero, porque si bien el "enfoque desregulado" al que se alude fue el vigente con la redacción original del art. 52 de la ley 24.522 que, ciertamente, no reconocía *expressis verbis* en el magistrado facultad alguna para denegar la

homologación de una propuesta de acuerdo que hubiera obtenido la aprobación de las mayorías legales en el entendimiento de que el concurso es un ámbito en el cual básicamente se debaten intereses privados de acreedores y deudor, no resultando conveniente que el juez en algunos casos se pueda subrogar a ese interés de los acreedores determinando qué es lo mejor para ellos, lo cierto es que, tras la sanción de la ley 25.589, que reformuló el texto del citado art. 52, la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es "como lo señaló correctamente el tribunal a quo" condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (inc. 4º). Dicho con otras palabras, el criterio interpretativo que en este aspecto propicia el recurso extraordinario, directamente no se adecua a la legislación vigente.

Lo segundo, porque la afirmación "a los efectos de descartar su carácter abusivo" de que la propuesta de acuerdo ofrecida representa el límite máximo que la concursada puede pagar, no pasa de ser una aserción dogmática sobre aspectos de hecho y prueba, ajenos a la vía del art.14 de la ley 48, que ni siquiera han sido convenientemente propuestos a la decisión de las instancias de origen.

11) Que tampoco demuestra arbitrariedad el agravio de la concursada según el cual el tribunal a quo habría contradicho las constancias de la causa al no considerar, a los fines de descartar el carácter abusivo de la propuesta, que ninguna pérdida económica es predicable respecto de los acreedores insinuados en moneda extranjera, pues a ellos se los cancelaría con el 40% del monto nominal expresado en la moneda de origen, es decir, con una moneda "fuerte" que no sufre el riesgo de la erosión inflacionaria. Ello es así, porque dicho agravio parte de una base falsa.

En efecto, si bien en audiencia informativa, la concursada aclaró que se respetaría la moneda de pago de los acreedores insinuados en divisas extranjeras (fs. 2784/2786 de los autos principales), lo cierto es que ninguna constancia del expediente da cuenta de que esa aclaración hubiera dado lugar a una formal modificación de la propuesta de concordato en los términos del art. 43, último párrafo, de la ley concursal. En esas condiciones, corresponde estar a lo que específicamente indicó la propuesta de fs. 2717/2718, esto es, que ".Todas las deudas originalmente estipuladas en moneda extranjera serán convertidas al tipo de cambio

vigente a la fecha de la sentencia del art. 36 y pagaderas en moneda argentina de circulación legal., a excepción de los acreedores privilegiados especiales hipotecarios y prendarios, respecto de los cuales se respetará la moneda de contratación." (fs.2718).

En síntesis, no es verdad que la propuesta de acuerdo dirigida a los quirografarios "de cuyo carácter abusivo se trata" contemplara un tratamiento diferente para los créditos de ese carácter verificados en moneda extranjera, ni certero, entonces, que los respectivos acreedores hubieran quedado marginados de la oferta de pago general equivalente al 12,39% del capital.

12) Que, independientemente de lo anterior, la cámara de apelaciones consideró incurso a la concursada en la hipótesis de fraude contemplada por el art. 52, inc. 4ª, de la ley 24.522, con apoyo en el dictamen fiscal "a cuyos términos remitió" y a un desarrollo argumental propio, que refiere a concretas circunstancias de la causa.

Dicho fundamento concierne a aspectos de hecho y derecho común, en principio irrevisables por la vía extraordinaria, y los agravios de la recurrente expresados sobre el particular, sólo traducen una mera discrepancia con lo resuelto que, más allá de su acierto o error, cuenta con sustento suficiente para aventar la tacha de arbitrariedad propuesta por la apelante bajo este aspecto.

13) Que como agravio autónomo expresa la concursada que la decisión del tribunal a quo la ha privado del derecho de alcanzar en exclusividad la reestructuración de su deuda, ya que ha ordenado al juez de la instancia anterior la apertura del procedimiento previsto por el art. 48 de la ley 24.522.

En este aspecto, el recurso extraordinario no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, pues la vía del citado art. 48 de la ley concursal no excluye la participación de la concursada a los fines de realizar una nueva propuesta de acuerdo y obtener de sus acreedores las conformidades pertinentes (inc. 4º).

14) Que no se han configurado circunstancias sobrevinientes que tornen inoficioso el pronunciamiento de este Tribunal en las presentes actuaciones, toda vez que las alternativas suscitadas a partir de fs. 3788 de los autos principales, no guardan

relación con la hipótesis de fraude contemplada por el art. 52, inc.4° de la ley 24.522, de la que hizo mérito la sentencia impugnada.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia)- E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al revocar la de primera instancia, admitió las impugnaciones formuladas respecto del acuerdo preventivo ofrecido por la concursada, interpuso ésta el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que esta Corte ha señalado en forma reiterada que sus sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948 ; 325:2275, entre muchos otros).

3º) Que este Tribunal ordenó a fs. 3788 la remisión de los autos a primera instancia para el cumplimiento de la diligencia allí dispuesta. El juez de grado se expidió a fs. 3870/3874 y elevó la causa, sin emitir pronunciamiento de mérito con aptitud para incidir en el tratamiento de las cuestiones sometidas a consideración del Tribunal, las que serán examinadas en sus respectivos términos.

4º) Que la recurrente invoca la arbitrariedad del fallo, alegando que la decisión recurrida prescinde del derecho vigente, aplica textos legales derogados, carece de debida fundamentación y omite el tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del pleito.

5º) Que el a quo formuló diversas consideraciones relativas a la insuficiencia de la propuesta concordataria, en orden al mínimo legal que establecía el art.43 de la ley 24.522, derogado por la ley 25.589 y que, por ende, no se encontraba vigente en el momento del fallo. Los agravios de la recurrente se dirigen a demostrar que en el caso se han configurado las circunstancias que esta Corte ha considerado aptas para descalificar una sentencia en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

6º) Que, aunque asistiera razón a la apelante sobre el punto, ello no conduciría a la apertura de la instancia extraordinaria en la forma pretendida, según lo establece antigua doctrina de este Tribunal, en tanto la sentencia recurrida reconoce un fundamento autónomo que resulta suficiente para sustentarla (Fallos: 115:405; 253:181; 310:664, entre muchos otros).

7º) Que, en efecto, la cámara de apelaciones ha considerado incurso a la concursada en la hipótesis de fraude contemplada por el art. 52 inc. 4º de la ley 24.522, con apoyo en el dictamen fiscal "a cuyos términos remite" y a un desarrollo argumental propio, que refiere a concretas constancias de la causa. Dicho fundamento concierne a aspectos de hecho y derecho común, en principio irrevisables por la vía extraordinaria y los agravios de la recurrente sólo traducen una mera discrepancia con lo resuelto que, más allá de su acierto o error, cuenta con sustento suficiente para aventar la tacha de arbitrariedad.

8º) Que, en tales condiciones, resulta inoficioso el tratamiento de los restantes agravios formulados, dada la carencia de virtualidad de un pronunciamiento a su respecto para modificar la decisión apelada, que se mantendría con base en el mencionado fundamento irrevisable (Fallos: 193:43 y sus citas, 316:1205, disidencia de los jueces Petracchi, Cavagna Martínez y Moliné O'Connor, entre otros).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 1.

Vuelvan los autos principales con copia certificada de la presente al tribunal de origen, encomendándose el cumplimiento, sin más trámite, de lo ordenado por la cámara de apelaciones en el fallo recurrido. Notifíquese y archívese la queja. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DON JUAN CARLOS MAQUEDA Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

Que las cuestiones propuestas por el apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Que sin perjuicio de ello, y en atención al sentido del voto de la mayoría, por aplicación de la regla según la cual los pronunciamientos judiciales deben tener en cuenta las circunstancias actuales al tiempo de dictar sentencia, corresponde que oportunamente se consideren las constancias obrantes en el expediente producidas con posterioridad a la interposición del presente recurso (conf. Fallos: 310:670; 311:1810; 318:625; 321:1393, entre otros). Por tal razón, de acuerdo con los propósitos preventivos que guían la ley de concursos y quiebras, y teniendo en cuenta que el rechazo del acuerdo originalmente propuesto encuentra fundamento en aspectos que pueden ser mejorados, una adecuada interpretación de las normas aplicables aconseja ponderar tales circunstancias de manera de agotar los medios para dar acabada respuesta a los fines que el instituto del acuerdo preventivo persigue en el sistema.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Reintégrese el depósito de fs. 1. Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y oportunamente remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por Arcángel Maggio S.A., representado por el Dr. Francisco Pablo Maggio, patrocinado por el Dr. Rodolfo C. Barra Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Comercial N° 5

Voces: CONCURSADO - ACUERDO PREVENTIVO - PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO - AUTORIZACIÓN JUDICIAL - ABUSO DEL DERECHO - ARBITRARIEDAD O ILEGALIDAD MANIFIESTA - HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO PREVENTIVO - PROPUESTA ABUSIVA

Partes: *Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo*

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 20-oct-2009

Cita: MJ-JU-M-50685-AR | MJJ50685 | MJJ50685

La abusividad de una propuesta concordataria es, desde el punto de vista fáctico, un contexto que impide o limita la capacidad de elección, pues crea un entrelazamiento de derechos que producen falta de transparencia informativa, obstáculos para la expresión de la voluntad, y permiten consolidar una propuesta que no sería aprobada si tales restricciones no hubieran existido.

Sumario:

1.-El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores, requiere indispensablemente de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman y, particularmente, en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores, de manera que no puede convertirse en una carrera de obstáculos para quienes deben concurrir a fin de ejercer sus derechos, en la que se introducen imprevistamente exigencias que no han sido exteriorizadas con la publicidad propia a la naturaleza del andamio, y restringen los medios tendientes a consumir, acabadamente, las facultades inherentes a la decisión de aceptar o no la propuesta.

2.-Todo aquello que informa al procedimiento previo a la votación del acuerdo preventivo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la CN.). Estos institutos resultan afectados cuando se implementan arbitrios que persiguen un orden meramente ritual y desvirtúan la posibilidad del ejercicio del derecho a conformar o no el acuerdo, pues en la realidad implica una lesión a la defensa en juicio y al debido proceso (art. 18 de la CN.) que arrojaría serias dudas sobre el resultado aparentemente obtenido, situación que no se compadece con aquello que, en forma prístina, el ordenamiento concursal exige.

3.-La existencia de una duda razonable sobre la transparencia de la información y sobre los obstáculos que encontraron los acreedores para expresar su voluntad respecto de la propuesta de acuerdo preventivo efectuada por la concursada y sobre el cumplimiento -en el proceso de emisión del voto- de los recaudos del debido proceso no debe resolverse en contra de los titulares de ese derecho fundamental y mucho menos cuando ello trae como consecuencia una afectación sustancial del derecho de crédito. Esas dudas deben ser suficientes para que el Tribunal concursal reconsidere los medios para lograr una clara, transparente e incuestionable expresión de la voluntad de los acreedores, y al no hacerlo, se produce una afectación del derecho al debido proceso.

4.-En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social de aquél, que está dada no sólo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores; en ese orden de ideas, el principio derivado del abuso del derecho es aplicable, también en materia concursal.

5.-La necesidad de apreciación jurisdiccional de si el concursado actúa abusivamente al efectuar la propuesta de acuerdo preventivo es una cláusula general que no contiene una determinación precisa, pero obliga al juez a realizar un juicio de ponderación para lograr su mayor satisfacción en la medida compatible con otros principios competitivos, máxime cuando la mediación de la conformidad de los

acreedores resulta una condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación. Por lo tanto, el juez del concurso debe ejercer un control sustancial de la propuesta y denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley.

6.-Al ponderarse jurisdiccionalmente una propuesta concordataria no puede prescindirse de las situaciones jurídicas abusivas creadas por el entrelazamiento de un cúmulo de derechos guiados por una estrategia contraria a la buena fe, las buenas costumbres o los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos. En las costumbres negociales que se utilizan actualmente, puede ocurrir que no se observe un uso disfuncional en cada uno de los derechos, pero ello aparece con claridad cuando se valora el contexto situacional que es creado por el autor para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de la facultad de su contraparte.

7.-La abusividad de una propuesta concordataria es, desde el punto de vista fáctico, un contexto que impide o limita la capacidad de elección: una situación jurídica abusiva crea un entrelazamiento de derechos que producen falta de transparencia informativa, obstáculos para la expresión de la voluntad, y permiten consolidar una propuesta que no sería aprobada si tales restricciones no hubieran existido.

8.-Si se ha comprobado que en el procedimiento seguido para la aprobación de la propuesta han operado una serie de factores que confluyeron en la limitación de las facultades de los acreedores y que, como resultado de ello, la propuesta que debieron aceptar -tomando en cuenta sus términos y modalidades- afecta de un modo sustancial el derecho de crédito, no corresponde que se le brinde homologación judicial (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

9.-El art. 16 de la ley 24522 establece que la concursada debe requerir previa autorización judicial para realizar determinados actos, en tanto el art. 17 del mismo cuerpo legal prescribe que 'Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores'. De tal modo, el plexo normativo que rige el caso, contiene disposiciones concretas acerca de los efectos que provoca el incumplimiento de solicitar previa autorización judicial, para celebrar los actos que así lo requieren. La sanción -ineficacia de pleno derecho, conforme al art. 17 de la ley 24522 citado- no acarrea la nulidad del acto, pero determina que la privación

de sus efectos opere sin más frente a los acreedores, que pueden actuar como si aquél nunca se hubiese celebrado (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

10.- La autorización judicial de un acto de los descriptos en el art. 16 de la ley 24522 luego de que el acto fue ejecutado tiene consecuencias decisivas en el marco del procedimiento concursal, ya que frente a la hipótesis de quiebra, por aplicación de los artículos 119 y 121 de la ley 24522, esa autorización conferida en forma posterior convalida de manera definitiva la pérdida de ese activo en el patrimonio de la concursada, puesto que los actos cuya celebración fue autorizada judicialmente en los términos del art. 16 de la misma ley, no son alcanzados por la acción de revocatoria concursal reglada en el art. 119 citado (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

11.-Al abocarse el órgano jurisdiccional directamente a la ponderación de los beneficios de un negocio celebrado sin autorización, pese a ser un supuesto alcanzado por la restricción del art. 16 de la ley 24522, para evaluar si la concedía ex post facto, prescindió de la solución normativa contenida en esa norma, sin dar razones que justifiquen tal apartamiento, defecto que, según reiterada doctrina de esta Corte, impone la descalificación del fallo por aplicación de la doctrina de arbitrariedad de sentencias (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

12.-La agrupación de acreedores en pesos con acreedores en moneda extranjera en una sola categoría, de modo que la votación imponga a estos últimos una quita adicional no consentida, representa, a priori, una situación abusiva que afecta elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo (arts. 953 y 1071 del CCiv.) y esa abusividad no puede sortearse por el mero hecho de que la propuesta haya alcanzado la conformidad de un alto porcentaje de acreedores en divisas y, en consecuencia, homologarla. Al resolver de tal modo, el juez concursal se apartó de la norma legal aplicable, con apoyo en un -supuestamente- alto grado de adhesiones al acuerdo, expresado por los acreedores en moneda extranjera, y que luego se demostró calculado sobre parámetros erróneos (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

13.-El apartamiento normativo en que ha incurrido el órgano jurisdiccional al contravenir la norma contenida en el art. 52 inc. 4º de la ley concursal resulta aún más grave si, en la propia sentencia homologatoria del acuerdo, se reconoció en forma

expresa que la exacción patrimonial impuesta discriminadamente a ciertos acreedores representaba, a priori, una situación abusiva que afectaba elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo, con cita de los arts. 953 y 1071 del CCiv. (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

14.-La sentencia homologatoria de un concordato preventivo debe formular una apreciación objetiva que indique si el deudor, al ejercer su derecho de ofrecer una propuesta concordataria, ha contrariado la finalidad económico social del instituto. Ese objetivo está dado no solamente por la conservación de la empresa sino también definido por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual resulta negada cuando la pérdida que se les impone resulta claramente excesiva (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

15.-Hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores que la quita formalmente ofrecida se corresponda con la que realmente se pagará, lo que impone pagar el interés moratorio a fin de que el pago conserve la proporción prometida en la propuesta (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

16.-La doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional: aquella no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir aquellos supuestos en los que, las deficiencias lógicas del razonamiento en que se sustenta la sentencia, o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impidan considerar el pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido. De tal modo, no pueden ser examinados en la instancia extraordinaria aquellos agravios que pretenden meramente oponerse a las conclusiones de los jueces de la causa que exteriorizaron fundamentos que, más allá del grado de su acierto o error, resultan suficientes como para excluir la tacha de arbitrariedad (disidencia de los Dres. Petracchi y Maqueda).

17.-Las sentencias de la Corte deben limitarse a los agravios que se expresan en el escrito de interposición del recurso extraordinario, no pudiendo considerarse los planteos efectuados sólo en oportunidad del recurso de queja deducido por denegatoria de aquél (disidencia de los Dres. Petracchi y Maqueda).

18.-La doctrina de la arbitrariedad fue creada para anular sentencias que, por carecer de los elementos mínimos que la constituyen como tal, se traducen en una agresión directa del art. 18 de la CN. por cuanto niega a la persona afectada la instancia judicial o `juicio´ a que tiene derecho para defender sus intereses. Por lo tanto, dicha doctrina no otorga ningún fundamento para intervenir en procesos que han sido fallados con sustento en el derecho común y no han resuelto ninguno de los puntos mencionados en el art. 14 de la ley 48. El respeto a esta restricción, viene impuesto por la Constitución cuando se trata de pronunciamientos de tribunales provinciales (art. 75.12 y 116 de la CN.) y por una ley del Congreso en lo concerniente a sentencias dictadas por tribunales nacionales (art. 6º de la ley 4055) (de la disidencia de la Dra. Argibay).

Fallo:

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (fs. 7945/7980), confirmó, en general, la sen-tencia de la instancia anterior que -en cuanto aquí interesa- había homologado el acuerdo preventivo presentado por la con-cursada, y autorizado la pérdida del 81% de su participación en Compañía General de Combustibles S.A. -por la falta de ejercicio del derecho de preferencia- en el marco de un au-mento de capital de esta última sociedad (fs. 6774/6802). Modificó el mencionado pronunciamiento, en cuanto se refería al momento de cumplimiento del acuerdo preventivo, que resol-vió diferir al tiempo en que los beneficiarios de los bonos hayan convertido en acciones dicho medio de pago -o hayan podido razonablemente realizarlo-, o, en su defecto, al mo-mento del pago de la efectivización de la última de las cuo-tas comprometidas por la amortización de esos valores.

Para así decidir, sostuvo -básicamente- que la asamblea de obligacionistas fue celebrada en forma regular de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 bis -incs.

1° a 4°- de la Ley N° 24.522 que estimó aplicable al caso, desde que, por un lado, el contrato de emisión de los títulos de deuda, no consideraba expresamente el procedimiento a seguir a efectos de evaluar una propuesta efectuada por la emisora frente a su concurso preventivo, antecedente que -a su enten-der- excluía la aplicación del sub régimen previsto en la Ley N° 24.441 -v. art. 45 bis, inc. 5°, Ley N° 24.522-; y, por otro, destacó que el requisito de presentación del certifica-do de bloqueo de la tenencia de obligaciones negociables para poder asistir a la asamblea -impuesto por la concursada y la sindicatura- está previsto, en el Decreto 677/01 (aquí co-rresponde resaltar que la sentencia menciona el art. 31, cuando debió referirse al art. 4°, inc.d). En este sentido, consideró que había sido alcanzada, en la asamblea de obliga-cionistas, la mayoría legal requerida por el artículo 45 bis citado, que se calcula sobre los votos de los tenedores pre-sentes.

Agregó, que resultó idóneo, para anunciar a los bonistas de la convocatoria a asamblea, el medio de publici-dad elegido -avisos y edictos en periódicos y en el Boletín Oficial-, para lo cual resaltó que es el mismo que prevé el artículo 237 de la Ley N° 19.550 y la Ley de Obligaciones Negociables N° 23.576 , y que la inexistencia de cuarto inter-medio no alteró la decisión, por cuanto -dijo- los obligacio-nistas asistentes poseían información sobre la propuesta y el "orden del día" a tratar.

Por otra parte, la Cámara sostuvo que la propuesta no era abusiva, pues, en primer lugar, la categorización es facultad de la concursada, y los acreedores quirografarios, aún cuando sus créditos fuesen en diferentes monedas, pueden formar parte de una categoría, conforme -dijo- lo dispone el artículo 43 de la Ley N° 24.522. En segundo lugar, teniendo en cuenta la información provista por la sindicatura a fojas 7833, manifestó que el 75% de los acreedores en moneda ex-tranjera prestaron conformidad al acuerdo, para lo cual con-sideró que el crédito de los obligacionistas verificado as-cendía a u\$s30.897.937,80, concluyendo que no hubo discrimi-nación arbitraria por parte de la concursada, para este tipo de acreedores.

A su vez, dejó sentada su postura en cuanto a que "no es sólo importante una quita del 80% sino que representa, en gran medida, una abrupta organización de la sociedad, con una capitalización de \$400.000.000, la incorporación de nue-vos socios y una recomposición elíptica de su relación con las sociedades vinculadas, y la entrega de

bonos o valores convertibles en acciones, con un "precio" fluctuante y actualmente imponderable en forma concreta" (fs.7975). En este sentido, señaló que no fue invocado que un procedimiento de cramdown pudiera aportar una solución mejor.

Por último, y en cuanto a la omisión por parte de la concursada de ejercer el derecho de suscripción preferente en el marco del aumento de capital de \$70.000.000.- de su controlada (Compañía General de Combustibles), disminuyendo de esa manera su participación de 99,9% a 19%, estimó que estaba sujeta a autorización judicial -arts. 16 y 17 , Ley N° 24.522- pues tal proceder afecta el activo de Sociedad Comercial del Plata S.A., y que la operación era beneficiosa para la sociedad controlada -también concursada- en tanto le permitía sanear su pasivo preconcursal, como así también conveniente para este concurso. Al respecto, el tribunal resaltó que si bien el patrimonio neto proyectado de la controlada post-homologación asciende a \$970.000.000 (v. fs. 7534 vta. y 6713/6717), debe también valorarse -afirmó- la acreencia reclamada por Reef (fs. 6576/6579), el informe de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (fs. 6718/6719) las presentaciones de las sindicaturas, lo dictaminado por los estimadores designados (fs. 6757/6773), y "el flujo de fondos que proporcionará el cumplimiento del acuerdo preventivo, tanto de Compañía General de Combustibles S.A. como de Sociedad Comercial del Plata S.A.".

- II -

Contra dicha sentencia, la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y el Banco de la Provincia de Buenos Aires dedujeron recursos extraordinarios, que fueron concedidos (fs. 8785/8809 , 8746/8784 y 9105/9111). Sin embargo y dada la ambigüedad de los términos de la concesión, la Fiscalía General interpuso recurso de queja por la cuestión federal y la arbitrariedad planteadas (v. fs. 500/543, del expte. S.C. S. N° 467, L.XLII -Recurso de Hecho-). Cabe aclarar que los acreedores Ana María Claro y León Vial Echeverría, desistieron a fojas 8818/8820 del recurso extraordinario interpuesto a fojas 8723/8740 .

- III -

La Fiscal de Cámara -cuyos argumentos son compartidos substancialmente por el Banco de la Provincia de Buenos Aires-, en apretada síntesis, alega que existe

cuestión fede-ral en tanto se encuentra en tela de juicio la inteligencia del decreto N° 677/01, la Ley N° 17.811 -que regulan el régi-men de transparencia en la oferta pública-, la Ley N° 24.240 y el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Asimismo, sostiene que la interpretación realizada por el tribunal del artículo 52, inciso 4° de la Ley N° 24.522, en cuanto a la inexistencia de una propuesta abusiva o realizada en fraude a la ley, y su aplicación al caso, vul-neró derechos amparados constitucionalmente (arts. 16, 17 y 20 , C.N.). Afirma que la sentencia es arbitraria, pues omite considerar cuestiones conducentes oportunamente presentadas y prueba decisiva para la solución de la causa, y prescinde del derecho vigente aplicable.

En particular, aduce que la Cámara no estudió debi-damente el fraude denunciado por la Fiscalía en torno a la obtención de la mayoría que aprobó el concordato, desde que se negó la participación en la asamblea de decenas de titula-res de obligaciones negociables, emitidas por la concursada y verificadas por un total de alrededor de 258.638.960,72.- (v. 2642/2726, 2982/2985, 6848/6843 y 7805/7806), a los que se les exigió un certificado de bloqueo imposible de obtener en las plazas extranjeras, y se les impuso el procedimiento pre-visto en el artículo 45, incisos 1° a 4°, de la Ley N° 24.522 -de votos presentes-, desechando el sistema convencionalmente acordado (v. inc.5°, Ley N° 24.522). Al respecto, resalta que los bancos intermediarios, únicos registrados ante las entidades depositarias -DTC, Euroclear y Clearstream-, son los que poseen la información sobre la tenencia de cada bene-ficiario, y de esa manera, el certificado de bloqueo requeri-do como condición sine qua non, no puede ser expedido por estas entidades.

En tales condiciones, valoró arbitraria e insufi-ciente la decisión de la alzada que para rechazar los plan-teos referidos a la imposibilidad mencionada en el párrafo anterior y la irregularidad en la obtención de las mayorías, se sustentó en que el Decreto N° 677/01 impone como requisito para asistir a asambleas la presentación del certificado de bloqueo, cuando surge de las actuaciones que los obligacio-nistas ofrecieron a cambio, un documento emitido por los in-termediarios que certifica su tenencia y declara el compromi-so de bloqueo, lo que, asimismo, figuraba como documentación exigida en el edicto de convocatoria (v. fs. 3975 y resolu-ción fs. 3968/3970).

Por otra parte, y en cuanto a la abusividad del acuerdo, alega que en la sentencia se omite el examen de los términos de la propuesta y los argumentos -y pruebas- aportados por la Fiscalía y por las partes, que demuestran que la quita es muy superior al 80% invocado por la concursada, y utilizado como basamento de la decisión. La conversión a una paridad u\$s1= \$1, sin aplicación de índice de actualización alguno, con un interés del 1% a partir del décimo año de la homologación, implica -afirma la Fiscal General- una quita indirecta del 66% para los acreedores cuyos créditos se encuentran excluidos legalmente de la "pesificación" (conf. Dto. 410/02), a la que se le debe adicionar una quita directa del 40% (v. propuesta, fs.5198/5201). Los acreedores, deben, asimismo, sujetar el cobro de sus créditos a un plan de pagos que se materializará a través de la entrega de bonos nominativos convertibles en acciones -pagarés transferibles por cesión ordinaria- amortizables en 5 cuotas anuales a partir del 11º año de la homologación del acuerdo, en los siguientes porcentajes: 10%, 10%, 20%, 30% y 30%, respectivamente. La recurrente agrega que, la propuesta resulta de cumplimiento potestativo de la concursada, toda vez que para la conversión de los bonos en acciones se aplicará una relación de canje de \$10=u\$s10 y una prima de emisión que fijará la concursada.

En relación con la autorización judicial para la licuación del paquete accionario - en un 81%- de Sociedad Comercial del Plata S.A. en Compañía General de Combustibles S.A. -que constituía su principal activo-, la Fiscal General argumentó que fue otorgada sin haber sido solicitada por la concursada, vulnerando derechos persecutorios de los acreedores ante una eventual quiebra (arts. 119, 121 y 173 , Ley Nº 24.522). Asimismo, sostuvo que la Cámara si bien admite que el valor del paquete accionario era muy superior al pagado (según información de la concursada v. fs. 6435, 6674/6675 y 6713/6717), autoriza la operación vedada por los artículos 16 y 17 de la Ley Nº 24.522, sin siquiera tener a la vista el acta de aumento de capital correspondiente, y sin considerar que fue la propia Sociedad Comercial del Plata S.A., como controlante de la compañía petrolera, la que resolvió dicha variación de capital.

En el recurso de queja, la Fiscal de Cámara mani-fiesta que del acta de asamblea antes referida y de la propuesta del acuerdo de la controlada, surge que la adquisición de acciones por un tercero ("Explore Acquisition Corporation") por \$70.000.000.-

estaba condicionada a la homologación del acuerdo de la controlada (v. también nota 2) a los estados contables consolidados al 30/9/03, fs. 6434).

El pronunciamiento atacado, estima la recurrente, tampoco es una derivación razonada del derecho vigente aplicable al caso, en tanto prescinde del artículo 52, inciso 4° de la Ley N° 24.522, que prohíbe homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley, y del artículo 43 de ese cuerpo legal, que prohíbe formular propuestas con cláusulas desiguales para la misma categoría de acreedores, en tanto es parte de la propuesta para los acreedores quirografarios con créditos en pesos y en moneda extranjera -excluidos legalmente de la pesificación-, la conversión a pesos a la paridad u\$1=\$1 (v. fs. 5198 y vta.).

Por último, y en cuanto a lo manifestado por la Cámara en orden a que no fue invocado que un procedimiento de cramdown -o una hipotética quiebra- pudiera aportar una solución mejor, señala que el valor de realización de un paquete accionario de una compañía petrolera resulta superior a lo que cobren -con las quitas y en los plazos mencionados- los acreedores, y que en el proceso regulado por el artículo 48 -de la Ley N° 24.522-, en el que puede participar la concursada, deberá formularse una propuesta que consiga la conformidad de los acreedores.

- IV -

En tal situación, se me corre vista de las actuaciones (v. fs. 9124, principal y fs. 545, cuaderno de queja).

En primer lugar, cabe señalar que uno de los recursos extraordinarios fue interpuesto por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, magistrada a la que, en su calidad de parte en la alzada en cuanto a la homologación del concordato -conf. art. 276, Ley N° 24.522 y doctrina de Fallos 324:4421 -, le compete un adecuado control de legalidad en defensa de los intereses generales de la sociedad (v. arts. 120, C.N. y 1°, Ley N° 24.946).

En segundo lugar, es menester destacar que los fundamentos fácticos y jurídicos que contiene la referida apelación y su consecuente queja, han motivado una denuncia

promo-vida por la Fiscal General mencionada y el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas -Dr. Manuel Garrido-, agregada en copia (v. fs. 418/498 del cuaderno de queja). Consecuentemente, el marco del principio de unidad de acción en que debe desenvolverse este Ministerio Público Fiscal, impide vedar el acceso de la recurrente a una instancia judicial plena. Idéntico criterio se ha sostenido en innumerables causas que, en situaciones análogas, han llegado a conocimiento de este organismo (v. dictámenes en autos: "Pojo Levin Fabián c/ Urso, José Rubén y otro" -S.C. P. N° 1390; L. XXXVIII- del 9 de diciembre de 2003, "Compañía General de Negocios S.A.-I.F.E. S/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L." -S.C. C. N° 4633; L. XLI- del 17 de febrero de 2006 y "Baum-wohlspiner de Pilevski, Nélica s/ quiebra" -S.C. B. N° 2339; L. XLI- del 11 de abril de 2006, etc.).

En mérito de lo expuesto, sostengo los recursos deducidos a fojas 8785/8809 -del principal.- y 500/543 -expte. S.C. S. N° 467, L. XLII-, y solicito a V.E. que se tenga por evacuada la vista que se me corre a fojas 9124 -del principal.- y 545 -del cuaderno de queja-.

Buenos Aires, 12 de julio de 2006

ES COPIA

Marta A. Beiró de Gonçalvez

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

Estése a lo dictaminado, en el día de ella fecha, en el expediente S.C. S. N° 620; L. XLII, "Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo". En consecuencia y por las razones allí expuestas, sostengo los recursos deducidos a fojas fojas 8785/8809 -del principal.- y 500/543 -del presente cuaderno de queja-.

Buenos Aires, 12 de julio de 2006

Es copia

Marta A. Beiró de Gonçalves

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 20 de octubre de 2009

Vistos los autos: "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al con-firmar la de primera instancia, homologó el acuerdo preventivo presentado por Sociedad Comercial del Plata S.A. y autorizó la enajenación del 81% del paquete accionario de la concursada en Compañía General de Combustibles a favor de un tercero, interpusieron sendos recursos extraordinarios el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial. Ambos recursos fueron concedidos con el alcance que surge de fs. 9105/9111 , y la Fiscal General acudió en queja ante el Tribunal por estimar poco claro el auto de concesión.

La Procuradora Fiscal sostuvo los dos recursos interpuestos por la Fiscal General y señaló que los fundamentos de esa apelación dieron lugar a una denuncia penal promovida por la mencionada magistrada y por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

2º) Que la Fiscal General ante la Cámara Comercial alega la existencia de cuestión federal en razón de la inadecuada interpretación y aplicación de normas federales (decreto 677/01 y ley 17.811, el art. 42 de la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor , en lo referente al consumidor financiero), así como la arbitrariedad del fallo, que -según expresa- se traduce en la violación de las garantías constitucionales de propiedad, igualdad, debido proceso, derechos de los extranjeros (art. 20) y en la transgresión de los tratados internacionales de protección de inversiones

extranjeras. Sostiene que el pronunciamiento omite considerar y resolver cuestiones conducentes, prescinde de pruebas decisivas y del derecho aplicable al caso y no resulta derivación razonada de la ley vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, a la vez que se funda en aseveraciones dogmáticas que sólo confieren al fallo un fundamento aparente.

3º) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires invoca igualmente la arbitrariedad del fallo, al que atribuye manifiesto apartamiento de la solución legal del caso, al violar lo dispuesto por concretas normas concursales y civiles. Sostiene también que la cámara formula una incorrecta exégesis de las normas, se basa en pautas de excesiva latitud y omite el tratamiento de cuestiones conducentes, y expresa que lo resuelto se traduce en la afectación confiscatoria de su derecho de propiedad, a la vez que soslaya la realidad económica resultante del pronunciamiento.

4º) Que en la sentencia recurrida (fs. 7945/7980) la cámara comercial resolvió que estaba sujeta a autorización judicial, en los términos del artículo 16 de la ley 24.522, la decisión de la concursada de autorizar un aumento de capital en Compañía General de Combustibles S.A. y no ejercer el derecho de suscripción preferente respecto de dicho aumento, por lo cual su tenencia accionaria quedó reducida del 99,9% al 19%. Sostuvo que esa operación, que había sido realizada sin contar previamente con dicha autorización, afecta el activo de la empresa y compromete su patrimonio, que es la prenda común de los acreedores. Examinó después la conveniencia del negocio y expresó que el precio pactado, de \$70.000.000, resultaba beneficioso para Compañía General de Combustibles S.A. -empresa que también se halla en concurso preventivo- ya que al ingresar esa suma, aportada por el tercero que suscribió el aumento de capital al que había renunciado Sociedad Comercial del Plata, obtenía financiamiento externo y directo para el pago íntegro de la propuesta concordataria. A continuación, analizó si era beneficioso para Sociedad Comercial del Plata mantener solamente el 19% de la tenencia accionaria de Compañía General de Combustibles, en lugar del 99,9% que tenía con anterioridad. Indicó que se había intentado obtener el "valor de mercado" de las acciones mediante el pedido de informes a la Bolsa de Comercio y a dos estimadores designados de oficio por el juzgado de primera instancia, pero señaló que la determinación de ese valor "podría extenderse tanto en el tiempo como en la profundidad y especialización de los cuantificadores", lo

que excedía el marco del proceso concursal, que no podía dilatarse indefinidamente en el tiempo. Sobre tales bases, expresó el a quo que la cuestión sería abordada "de acuerdo con las constancias de autos y la ponderación de las cuestiones técnicas en función de la sana crítica" y, tras la mención de diversos métodos para la valuación de empresas, refirió -con cita doctrinaria- que una empresa vale lo que vale su patrimonio neto (activo menos pasivo exigible), pero que el valor de este patrimonio depende de la rentabilidad que se espera obtener de él en el contexto de los negocios que prevea realizar la empresa. Después de otras indicaciones de carácter técnico, manifestó que una empresa petrolera insolvente no es igual a otra que se encuentra concursada, y que ello incide en el precio de las acciones y de la empresa en su conjunto. Tuvo en cuenta la descalificación que sufrió Compañía General de Combustibles por su endeudamiento y un proceso de desinversión que la llevó a despojarse de parte de sus activos, así como la previsión de una contingencia relativa a un crédito de elevado monto, sujeto a arbitraje en los Estados Unidos, que habría frustrado una venta anterior de la empresa. En tal contexto, admitió la utilidad de ese aporte de capital en el marco de la homologación del concordato ofrecido por Compañía General de Combustibles, para valorizar la empresa en función de un ulterior desempeño con su situación financiera regularizada. Sin perjuicio de ello, señaló que podría parecer "una óptica distorsionada confrontar la suscripción de acciones por \$ 70 millones equivalente al 81% del capital de CGC SA y su control, ante un patrimonio neto proyectado post homologación en \$ 970 millones.", pero que a pesar de esos reparos aquella suma podía ser razonable en función del "cúmulo de contingencias asumidas por el nuevo socio de una firma altamente endeudada y en concurso preventivo, considerando los activos y rentabilidad futura con su participación e inyección de capital" (fs. 7959/7960).

Concluyó que, más allá de considerar la conveniencia o no del negocio en sí, cuestión sujeta a una dinámica comercial, resultaba apropiado conferir la mentada autorización, en función de los factores ponderados y de que un escenario de desarrollo y valorización de las acciones no parecería posible sin la capitalización en cuestión, dado que no aparecía probable que Compañía General de Combustibles consiguiese mayor financiación externa frente a su estructura de pasivos, ni que ésta fuese aportada por Sociedad Comercial del Plata para ejercer su derecho de suscripción preferente. Finalmente, juzgó que no constituía un dato dirimente la participación de un ex director de la concursada en la administración de uno de los fondos controlantes de la nueva accionista.

5º) Que, por otra parte, la cámara de apelaciones confirmó la decisión de primera instancia que había homologado la propuesta concordataria ofrecida por Sociedad Comercial del Plata S.A. Rechazó, en primer término, las objeciones efectuadas contra la asamblea de obligacionistas que votaron el acuerdo, tanto en lo referente a su constitución, como al mecanismo mediante el cual fue celebrada. Expresó en lo relativo a la presentación del certificado de bloqueo de las obligaciones negociables como condición para participar del acto asambleario, que sólo cabía destacar ".que tal requisito, cumplido por caso por un gran número de obligacionistas y de personas físicas sin mayores inconvenientes, se encuentra previsto por el decreto 677/01:31 con la intención de establecer en forma concreta la titularidad del documento a efectos de no obtener una espuria distorsión de la voluntad asamblearia" (fs. 7964), frente a lo cual juzgó que el cuestionamiento debía ser desestimado.

Al examinar los agravios que calificaban la propuesta concordataria como abusiva y fraudulenta, y sin desconocer que el acuerdo contenía cláusulas iguales para acreedores que se encontraban en diferentes condiciones, ponderó el alto grado de adhesiones expresado por los acreedores en moneda extranjera.

Señaló que la agrupación de acreedores en pesos con acreedores en moneda extranjera en una sola categoría de modo que la votación imponga a estos últimos una quita adicional, no consentida, "representa, a priori, una situación abusiva que afecta elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo (cciv. 953 y 1071)". Añadió que, por ese motivo, había solicitado a los síndicos información complementaria en relación con la integración cuantitativa y cualitativa de las mayorías del acuerdo. Sobre la base de tales datos, concluyó que el 75%, computado por capital, de los acreedores en moneda extranjera, había prestado su conformidad al acuerdo, lo que estimó "suficiente para concluir que no ha mediado una discriminación arbitraria por parte de la concursada, ni ha existido un ejercicio abusivo del derecho de aceptar una propuesta por parte de una mayoría de acreedores con créditos en pesos, por sobre los derechos de propiedad de los acreedores quirografarios concurrentes con acreencias en dólares estadounidenses" (fs.7973). Con relación a la magnitud de la quita ofrecida en la propuesta, estimó evidente "la relatividad que surge de la ponderación de una propuesta disociada, de la complejidad que contiene este concurso, en función de la firma deudora

y de su vinculación con el conjunto que conforma con Compañía General de Combustibles S.A. y Tren de la Costa S.A." (fs. 7974). Destacó que el art. 52 inc. 4 de la ley de concursos establece la exclusión de una propuesta abusiva, cuyo análisis no debe limitarse sólo a la quita, si esto no ha sido lo único planteado como solución a la cesación de pagos. Puntualizó que resulta perturbador el dato objetivo de una propuesta de acuerdo que contiene una quita del 80%, tal como fue reconocido por la concursada en varias presentaciones, si es tomado aisladamente, pero que "la combinación de factores es mucho más compleja que cotejar si una quita del 80% es más que una del 40% o del 60%" (fs. 7975). Tuvo en cuenta la calidad de sociedad "holding" de la concursada, con participaciones en dos sociedades también concursadas y expresó que "debe considerarse que no es sólo una quita importante del 80%, sino que representa, en gran medida, una abrupta reorganización de la sociedad, con una capitalización de \$ 400.000.000, la incorporación de nuevos socios y una recomposición elíptica de su relación con las sociedades vinculadas y la entrega de bonos o valores convertibles en acciones, con un 'precio' fluctuante y actualmente imponderable en forma concreta" (fs.7975). Aludió a la dinámica económica, financiera y concursal en la cual dicha propuesta se encuentra inmersa, destacó su aceptación por una "importante mayoría de capital y por una suficiente mayoría de personas", a la vez que señaló que no se había invocado que un procedimiento de *cramdown* pudiera aportar una solución mejor y que una hipotética quiebra podría contar con un valor de realización aun menor al de una propuesta compleja como la examinada. Agregó que no surgía de las actuaciones que la concursada pudiese presentar una propuesta más beneficiosa para los acreedores que la formulada y que, por el contrario "surge como dato palmario acerca de su flujo de fondos que ha declinado su participación de control en CGC S.A. -Compañía General de Combustibles- para capitalizarla con la integración de un nuevo socio" (fs. 7976).

6°) Que la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial cuestiona el pronunciamiento recurrido por haber omitido el debido tratamiento del planteo introducido en el punto 5.5 de su dictamen, en cuanto argumenta que las decisiones recaídas -las que puntualiza- desnaturalizaron la conformación de la asamblea de bonistas. Asimismo se agravia contra la autorización concedida *ex post facto* por la cámara a la concursada, con respecto a la decisión de aumentar el capital de Compañía General de Combustibles y no suscribir ese aumento, operación que considera una verdadera licuación del paquete accionario de Sociedad Comercial del Plata. Impu-ta al

a quo haber incurrido en contradicción porque, a pesar de que tenía presente que el valor de esa tenencia accionaria era muy superior al pagado, autorizó, sin pruebas, la transferencia. También atribuye falta de coherencia al tribunal porque reconoció que no había en la causa suficientes elementos de juicio para resolver, no obstante lo cual igualmente decidió la cuestión, en perjuicio de los acreedores. Recuerda que en su dictamen de fs.7689/7701 sostuvo que, dado que la operación ya había sido efectuada, el otorgamiento de autorización para celebrarla configuraba una cuestión abstracta y que sólo cobraría virtualidad en caso de decretarse la quiebra, ocasión en que podrían resultar aplicables los arts. 119 y 173 de la ley de concursos, que habilitan las acciones persecutorias y de responsabilidad. Agrega que lo resuelto por la cámara tiene un efecto decisivo para sanear un acto fraudulento, ya que el art. 121 de la ley de concursos establece que el art. 119 de la misma ley, que regula la acción de revocatoria concursal, no es aplicable respecto de los actos de disposición otorgados en el concurso con autorización judicial.

Expresa la Fiscal que la operación cuestionada no es en realidad una venta de acciones, sino una voluntaria reducción de la participación accionaria de la concursada, que produce la licuación de su activo, cuya integridad debía ser preservada como garantía común de los acreedores. Celebrado ya ese acto, reitera que no cabía sino, en caso de quiebra, intentar las acciones pertinentes en defensa de los acreedores, pero puntualiza que en ese contexto legal lo que no correspondía hacer era declarar la eficacia de la operación, por lo que solicita la descalificación de lo resuelto en tal sentido por la cámara. Al respecto, pone de relieve lo que considera una nueva falta de congruencia en que habría incurrido el tribunal a quo, al conferir una autorización que nunca había sido requerida por la concursada.

7º) Que la Fiscal General se agravia también contra la decisión de homologar una propuesta que califica como abusiva y fraudulenta. Imputa a la cámara omisión de tratamiento de numerosas cuestiones planteadas en su dictamen respecto de la asamblea de obligacionistas, entre las que destaca la falta de consideración de las irregularidades relativas a la asistencia de los bonistas y su registro, que quedó en manos de la concursada, sin control del juzgado. Manifiesta que tampoco recibió tratamiento la alegación de que el edicto de convocatoria no contenía ninguna especificación acerca del otorgante del certificado de bloqueo para asistir a la asamblea, lo que fue

modificado por una decisión posterior de la jueza de primera instancia -no publicada- en la que se exigió que fuera otorgado por la entidad depositaria, con lo que se convirtió en un requisito de imposible concreción. Expresa que ello afecta sustancialmente el cómputo de mayorías y puntualiza diversos errores que no fueron tratados por el a quo. Afirma que la propuesta homologada por el a quo es claramente abusiva y violatoria del art. 43 de la ley de concursos, en tanto los acreedores en moneda nacional votaron una quita que ellos no sufrirán y que sólo perjudicará a los acreedores en moneda extranjera. Señala la omisión en considerar la merma real que sufrieron los créditos, por la que -según afirma- la acreencia del Banco de la Provincia de Buenos Aires quedó reducida al 0,66% de su valor, a semejanza del crédito perteneciente al Banco de la Nación Argentina. Estima que, como consecuencia de ello, existe una pérdida de 160 millones de dólares para el sector público. Sostiene también que se han computado mayorías ficticias y que las consideraciones formuladas por la cámara para homologar la propuesta no se corresponden con las constancias de la causa, siendo tales fundamentos artificiosos y carentes de contenido, pues no indican nada acerca del valor real de la propuesta.

8º) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires solicita la descalificación de lo resuelto por aplicación de la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad y expresa que la cámara ha incurrido en apartamiento manifiesto de la solución legal del caso, por no haber aplicado el art. 52 inc. 4 de la ley de concursos, que veda la homologación de la propuesta abusiva o fraudulenta. Señala que el a quo ha transgredido los principios concursales, en tanto sólo tuvo en cuenta la protección de la empresa, evitando su quiebra, a la vez que desatendió los derechos de los acreedores. También puntualiza que la cámara ignoró el art. 43 de la ley de concursos, que prohíbe que el acuerdo contemple cláusulas distintas para acreedores de la misma categoría -lo que, en el caso, se efectivizó en perjuicio de los acreedores en moneda extranjera- y advierte que la quita que sufrió su crédito oscila entre el 99,34% y el 85,2%, según se entienda que se le aplica o no la pesificación legal. Manifiesta que el trato discriminatorio respecto de los créditos en moneda extranjera se traduce en la proporción de 3 a 1 si se entiende expresada la deuda en dólares y, si se la pesifica, se la priva de la aplicación del CER. Imputa asimismo a la cámara haber efectuado una exégesis incorrecta de las normas y aplicado pautas de excesiva latitud, al valorar la propuesta prescindiendo de las pautas objetivas de la magnitud de la quita y de la

espera, apoyándose en meras consideraciones generales, como la "condición de la persona", o la "abrupta reorganización de la sociedad", y empleando frases carentes de contenido concreto. Estima errado el razonamiento que pondera la eventual capitalización de deudas mediante su conversión en acciones como un beneficio, pues entiende que no se trata de un aporte de "fondos frescos" sino un aumento de capital eventual, que deja al acreedor igualmente insatisfecho. Cuestiona que la cámara asigne a la acreedora la carga de demostrar si hubiese estado en mejor situación en caso de quiebra -lo que califica de absurdo- y puntualiza que tales argumentos sólo apuntan a licuar el pasivo de la concursada y liberarla de sus deudas. También atribuye al a quo omisión en el tratamiento de cuestiones conducentes, señalando que tomó por válida la afirmación de que la quita era del 80%, sólo porque lo alegaba la concursada, sin examinar lo acontecido respecto del crédito de la apelante. Se agravia asimismo de la falta de tratamiento de su planteo referente a que no está alcanzado por la pesificación y expresa que el fallo tiene efectos confiscatorios respecto de su propiedad, a la vez que prescinde de la realidad económica en que se proyecta tal decisión.

9º) Que esta Corte se ha pronunciado reiteradamente en favor de la aplicación de un criterio amplio, fundado en la garantía de la defensa en juicio, cuando la ambigüedad de los términos de la concesión del recurso extraordinario suscita dudas acerca de su alcance, aun cuando no se hubiese interpuesto queja sobre el punto (Fallos:321:3620 ; 322:3030 ; 325:1454 ; 327:4227; 328:1390 , entre muchos otros). Tal doctrina resulta de aplicación al sub lite, en atención a que la cámara concedió ambos recursos sin limitar su alcance, por lo que es procedente acceder al tratamiento de las dos apelaciones deducidas.

Por otra parte, es doctrina de este Tribunal que, al alegarse en el recurso extraordinario tanto arbitrariedad como cuestión federal, corresponde examinar inicialmente la primera, dado que de existir esa tacha, en rigor no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 324:3394, 3774; 325:279 ; 327:2163, entre otros).

10) Que el examen de admisibilidad de los recursos presentados por la Fiscal General y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, fundados en la arbitrariedad de la sentencia homologatoria de un acuerdo en materia concursal debe ser extremadamente restrictivo por las siguientes razones.

En primer lugar, porque ha dicho esta Corte que las cuestiones que se suscitan en torno a los hechos, prueba, e interpretación de derecho común y procesal constituyen, por vía de principio, facultades de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 264:301; 312:292; 315:1574, entre muchos otros). En este sentido, cabe considerar que numerosas cuestiones planteadas en la vía recursiva son de derecho común, muchas de ellas opinables y otras fuera del alcance de comprobación por parte de esta Corte.

En segundo lugar, porque la noción de arbitrariedad requiere la identificación de un defecto grave de fundamentación o de razonamiento que torne ilusorio el derecho de defensa o conduzca a la frustración del derecho federal invocado (Fallos: 310:234). Pero no incumbe a la Corte Suprema juzgar el error o acierto de la sentencia que decide cuestiones de derecho común (Fallos: 286:85), y su objeto no es corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados (Fallos:310:676).

En tercer lugar, y como consecuencia de lo dicho, sólo cabe considerar configurado un supuesto de arbitrariedad en estos casos cuando se encuentre afectada la garantía de la defensa en juicio y debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 315:1574 y sus citas; 316:1141; 324:2542 y sus citas, entre muchos otros), o cuando se compruebe una afectación sustancial del crédito como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho contrariando los fines que la ley tuvo en miras al establecer este instituto.

Que los recursos deducidos en el presente caso se refieren a cuestiones de hecho, prueba o bien a diferencias de opinión, por lo que en estos aspectos son inadmisibles conforme se dijo en primer y segundo lugar. Pero existen dos aspectos vinculados al tercer punto, es decir, al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad, que deben ser considerados por esta Corte.

11) Que la tutela del debido proceso, en este caso, significa que los jueces deben dedicar especial cuidado a garantizar los procedimientos destinados a obtener la expresión del consentimiento positivo o negativo, pero con información transparente,

comprensible y sin obstáculos para ex-presarla, de una mayoría sustancialmente representativa de la voluntad de los acreedores.

Que, en tal sentido, resulta apropiado abordar el análisis del agravio expuesto en primer término por la Fiscal General -conformación de la asamblea de bonistas-, en razón de que dicha cuestión incide sustantivamente en el desarrollo ulterior del proceso y lo condiciona en su devenir. Al respecto, cabe precisar que el a quo se limitó a señalar que la necesidad de presentar un certificado de bloqueo emitido por las entidades depositarias, como condición para participar en la asamblea, respondía al cumplimiento de un requisito pre-visto en el decreto 677/01 y a la intención de establecer en forma concreta la titularidad del documento a efectos de no obtener una espuria distorsión de la voluntad asamblearia, y que, en el caso, fue cumplido por un gran número de obligacionistas y de personas físicas sin mayores inconvenientes (fs. 7964).

Este fundamento corresponde confrontarlo con el argumento expuesto por la Fiscal General atinente a la imposibilidad de que el certificado de bloqueo fuera otorgado por la entidad depositaria, tal como lo ordenó la jueza de primera instancia en la resolución posterior a la que fue publicada por edictos (providencias de fs. 3902/3909 y 5608), como así con el señalamiento de que mediante la decisión de fs. 5593/5596 la jueza permitió el ingreso de bonistas que no contaban con el certificado requerido, ya que éste había sido emitido a favor de la entidad intermediaria y no del bonista, cuya tenencia sólo era identificada mediante otro certificado emitido por aquélla, al tiempo que denegó el registro de otros bonistas que no contaban con el recaudo exigido, sino que sólo habían obtenido el certificado de bloqueo emitido por la entidad intermediaria.

12) Que, más allá del recaudo normativo referido en el fallo, el cuestionamiento concierne al modo de implementación en el contexto de este proceso universal. Por lo cual, la respuesta dada por la alzada, con la escueta mención del cumplimiento por un gran número de obligacionistas y de personas físicas, resulta dogmática.

Sin embargo, debe considerarse que este Tribunal ha señalado reiteradamente que la sentencia constituye un todo indivisible demostrativo de una unidad lógico-jurídica, en que la parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación (Fallos:

315:2291; 321: 1642 , entre muchos otros). Del mismo modo, no cabe sino entender que ese criterio no autoriza antagonismos entre las afirmaciones vertidas en los considerandos que la integran.

Desde este enfoque, cabe advertir que si bien el a quo refirió el cumplimiento por un gran número de bonistas, a continuación, no explicitó el sustento de tal valoración, con lo cual adolece del fundamento indispensable. Dicha aseveración no puede desvincularse del análisis que efectuó al tratar los agravios relativos a la abusividad de la propuesta (fs. 7972/7973), en razón de que este último -aun cuando referido a una cuestión distinta- concierne a la entidad del capital representado en la asamblea por los bonistas que adhirieron a la propuesta frente al total verificado por quienes revestían igual condición. Es decir, esa ponderación de la cámara es la que informaría el presupuesto de aquella afirmación inicial.

Ahora bien, este fundamento se asienta en parámetros cuestionables. En efecto, la alzada señaló que "fueron verificados créditos de obligacionistas en un total de U\$S 30.897.937,80 (fs. 7833)" cuando en realidad la suma total asciende a U\$S 258.638.960,72 (conf. sentencia verificatoria de fs. 2642/2726, decisiones complementarias e informes de las sindicaturas de fs.7806 y 7906 vta.). Por ende, la cámara supuso que casi el 90% del total del capital verificado por los bonistas había adherido a la propuesta cuando, tomando las cifras de los indicadores mencionados y de acuerdo con el razonamiento del propio tribunal, sólo lo había hecho menos del 11%.

13) Que los planteos efectuados por la Fiscal General al respecto, resultan relevantes en tanto el proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores, requiere indispensablemente de una absoluta transparencia en los actos que lo conforman y, particularmente, en todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores, de manera que no puede convertirse en una carrera de obstáculos para quienes deben concurrir a fin de ejercer sus derechos, en la que se introducen imprevistamente exigencias que no han sido exteriorizadas con la publicidad propia a la naturaleza del andamio, y restringen

los medios tendientes a consumir, acabadamente, las facultades inherentes a la decisión de aceptar o no la propuesta.

Que, en ese orden, todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la Constitución Nacional). Estos institutos resultan afectados cuando se implementan arbitrios que persiguen un orden meramente ritual y desvirtúan la posibilidad del ejercicio del derecho a conformar o no el acuerdo, pues en la realidad implica una lesión a la defensa en juicio y al debido proceso (art.18 de la Constitución Nacional) que arrojaría serias dudas sobre el resultado aparentemente obtenido, situación que no se compece con aquello que, en forma prístina, el ordenamiento concursal exige.

Que, sobre tales bases, corresponde establecer que la cámara omitió el examen del planteo oportunamente propuesto, al no analizar los extremos conducentes para abordar los agravios de la Fiscal General relativos a la convocatoria de la asamblea de bonistas, cuestión cuya relevancia queda evidenciada por los efectos que propaga, en el caso, respecto de la aceptación del acuerdo y, por ende, descalificar el fallo por aplicación de la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

Que las deficiencias referidas impiden conocer circunstanciadamente un elemento de insustituible valor, en el contexto de cuestiones mayoritariamente reguladas por el derecho común y doctrinariamente opinables, para configurar materia susceptible de comprensión en los términos señalados en el considerando 12 del presente, circunstancias que obstan al análisis de los restantes agravios expresados por la Fiscal General.

14) Que conforme lo dicho y sin que sea necesario decidir sobre cuestiones de hecho controvertidas, existe una duda razonable sobre la transparencia de la información y sobre los obstáculos que encontraron los acreedores para expresar su voluntad. La duda sobre el cumplimiento de los recaudos del debido proceso no debe

resolverse en contra de los titulares de ese derecho fundamental y mucho menos cuando ello trae como consecuencia una afectación sustancial del derecho de crédito.

Estas diferencias planteadas y las dudas que ello genera deberían haber sido suficientes como para que el Tribunal reconsiderara los medios para lograr una clara, transparente e incuestionable expresión de la voluntad de los acreedores, y no lo hizo, con afectación del derecho al debido proceso.

15) Que el segundo elemento que tipifica la arbitrariedad en el caso es la afectación sustancial del crédito derivado de un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado, contrariando la finalidad económico-social de dicho instituto. Este aspecto fue expresamente planteado por el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

En el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social de aquél, que está dada no sólo por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactoria del derecho de los acreedores.

Que, al margen de la diversidad de circunstancias con el precedente de Fallos:330:834, no cabe duda alguna que el principio derivado del abuso del derecho es aplicable, también, al caso de autos.

Dicho principio jurídico es una cláusula general que no contiene una determinación precisa, pero obliga al juez a realizar un juicio de ponderación para lograr su mayor satisfacción en la medida compatible con otros principios competitivos, máxime cuando la mediación de la conformidad de los acreedores resulta una condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, en un contexto donde existían razones poderosas como para dudar de una adecuada representación conforme se puso de manifiesto en los considerandos anteriores.

Por lo tanto, el a quo debió ejercer un control sustancial de la propuesta y denegar su aprobación si la consideraba abusiva o en fraude a la ley.

16) Que, al realizar el referido juicio no puede prescindirse de las situaciones jurídicas abusivas creadas por el entrelazamiento de un cúmulo de derechos guiados por una estrategia contraria a la buena fe, las buenas costumbres o los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos. En las costumbres negociales que se utilizan actualmente, puede ocurrir que no se observe un uso disfuncional en cada uno de los derechos, pero ello aparece con claridad cuando se valora el contexto situacional que es creado por el autor para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de la facultad de su contraparte.

La situación es, desde el punto de vista fáctico, un contexto que impide o limita la capacidad de elección, que es lo que ha ocurrido claramente en el caso conforme con lo señalado en los considerandos 11 a 14. Una situación jurídica abusiva crea un entrelazamiento de derechos que producen falta de transparencia informativa, obstáculos para la expresión de la voluntad, y permiten consolidar una propuesta que no sería aprobada si tales restricciones no hubieran existido. De esta manera, y sin que sea necesario examinar elementos de hecho, está claro que en el procedimiento seguido para la aprobación de la propuesta han operado una serie de factores que confluyeron en la limitación de las facultades de los acreedores y que, como resultado de ello, la propuesta que debieron aceptar -tomando en cuenta sus términos y modalidades- afecta de un modo sustancial el derecho de crédito y, en esas condiciones, delimita el agravio que hace a la procedencia del recurso extraordinario deducido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, con el alcance indicado, se declaran procedentes los recursos extraordinarios deducidos por la Fiscal General y el Banco de la Provincia de Buenos Aires y se deja sin efecto el fallo recurrido, con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. En atención a lo decidido en la presente, resulta inoficioso el tratamiento del recurso de hecho S.467.XLII, lo que así se declara. Notifíquese y remítanse los autos principales, pre-via agregación de copias certificadas del pronunciamiento a la queja, cuyo archivo se dispone. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE

SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- JUAN CARLOS MA-QUEDA (en disidencia)- E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

ES COPIA

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala "D" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al con-firmar la de primera instancia, homologó el acuerdo preventi-vo presentado por Sociedad Comercial del Plata S.A. y autori-zó la enajenación del 81% del paquete accionario de la con-cursad a en Compañía General de Combustibles a favor de un tercero, interpusieron sendos recursos extraordinarios el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial. Ambos recursos fue-ron concedidos con el alcance que surge de fs. 9105/9111 , y la Fiscal General acudió en queja ante el Tribunal por esti-mar poco claro el auto de concesión.

La Procuradora Fiscal sostuvo los dos recursos in-terpuestos por la Fiscal General y señaló que los fundamentos de esa apelación dieron lugar a una denuncia penal promovida por la mencionada magistrada y por el Fiscal Nacional de In-vestigaciones Administrativas.

2º) Que la Fiscal General ante la Cámara Comercial alega la existencia de cuestión federal en razón de la inade-cuada interpretación y aplicación de normas federales (decre-to 677/01 y ley 17.811, el art. 42 de la Constitución Nacio-nal y la Ley de Defensa del Consumidor, en lo referente al consumidor financiero), así como la arbitrariedad del fallo, que -según expresa- se traduce en la violación de las garan-tías constitucionales de propiedad, igualdad, debido proceso, derechos de los extranjeros (art. 20) y en la transgresión de los tratados internacionales de protección de inversiones extranjeras. Sostiene que el pronunciamiento omite considerar y resolver cuestiones conducentes, prescinde de pruebas deci-sivas y del derecho aplicable al caso y no

resulta derivación razonada de la ley vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, a la vez que se funda en aseveraciones dogmáticas que sólo confieren al fallo un fundamento aparente.

3º) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires invoca igualmente la arbitrariedad del fallo, al que atribuye manifiesto apartamiento de la solución legal del caso, al violar lo dispuesto por concretas normas concursales y civiles. Sostiene también que la cámara formula una incorrecta exégesis de las normas, se basa en pautas de excesiva latitud y omite el tratamiento de cuestiones conducentes, y expresa que lo resuelto se traduce en la afectación confiscatoria de su derecho de propiedad, a la vez que soslaya la realidad económica resultante del pronunciamiento.

4º) Que en la sentencia recurrida (fs.7945/7980) la cámara comercial resolvió que estaba sujeta a autorización judicial, en los términos del art. 16 de la ley 24.522, la decisión de la concursada de autorizar un aumento de capital en Compañía General de Combustibles S.A. y no ejercer el derecho de suscripción preferente respecto de dicho aumento, por lo cual su tenencia accionaria quedó reducida del 99,9% al 19%. Sostuvo que esa operación, que había sido realizada sin contar previamente con dicha autorización, afecta el activo de la empresa y compromete su patrimonio, que es la prenda común de los acreedores. Examinó después la conveniencia del negocio y expresó que el precio pactado, de \$ 70.000.000, resultaba beneficioso para Compañía General de Combustibles S.A. -empresa que también se halla en concurso preventivo- ya que al ingresar esa suma, aportada por el ter-cero que suscribió el aumento de capital al que había renunciado Sociedad Comercial del Plata, obtenía financiamiento externo y directo para el pago íntegro de la propuesta concordataria. A continuación, analizó si era beneficioso para Sociedad Comercial del Plata mantener solamente el 19% de la tenencia accionaria de Compañía General de Combustibles, en lugar del 99,9% que tenía con anterioridad. Indicó que se había intentado obtener el "valor de mercado" de las acciones mediante el pedido de informes a la Bolsa de Comercio y a dos estimadores designados de oficio por el juzgado de primera instancia, pero señaló que la determinación de ese valor "podría extenderse tanto en el tiempo como en la profundidad y especialización de los cuantificadores", lo que excedía el marco del proceso concursal, que no podía dilatarse indefinidamente en el tiempo. Sobre tales bases, expresó el a quo que la cuestión sería abordada "de acuerdo con las constancias

de autos y la ponderación de las cuestiones técnicas en función de la sana crítica" y, tras la mención de diversos métodos para la valuación de empresas, refirió -con cita doctrinaria- que una empresa vale lo que vale su patrimonio neto (activo menos pasivo exigible), pero que el valor de este patrimonio depende de la rentabilidad que se espera obtener de él en el contexto de los negocios que prevea realizar la empresa. Después de otras indicaciones de carácter técnico, manifestó que una empresa petrolera solvente no es igual a otra que se encuentra concursada, y que ello incide en el precio de las acciones y de la empresa en su conjunto. Tuvo en cuenta la descalificación que sufrió Compañía General de Combustibles por su endeudamiento y un proceso de desinversión que la llevó a despojarse de parte de sus activos, así como la previsión de una contingencia relativa a un crédito de elevado monto, sujeto a arbitraje en los Estados Unidos, que habría frustrado una venta anterior de la empresa. En tal contexto, admitió la utilidad de ese aporte de capital en el marco de la homologación del concordato ofrecido por Compañía General de Combustibles, para valorizar la empresa en función de un ulterior desempeño con su situación financiera regularizada. Sin perjuicio de ello, señaló que podría parecer "una óptica distorsionada confrontar la suscripción de acciones por \$ 70 millones equivalente al 81% del capital de CGC S.A. y su control, ante un patrimonio neto proyectado post homologación en \$ 970 millones.", pero que a pesar de esos reparos aquella suma podía ser razonable en función del "cúmulo de contingencias asumidas por el nuevo socio de una firma altamente endeudada y en concurso preventivo, considerando los activos y rentabilidad futura con su participación e inyección de capital" (fs.7959/7960). Concluyó que, más allá de considerar la conveniencia o no del negocio en sí, cuestión sujeta a una dinámica comercial, resultaba apropiado conferir la mentada autorización, en función de los factores ponderados y de que un escenario de desarrollo y valorización de las acciones no parecería posible sin la capitalización en cuestión, dado que no aparecía probable que Compañía General de Combustibles consiguiese mayor financiación externa frente a su estructura de pasivos, ni que ésta fuese aportada por Sociedad Comercial del Plata para ejercer su derecho de suscripción preferente. Finalmente, juzgó que no constituía un dato dirimente la participación de un ex director de la concursada en la administración de uno de los fondos controlantes de la nueva accionista.

5º) Que, por otra parte, la cámara de apelaciones confirmó la decisión de primera instancia que había homologado la propuesta concordataria ofrecida por Sociedad

Comercial del Plata S.A. Rechazó, en primer término, las objeciones efectuadas contra la asamblea de obligacionistas que votaron el acuerdo, tanto en lo referente a su constitución, como al mecanismo mediante el cual fue celebrada. Expresó en lo relativo a la presentación del certificado de bloqueo de las obligaciones negociables como condición para participar del acto asambleario, que sólo cabía destacar ".que tal requisito, cumplido por caso por un gran número de obligacionistas y de personas físicas sin mayores inconvenientes, se encuentra previsto por el decreto 677/01:31 con la intención de establecer en forma concreta la titularidad del documento a efectos de no obtener una espuria distorsión de la voluntad asamblearia" (fs. 7964), frente a lo cual juzgó que el cuestionamiento debía ser desestimado. Al examinar los agravios que calificaban la propuesta concordataria como abusiva y fraudulenta, y sin desconocer que el acuerdo contenía cláusulas iguales para acreedores que se encontraban en diferentes condiciones, ponderó el alto grado de adhesiones expresado por los acreedores en moneda extranjera.

Señaló que la agrupación de acreedores en pesos con acreedores en moneda extranjera en una sola categoría de modo que la votación imponga a estos últimos una quita adicional, no consentida, "representa, a priori, una situación abusiva que afecta elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo (cciv. 953 y 1071)". Añadió que, por ese motivo, había solicitado a los síndicos información complementaria en relación con la integración cuantitativa y cualitativa de las mayorías del acuerdo. Sobre la base de tales datos, concluyó que el 75%, computado por capital, de los acreedores en moneda extranjera, había prestado su conformidad al acuerdo, lo que estimó "suficiente para concluir que no ha mediado una discriminación arbitraria por parte de la concursada, ni ha existido un ejercicio abusivo del derecho de aceptar una propuesta por parte de una mayoría de acreedores con créditos en pesos, por sobre los derechos de propiedad de los acreedores quirografarios concurrentes con acreencias en dólares estadounidenses" (fs. 7973). Con relación a la magnitud de la quita ofrecida en la propuesta, estimó evidente "la relatividad que surge de la ponderación de una propuesta disociada, de la complejidad que contiene este concurso, en función de la firma deudora y de su vinculación con el conjunto que conforma con Compañía General de Combustibles S.A. y Tren de la Costa S.A." (fs. 7974). Destacó que el art. 52 inc. 4 de la ley de concursos establece la exclusión de una propuesta abusiva, cuyo análisis no debe limitarse sólo a la quita, si esto no ha sido lo único planteado como solución a la

cesación de pagos. Puntualizó que resulta perturbador el dato objetivo de una propuesta de acuerdo que contiene una quita del 80%, tal como fue reconocido por la concursada en varias presentaciones, si es tomado aisladamente, pero que "la combinación de factores es mucho más compleja que cotejar si una quita del 80% es más que una del 40% o del 60%" (fs. 7975). Tuvo en cuenta la calidad de sociedad "holding" de la concursada, con participaciones en dos sociedades también concursadas y expresó que "debe considerarse que no es sólo una quita importante del 80%, sino que representa, en gran medida, una abrupta reorganización de la sociedad, con una capitalización de \$ 400.000.000, la incorporación de nuevos socios y una recomposición elíptica de su relación con las sociedades vinculadas y la entrega de bonos o valores convertibles en acciones, con un 'precio' fluctuante y actualmente imponderable en forma concreta" (fs. 7975). Aludió a la dinámica económica, financiera y concursal en la cual dicha propuesta se encuentra inmersa, destacó su aceptación por una "importante mayoría de capital y por una suficiente mayoría de personas", a la vez que señaló que no se había invocado que un procedimiento de cramdown pudiera aportar una solución mejor y que una hipotética quiebra podría contar con un valor de realización aún menor al de una propuesta compleja como la examinada. Agregó que no surgía de las actuaciones que la concursada pudiese presentar una propuesta más beneficiosa para los acreedores que la formulada y que, por el contrario "surge como dato palmario acerca de su flujo de fondos que ha declinado su participación de control en CGC S.A. -Compañía General de Combustibles- para capitalizarla con la integración de un nuevo socio" (fs.7976).

6º) Que la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial se agravia contra la autorización concedida ex post facto por la cámara a la concursada, con respecto a la decisión de aumentar el capital de Compañía General de Combustibles y no suscribir ese aumento, operación que consideraba una verdadera licuación del paquete accionario de Sociedad Comercial del Plata. Imputa al a quo haber incurrido en contradicción porque, a pesar de que tenía presente que el valor de esa tenencia accionaria era muy superior al pagado, autorizó, sin pruebas, la transferencia. También atribuye falta de coherencia al tribunal porque reconoció que no había en la causa suficientes elementos de juicio para resolver, no obstante lo cual igualmente decidió la cuestión, en perjuicio de los acreedores. Recuerda que en su dictamen de fs. 7689/7701 sostuvo que, dado que la operación ya había sido efectuada, el

otorgamiento de autorización para celebrarla configuraba una cuestión abstracta y que sólo cobraría virtualidad en caso de decretarse la quiebra, ocasión en que podrían resultar aplicables los arts. 119 y 173 de la ley de concursos, que habilitan las acciones persecutorias y de responsabilidad. Agrega que lo resuelto por la cámara tiene un efecto decisivo para sanear un acto fraudulento, ya que el art. 121 de la ley de concursos establece que el art. 119 de la misma ley, que regula la acción de revocatoria concursal, no es aplicable respecto de los actos de disposición otorgados en el concurso con autorización judicial.

Expresa la Fiscal que la operación cuestionada no es en realidad una venta de acciones, sino una voluntaria reducción de la participación accionaria de la concursada, que produce la licuación de su activo, cuya integridad debía ser preservada como garantía común de los acreedores. Celebrado ya ese acto, reitera que no cabía sino, en caso de quiebra, intentar las acciones pertinentes en defensa de los acreedores, pero puntualiza que en ese contexto legal lo que no correspondía hacer era declarar la eficacia de la operación, por lo que solicita la descalificación de lo resuelto en tal sentido por la cámara. Al respecto, pone de relieve lo que considera una nueva falta de congruencia en que habría incurrido el tribunal a quo, al conferir una autorización que nunca había sido requerida por la concursada.

7º) Que la Fiscal General se agravia también contra la decisión de homologar una propuesta que califica como abusiva y fraudulenta. Imputa a la cámara omisión de tratamiento de numerosas cuestiones planteadas en su dictamen respecto de la asamblea de obligacionistas, entre las que destaca la falta de consideración de las irregularidades relativas a la asistencia de los bonistas y su registro, que quedó en manos de la concursada, sin control del juzgado. Manifiesta que tampoco recibió tratamiento la alegación de que el edicto de convocatoria no contenía ninguna especificación acerca del otorgante del certificado de bloqueo para asistir a la asamblea, lo que fue modificado por una decisión posterior de la jueza de primera instancia -no publicada- en la que se exigió que fuera otorgado por la entidad depositaria, con lo que se convirtió en un requisito de imposible concreción. Expresa que ello afecta sustancialmente el cómputo de mayorías y puntualiza diversos errores que no fueron tratados por el a quo. Afirma que la propuesta homologada por el a quo es claramente abusiva y violatoria del art. 43 de la ley de concursos, en tanto los acreedores en moneda nacional votaron una

quita que ellos no sufrirán y que sólo perjudicará a los acreedores en moneda extranjera. Señala la omisión en considerar la merma real que sufrieron los créditos, por la que -según afirma- la acreencia del Banco de la Provincia de Buenos Aires quedó reducida al 0,66% de su valor, a semejanza del crédito perte-neciente al Banco de la Nación Argentina. Estima que, como consecuencia de ello, existe una pérdida de 160 millones de dólares para el sector público. Sostiene también que se han computado mayorías ficticias y que las consideraciones formu-ladas por la cámara para homologar la propuesta no se corres-ponden con las constancias de la causa, siendo tales funda-mentos artificiosos y carentes de contenido, pues no indican nada acerca del valor real de la propuesta.

8º) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires solicita la descalificación de lo resuelto por aplicación de la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad y ex-presa que la cámara ha incurrido en apartamiento manifiesto de la solución legal del caso, por no haber aplicado el art. 52 inc. 4 de la ley de concursos, que veda la homologación de la propuesta abusiva o fraudulenta. Señala que el a quo ha transgredido los principios concursales, en tanto sólo tuvo en cuenta la protección de la empresa, evitando su quiebra, a la vez que desatendió los derechos de los acreedores. También puntualiza que la cámara ignoró el art. 43 de la ley de con-cursos, que prohíbe que el acuerdo contemple cláusulas dis-tintas para acreedores de la misma categoría -lo que, en el caso, se efectivizó en perjuicio de los acreedores en moneda extranjera- y advierte que la quita que sufrió su crédito oscila entre el 99,34% y el 85,2%, según se entienda que se le aplica o no la pesificación legal. Manifiesta que el trato discriminatorio respecto de los créditos en moneda extranjera se traduce en la proporción de 3 a 1 si se entiende expresada la deuda en dólares y, si se la pesifica, se la priva de la aplicación del CER.

Imputa asimismo a la cámara haber efectuado una exégesis incorrecta de las normas y aplicado pautas de exce-siva latitud, al valorar la propuesta prescindiendo de las pautas objetivas de la magnitud de la quita y de la espera, apoyándose en meras consideraciones generales, como la "con-dición de la persona", o la "abrupta reorganización de la sociedad", y empleando frases carentes de contenido concreto. Estima errado el razonamiento que pondera la eventual capita-lización de deudas mediante su conversión en acciones como un beneficio, pues entiende que no se trata de

un aporte de "fondos frescos" sino un aumento de capital eventual, que deja al acreedor igualmente insatisfecho. Cuestiona que la cámara asigne a la acreedora la carga de demostrar si hubiese estado en mejor situación en caso de quiebra -lo que califica de absurdo- y puntualiza que tales argumentos sólo apuntan a licuar el pasivo de la concursada y liberarla de sus deudas. También atribuye al a quo omisión en el tratamiento de cuestiones conducentes, señalando que tomó por válida la afirmación de que la quita era del 80%, sólo porque lo alegaba la concursada, sin examinar lo acontecido respecto del crédito de la apelante. Se agravia asimismo de la falta de tratamiento de su planteo referente a que no está alcanzado por la pesificación y expresa que el fallo tiene efectos confiscatorios respecto de su propiedad, a la vez que prescinde de la realidad económica en que se proyecta tal decisión.

9º) Que esta Corte se ha pronunciado reiteradamente en favor de la aplicación de un criterio amplio, fundado en la garantía de la defensa en juicio, cuando la ambigüedad de los términos de la concesión del recurso extraordinario suscita dudas acerca de su alcance, aun cuando no se hubiese interpuesto queja sobre el punto (Fallos: 321:3620; 322:3030; 325:1454; 327:4227; 328:1390, entre muchos otros). Tal doctrina resulta de aplicación al sub lite, en atención a que la cámara concedió ambos recursos sin limitar su alcance, por lo que es procedente acceder al tratamiento de las dos apelaciones deducidas.

Por otra parte, es doctrina de este Tribunal que, al alegarse en el recurso extraordinario tanto arbitrariedad como cuestión federal, corresponde examinar inicialmente la primera, dado que de existir esa tacha, en rigor no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 324:3394, 3774; 325:279; 327:2163, entre otros).

10) Que si bien las cuestiones que se suscitan en torno a los hechos, prueba, e interpretación de derecho común y procesal constituyen, por vía de principio, facultades de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 264:301; 312:292; 315: 1574, entre muchos otros), ello no es óbice para que la Corte pueda conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción al principio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación

a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos:315:1574 y sus citas; 316:1141; 324:2542 y sus citas, entre muchos otros).

11) Que, en orden a la complejidad del presente litigio resulta adecuado distinguir para su tratamiento dos aspectos fundamentales del fallo apelado, que suscitan, a su vez, múltiples agravios por parte de los recurrentes: I) por un lado, se trata de la autorización conferida ex post facto a la concursada para resolver un aumento de capital en la sociedad controlada Compañía General de Combustibles y no ejercer su derecho de preferencia en la suscripción de dichas acciones. Dichas acciones fueron adquiridas por un tercero en la proporción del 81% mediante el aporte de 70 millones de pesos (no en favor de Sociedad Comercial del Plata sino de Compañía General de Combustibles), operación con la que la tenencia accionaria de Sociedad Comercial del Plata se redujo de casi el 100% al 19%. II) Por otro lado, la cuestión se refiere a la homologación de la propuesta concordataria ofrecida por Sociedad Comercial del Plata, que es calificada por los recurrentes como abusiva y fraudulenta, a la vez que señalan la deficiente fundamentación del fallo para sustentar la aprobación del acuerdo, y objetan el modo de convocatoria y celebración de la asamblea de bonistas para ejercer su derecho de voto.

12) Que la decisión de la concursada de reducir su participación accionaria en Compañía General de Combustibles S.A. al conformar el aumento de capital y abstenerse de suscribirlo, fue calificada por el a quo como un acto sujeto a autorización judicial, en orden a lo dispuesto por el art. 16 de la ley 24.522. Ese aspecto de la decisión -es decir, que se trata de un acto sujeto a autorización judicial- constituye una cuestión de derecho común, vinculada a la ponderación de ciertos extremos fácticos, que independientemente de las diversas posiciones doctrinarias o jurisprudenciales que pueden invocarse al respecto, se encuentra firme. En consecuencia, su revisión es ajena a esta instancia extraordinaria y no ha sido siquiera planteada por la recurrente.

En ese mismo pronunciamiento, la cámara convalidó la autorización que ex post facto había otorgado la jueza de primera instancia. En ese marco, en el dictamen de fs. 7689/7701, la Fiscal General había sostenido que resultaba abstracto pronunciarse sobre el punto dado que el acto ya había sido celebrado cuando se tomó conocimiento de su existencia.

En tanto, en el recurso extraordinario, además de reiterar aquel planteo, se agravia de que el tribunal se haya pronunciado apartándose de la solución normativa, al conceder ex post facto una autorización que debe ser requerida en forma previa, que nunca fue solicitada por la concursada y a la que atribuye un efecto decisivo para sanear un acto fraudulento, ya que la acción de revocatoria concursal no puede ser articulada respecto de los actos de disposición otorgados en el concurso con autorización judicial.

13) Que cabe recordar que la jueza de primera instancia declaró haber tomado conocimiento por "informaciones periodísticas" de la supuesta venta del 81% de la tenencia accionaria de Compañía General de Combustibles, la cual constituía el principal activo del concurso y señaló que esa información resultaba corroborada por la modificación de los términos de la propuesta concordataria de la mencionada compañía petrolera (fs. 3971). Ante ello, requirió a la concursada las "explicaciones del caso" y encargó a las sindicaturas y al comité de acreedores efectuar "las indagaciones que corresponda", para finalmente concluir que el acto era de los alcanzados por el art. 16 de la ley de concursos y convalidar lo actuado a pesar de que la autorización no había sido requerida en forma previa (fs. 6372 y 6774).

La cámara de apelaciones, por su parte, después de desestimar los argumentos de la concursada y afirmar que el acto en cuestión requería autorización judicial, expresó que: "Despejado ese óbice, cabe abordar la cuestión" (fs. 7952) y se dedicó a ponderar la conveniencia de la operación, sin examinar su inserción en las normas concursales que había declarado expresamente aplicables al caso.

14) Que el art. 16 de la ley 24.522 en que el a quo encuadró la cuestión sub examine, establece que la concursada debe requerir previa autorización judicial para realizar determinados actos, en tanto el art. 17 del mismo cuerpo legal prescribe que: "Los actos cumplidos en violación a lo dispuesto en el Artículo 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores".

15) Que de tal modo, el plexo normativo que -según lo resuelto por la cámara de apelaciones- rige el caso, contiene disposiciones concretas acerca de los efectos que provoca el incumplimiento de solicitar previa autorización judicial, para celebrar los

actos que así lo requirieren. La sanción -ineficacia de pleno derecho, conforme al art. 17 de la ley 24.522 citado- no acarrea la nulidad del acto (conf. Exposición de Motivos de la ley 19.551, Sección III, 60), pero determina que la privación de sus efectos opere sin más frente a los acreedores, que pueden actuar como si aquél nunca se hubiese celebrado. Tales disposiciones fueron obviadas por el tribunal, que no formuló razonamiento alguno por el cual pudiese arribarse a un escenario diferente del pautado por las normas mencionadas.

16) Que asiste razón a la Fiscal General cuando señala que lo resuelto tiene consecuencias decisivas en el marco del procedimiento concursal, ya que frente a la hipótesis de quiebra, por aplicación de los artículos 119 y 121 de la ley 24.522, la autorización conferida por la cámara convalidada de manera definitiva la pérdida de ese activo en el patrimonio de la concursada, puesto que los actos cuya celebración fue autorizada judicialmente en los términos del art.16 de la misma ley, no son alcanzados por la acción de revocatoria concursal reglada en el art. 119 citado.

17) Que, del mismo modo, la cámara omitió ponderar que el mencionado artículo 16 de la ley de concursos establece que la autorización debe ser solicitada por la concursada y que ésta no solamente no la requirió -ya que celebró el acto sin siquiera comunicarlo a la jueza de primera instancia, que declara haberse enterado por publicaciones periódicas- sino que sostuvo que no debía pedirla, a punto tal que el propio tribunal inició su razonamiento señalando que: "La concursada ha sostenido en forma recurrente que la operación de marras no se hallaría sujeta a la autorización judicial prevista por la LC16." (fs. 7951). Así, desestimó esa argumentación, sin fundar en modo alguno su apartamiento de la nítida exigencia legal sobre el punto, incurriendo de tal modo en la incongruencia que señala la Fiscal General, al conceder una autorización que no había sido pedida y que la concursada estimaba improcedente, lo que patentiza aún más la omisión de aplicar el marco jurídico que rige el caso.

18) Que, en tales condiciones, al abocarse el a quo directamente a la ponderación acerca de los beneficios del negocio celebrado sin autorización, para evaluar si la concedía ex post facto, prescindió de la solución normativa que el mismo tribunal juzgó aplicable al caso, sin dar razones que justifiquen tal apartamiento, defecto que, según reiterada doctrina de esta Corte, impone la descalificación del fallo por aplicación

de la doctrina de arbitrariedad de sentencias (Fallos:323:2367; 325:1961; 326:2211, entre muchos otros).

19) Que la Fiscal General solicita igualmente la descalificación de lo resuelto en cuanto la cámara valora el negocio como beneficioso para los acreedores del concurso, hipótesis que sólo resulta conducente examinar en razón de que tal conclusión constituye, por vía elíptica, el único fundamento dado por la cámara para justificar la concesión de la autorización, otorgada, por las razones precedentemente expuestas, al margen de las normas que rigen el caso.

20) Que, aun cuando la calificación de tal operación como útil para los acreedores del concurso, constituye una cuestión que involucra la aplicación de normas de derecho común y la ponderación de extremos fácticos, ajenos -como regla- a su revisión por la vía extraordinaria, la recurrente sostiene que el tribunal arribó a tal conclusión prescindien-do de considerar planteos conducentes, constancias obrantes en la causa e incurriendo en manifiesta contradicción y falta de congruencia en su razonamiento, todo lo cual deja al fallo -a criterio de la apelante- sin fundamento suficiente.

21) Que asiste, en tal aspecto, razón a la recurrente, en tanto la cámara no realizó una ponderación crítica de lo resuelto en primera instancia ni de la prueba producida, sobre la base de una argumentación carente de debido sustento. Así, expresó que se atendería a las probanzas ya cumplidas, porque el debate no podría "prolongarse indefinidamente en el tiempo", siendo que "una apreciación de las características propiciadas por los impugnantes podría demandar meses o años.", sin que ese "desgaste de esfuerzo, tiempo y dinero" garantizase el arribo a una solución más justa que la propuesta en función de los elementos obrantes en el expediente (fs.7954 in fine/7955).

Resulta, de tal modo, evidente que el a quo no ponderó la aptitud e idoneidad de los medios probatorios ofrecidos y empleados efectivamente, así como la virtualidad de los resultados, sino que relativizó dogmáticamente la eficacia de otros medios de prueba para esclarecer un punto esencial del debate.

22) Que, en ese contexto, en que la cámara renunció a la obtención de elementos que formaran seria convicción sobre el valor del paquete accionario, el tribunal incurre en la contradicción que señala la Fiscal General, al expresar que: ".no se ignora que puede parecer una óptica distorsionada confrontar la suscripción de acciones por \$ 70 millones equivalente al 81% del capital de C.G.C. S.A. y su control, ante un patrimonio neto proyectado post homologación en \$ 970 millones (fs. 7534 vta.): un razonamiento casi lineal conduce al menos a considerar a priori ciertos reparos" (fs. 7959).

Tal aseveración revela la falta de consistencia con que se admitió la argumentación de la concursada, según la cual el aporte de la cantidad de setenta millones de pesos por un tercero, al permitir el pago de los créditos concordatarios de Compañía General de Combustibles, produce una súbita valorización de la empresa, por la cual favorece más a los acreedores de Sociedad Comercial del Plata contar con el 19% de las acciones en la compañía petrolera con su concordato homologado, que casi el 100% que tenía con anterioridad, conclusión que, al no encontrar apoyo en concretos elementos probatorios, se afianza en meras reflexiones especulativas acerca de un conjunto de circunstancias también hipotéticas.

Cabe añadir que de los autos de concurso de Compañía General de Combustibles, que se tienen a la vista, resulta que esta operación se incorporó a la propuesta concordataria como una modificación, en la que la aceptación o rechazo del acuerdo no se encuentra condicionada al ingreso del tercero -Explore Acquisition Corporation- y el aporte de fondos. Ello resulta claro si se advierte que en la cláusula 3 de la propuesta (fs. 6137 del concurso de Compañía General de Combustibles), se establece que Explore cumplirá con su obligación en la medida en que la homologación en firme de la propuesta se produzca dentro de los 24 meses de obtenidas las mayorías. Transcurrido ese plazo, Explore "tendrá la opción de retirar el compromiso de aporte de fondos necesario para la integración del capital. Esto en modo alguno obstará a que, de darse tal supuesto, la concursada atienda con fondos propios el pago comprometido en la cláusula 6". Se evidencia, de tal modo, que la concursada se comprometió a atender los pagos prometidos en el acuerdo, aun si Explore se retirara de la operación.

Todavía es del caso agregar que Explore sólo aportará los fondos si la propuesta es homologada, y que ésta será cumplida mediante un pago único, definitivo y

cancelato-rio, a los diez días de la homologación (cláusula 6), es decir que su ingreso se produce solamente cuando la empresa encuentra su situación financiera totalmente saneada, extremos que fueron desatendidos por la cámara cuando aludió al "cúmulo de contingencias asumidas por el nuevo socio de una firma altamente endeudada y en concurso preventivo" (fs. 7960).

Por otra parte, la cámara de apelaciones mencionó la existencia de una deuda significativa, sujeta a arbitraje internacional -que individualizó como "contingencia Reef"; fs. 7957- como factor incidente en la disminución del valor de las acciones, pero no advirtió que a la fecha del pronunciamiento se habían producido esenciales modificaciones en la situación de esa acreencia, en cuanto a su monto y exigibilidad, según resulta del allanamiento que consta a fs. 789 del incidente de revisión por Reef Exploration -que se tiene a la vista- y la resolución dictada a fs. 800/803 de la misma causa, a lo que se agrega el desistimiento del recurso de apelación contra la resolución homologatoria expresado a fs.9165 de los autos del concurso de Compañía General de Combustibles. Ello deja también sin sustento a las consideraciones efectuadas sobre el punto, para justificar la razonabilidad de la operación y conduce a la descalificación de lo resuelto en el aspecto examinado.

23) Que, dado que existe sustancial coincidencia entre los agravios vertidos por la Fiscal General y por el Banco de la Provincia de Buenos Aires acerca de la decisión de la cámara de homologar la propuesta concordataria, por razones de mejor orden procesal serán tratados en forma conjunta.

24) Que ambos recurrentes sostienen que el a quo incurrió en violación a lo dispuesto en el art. 43 de la ley 24.522 al homologar un acuerdo que contiene cláusulas idénticas para acreedores que se encuentran en diferente situación, y afirman que la magnitud de la quita y de la espera propuestas, no valorada debidamente por la cámara, impide su homologación en mérito a lo prescripto por el art. 52 inc. 4 de la citada ley de concursos.

A tales fines, resulta útil señalar que la propuesta establece que todas las deudas en moneda extranjera verificadas o declaradas admisibles, "serán convertidas a la relación fija y definitiva de U\$S 1 = \$ 1 (aun cuando no hubieran sido alcanzadas por

la conversión obligatoria dispuesta por los decretos P.E.N. 214/02 ; 410/02 y concordantes) sin aplicarse sobre esa conversión ningún tipo de ajuste, ni actualización (es decir, no regirán para ellos ni el Coeficiente de Estabilización de Referencia, ni ningún otro sustitutivo)" (fs.5198/5198 vta).

En lo que aquí interesa, la propuesta agrega que todas las deudas verificadas y declaradas admisibles, tanto las expresadas originariamente en pesos cuanto las originariamente contraídas en moneda extranjera y llevadas a pesos según lo establecido precedentemente, "serán convertidas a dólares estadounidenses según el tipo de cambio comprador billete del Banco de la Nación Argentina vigente al día de la homologación o a la relación de U\$S 1 (un dólar estadounidense) = \$ 3.00 (tres pesos), la que sea mayor a la fecha de la Homologación". Añade que el monto resultante conformará la "Deuda Consolidada de la compañía".

Esa deuda "sufrirá una quita del 40% que será imputada, inclusive fiscalmente, primero a intereses que se hubieran devengado hasta la fecha de presentación en concurso preventivo, y luego a capital. Los montos resultantes de traer la quita a la Deuda Consolidada constituirán la Deuda Consolidada Neta".

A su vez, esa deuda se pagará con "bonos (pagarés) nominativos, libremente transferibles mediante las formalidades de la cesión ordinaria", bajo determinadas condiciones de emisión y amortización.

El valor de la emisión será el de la deuda consolidada neta, en proporción a cada acreedor, y la amortización se efectuará en "cinco cuotas anuales y consecutivas, la primera de ellas al cumplirse el décimo primer aniversario de la Homologación", según el siguiente detalle: en el décimo primer aniversario de la homologación: 10% del valor de la emisión; en el décimo segundo aniversario otro 10%, en el décimo tercer aniversario el 20%, en el décimo cuarto el 30% y en el décimo quinto el 30% restante del valor de la emisión. A partir del décimo aniversario de la homologación, se abonará un interés anual vencido del 1% sobre los saldos deudores que se abonarán conjuntamente con cada una de las cuotas de amortización.

Los bonos (pagarés) serán convertibles en acciones ordinarias de la compañía, en las condiciones que se describen a fs. 5199 vta./5200, así como las condiciones de rescate.

25) Que de la sola redacción de la propuesta surge que ésta transgrede el principio de la par conditio creditorum en que se funda el art. 43 de la ley 24.522 en cuanto dispone que: "Las propuestas deben contener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas".

Así, al establecerse que las deudas en moneda extranjera serán convertidas a la relación de un peso igual a un dólar, aun cuando hubiesen sido exceptuadas de la pesificación y, si ésta les alcanzase, sin la compensación del CER ni ninguna otra que importe un ajuste, resulta claro que se les impone una quita inicial que no sufren las obligaciones originariamente expresadas en pesos.

Es decir que los acreedores en moneda extranjera acceden al acuerdo con una severa disminución en la expresión de su acreencia en pesos. Después sufren una nueva conversión -esta vez compartida con las obligaciones originariamente expresadas en pesos-, pero en la relación 3 a 1, con lo que la expresión nominal de las deudas en moneda extranjera equivale -en forma aproximada- a un tercio de la deuda original, lo que indudablemente configura una quita adicional a las establecidas en el acuerdo.

26) Que la cámara de apelaciones, en principio, no desconoció esa circunstancia y expresó (fs. 7972) que la agrupación de acreedores en pesos con acreedores en moneda extranjera en una sola categoría de modo que la votación imponga a estos últimos una quita adicional, no consentida, "representa, a priori, una situación abusiva que afecta elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo (cciv.953 y 1071)". Añadió que, por ese motivo, solicitó a los síndicos información complementaria en relación con la integración cuantitativa y cualitativa de las mayorías del acuerdo. Sobre la base de tales datos, concluyó que el 75%, computado por capital, de los acreedores en moneda extranjera había prestado su conformidad al acuerdo, lo que estimó "suficiente para concluir que no ha mediado una discriminación arbitraria por parte de la concursada, ni ha existido un ejercicio abusivo del derecho de aceptar una propuesta por parte de una mayoría de acreedores con créditos en pesos, por sobre los derechos de

propiedad de los acreedores quirografarios concurrentes con acreencias en dólares estadounidenses" (fs. 7973).

27) Que, al resolver de tal modo, el a quo se apartó de la norma legal aplicable, con apoyo en un -supuestamente- alto grado de adhesiones al acuerdo, expresado por los acreedores en moneda extranjera. Tal conclusión colisiona con la doctrina de este Tribunal establecida en la causa "Arcángel Maggio S.A." (Fallos: 330:834), en cuanto advierte que la conformidad de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor es condición necesaria pero no suficiente para obtener la homologación, pues el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, pudiendo denegar su aprobación si la considera abusiva o en fraude a la ley (art. 52, inc. 4º, de la ley 24.522). Desde dicha perspectiva, y tal como señaló el Tribunal en el citado precedente, el criterio adoptado por la cámara "directamente no se adecua a la legislación vigente" (considerando 10).

El apartamiento normativo en que ha incurrido la cámara resulta aún más grave si se advierte que, como se señaló, reconoció en forma expresa que la exacción patrimonial impuesta discriminadamente a los acreedores en moneda extranjera "representa, a priori, una situación abusiva que afecta elementales pautas de mérito de un acuerdo preventivo (cciv. 953 y 1071)" (fs.7972).

28) Que sin perjuicio de lo expuesto, el fundamento de la cámara referente a la alta adhesión de los acreedores en moneda extranjera, se asienta en parámetros erróneos. En efecto, señaló que "fueron verificados créditos de obligacionistas por U\$S 30.897.937,80 (fs. 7833)", cuando en realidad la suma total asciende a U\$S 258.638.960,72 (conf. sentencia verificatoria de fs. 2642/2726, decisiones complementarias e informes de las sindicaturas de fs. 7806 y 7906 vta.). Por ende, la cámara supuso que casi el 90% del total del capital verificado por los bonistas había adherido a la propuesta, cuando, tomando las cifras reales de esos indicadores y de acuerdo con el razonamiento del propio tribunal, sólo lo había hecho menos del 11%.

Dicho error -al que se suma el que incurrió al indicar el monto total verificado en moneda extranjera- desartícula el razonamiento del tribunal sobre el que asienta la

conclusión expuesta, pues reviste trascendencia suficiente como para incidir en el sentido del pronunciamiento.

29) Que, por otra parte, los recurrentes se agravan de lo que consideran deficiente tratamiento de las impugnaciones al acuerdo por resultar abusivo y fraudulento.

Según fue destacado precedentemente, los acreedores en moneda extranjera sufren una detracción patrimonial de aproximadamente las dos terceras partes de su acreencia, que después es reducida en un 40% y previsto su pago en bonos, con diez años de gracia, en cinco cuotas anuales y sucesivas en la proporción del 10%, 10%, 20%, 30% y 30% de la deuda, teniendo como única compensación una mínima tasa de interés, postergada en su cómputo durante once años, a los que deben sumarse los transcurridos entre la presentación en concurso y la homologación de la propuesta.

La cámara de apelaciones dio en el punto una respuesta insuficiente e infundada a los agravios de las partes. Sin efectuar análisis alguno, ni examinar los cálculos efectuados por el Banco de la Provincia de Buenos Aires -que estimó que su crédito sufría una quita que oscilaría entre el 99,34% y el 85,2%, según se entendiese que se encontraba o no sujeto a pesificación- el tribunal juzgó que esa merma equivale al 80% porque así lo "reconoce la concursada en varias de sus presentaciones." (fs. 7974), omitiendo toda consideración de los planteos formulados por el banco y por la Fiscalía acerca de la real magnitud de la detracción patrimonial.

30) Que, por otra parte, convalidó la homologación del acuerdo sobre la base de consideraciones meramente genéricas y pautas de excesiva latitud, en las que el tribunal aludió a factores que no identificó claramente o que invocó de manera enunciativa, sin relacionarlos concretamente con las conclusiones a que arribó, prescindiendo, de tal modo, de dar al fallo sustento adecuado y suficiente, en orden a las circunstancias de la causa y al derecho aplicable.

En tal sentido, omitió formular una apreciación objetiva que indique si el deudor, al ejercer su derecho de ofrecer una propuesta concordataria, ha contrariado la finalidad económico social del instituto. Ha señalado este Tribunal en el precedente

citado ("Arcángel Maggio S.A.", Fallos: 330:834) que ese objetivo está dado no solamente por la con-servación de la empresa sino también definido por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual resulta negada cuando la pérdida que se les impone re-sulta claramente excesiva. En tal sentido, puntualizó que hace a la transparencia del proceso concursal y a la capta-ción de buena fe del voto de los acreedores que la quita for-malmente ofrecida se corresponda con la que realmente se pa-gará, lo que impone pagar el interés moratorio a fin de que el pago conserve la proporción prometida en la propuesta.Como se dijo supra la conformidad de los acreedores no es condición suficiente para obtener la homologación sino que el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta, que la cámara ha omitido en la especie.

31) Que a lo expuesto cabe agregar que el tribunal, al advertir que no surgía de las actuaciones que la concursada pudiese presentar una propuesta más beneficiosa, pondera, como "dato palmario" que ha declinado su participación de control en Compañía General de Combustibles para capitalizar-la con la integración de un nuevo socio. Desde esa perspecti-va, la cámara no solamente se apartó sin fundamento de la solución legal prevista frente a la celebración del acto sin contar con previa autorización judicial, sino que convalidó la disminución del activo aun frente a la hipótesis de quie-bra y ponderó esa circunstancia para justificar la aprobación de la propuesta. Prescindió, por ende, de valorar el alegado carácter abusivo del acuerdo teniendo en cuenta la capacidad patrimonial que resulta de ese activo, a la vez que cohonestó infundadamente la supuesta impotencia en que, según los recu-rrentes, la propia concursada se colocó.

32) Que tampoco recibieron adecuado tratamiento los agravios del Banco de la Provincia de Buenos Aires, por los que descalificó la aptitud compensatoria de convertir en ac-ciones los bonos dados en pago. Sin atender a las condiciones de la conversión - que se realiza por U\$\$ 10 = 1 acción de \$ 10 nominal, lo que implica una quita semejante a la ofrecida en la otra opción-, la cámara se limitó a efectuar genéricas menciones a una "abrupta" reorganización social, y reconoció que estimaba "imponderable" el eventual precio de esas accio-nes (fs.7975), en sustento de la desestimación de tales planteos.

33) Que los agravios de la Fiscal General con relación a la convocatoria de la asamblea de bonistas, no fueron tratados por el a quo, quien los desestimó mediante un párrafo, con una cita legal errónea, y en el que sólo señaló dogmáticamente que algunos obligacionistas habían acudido a la asamblea, como único fundamento para rechazar las objeciones formuladas (fs. 7964). En tal sentido, no consideró la alegada imposibilidad de que el certificado de bloqueo fuera otorgado por la entidad depositaria, tal como lo ordenó la jueza de primera instancia en la resolución posterior a la que fue publicada por edictos (pronunciamientos de fs. 3902/3909 , 5608) y que no fue dada a conocer del mismo modo. Tampoco se hizo cargo del señalamiento de la Fiscal General en el sentido de que en la decisión de fs. 5593/5596 , la jueza permitió el ingreso de bonistas que no contaban con el certificado requerido, ya que el certificado de bloqueo había sido emitido a favor de la entidad intermediaria y no del bonista, cuya tenencia sólo era identificada mediante otro certificado emitido por la entidad intermediaria. Al mismo tiempo, denegó el registro de otros bonistas que no contaban con el recaudo exigido por la jueza sino que sólo habían obtenido el certificado de bloqueo emitido por la entidad intermediaria, todo lo cual sería ratificadorio de la imposibilidad de cumplir con la exigencia requerida.

34) Que, como surge de las consideraciones precedentemente expuestas, el tribunal a quo ha incurrido en diversas causales de arbitrariedad conforme a la conocida doctrina de esta Corte en la materia. En efecto:

(a) Se apartó de la solución normativa establecida por el art.16 de la ley 24.522 sin fundamento idóneo, con la grave consecuencia de convalidar de modo definitivo la reducción sustancial del principal activo de la concursada en perjuicio de sus acreedores, puesto que frente a la hipótesis de quiebra, la enajenación del paquete accionario no resultará alcanzada por la acción de revocatoria concursal reglada en el art. 119 de la ley citada.

(b) Del mismo modo, se apartó de lo prescripto en los arts. 43 y 52, inc. 4º, de la ley 24.522, al aprobar sin fundamento válido una propuesta violatoria de la par conditio creditorum, que contiene cláusulas claramente abusivas en perjuicio de los acreedores. Pretendió superar esa reconocida y aceptada abusividad de la propuesta respecto de los acreedores en moneda extranjera, con apoyo en un supuesto alto grado de adhesiones al

acuerdo, sobre la base de cifras erróneas distanciadas de las reales en tal proporción que ello por sí mismo descalifica la base del razonamiento.

(c) Omitió el examen de planteos oportunamente propuestos y conducentes para la solución de la causa sobre la base de argumentos dogmáticos y carentes de todo sustento en función de la trascendencia de las cuestiones involucradas. Ello, al pretender esclarecer un punto central del debate como lo era la valuación del paquete accionario del que se desprendía la concursada, prescindiendo de los medios probatorios ofrecidos y de sus resultados y relativizando la eficacia de cualquier otro medio de prueba.

(d) Incurrió en apartamiento de las constancias de la causa al justificar la enajenación del 81% del paquete accionario de Compañía General de Combustibles señalando que se encontraba altamente endeudada, sin advertir, en primer lugar, que la "contingencia Reef" se hallaba en el momento del pronunciamiento modificada sustancialmente en cuanto a su monto y exigibilidad y, en segundo término, que el tercero adquiriría una empresa saneada, con el acuerdo homologado y totalmente cumplido.

(e) Convalidó la homologación del acuerdo sobre la base de consideraciones genéricas y pautas de excesiva latitud al referir a factores y circunstancias que no relacionó con las de la causa ni con la legislación aplicable.

(f) Incurrió en omisión de tratamiento de cuestiones planteadas de interés para la solución de la causa, al no examinar los agravios del Banco de la Provincia de Buenos Aires tendientes a descalificar la aptitud compensatoria de convertir en acciones los bonos dados en pago.

(g) Del mismo modo, omitió considerar cuestiones conducentes al no analizar los agravios de la Fiscal General relativos a la convocatoria de la asamblea de bonistas, pronunciándose sobre el punto en forma dogmática.

35) Que, por todo lo expuesto, corresponde descalificar el fallo por aplicación de la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias a que se ha hecho referencia supra (Fallos: 314:1366, 1445; 320:2198; 324:2946; 328:2047,

entre muchos otros), en tanto existe re-lación directa entre lo decidido y las garantías constitucio-nales que se dicen afectadas.

Por ello, con el alcance indicado, se declaran proceden-tes los recursos extraordinarios deducidos por la Fiscal Ge-neral y el Banco de la Provincia de Buenos Aires y se deja sin efecto el fallo recurrido, con costas.Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. En atención a lo decidido en la presente, resulta inoficioso e tratamiento del recurso de hecho S.467.XLII, lo que así se declara. Notifíquese y remítanse los autos principales, previa agregación de copias certificadas del pronunciamiento a la queja, cuyo archivo se dispone. ELENA I. HIGHTON de NO-LASCO.

ES COPIA

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la sentencia de la Sala D de la Cámara Na-cional de Apelaciones en lo Comercial, homologó el acuerdo preventivo presentado por Sociedad Comercial del Plata S.A. -excepto en cuanto a una cláusula- y autorizó el aumento de capital dispuesto en la Compañía General de Combustibles -sin que aquella sociedad ejerciera el derecho de suscripción pre-ferente-, decisión que permitió que el 81% de las acciones que la concursada poseía en la mencionada compañía fuera sus-cripto por un tercero ajeno a la sociedad.

2º) Que contra aquel pronunciamiento la señora Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dedujo el remedio federal de fs. 8785/8809 , y en tanto estimó que el auto de concesión de dicho recurso era poco claro, interpuso el recurso de queja que se encuentra agregado a fs. 500/542 de la presentación directa. Por su parte, el Banco de la Provincia de Buenos Aires interpuso el recurso extraordinario de fs. 8746/8784 .

3º) Que la señora Fiscal General expuso en el re-curso extraordinario los siguientes agravios: a) que "la sen-tencia omitió tratar el planteo introducido en el punto 5.5." de su dictamen, relativo a que por haberse exigido la presen-tación de un certificado de bloqueo emitido por las entidades depositarias, muchos obligacionistas no habrían podido ingre-sar a la asamblea puesto que para ellos habría sido "imposi-ble" obtenerlo (fs. 8794 y sgtes.). En este sentido expresó que:"Dado que la concursada eligió colocar los títulos a través del sistema de depósitos colectivos en el exterior, que no emiten los requeridos certificados de bloqueo a los beneficiarios finales, resulta contrario a sus propios actos que luego impidiera la participación de los obligacionistas a la asamblea, invocando la ausencia de tal documento" (fs. 8796 vta.).

Sostuvo, además, con sustento en lo dispuesto por el último párrafo del art. 4 del decreto 677/01, que -contra-riamente a lo sucedido- debieron ser aceptados los certifica-dos de bloqueo expedidos por los bancos custodios, que son los únicos que tienen la identificación de los beneficiarios finales y, por ende, están en condiciones de emitir dichos certificados (fs. 8797 vta. y 8798); b) que carece de respal-do la afirmación de la concursada acerca de que aun computan-do a los obligacionistas rechazados, de todos modos, se lle-garía a las mayorías legales, pues, según adujo la señora Fiscal General, "Si hubieran podido ingresar los acreedores ilegítimamente rechazados, el capital computable por votos negativos hubiera sido mayor" (fs. 8799). Expresó que, si bien en la asamblea de obligacionistas hubo un fuerte rechazo de la propuesta, dicha circunstancia no tuvo incidencia en la votación del acuerdo, pues agrupados los votos conforme con lo dispuesto por el art. 45 bis de la LC, y al no conformar aquéllos una categoría específica, a los efectos de obtener el cómputo de las mayorías resultó dirimente el voto de los bancos (fs. 8799 vta.). En síntesis, expresó que la aproba-ción del acuerdo se obtuvo mediante un mecanismo fraudulento que consistió en negarle a los obligacionistas extranjeros su participación en la asamblea que votó el acuerdo (fs.8800); c) criticó la decisión de la cámara en el sentido de no con-siderar "abusiva" la propuesta, y dar por cierto la afirma-ción de la concursada acerca de que la quita alcanzaba el 80% del valor de los créditos, sin atender a lo sostenido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en relación a que di-cha quita oscilaba entre el 99,34% y el 85,2%, según se en-tendiera que el crédito quedaba alcanzado, o no, por las nor-mas de pesificación (fs. 8800/8801); d) aunque en rigor de verdad no se trata de agravios propiamente dichos -y por lo tanto, no serán objeto de la decisión del

Tribunal-, la seño-ra Fiscal General hizo saber que tomó conocimiento de la "de-nuncia formulada.por el Comité de Bonistas", en el sentido de que una serie de bancos han votado en el acuerdo el impor-te de créditos que habrían renegociado en forma privada con las sociedades vinculadas Compañía General de Combustibles y Tren de la Costa, y se explayó acerca de las razones por las que no corresponde comparar ni asimilar las quitas que po-drían ser aceptables en la reestructuración de la deuda ex-terna, con las que correspondería admitir en el caso de una deuda privada como la de autos (fs. 8803/8803 vta.y 8804 vta./8806); e) adujo que la autorización brindada por los jueces respecto de la transferencia a un tercero del 81% de las acciones que la actora tenía en la Compañía General de Combustibles, al no ejercer aquélla su derecho de suscripción preferente, importó aprobar una "operación millonaria., aún reconociendo que [la cámara] no contaba con los elementos de juicio suficientes para juzgarla, lo que surge del propio fallo". Expresó, además, que ".la sentencia es contradicto-ria porque, por un lado, admitió que el valor del paquete accionario era muy superior al pagado, mas finalmente autori-zó judicialmente la transferencia -que no había sido solici-tada por la concursada- vulnerando los derechos persecutorios de los acreedores ante una eventual quiebra" (fs. 8806 vta.). Sostuvo que "parece inapropiado afirmar, como regla general, que la suscripción de un aumento de capital, o el no ejerci-cio del derecho de preferencia por un accionista en concurso preventivo, sean actos que requieran autorización judicial para ser eficaces", sino que ".la vía adecuada para hacer valer los derechos de los acreedores ante la licuación de la participación accionaria del deudor concursado, era promover una acción de responsabilidad, en caso de quiebra, contra los sujetos que hubieran participado dolosamente en la disminu-ción de ese activo, para que indemnicen los perjuicios causa-dos" (fs. 8808/8808 vta.). Por esta razón, consideró que si bien ".no había mérito para declarar la ineficacia." del acto cumplido sin conocimiento del juzgado, no debió dictarse decisión alguna autorizándolo, sino que ".la Cámara debía declarar abstracta la cuestión, es decir, que no había lugar a pronunciamiento" (fs. 8808 vta.).

4º) Que el Banco de la Provincia de Buenos Aires, cuestionó la decisión del a quo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, pues le endilgó un mani-fiesto apartamiento de la solución aplicable al caso (fs.8746/8784). En sustancia adujo que:

a) la propuesta de acuerdo es "abusiva" por la magnitud de la quita y de la espera, razón por la que la homologación dispuesta por la cámara no respetó lo dispuesto por el art. 52, inciso 4, de la L.C. En el concepto del apelante, la aceptación de una quita del 80% del crédito y de una espera para el pago de 16 años constituye, por sí sola, la admisión de una propuesta de "concordato irrisorio", y en nada influye el hecho de que se hayan obtenido las mayorías legales para su aprobación. Según adujo, su crédito sufrirá una quita que "oscila entre el 99,34% y el 85,2%, según se entienda que quedó alcanzado o no por la pesificación legal.", y que aunque por hipótesis la quita fuese del 80%, de todos modos, se trataría de una propuesta contraria a la moral y a las buenas costumbres (fs. 8768/8768 vta.). Citó doctrina y jurisprudencia en la que sustentó su pretensión, aunque no explicitó, en concreto, cómo arribó a aquellos porcentajes de reducción de su crédito.

b) la cámara se apartó de lo previsto en el art. 43 de la L.C., pues homologó una propuesta que contiene cláusulas distintas para acreedores de una misma categoría. Afirmó que su crédito en moneda extranjera fue computado a la paridad de 1 \$ = 1 U\$, es decir, sufrió una quita "implícita" que no alcanzó a los créditos en pesos, pese a lo cual, ambas clases integran una única categoría. Finalmente, en un breve párrafo, expresa que la propuesta es confiscatoria, puesto que "una imposición o sacrificio [de su crédito] mayor al 33%.viola el derecho de propiedad privada garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional" (fs.8783).

5°) Que, puesto que los planteos de los apelantes reseñados precedentemente - relativos al alcance de normas de derecho común o al reexamen de cuestiones fácticas - se sustentan en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, es pertinente recordar el carácter excepcional de dicha doctrina, pues como lo ha señalado el Tribunal reiteradas veces, aquélla no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir aquellos supuestos en los que, las deficiencias lógicas del razonamiento en que se sustenta la sentencia, o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impidan considerar el pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (ver Fallos: 310:234; 311:2375; 312:1859; 313:473; 314:458; 323: 2196; 324:1994, 2169 y 3421; 325:2794, 3083 y 3265; 326:613, 2586 y 3485; 327:5717; 330:717 y 4770, entre muchos otros). De modo también constante, esta Corte estableció que no pueden ser examinados en la instancia extraordinaria aquellos

agravios que pretenden meramente oponerse a las conclusiones de los jueces de la causa que exteriorizaron fundamentos que, más allá del grado de su acierto o error, resultan suficientes como para excluir la tacha de arbitrariedad (Fallos: 324: 2460).

Por otra parte, en atención a que -según será señalado seguidamente- varios de los planteos desarrollados en el recurso de queja interpuesto por la señora Fiscal General, no han sido oportunamente introducidos en el remedio federal, corresponde recordar que las sentencias de la Corte deben limitarse a los agravios que se expresan en el escrito de interposición del recurso extraordinario, no pudiendo considerarse los planteos efectuados sólo en oportunidad del recurso de queja deducido por denegatoria de aquél (Fallos:310:2693; 313:407; 326:4551 y "Delfino, Martín Fernando", sentencia del 1/4/2008, entre muchos otros).

Es por esta última razón -y atento a que el recurso extraordinario ha sido concedido con amplitud- que en el tratamiento de los agravios expuestos por la señora Fiscal General se seguirá el estricto orden en que aquéllos fueron planteados en el remedio federal.

6°) Que, contrariamente a lo afirmado por la señora Fiscal General, en el agravio resumido en el punto a) del considerando 3° de la presente, la sentencia no ha incurrido en un supuesto de omisión de tratamiento de un agravio relevante para la decisión del caso, pues el a quo -aunque en forma escueta- se expidió respecto a la necesidad de presentar un certificado de bloqueo emitido por las entidades depositarias como condición para participar en la asamblea. En efecto, como la recurrente lo admite, el fallo dedicó unos "pocos párrafos" a este tema (fs. 8798 vta.) -lo que descarta la ausencia de pronunciamiento- y al así hacerlo, afirmó que aquel requisito se hallaba previsto en el decreto 677/01; que respondía a ".la intención de establecer en forma concreta la titularidad del documento a efectos de no obtener una espuria distorsión de la voluntad asamblearia", y que, en el caso, fue cumplido ".por un gran número de obligacionistas y de personas físicas sin mayores inconvenientes" (fs. 9054).

La apelante no refutó esta última aseveración de la cámara, sino que disintió con el a quo al centrar sus reparos en que a ".decenas de obligacionistas" ".se [les] obstaculizó la asistencia a la asamblea con artificios registrales" (fs. 8794 vta.y 8796 vta.). La imposibilidad de acudir a la asamblea a la que aludió la recurrente, se habría

origi-nado en que, según las prácticas de las entidades deposita-rias del exterior, éstas sólo certifican las tenencias de los bancos intermediarios, pero no emiten certificados de bloqueo en los que conste quién es el beneficiario final del título, como ha sido exigido por los jueces de la causa. Sin embargo, dicha imposibilidad no habría sido en todos los casos absolu-ta, pues según lo manifestó la señora Fiscal General, la jue-za "admitió el ingreso de algunos grupos a la asamblea" (ver fs. 7697), y por otra parte, la ausencia de un certificado de bloqueo expedido por la entidad depositaria, era subsanable para los beneficiarios finales mediante un trámite adicional, esto es, la "transferencia de sus títulos al depósito de nuestra Caja de Valores que sí.emite." dicha clase de certificados, extremo que cumplieron tardíamente algunos de aquellos beneficiarios, que trajeron ".esos certificados una vez alertados de la maniobra para excluirlos" (fs. 8795 vta.).

Lo hasta aquí expuesto, pone de manifiesto la impo-sibilidad del Tribunal de abordar esta clase de planteos con los elementos de juicio que se exponen en el remedio federal -aun en el supuesto de considerar desacertada la decisión en este aspecto-, pues la resolución del tema implicaría compul-sar lo acontecido con cada obligacionista cuya asistencia a la asamblea le fue negada; constatar si, en efecto, como lo afirmó el a quo, un gran número de obligacionistas y de per-sonas físicas pudieron cumplir con la presentación del certi-ficado de bloqueo en la forma requerida -o si, por el contra-rio, esta aseveración no se adecua a las constancias de la causa-, y determinar, cuál fue la incidencia concreta que dichas circunstancias tuvieron en la asamblea realizada, ta-rea que -según lo señalado en el considerando 5?de la pre-sente- es ajena a la competencia extraordinaria de esta Cor-te.

Asimismo, es cierto que la cámara al fundar la exi-gencia del certificado de bloqueo expedido por las entidades depositarias, no citó correctamente el número del artículo del decreto 677/01 en el que se halla previsto tal requisito (esto es, el art. 4º), pero dicha circunstancia no permitiría -por sí sola- descalificar lo resuelto, ni ha impedido a la apelante individualizar claramente la norma en la que se fun-dó la sentencia. En efecto, la apelante adujo en el recurso extraordinario, que la cámara había omitido considerar que, según lo dispuesto por el último párrafo del citado art. 4º, podían ser aceptados los certificados expedidos por los ban-cos custodios o intermediarios, sin exigir que aquéllos fue-ran emitidos por las entidades depositarias. Sin embargo, además, de que ese planteo no fue propuesto en la presenta-ción ante el a

quo (fs. 7689/7701), su admisión exigiría un mínimo desarrollo argumental - que no fue hecho-, pues aquel párrafo en el que la apelante pretende sustentar su posición, alude a la posibilidad de expedir comprobantes de valores representados en certificados globales -y al bloqueo de la cuenta respectiva- ".a los efectos y con el alcance indica-dos en el inciso e)", esto es, un supuesto distinto al exami-nado en autos, referente a la expedición de comprobantes -y al bloqueo de la cuenta- a los fines de asistir a la asamblea o ejercer el derecho a voto, previsto en el inciso d), de la misma norma.

7º) Que, el agravio reseñado en el punto b) del considerando 3º de la presente - estrechamente vinculado con el tratado precedentemente- no puede ser admitido. En efecto, la sola afirmación de que carece de respaldo lo sostenido por la concursada acerca de que aun computando a los obligacio-nistas rechazados, de todos modos, se alcanzarían las mayo-rías legales, pues si ".hubieran podido ingresar los acree-dores ilegítimamente rechazados, el capital computable por votos negativos hubiera sido mayor" (fs. 8799), y de que, en consecuencia, se habría arribado a un acuerdo obtenido por mayorías ficticias, sin aportar ningún dato concreto acerca de esta última circunstancia, constituye un planteo que -ade-más de conjetural- es claramente insuficiente para cuestionar lo decidido en la sentencia.

Asimismo, y puesto que en el recurso de queja la apelante pretende introducir un cuestionamiento que no fue hecho en el recurso extraordinario, relativo a que la cámara incurrió en un error al computar las mayorías (ver lo expre-sado a fs. 506 vta./507 del recurso de hecho), resulta perti-nente recordar cuál ha sido el tratamiento de este tema en la alzada.

En primer término, cabe señalar que el a quo al considerar las objeciones que se habían planteado acerca de que la propuesta presentada era discriminatoria porque conte-nía ".cláusulas iguales para acreedores en diversa situa-ción" (fs.9061), expresó lo que a continuación se transcri-be:

".los acreedores quirografarios, aun cuando fue-sen en diferentes monedas, pueden formar parte de una sola categoría, conforme lo dispuesto por la LC 43". "Agrupados de esta manera acreedores con créditos en pesos y otros con acreencias en

divisas foráneas, es posible determinar, como tesis, que en caso que los acreedores en pesos impongan mediante la mayoría integrada en esta única categoría, una condición que implique una exacción patrimonial implícita a los acreedores en moneda extranjera, ello representa, a priori, una situación abusiva.". Con el objeto de descartar esta última hipótesis, según se expresó en la sentencia, ".el Tribunal requirió a la sindicatura.la provisión de cierta información complementaria en relación con la integración cualitativa y cuantitativa de las mayorías del acuerdo" (fs. 9062).

"Según información provista por la sindicatura en función de ese requerimiento, fueron verificados créditos de obligacionistas en un total de U\$S 30.897.937,80.y respecto de los créditos en moneda extranjera de causas diversas a obligaciones negociables en la suma de U\$S 414.656.065,87., esto arroja un total verificado de U\$S 445.554.003,67".

"Acreedores que acumularon en conjunto la suma de U\$S 336.208.436,08 (obligacionistas = U\$S 27.777.140 + no obligacionistas = U\$S 308.431.296,08) prestaron conformidad con la propuesta de acuerdo formulada por la concursada, en la cual se disponía la conversión de sus acreencias".

"En otras palabras, el 75% -computado por el capital- de los acreedores en moneda extranjera prestaron su conformidad al acuerdo (LC 19), y dispusieron así de la reserva de valor que tenía la divisa de pago de las obligaciones originarias, en función del acuerdo concursal que novaría luego de tales prestaciones (LC 55)".

"Lo expuesto aquí parece suficiente para concluir que no ha mediado una discriminación arbitraria por parte de la concursada, ni ha existido un ejercicio abusivo del derecho de aceptar una propuesta por parte de una mayoría de acreedores con créditos en pesos, por sobre los derechos de propiedad de los acreedores quirografarios concurrentes con acreencias en dólares estadounidenses".

"Como fue dicho antes, han sido éstos quienes han dispuesto en abundante mayoría de capital por sobre el porcentual en dólares del total del pasivo computable".

"Destácase que la conformidad prestada por los acreedores con créditos en pesos sólo alcanza el número de seis (el 16,22% del total de 37 votos computables) y representa el 4,73% del capital computable total." (fs. 9062/ 9063).

Ninguna de las afirmaciones precedentes, ni las cifras y cálculos realizados por la cámara fueron objeto de agravio en el remedio federal. Aun cuando, unas y otros, fue-sen incorrectos, lo cierto es que sólo fueron impugnados en oportunidad de interponer el recurso de queja, pese a que se trataba de un aspecto central del pronunciamiento relativo al alto grado de adhesión que habría alcanzado el acuerdo. En efecto, en el recurso mencionado en último término, la apelante sostuvo por primera vez que:

"La Cámara homologó el acuerdo sobre la base de un dato inexacto proporcionado por el síndico Horacio R. Smokvina sobre el monto total de los créditos en dólares verificados a los bonistas (tenedores de obligaciones negociales emitidas en circulación)".

"La Cámara prescindió de las pruebas de la causa, y, basándose en el engañoso informe del síndico Smokvina, consideró que el monto total de los créditos en dólares verificados a los bonistas ascendía a U\$S 30.897.937,80, cuando dichos créditos ascendían a un importe aproximado de 256,5 millones de dólares".

"Apartándose de las constancias de la causa, la sentencia de la Cámara dijo que los bonistas, que verificaron 30 millones, habrían dado su conformidad a la propuesta por un total de 27 millones. La Cámara prescindió de las pruebas que indican que los bonistas verificados ascienden a 256 millones. La correcta consideración de esta circunstancia habría llevado a la Cámara a considerar el exiguo porcentaje de bonistas que votó a favor de la propuesta (poco más del 10%)". (fs. 506 vta./507 del recurso de queja).

Lo hasta aquí expuesto acerca de la tardía introducción de la cuestión precedentemente relatada, impide que el Tribunal pueda examinarla, pues a ello se opone una constante jurisprudencia del Tribunal que ha sido recordada en el considerando 5º de la presente.

8º) Que en relación con el agravio resumido en el punto c) del considerando 3º de la presente, acerca de que la cámara consideró que la propuesta no era abusiva, y dio por cierta la afirmación de la concursada en el sentido de que la quita alcanzaba al 80% del valor de los créditos, cabe señalar que el a quo ha dado fundamentos suficientes -se los comparte o se disienta con ellos- acerca de la ponderación de los hechos de la causa y de la aplicación de normas de derecho común, que impiden descalificar la decisión con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

En efecto, contrariamente a lo que afirma la apelante, la Cámara se atuvo a lo admitido por la propia concursada -esto es, que la quita en términos reales sería del 80%-, tras señalar que los apelantes ante el a quo habían utilizado variables muy diversas para arribar a porcentuales de quita también diversos, ".utilizando cálculos financieros que no aparecen claramente explicitados.", que oscilan entre el 92% y ".un número alarmante como es una quita del 189%, como postula el Banco de la Provincia de Buenos Aires, lo cual casi implicaría concluir que existiría una quita que alcanza valores negativos." (fs.9064).

En la propia sentencia se reconoció que ".el dato objetivo en una propuesta de acuerdo de una quita del 80%., resulta a priori perturbador, si es tomado aisladamente". En términos más contundentes aún, el a quo afirmó: "El mero ejemplo de 100 adeudados contra 20 abonados al final del 'túnel' del concurso preventivo marca suficientemente los contrastes" (fs. 9064).

Sin embargo, también fue ponderado en la decisión, que -a diferencia de la legislación anterior- la ley de concursos vigente no exige el respeto del ".piso del 40%." en la quita propuesta, sino que es el juez quien debe examinar cada situación en forma integral, y velar por el resultado que mejor se adapte a las peculiaridades de cada caso. (fs. 9065).

Así, y aun cuando pueda sostenerse que es altamente opinable la solución en este aspecto, la sentencia consideró que la quita del 80% no era abusiva si se tenían en cuenta las siguientes circunstancias, en su conjunto, lo que atempera la laxitud de alguna pauta individualmente considerada: 1º) que la concursada era un "holding" que tenía participación en otras sociedades que también se hallaban en cesación de pagos;

2º) que se permitía una reorganización de la sociedad, una importante capitalización, y la incorporación de nuevos socios que importaba ".una recomposición elíptica de su relación con las sociedades vinculadas."; 3º) que lo que se entregaba a los acreedores eran bonos o valores convertibles en acciones, con un precio "fluctuante y actualmente imponderable en forma concreta"; 4º) que la propuesta había sido aceptada por una importante mayoría de capital y una suficiente mayoría de personas; 5º) que no se había invocado que un procedimiento de "cramdown" aportaría una solución mejor; 6º) que en la hipótesis de una quiebra el valor de realización podría ser aun menor al de una propuesta compleja como la ofrecida; 7º) finalmente, que tampoco surgía de las actuaciones que la concursada se hallaba en condiciones de ofrecer a sus acreedores una propuesta más beneficiosa (fs. 9065/9066).

9º) Que, finalmente, en cuanto al agravio resumido en el punto e) del considerando 3º de la presente, mediante el que se cuestionó el hecho de que los jueces de la causa hayan autorizado la transferencia a un tercero del 81% de las acciones que Sociedad Comercial del Plata tenía en la Compañía General de Combustibles, al no ejercer aquélla su derecho de suscripción preferente, corresponde señalar que la postura de la apelante en este aspecto ha sido claramente variable -en algunos casos, incluso, contradictoria- y, en consecuencia, carece de aptitud para descalificar lo resuelto por el a quo con sustento en normas de derecho común, y en el examen de las pruebas reunidas en la causa.

En este sentido, en primer término, debe ser señalado que la señora Fiscal General en su dictamen ante el a quo no propició ninguna interpretación acerca de la ley concursal (arts.16 y 17 de la L.C.) en el sentido de que inexorablemente debía ser requerida la previa autorización del juez, y de que su ausencia acarrearía la ineficacia del acto. Por el contrario, tras reconocer que ".es una cuestión ardua." y que no es fácil ".hallar un respuesta unívoca.", expresó: ".parece inapropiado afirmar, como regla general, que la suscripción de un aumento de capital, o el no ejercicio del derecho de preferencia por un accionista en concurso preventivo, sean actos que requieran autorización judicial para ser eficaces.", ni que, en consecuencia, pueda ".predicarse su ineficacia, que es la sanción legal para los actos realizados sin autorización (art. 17 L.C.)" -ver fs. 7690/7690 vta.-.

El criterio de la señora Fiscal en este punto de derecho común, ha sido que la vía adecuada para que los acreedores puedan proteger sus derechos, ".no es atacar la eficacia del acto, sino promover una acción de responsabilidad civil, en caso de quiebra, contra los sujetos que hubie-ran participado dolosamente de la disminución de ese activo, para que indemnicen los perjuicios causados". Además, afirmó que ".resultó correcto el proceder de la jueza, de indagar sobre la operación, para determinar si le correspondía adop-tar alguna medida para preservar los derechos de los acreedo-res", pero señaló que puesto que el acto ya se había cumplido sin la autorización de aquélla, no debía emitirse pronuncia-miento alguno al respecto, sino que la cámara debía declarar abstracta la cuestión (fs.7690/7690 vta.), pues -como lo remarcó la señora Fiscal General-, una decisión sobre el pun-to tendría consecuencias ante las eventuales acciones revoca-torias que se pretendieran ejercer en la hipótesis de quiebra de la sociedad.

Con relación a los hechos concretos de la causa, lejos de impugnar lo sucedido en autos, consideró que ".a tenor de los elementos de juicio arrimados a la causa, la decisión de aprobar el aumento y luego no suscribirlo, ha sido justificada en la necesidad de inyectar fondos a la so-ciedad emisora, Compañía General de Combustibles, necesarios para superar su situación concursal y cumplir la propuesta, por lo que prima facie no se presenta como un acto perjudi-cial a los acreedores. En cambio, mantener la titularidad del 81% del paquete accionario de una empresa, que luego cae en quiebra, no hubiera beneficiado el interés de aquéllos" (fs. 7690/7691).

En el recurso extraordinario, si bien la apelante mantuvo el planteo antes relatado acerca de que la cuestión debía ser declarada abstracta, criticó la decisión de la cá-mara porque ".aprobó una operación millonaria que importaba privar a los acreedores del principal activo, aun reconocien-do que no contaba con los elementos de juicio suficientes., lo que surge del propio fallo" (fs. 8806 vta.), y en el re-curso de queja, -contrariamente a lo sostenido en aquel dic-tamen- cuestionó el hecho mismo de que en ".pleno trámite concursal Sociedad Comercial del Plata S.A. se desprendió de gran parte de su principal activo: el 81% de su paquete ac-cionario en C.G.C., a espaldas del juzgado." y, afirmó, a las claras, que el traspaso de acciones había consistido en un verdadero "fraude", con sustento en una serie de planteos que introdujo

por primera vez en dicha presentación, cuyo grado de detalle, extensión y gravedad, contrasta con las argumentaciones vertidas en el remedio federal sobre este aspecto (ver, en especial, fs. 532/532 vta.; 533 a 536; 538 vta. y sucesivas, del recurso de queja).

Por otra parte, el cuestionamiento relativo a que el a quo autorizó la transferencia de las acciones, pese a reconocer que resolvía este punto sin contar con suficientes elementos de juicio, no se compadece con lo que resulta de la simple lectura de la sentencia y, por lo tanto, no puede ser admitido.

En efecto, el raciocinio del a quo partió de la premisa de que actos de esta naturaleza sí requerían autorización judicial, en los términos de los arts. 16 y 17 de la L.C., pues afectan el activo de la sociedad. Por esta razón, ponderó el conjunto de circunstancias que, a su juicio, permitían concluir que aunque el acto se había producido sin una autorización previa de los jueces, resultaba beneficioso para los acreedores.

En este sentido, no puede ser obviado que, la cámara afirmó que quienes ".han cuestionado la operación no critican la incorporación de un nuevo socio a.[la Compañía General de Combustibles], sino que se alzaron en función del precio ofrecido por Explore Acquisition Corporation, en cuanto consideran que no responde al valor de mercado de la compañía petrolera" (fs. 9043), razón por la cual en el caso se ha intentado fijar dicho valor ".mediante el pedido de informes a los síndicos, a la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y a dos estimadores designados de oficio por el juzgado de primera instancia" (fs. 9044).

Agregó, que la pretensión de someter la fijación del "valor de mercado" a una compulsión de bancos de inversión o consultoras especializadas, abriendo una suerte de "licitación judicial internacional", sería inabordable, se prolongaría indefinidamente en el tiempo y no resultaría imprescindible, puesto que en el caso se habían colectado "bastantes elementos de ponderación" que permitían resolver la cuestión (fs. 9044 a 9046).

Así, la cámara, con cita de una serie de distintos criterios de valuación a los que hace referencia la doctrina, recordó que no existe ".una cifra única que refleje de forma

contundente y equitativa el valor de una empresa"; destacó que ".el valor de una petrolera in solvens no es igual a otra que se encuentra concursada, con lo cual indudablemente incide en el precio de la acción y en el valor de la empresa en su conjunto"; expuso datos que podían influir negativamente en el valor de la Compañía General de Combustibles, y ponderó que no podía sostenerse que se trató de ".insolventar.[el] patrimonio en el marco de este concurso preventivo", pues el grupo societario intentó vender aquella compañía en el año 2000, sin obtener resultados favorables. Sobre estas bases, el a quo concluyó que teniendo en cuenta que el valor actual de la compañía -altamente endeudada y en concurso preventivo- era de 120 millones de pesos, según lo informado por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, por las sindicaturas, y de acuerdo con lo dictaminado por los estimadores designados en estos autos, resultaba aceptable la suscripción del 81% de las acciones por un valor de 70 millones de pesos, aunque en la causa se hubiese sostenido que el patrimonio neto proyectado "post homologación" sería de 970 millones de pesos (ver fs.9046 a 9049).

Por lo hasta aquí relatado, y como ya se adelantó, aunque no se concuerde con la conclusión de la sentencia, se desvanece por completo la pretensión de que aquella sea descalificada como acto judicial, con sustento en que el a quo se habría expedido pese a la admisión de que en la causa no existían suficientes elementos de juicio para fijar el valor de las acciones de la Compañía General de Combustibles.

Tampoco resulta contundente para variar la solución del a quo, la alegación de que la autorización otorgada por la cámara cierra toda futura discusión sobre el acto, pues además de que se trata de un punto regido por normas de derecho común (arts. 119 y 121 de la Ley de Concursos), constituye un agravio conjetural, en tanto -como lo expresa la señora Fiscal General- dicha consecuencia se produciría ante la eventual situación de quiebra de la sociedad.

10) Que, los agravios contenidos en el recurso extraordinario interpuesto por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, relativos a que se homologó una propuesta que el apelante considera abusiva o en fraude a la ley, y discriminatoria (ver considerando 4º de la presente), no pueden ser admitidos, pues revelan el simple disenso de aquél con la aplicación al caso de normas de derecho común, sin que a juicio de esta Corte se

configure un supuesto excepcional que habilite su jurisdicción, en los términos de la jurisprudencia citada en el considerando 5º de esta sentencia.

Por ello, declara inadmisibile el recurso de queja inter-puesto y se rechazan los recursos extraordinarios deducidos por la señora Fiscal General (fs. 8785/8809), y por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 8746/8784). Notifíquese, y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Me adhiero a la resolución propuesta por los jueces Petracchi y Maqueda. También doy por reproducida la descripción del caso y de los agravios propuestos a esta Corte por la señora Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que mis colegas han practicado en su voto.

2º) Toda vez que los planteos de los apelantes se sustentan en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, es pertinente recordar que, tal como lo he señalado en otra oportunidad (ver mi voto en "Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado -causa N° 29/05-", sentencia del 8 de abril de 2008), la doctrina citada fue creada por esta Corte para anular sentencias que, por carecer de los elementos mínimos que la constituyen como tal, se traducen en una agresión directa del artículo 18 de la Constitución Nacional por cuanto niega a la persona afectada la instancia judicial o "juicio" a que tiene derecho para defender sus intereses. Por lo tanto, dicha doctrina no otorga ningún fundamento para intervenir en procesos que han sido fallados con sustento en el derecho común y no han resuelto ninguno de los puntos mencionados en el artículo 14 de la ley 48. El respeto a esta restricción, viene impuesto por la Constitución cuando se trata de pronunciamientos de tribunales provinciales (artículo 75.12 y 116 de la

Constitución Nacional) y por una ley del Congreso en lo concerniente a sentencias dictadas por tribunales nacionales (artículo 6° de la ley 4055).

3°) En el caso, la sentencia apelada no ha resuelto ninguna cuestión directamente regida por la Constitución Nacional o la legislación federal. Por otra parte, el voto formulado por los jueces Petracchi y Maqueda ofrece una extensa demostración de que el pronunciamiento recurrido ha tratado y resuelto fundadamente cada uno de los puntos sometidos a su decisión y nada indica que los integrantes de la cámara de apelaciones hayan actuado con el propósito de imponer sus propias preferencias con desconocimiento de las que se encuentran establecidas por la ley o la Constitución. En tales condiciones, la revocación del fallo en esta instancia sólo reflejaría la diversa opinión sobre cuestiones de hecho o derecho común, pero sin conexión directa con la preservación del derecho federal. Debe concluirse entonces que el caso está más allá de la competencia de esta Corte.

Por ello, se declara inadmisibile el recurso de queja interpuesto y se rechazan los recursos extraordinarios deducidos por la señora Fiscal General (fs. 8785/8809), y por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 8746/8784).
Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recursos extraordinarios deducidos por: el Banco de la Provincia de Buenos Aires, representado por el Dr. Patricio Enrique Langner, con el patrocinio letrado del Dr. Gonzalo Oscar Pérez, y Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Traslado contestado por: Sociedad Comercial del Plata, representada por el Dr. Jorge O. López; Gerardo José Faletty, síndico verificante, con el patrocinio letrado de los Dres. Miguel Eduardo Rubin y Oscar José Pezzana; Marta Cecilia Estevez y Juan Lázaro Musante, síndicos verificantes; Jorge Carlos Risso, síndico controlador, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Cecilia Risso y el Dr. Juan Antonio Vergara del Carril y Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Recurso de hecho deducido por Alejandra M. Gils Carbó, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Tribunal de origen: Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Comercial n° 15.

The logo for microJuris.com is displayed on a blue gradient background. It features the text "microJuris.com" in a sans-serif font, with a small icon of a grid of dots to the left of the word "micro".

Voces: CONCURSOS - SINDICO DE CONCURSOS Y QUIEBRAS - SANCIONES PROCESALES - APERCIBIMIENTO - PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO - HOMOLOGACIÓN - FACULTADES DEL JUEZ - PROPUESTA ABUSIVA

Partes: Cooperativa de Crédito Pampero Limitada s/ concurso preventivo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala/Juzgado: F

Fecha: 28-abr-2011

Cita: MJ-JU-M-66165-AR | MJJ66165 | MJJ66165

La propuesta dirigida a los acreedores privilegiados, que fuera aceptada por un único acreedor, consistente en abonar los créditos verificados con una quita del 70%, en el plazo de dos años y con una espera de dos años a partir de la fecha de la homologación, sin intereses, vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito.

Sumario:

1.-Antes de imponerle una sanción al síndico, debe otorgársele la posibilidad de formular una suerte de explicación y/o descargo con anterioridad al dictado del referido pronunciamiento, permitiéndosele el amplio ejercicio de su derecho de defensa frente a las graves consecuencias de índole profesional, patrimonial y moral que la sanción le puede traer aparejada.

2.-La necesidad de escuchar al síndico antes de imponerle una sanción, no quiere significar que el magistrado no pueda disponer directamente, una vez formada opinión sobre la conducta de un funcionario sometido a su potestad disciplinaria, la pena que juzgue procedente; mas debe tratarse de conciliar tal prerrogativa con un temperamento prudencial, que, contemplando las circunstancias particulares de personas, tiempo y lugar, y el tenor del reproche (arg. arts. 512 CCiv.), adopte un curso de acción en el proceso, que aleje la posibilidad de ulterior invocación de privación del ejercicio del derecho de defensa.

3.-La omisión de la previa vista al afectado, no conlleva la descalificación per se del acto jurisdiccional que le impuso una sanción al síndico y ello así, desde que este funcionario puede brindar ex post facto su versión de los hechos, al plantear la revocatoria de la penalidad, lo que a su vez, aleja la situación de colocar al tribunal en la tarea de expedirse sobre cuestiones que no hayan sido planteadas al juez de grado.

4.-En materia de imposición de sanciones al funcionario concursal, cualquier situación de duda habrá de jugar a favor del afectado, puesto que aunque el régimen

disciplinario no es ámbito propio del derecho penal, se aplican sus principios basales, sobre todo los que hacen a la garantía del debido proceso.

5.-El deber de responsabilidad del síndico es correlativo a la función que se le asigna, la que debe ser cumplida con eficiencia y conforme a los fines para los que fue creada. Su incumplimiento, entonces, apareja la aplicación de sanciones que deberán ajustarse a diversos factores, tales como los antecedentes del caso, la actuación del funcionario, su conducta, la gravedad del hecho imputado, la razonabilidad en la aplicación de la sanción, en la que debe encontrarse subsumida la regla de gradualidad y proporcionalidad .

6.-La negligencia, se configura por medio de un dejar de hacer aquello a que se está obligado por disposición del juez o de la ley, en el modo, tiempo y lugar en el que se debe hacer, tratándose de una conducta caracterizada por el abandono y la dejadez, la mora y la desatención en el cumplimiento de los deberes pertinentes. Por su parte, el mal desempeño, consiste en un hacer inadecuado, vinculándose así con el cumplimiento defectuoso. No se trata de un no hacer o hacer fuera de tiempo la tarea, sino de llevarla a cabo de manera formal, pero desenfocada respecto de lo que la ley exige, ya sea de modo expreso, ya a través de la finalidad implícita. Finalmente, la falta grave se comete transgrediendo una prohibición, que puede ser explícita o implícita en la ley.

7.-Habiéndose constatado con la Superintendencia del Tribunal que el síndico carece de antecedentes disciplinarios en su legajo personal, atendiendo a la regla de proporcionalidad y gradualidad de las penas, cabrá morigerar la sanción dispuesta en la anterior instancia a un llamado de atención, sin perjuicio de exhortarlo para que en lo sucesivo lleve adelante sus funciones con la diligencia y celeridad que las circunstancias imponen.

8.-El art. 47 de la ley 24522 ha previsto la posibilidad de acordar un modo de pago con los acreedores de privilegio especial para los que se exige la unanimidad. Tal acuerdo, como es evidente, sólo puede hacerse con los acreedores presentados y reconocidos como tales en el proceso concursal.

9.-Resulta claro que la unanimidad exigida por el art. 47 de la ley 24522 refiere a los acreedores verificados y admisibles presentados tempestivamente, porque a su vez se establece un trámite complejo previo, que incluye la categorización de los distintos pretensores que hace el deudor e incide en el tipo de acuerdo que va a ofrecer en orden a la naturaleza de los créditos, la resolución judicial que fija definitivamente tales categorías y los acreedores comprendidos, así como la composición del comité controlador del acuerdo integrado con representantes de las distintas categorías (LC. 41 y 42). De allí que, mal puede exigirse que la unanimidad se complemente ulteriormente con los acreedores de presentación tardía.

10.-El juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no sólo sobre la base de su conveniencia económica -respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros- sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo.

11.-Los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor.

12.-No obstante lo que pareciera resultar del texto actual del art. 52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales. Ello así toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad.

13.-El texto del art. 52, apartado 4 LCQ, según el criterio impuesto por la ley 25589 , impone ahora al juez la obligación de no homologar en ningún caso una propuesta abusiva o en fraude a la ley y en rigor, como advirtió en su momento la

mayoría de la doctrina nacional, el juez nunca perdió sus facultades homologatorias desde la ley 11719 hasta el régimen actual: por ello, no debe homologar el acuerdo cuando se trata de la consumación de un fraude.

14.-Procede, en uso de las facultades legales que ostenta el juez al momento de decidir sobre la homologación, juzgar la presencia o ausencia de ...todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

15.-La terminología que emplea el art. 52:4 de la LCQ, a la larga, constituye un estándar cuya valoración deberá realizarse en el caso concreto y esa facultad conduce a estimar la relatividad de la imposición de homologación que prevén los incisos 1. y 2. a). del art. 52 LCQ que deberán pasar, a criterio del juez, por el tamiz que contempla el inciso 4°. Al emitir pronunciamiento sobre la homologación del acuerdo, en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento sobre el particular, el juez se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva abuso o fraude, situación frente a la que deberá denegar la homologación.

16.-El ejercicio antifuncional que configura el abuso puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales, como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece (e impone) a sus acreedores. Y aunque conceptualmente puede distinguirse entre ambos institutos, parece que en algún punto el abuso y el fraude a la ley se confunden, se vinculan tan estrechamente que no es posible escindirlos.

17.-Los precedentes jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina resultan contestes en punto a que la consideración de una propuesta como fraudulenta o abusiva es cuestión que debe apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y, particularmente, atendiendo a las distintas órbitas de intereses comprometidos.

18.-No es posible admitir la mera alegación de ejercicio abusivo de un derecho o configuración de fraude sin un perjuicio cierto o potencial, pues la actividad jurisdiccional cumple en esta materia también una función correctiva del desvío en

forma preventiva, correspondiendo al juez anticipar los efectos perjudiciales del fraude o abuso, sea actuando oficiosamente o a requerimiento de cualquiera de los legitimados por el art. 50 LCQ, sin desconocer la facultad que asiste al Ministerio Público (art. 276 LCQ).

19.-El art. 52 inc. 4º de la ley 24522 se halla orientado a la protección de los acreedores, quienes ya han sido reconocidos como tales y, principalmente, aquellos cuyos créditos se hallan pendientes de incorporación y, más aún, los que todavía no se han insinuado. Si se tiene en cuenta entonces el universo de posibles afectados, cobra sentido la calificación de la actividad jurisdiccional como tutelar preventiva y también adquiere significado la aseveración consistente en que el abuso debe consistir en la producción de algún perjuicio a los acreedores, intencionalmente, con el propósito de infligirles un detrimento patrimonial y su contrapartida, el beneficio consiguiente para el deudor concursado.

20.-Si bien en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ. No obstante ello, se ha recurrido a otra solución que se revela como más práctica: la denominada tercera vía. En esta situación, aún en aquellos supuestos en los que debe aplicarse el procedimiento de salvataje que contempla el art. 48 LCQ, se ha postulado que el juez no debe declarar la quiebra inmediatamente sino que puede: (i) reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b) del ordenamiento concursal, o (ii) fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad.

21.-La propuesta dirigida a los acreedores privilegiados, que fuera aceptada por un único acreedor consiste en abonar los créditos verificados con una quita del 70%, en el plazo de dos años y con una espera de dos años a partir de la fecha de la homologación del acuerdo, sin intereses, vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito. Y la homologación del acuerdo que implica desvirtuar la eficacia de los medios compulsivos con que cuentan los acreedores para hacer valer sus

derechos, va más allá de su particular interés, para convertirse en una cuestión que afecta al interés general. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Buenos Aires, 28 de abril de 2011.

Y Vistos:

1.(i)Apeló subsidiariamente la sindicatura contra la decisión de fs. 416/9 - mantenida en fs. 430- en cuanto el magistrado de grado le aplicó una sanción de apercibimiento.

Los fundamentos obran en fs. 428/9.

(ii)Asimismo, apeló la concursada contra la decisión de fs. 416/9 en cuanto el a quo si bien dispuso la homologación del acuerdo respecto de los acreedores laborales, juzgó que el mismo no sería oponible para otros acreedores de igual categoría que con posterioridad obtuviesen su ingreso al pasivo concursal, señalando que ello sería juzgado en la oportunidad correspondiente.

2.La Sra. Fiscal ante esta Cámara, dictaminó en fs. 502/4. Sostuvo que: (i)la sanción aplicada al síndico debía ser dejada sin efecto, señalando que, en forma previa, debía darse una vista al afectado en relación a la falta imputada y, (ii)la homologación del acuerdo celebrado con el único acreedor con privilegio laboral verificado no producirá efectos respecto de acreedores con esa graduación que se verifiquen con posterioridad.

3.El recurso del síndico:

Cabe destacar a modo introductorio, que resulta exacto lo apuntado por la señora Fiscal de Cámara en cuanto a que no se le brindó al síndico la posibilidad de formular una suerte de explicación y/o descargo con anterioridad al dictado del pronunciamiento en análisis.

En efecto, debió permitírsele el amplio ejercicio de su derecho de defensa frente a las graves consecuencias de índole profesional, patrimonial y moral que la sanción le puede traer aparejada.

Entiéndase que no quiere significarse con lo dicho, que el magistrado no pueda disponer directamente, una vez formada opinión sobre la conducta de un funcionario sometido a su potestad disciplinaria, la pena que juzgue procedente; mas debe tratarse de conciliar tal prerrogativa con un temperamento prudencial, que, contemplando las circunstancias particulares de personas, tiempo y lugar, y el tenor del reproche (arg. arts. 512 Cód.Civil), adopte un curso de acción en el proceso, que aleje la posibilidad de ulterior invocación de privación del ejercicio del derecho de defensa.

Sin embargo, la omisión de la previa vista al afectado, no conllevará en el caso en análisis, la descalificación per se del acto jurisdiccional como tal. Ello así, desde que el síndico pudo brindar ex post facto su versión de los hechos, al plantear la revocatoria de la penalidad (v., fs. 428/9); lo que a su vez, aleja la situación de colocar a este Tribunal en la tarea de expedirse sobre cuestiones que no hayan sido planteadas al juez de grado (cpr. 277), en sentido análogo, esta Sala, 4.5.10, "Egamedi SA (ex Biz Makers SA) s/ quiebra s/ incidente de apelación (art. 250 CPCC)").

Por el particular contexto fáctico apuntado, cualquier situación de duda habrá de jugar a favor del afectado, puesto que aunque el régimen disciplinario no es ámbito propio del Derecho Penal, se aplican sus principios basales, sobre todo los que hacen a la garantía del debido proceso (arg. mutatis mutandi, CNCom. en pleno, 27.8.88, "Armadores Argentinos SA s/calif. Conducta" y art. 3 C.P.P.N.).

4.(i)Zanjada tal cuestión preliminar, cabe señalar que tiene dicho esta Sala que, como pauta orientadora, se debe partir de la premisa que el deber de responsabilidad del síndico es correlativo a la función que se le asigna, la que debe ser cumplida con eficiencia y conforme a los fines para los que fue creada. Su incumplimiento, entonces, apareja la aplicación de sanciones que deberán ajustarse a diversos factores, tales como los antecedentes del caso, la actuación del funcionario, su conducta, la gravedad del hecho imputado, la razonabilidad en la aplicación de la sanción, en la que debe encontrarse subsumida la regla de gradualidad y proporcionalidad (conf.esta Sala,

22.6.10 "Perez José Luis s/concurso preventivo s/ incidente de remoción"; en igual sentido, Sala B, 6.3.95, "Zadicoff s/quiebra" LL 1995-D, 566; íd., 23.3.94, "Canale, Rodolfo s/quiebra" -dict. Fiscal 60884-; Sala C, 30.11.95, "Tex-tail SRL s/inc." -dict. Fiscal 74055-; íd., 31.8.99, "Crawford Keen y Cia. s/quiebra" del 20/02/1992).

Ahora bien, en tanto el art. 255 LCQ señala como causales para la aplicación de sanciones, la negligencia, la falta grave y el mal desempeño, convendrá formular una somera aproximación semántica, antes de proseguir con el análisis puntual de la conducta del funcionario.

La negligencia, se configura por medio de un dejar de hacer aquello a que se está obligado por disposición del juez o de la ley, en el modo, tiempo y lugar en el que se debe hacer. Se trata de una conducta caracterizada por el abandono y la dejadez, la mora y la desatención en el cumplimiento de los deberes pertinentes (conf. Segal, R., "Sindicatura concursal", Edit. De Palma, 1978, pág. 253).

El mal desempeño, consiste en un hacer inadecuado, vinculándose así con el cumplimiento defectuoso. No se trata de un "no hacer" o "hacer fuera de tiempo" la tarea, sino de llevarla a cabo de manera formal, pero desenfocada respecto de lo que la ley exige, ya sea de modo expreso, ya a través de la finalidad implícita (conf. Rubín, M. "Régimen disciplinario de los síndicos concursales", en Rev. ED. 18.4.2000).

Finalmente, la falta grave se comete transgrediendo una prohibición, que puede ser explícita o implícita en la ley.

(ii).Se impone entonces, un análisis contextual y global de la conducta asumida en el proceso concursal por el Contador Di Martino, que permita discernir su desempeño en una visión superadora de la mera evaluación fragmentaria de hechos aislados.

En primer lugar, advierte esta Sala que la propia sindicatura reconoce que en la presentación de fs.424 incurrió en un error de cálculos de las mayorías debido a una ".interpretación errónea." de lo dispuesto por el magistrado de grado con fecha 11.9.09 (sic., fs. 428 vta), solicitando las disculpas del caso.

En virtud de dicho yerro procedió a integrar en la categoría de acreedores fiscales con régimen específico a la totalidad de los acreedores fiscales, sin excluir a los acreedores "Dirección Provincia de San Luis" y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

A partir de lo expuesto supra, surge con claridad que si bien el funcionario reconoce el error en que incurriera, dicha conducta debe ser evaluada conforme se señalara precedentemente en un contexto global de la postura asumida en el proceso concursal por el Contador Di Martino.

Con tal entendimiento y, habiéndose constatado con la Superintendencia de este Tribunal que el Contador Di Martino carece de antecedentes disciplinarios en su legajo personal, atendiendo a la regla de proporcionalidad y gradualidad de las penas, cabrá morigerar la sanción dispuesta en la anterior instancia a un llamado de atención, exhortándolo para que en lo sucesivo lleve adelante sus funciones con la diligencia y celeridad que las circunstancias imponen.

5.El recurso de la concursada:

(i) Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la situación dada en el sub examine, se encuentra regulada en el artículo 47 de la ley 24.522, donde se ha previsto la posibilidad de acordar un modo de pago con los acreedores de privilegio especial para los que se exige la unanimidad. Tal acuerdo, como es evidente, sólo puede hacerse con los acreedores presentados y reconocidos como tales en el proceso concursal. Resulta claro que la unanimidad exigida por la norma en análisis refiere a los acreedores verificados y admisibles presentados tempestivamente, porque a su vez se establece un trámite complejo previo, que incluye la categorización de los distintos pretensores que hace el deudor e incide en el tipo de acuerdo que va a ofrecer en orden a la naturaleza de los créditos, la resolución judicial que fija definitivamente tales categorías y los acreedores comprendidos, así como la composición del comité controlador del acuerdo integrado con representantes de las distintas categorías (LC. 41 y 42).

De allí que, mal puede exigirse que la unanimidad se complemente ulteriormente con los acreedores de presentación tardía (CSJN, 15.4.04, "Florio y Compañía I.C.S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de crédito por Niz Adolfo Ramón").

Por otro lado, lo juzgado por el magistrado de grado afecta la sentencia judicial que tiene por homologado tal acuerdo, al quedar sujeta a una situación de inestabilidad permanente por la aparición de nuevos acreedores de tal categoría que podrían no aceptar la propuesta, generando ello una evidente alteración del principio de seguridad jurídica, pilar básico de la función jurisdiccional.

(ii) Como señala Germán J. Bidart Campos, nos hallamos ante un "precedente" que por delante desata la imitación, o sea, que sirve de pauta para resolver de manera equivalente una cuestión semejante en casos posteriores y futuros . estamos ante el fenómeno de la ejemplaridad ("La Corte Suprema", pág. 24, Publica Internacional S.A., Bs.As., 1982).

Y aún cuando el citado pronunciamiento no resulta vinculante para esta Sala - puesto que los magistrados gozan de una incuestionable libertad de juicio en sus decisiones (fallos, 212:59)-, lo cierto es que existe un deber moral de conformar sus decisiones a los fallos del alto tribunal (Fallos, 25:36). Ello, claro está, si no median motivos excepcionales que por su gravedad permitan soslayar esa exigencia.

De otro lado, razones de economía procesal -que benefician a los propios justiciables, evitando una dilación inútil del proceso- también aconsejan el seguimiento de los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mentado fallo.

Por consiguiente, tratándose de un caso similar al estudiado por el Alto Tribunal, debe revocarse la decisión de fs. 416/9 en lo que fue materia de agravio.

Finalmente, sólo cabe señalar que el fallo en análisis resulta posterior a la promulgación de la ley 25.589 .

6. En virtud de lo expuesto precedentemente, cabe concluir que la propuesta que fuera votada favorablemente por el único acreedor con privilegio laboral producirá efectos respecto de acreedores con esa graduación que se verifiquen con posterioridad. En dicho contexto, y teniendo en consideración las particularidades del sub examine, cabe analizar si la propuesta efectuada por la concursada respecto de los eventuales acreedores con privilegio laboral resulta encuadrable dentro de la LC:52:4.

En este marco, es preciso recordar que el juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no sólo sobre la base de su conveniencia económica -respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros- sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo (Sala D, 16.12.86, "Ediciones Mercurio (sociedad de hecho) s/ quiebra").

En esta dirección se orientó la decisión dictada por la colega Sala C en el caso "Línea Vanguard SA" de fecha 4.9.01. En dichas actuaciones, en concordancia con el dictamen de la Sra. Fiscal General, se descartó la interpretación formulada, con base en el espíritu de la legislación entonces vigente, según la cual los acreedores serían los únicos que estarían en situación de decidir sobre lo que mejor se ajusta a su propio interés o conveniencia sin que los jueces se encuentren habilitados para juzgar sobre esa decisión.

Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados -y aún constreñidos- a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del deudor.

Síguese de lo expuesto que, no obstante lo que pareciera resultar del texto actual del art.52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales.

Ello así toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad (considerando 5º y sus citas del precedente citado).

El texto del art. 52, apartado 4 LCQ, según el criterio impuesto por la ley 25.589, impone ahora al juez la obligación de no homologar en ningún caso una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

En rigor, como advirtió en su momento la mayoría de la doctrina nacional, el juez nunca perdió sus facultades homologatorias desde la ley 11.719 hasta el régimen actual: por ello, no debe homologar el acuerdo cuando se trata de la consumación de un fraude (Julio César Rivera - Daniel Roque Vitolo, Comentario al proyecto de la ley de concursos y quiebras, p. 48; Adolfo A. N. Rouillon; Régimen de Concursos y Quiebras ley 24.522, p. 128; Mauricio Boretto, Las facultades legales del juez concursal con respecto a la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera, E.D. 197-210; Héctor Alegría, Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (Ley 25.589), L.L. sup. especial Reformas a la Ley de Concursos (25.589), junio 2002, p. 8; Ricardo S. Prono y Mariano R. Prono, La novísima legislación de Concursos y Quiebras. Algunas consideraciones sobre la Ley n° 25.589, rev. cit., p. 28; Ignacio A. Escuti (h), Los poderes del juez concursal en la ley 24.522, E.D. T. 164-1137 ; Pablo D. Heredia, ob. cit. t. 2 p.210).

En esa línea, varios autores destacaron que aún bajo el régimen originario de la ley 24.522 no era tolerable el abuso del derecho ni el fraude, por lo que el magistrado debía abstenerse de homologar el acuerdo obtenido si el mismo violaba los estándares de los arts. 953 y 1071 del cód. civ. y normas concordantes (Fassi- Gebhardt, Concursos y Quiebras, 6ta. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 173; García Martínez, Roberto, La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos, ED 164-1250 ; Grispo, Jorge D., "Homologación del concordato y facultades del magistrado", ED 197-761; Lorente, Javier, Ley de concursos y quiebras, Gowa, Buenos Aires, 2000 p. 558; Mosso, Guillermo El juez concursal ante la homologación del acuerdo preventivo ED 176-969; Monti, José L., El concordato como negocio jurídico.

Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso, LL 2000-F-1089, entre muchos otros).

Estas facultades del juez fueron también reivindicadas por la jurisprudencia al rechazar en no pocos casos la homologación de acuerdo abusivos (Com. D, 19.12.95, "Banco Extrader SA s/quiebra", L.L.1997-E-247; Com. C, 27-10-95, "La Naviera Línea Arg. de Navegación Marítima y Fluvial s/Quiebra" BJCNCCom. N° 5 año 1995; Com. B, 3.9.96, "Coviello, Francisca M. s/Quiebra", Rev. de Derecho Privado y Comunitario n° 13, sección jurisprudencia, Concursos, pág. 411; Com. A, 9.4.97, "Btsh, José David s/Quiebra", E.D. 175-172; Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros, Mendoza, 25.9.98, "Frannino Industrias Metalúrgicas SAACIF, p/ Conc, prev.", Rev. de Derecho Privado y Comunitario n° 20, sección jurisprudencia, Concursos, p. 385; Primer Juzgado de Procesos Concursales, 22/5/97; "Martín S.A. Pedro y José", con nota de Ariel A. Dasso, La primera homologación de un cramdown, JA 1997-IV-162.; Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de Mendoza, 22.3.02, "Pedro López e Hijos S.A. p/concurso preventivo", expte.N° 5759, Rev. de Derecho Privado y Comunitario", 2002-1 Emergencia y Pesificación, p. 700; Com. B, 30-4-01, "Invermar SA s/concurso preventivo", Rev. de Derecho Privado y Comunitario n° 2001-3, sección jurisprudencia, área Concursos, p. 654).

Por lo demás, y como es sabido, la reforma de la ley 25.589 hizo explícitas aquéllas facultades, disponiendo en el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522 que "En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley" (Julio César Rivera, Instituciones de Derecho Concursal, T° I, p. 478; Roberto García Martínez, La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos, E.D. T. 164-1249 ; Pablo C. Barbieri, Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la Ley 25.589, L.L. sup. especial Reformas a la Ley de Concursos (25.589), junio 2002, p. 41)

Procede, así, ingresar en el análisis de la propuesta efectuando un control que trascienda la mera legalidad formal, pues ello viene impuesto por los principios que fluyen de los arts. 953 y 1071 del cód. civil y del hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico (Juzgado

Comercial n° 13, 14.9.2005, "Micro Ómnibus Norte S.A. - MONSA- s/acuerdo preventivo extrajudicial" -firme-).

La solución contraria, por lo demás, importaría renunciar al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional. Como ha sido dicho, le cabe siempre al Poder Judicial decidir si la solución consensuada a que se arribara con las conformidades de la mayoría, lo es sin los vicios descalificantes establecidos por criterios éticos y de equidad (Porcelli, Luis A., "No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", L.L. 2002-D Sec. Doctrina, p.979); y que tal atribución legal debe ser ejercida sea a instancia de parte o aún de oficio (Rubín, Miguel Eduardo, Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589. Un hito en la evolución del Derecho Concursal Argentino, E.D. 198-964).

De allí que procede, en síntesis, en uso de las facultades legales que ostenta el juez al momento de decidir sobre la homologación, juzgar la presencia o ausencia de "todos los elementos que hacen a la corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico." (Alegría, Héctor: "Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial", Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley noviembre 2004, p. 61).

La terminología que emplea el art. 52:4 de la LCQ, a la larga, constituye un estándar cuya valoración deberá realizarse en el caso concreto (Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval Carlos "El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25589", ED 198:676)

Y esa facultad conduce a estimar la relatividad de la imposición de homologación que prevén los incisos 1. y 2. a). del art. 52 LCQ que deberán pasar, a criterio del juez, por el tamiz que contempla el inciso 4°. Al emitir pronunciamiento sobre la homologación del acuerdo, en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento sobre el particular, el juez se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva abuso o fraude, situación frente a la que deberá denegar la homologación.

La noción de ejercicio antifuncional (o disfuncional) de los derechos ha sido objeto de profundos estudios de la doctrina nacional y, a partir de esa elaboración, fecundamente aplicada por los tribunales de todas las instancias.

Truffat ha ofrecido, a partir del pensamiento de Alfredo Orgaz, una definición del abuso del derecho, comprensiva de los perfiles que han sido asignados al instituto: existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal que contraría los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres (E. Daniel Truffat, "Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LC:52 , inc 4)", ED 198:762.).

Conforme el criterio aludido el ejercicio antifuncional que configura el abuso puede presentarse tanto frente a la liquidación de los pasivos concursales, como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece (e impone) a sus acreedores. Y aunque conceptualmente puede distinguirse entre ambos institutos, parece que en algún punto el abuso y el fraude a la ley se confunden, se vinculan tan estrechamente que no es posible escindirlos. Esta afirmación, que no reviste mayor importancia para la cuestión analizada, quedará aclarada seguidamente.

Los precedentes jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina resultan contestes en punto a que la consideración de una propuesta como fraudulenta o abusiva es cuestión que debe apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y, particularmente, atendiendo a las distintas órbitas de intereses comprometidos. Queda claro que esa apreciación debe tener, por lo tanto, un contenido concreto. En otros términos: que alguno o algunos sujetos deben resultar merecedores de la protección que la ley dispensa, en tanto se hallen expuestos a experimentar daños generados por el obrar abusivo o fraudulento de su deudor concursado.

No es posible admitir, en esa dirección, la mera alegación de ejercicio abusivo de un derecho o configuración de fraude sin un perjuicio cierto o potencial, pues la actividad jurisdiccional cumple en esta materia también una función correctiva del desvío en forma preventiva. Corresponde al juez anticipar los efectos perjudiciales del

fraude o abuso, sea actuando oficiosamente o a requerimiento de cualquiera de los legitimados por el art.50 LCQ, sin desconocer la facultad que asiste al Ministerio Público (art. 276 LCQ).

Pues bien: el art. 52:4º se halla orientado a la protección de los acreedores, quienes ya han sido reconocidos como tales y, principalmente, aquellos cuyos créditos se hallan pendientes de incorporación y, más aún, los que todavía no se han insinuado. Si se tiene en cuenta entonces el universo de posibles afectados, cobra sentido la calificación de la actividad jurisdiccional que venimos examinando como tutelar preventiva. Y también adquiere significado la aseveración hecha al final del apartado anterior: el abuso debe consistir en la producción de algún perjuicio a los acreedores, intencionalmente, con el propósito de infligirles un detrimento patrimonial y su contrapartida, el beneficio consiguiente para el deudor concursado.

En oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ.

No obstante, se ha recurrido a otra solución que se revela como más práctica: la denominada tercera vía. En esta situación, aún en aquellos supuestos en los que debe aplicarse el procedimiento de salvataje que contempla el art. 48 LCQ, se ha postulado que el juez no debe declarar la quiebra inmediatamente sino que puede: (i) reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b) del ordenamiento concursal, o (ii) fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad.

Esta última solución es la que esta Sala juzga aplicable al sub examine (cfr. CNCom., Sala C, "Línea Vanguard " del 04.09.01; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No.13, -firme- "Micro Ómnibus Norte SA -MONSA-s/Acuerdo Preventivo Extrajudicial" del 14.9.2005).

Así enfocada la cuestión, cabe recordar que la propuesta dirigida a los acreedores privilegiados, que fuera aceptada por un único acreedor consiste en abonar

los créditos verificados con una quita del 70%, en el plazo de dos años y con una espera de dos años a partir de la fecha de la homologación del acuerdo, sin intereses.

Consecuentemente, evaluadas las circunstancias del caso, cabe concluir que la propuesta ofrecida vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito. Y la homologación del acuerdo que implica desvirtuar la eficacia de los medios compulsivos con que cuentan los acreedores para hacer valer sus derechos, va más allá de su particular interés, para convertirse en una cuestión que afecta al interés general.

7. Corolario de lo expuesto, oída la señora Fiscal de Cámara, se resuelve:

(i) modificar el decisorio apelado en cuanto fijó una sanción de apercibimiento, disponiendo la aplicación de un llamado de atención al Contador Roberto Di Martino.

(ii) revocar la decisión de fs. 416/9 en relación al agravio individualizado en el pto. 1 (ii) de este decisorio.

(iii) imponer las costas correspondientes a esta instancia en el orden causado, atento la forma en que se decide.

(iv) encomendar al Sr. Juez de Grado adopte las medidas necesarias a efectos de disponer conforme lo aquí resuelto.

Notifíquese a las partes, a la Sra. Fiscal General en su despacho.

Fecho, devuélvase.

El doctor Juan Manuel Ojea Quintana no interviene en la presente decisión por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Rafael F. Barreiro, Alejandra N. Tevez.

Ante mí: María Florencia Estevarena.

Es copia del original que corre a fs.de los autos de la materia.

María Florencia Estevarena

Secretaria

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Rasetto, Lucía María
E-mail:	Lucia_rasetto87@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“El abuso del derecho en los acuerdos preventivos”
Título del TFG en inglés	“The abuse of law in preventive agreements”
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Marcos Alladio, Sebastian Nini
Fecha de último coloquio con la CAE	09 de Mayo de 2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Trabajo Final de Graduación en tipo PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Rasetto, Lucía María

Firma del Alumno