

Acuerdo Preventivo Extrajudicial Rechazo In Limine Actividad Financiera Intermediación Financiera Ley De Entidades Financieras

JURISPRUDENCIA

Acuerdo preventivo extrajudicial. Rechazo in limine. Actividad

financiera. Intermediación financiera. Ley de Entidades Financieras Se rechaza "in limine" la solicitud de apertura del procedimiento de homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial (APE), en los términos de los artículos 69 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras, a una empresa que se dedica de manera irregular a la actividad financiera, puesto que la Ley de Entidades Financieras determina que los mecanismos allí previstos sustituyen los normados por la ley concursal, al estar comprometido, además de la confianza pública, el debido contralor de la actividad por parte del Banco Central de la República Argentina.

Buenos Aires, 5 de mayo de 2015.- Y VISTOS: 1.) Apeló Flowboy SRL la resolución de fs. 267/277 que rechazó in limine su presentación tendiente a la apertura del procedimiento instituido por el art. 69 y ss. LCQ para la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial -APE- que habría alcanzado con sus acreedores.- Para adoptar esta solución, el juez a quo ponderó, en lo sustancial, que: i) del propio relato efectuado por Flowboy SRL resultaba que ésta llevaba a cabo una actividad de intermediación de recursos financieros, pero sin la autorización del BCRA, es decir, al margen de las disposiciones de la ley 21.526 (LEF), en tanto que ha declarado que se dedicaba a la asistencia financiera a través de la captación de fondos de terceros?, emanando incluso del mismo acuerdo de pago sometido a homologación que el objeto principal de la deudora (era) el otorgamiento de microcréditos ...?; ii) al darse en el caso de autos un supuesto de banca de hecho?, la peticionante no podía pretender en sede judicial la homologación de su acuerdo preventivo extrajudicial (APE), pues su actividad se encontraba alcanzada por la LEF y, como tal, excluida de los sujetos concursables enunciados en el art. 2° LCQ; iii) se habían incumplido los requisitos del art. 72 LCQ, pues frente a la falta de adecuadas registraciones contables, no podía admitirse la seriedad de las certificaciones por contador público nacional que la ley requiere y que, en el caso, fueran acompañadas en fs. 209, fs. 241, fs. 244 y fs. 246, toda vez que sin registros contables, la presentación bajo análisis se volvía una difusa afirmación sin ningún correlato con una situación real que permitiera revestir de confiabilidad a la misma.- Los fundamentos fueron desarrollados 283/287.- 2.) La recurrente se agravó de esta decisión porque: a) al considerarse al APE un subtipo concursal, se habría realizado una interpretación restrictiva del instituto, desatendiendo que es un procedimiento expeditivo, económico y efectivo que otorga al deudor la posibilidad de acordar directamente con sus acreedores; b) aunque se admitiera que la banca de hecho constituía un acto ilícito, no por ello dejaría de ser actividad mercantil, en tanto la noción de acto de comercio comprendía también los ilícitos comerciales; c) de interpretarse a contrario sensu el art. 50 LEF, podría concluirse en que la falta de prohibición expresa para recurrir al APE conllevaría un permiso a tal efecto; d) se realizó un inadecuado análisis de la documentación arrojada al expediente para satisfacer los recaudos exigidos por el art. 72 LCQ; e) debió ponderarse que el APE aquí presentado había sido aprobado por más del 70% de los acreedores.- 3.) Pues bien, efectuada la síntesis precedente, se advierte que, en el caso, el Señor juez a quo estimó que, al darse en la especie un supuesto asimilable al de las bancas de hecho?, Flowboy SRL no podía pretender en sede judicial la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial, pues su actividad se encontraba regida por la LEF y, como tal, excluida de los sujetos concursables enunciados en el art. 2° de la LCQ.- La cuestión aquí debatida entonces consiste entonces en determinar si la apelante, en razón de la actividad que lleva a cabo, constituye un sujeto que -por su naturaleza- cuenta con aptitud legal para celebrar un APE con sus acreedores en los términos de los arts. 69 a 76 LCQ.- 4.) A tal efecto, debe repararse, en primer lugar, en que, de acuerdo a lo explicitado por la propia recurrente en el escrito de inicio que luce en fs. 2/7, Flowboy SRL se dedica a la asistencia financiera a través de la captación de fondos de terceros?, y que dada (su) actividad, sus principales activos son los créditos por cobrar producto de la colocación de préstamos? y que a raíz de la situación macroeconómica y nula capacidad de captar nuevos fondos, resulta (ba) inviable la generación de actividad tendiente a colocar nuevos préstamos para generar superávit suficiente para cancelar el pasivo existente?.- A su vez, la casi totalidad de los acreedores denunciados por la deudora son titulares de créditos que reconocen su causa en contratos de mutuo, es decir, préstamos de dinero otorgados a la sociedad, los cuales totalizan la suma de \$... (véase certificación contable allegada por la propia recurrente que obra en fs. 241 y planilla de fs. 242/243). Por otro lado, el activo se encuentra conformado por créditos por cobrar por la cantidad de \$... y bienes muebles de uso valuados en \$... (véase certificación contable aportada por la propia quejosa en fs. 209 y sus anexos de fs. 210/238).- Asimismo, el acuerdo de pago celebrado entre la apelante y acreedores que representarían el 68,15% de capital y 71% de personas, tiene por objeto la transmisión de todos los bienes de uso individualizados en el anexo de fs. 46 y de los derechos de cobro de los créditos detallados en el anexo de fs. 34/44, con todos sus accesorios, fianzas, prórrogas y refinanciaciones, cuyo importe total se fijó en \$... (véanse fs. 12/25).- En este marco, cabe

puntualizar que la actividad financiera, con independencia de las disquisiciones conceptuales que pudieran efectuarse, involucra actos de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros (art. 1° LEF; conf. esta CNCom., esta Sala A, 20.04.1988, Grosso Juan Carlos y Regalini Jorge Isamael Sociedad de Hecho s. concurso civil?; íd. Sala C, 31.05.1993, ?Tedesco Dalberto José s. concurso preventivo?)- Además, cabe reparar en que la intermediación financiera que describe la norma legal citada es susceptible de realizarse a través de múltiples modalidades, una de las cuales es la concesión de crédito, que es típica actividad de la especie, pero no la única de esa índole. En efecto, esa actividad comprende dos (2) corrientes de crédito que son inseparables en el ejercicio y funcionamiento de la ?empresa intermediadora? y que reaccionan una sobre otra, que son los créditos que la entidad toma de los clientes y los que les concede a los mismos, de tal forma que el volumen de depósitos permite ampliar la concesión de créditos a los clientes (véase: Garrigues Joaquín, ?Contratos Bancarios?, p. 31; en esta línea, esta CNCom., Sala E, 18.05.1987, ?Bunge Sociedad de Hecho y Otros s. quiebra s. incidente de apelación art. 250 Cód. Proc.?; íd., íd., 22.05.1990, ?Santangelo José María s. concurso preventivo?)- En esta inteligencia, el Máximo Tribunal ha señalado que el art. 1 LEF no destaca como elemento relevante el tipo de actos o negocios jurídicos mediante los cuales se lleva a cabo la intermediación entre la oferta y la demanda de recursos, ni la calificación que se otorgue a tales actos. La CSJN apuntó que, dada la multiplicidad de formas que puede asumir la actividad de tomar y colocar dinero, adquiere particular importancia, no la tipificación negocial de cada transacción, sino la actividad desplegada por el sujeto que aparece como centro de la captación y colocación de dinero, su habitualidad, la frecuencia y velocidad de las transacciones y su efectos multiplicador, porque lo que primordialmente importa es la repercusión de dicha actividad en el mercado financiero. Admite en ese sentido el Alto Tribunal la caracterización de la intermediación financiera cuando en los sucesivos negocios jurídicos emprendidos por el sujeto de que se trata subyace la actividad de tomar y colocar dinero (CSJN, 05.12.1983, ?Alberto F. Cordeu y Otros c. Banco Central de la República Argentina?, Fallos: 305:2130)- Sobre tales bases, se deduce de los elementos de convicción arrojados por la propia quejosa que ésta se dedicaba de manera habitual a la actividad financiera, tomando dinero del público -sus acreedores- para prestarlo a su vez a terceros -sus deudores-, circunstancia que conduce a que no pueda dejar de ser alcanzada por la LEF (art. 1°). En efecto, el art. 2 LEF señala que la enumeración allí efectuada de los sujetos comprendidos por dicho ordenamiento no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar actividades previstas en el art. 1, se encuentren comprendidas por esa ley.- En este sentido, tiénese dicho que la actividad de intermediación financiera no debe ser apreciada con criterio restrictivo, en razón de la variedad de formas que puede asumir, debiendo atenderse, sustancialmente a su índole, calidad y a la repercusión que esa actividad produce en el mercado financiero(cfr. esta CNCom., Sala E, 22.05.1990, ?Santangelo José María s. concurso preventivo?)- Y en el caso sub examine, es innegable que las operaciones denunciadas por la propia Flowboy SRL que hacían a su giro habitual consistentes en la ?asistencia financiera a través de la captación de fondos de terceros? (véase fs. 2), encuadran en la actividad regulada por la LEF. Esta circunstancia ha quedado evidenciada -además- por la conformación y volumen tanto del pasivo como del activo de la deudora, pues el primero está dado por quienes le proporcionaban los fondos que luego ésta prestaba a sus deudores (véanse anexos glosados en fs. 210/238 y fs. 242/243).- Ahora bien, el art. 7 LEF establece que las entidades comprendidas en sus disposiciones no podrán iniciar sus actividades sin previa autorización del BCRA. Entonces, no existiendo controversia en punto a que Flowboy SRL carecía de autorización administrativa para operar en el mercado financiero, es claro que llevaba a cabo una actividad para la cual no se hallaba legalmente habilitada.- Pero ello no modifica la naturaleza de su actividad, la cual, se reitera, encuadra perfectamente en la descripción efectuada por el art. 1° LEF, toda vez que involucra exclusivamente actos de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros, los que caracterizan, precisamente, al tipo de actividad que llevan a cabo las entidades reguladas por el citado cuerpo legal, sin distinguir entre que hubiesen sido autorizadas o no para operar como tales por el BCRA. Es que, se reitera, la enumeración de las entidades comprendidas por el art. 2° LEF no es taxativa, según así se dispone expresamente en dicha norma, lo que se ve corroborado por lo previsto en el art. 3° respecto de la posibilidad de la autoridad de control de aplicar el régimen a las personas no expresamente comprendidas (conf. CSJN, 13.03.1990, ?Maiorano Francisco Antonio s. concurso preventivo?, Fallos: 313:254).- 5.) Sentado ello, cabe poner de resalto que el art. 2 LCQ, último párrafo, establece que no son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas excluidas por leyes especiales, mientras que el art. 5 LCQ señala que solo pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el art. 2.- A su vez, el art. 50 LEF dispone que ?las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra?- Esta solución encuentra fundamento en la naturaleza peculiar de la actividad financiera, que la diferencia de otras de esencia comercial y que se caracteriza -especialmente- por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y control del BCRA, hallándose sometida a un régimen jurídico que establece un margen de actuación particularmente limitado, que faculta al ente rector del sistema financiero a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento (arg. CSJN, Fallos: 319:2658;

331:2382; 275:265; 305:2130).- En esa inteligencia, la LEF prevé mecanismos preventivos propios -diferentes a los del derecho concursal- para que las entidades financieras puedan superar eventuales crisis patrimoniales o financieras. Así, contempla una serie de medidas de diversa intensidad, que consisten, entre otras, en las explicaciones que deben ser brindadas al BCRA ante el incumplimiento de la normativa vigente, la exigencia de presentar planes de regularización y saneamiento, la constitución de garantías o la limitación o prohibición de distribuir utilidades (art. 34); así también la reestructuración de la entidad en resguardo del crédito y los depósitos e incluso la intervención judicial (art. 35bis).- Las mismas razones de interés público subyacentes en el adecuado funcionamiento del sistema financiero, han consagrado específicos procedimientos de liquidación a los que quedan sujetas dichas entidades y que son la autoliquidación (art. 45), la liquidación judicial (arts. 44, inc. c y d, 48 y 49) y la quiebra (art. 50 y ss.), supuestos todos éstos en los que las disposiciones de la LSC y la LCQ se aplican únicamente en aquello que no se oponga a las concretas previsiones que en la materia contiene la LEF (arts. 46, 49, 50 y 51).- Ahora bien, si la ley no autoriza a concursarse a quienes desarrollan su actividad de modo plenamente sujeto a controles jurídicos y administrativos, mal podría concederse esa autorización a quienes -como Flowboy SRL- la desarrollan al margen de toda fiscalización, acentuando de tal modo el riesgo operativo y el de burlar la fe pública, lo que conduce a la total falta de garantías en el respaldo económico del sujeto actuante. En orden a ello, resulta improcedente el concursamiento preventivo de quien desarrolla su actividad financiera al margo del contralor del BCRA (esta CNCom., esta Sala A, 20.04.1988, ?Grosso Juan Carlos y Regalini Jorge Ismael Sociedad de Hecho s. concurso civil?; en igual sentido: íd., Sala E, 22.05.1990, ?Santángelo José María s. concurso preventivo?; íd., Sala C, 31.05.1993, ?Tedesco Dalberto José s. concurso preventivo?).- 6.) Es cierto que la LEF nada ha previsto en forma expresa acerca de la alternativa de acudir al APE como forma de superar el estado de cesación de pagos.- Sin embargo, debe tenerse presente que la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas no se agota en acudir a su texto, sino que debe indagarse lo que aquéllas, jurídicamente, han querido mandar, razón por la que debe darse pleno efecto a la intención del legislador y computar la totalidad de sus preceptos, de modo armónico con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 300:417, 301:489, 304:937, 307:2153, entre otros).- Sobre tales bases, cabe puntualizar, en primer lugar, que la jurisprudencia prevaleciente y doctrina caracterizada -que se comparte- considera al actual "acuerdo preventivo extrajudicial" como un "subtipo concursal", en la medida en que una vez homologado, sus efectos se imponen a todos los acreedores. En tal línea de pensamiento se ha sostenido que tanto el juicio de convocatoria de acreedores como el acuerdo preventivo extrajudicial son institutos complejos preventivos de la insolvencia compuestos por un inicial acto contractual y un ulterior acto jurisdiccional y el principal efecto sustancial de ambos es hacer oponible a terceros no contratantes la eficacia del contrato celebrado entre la deudora y determinadas mayorías de sus acreedores (cfr. arg. esta CNCom., Sala D, 26.08.2004, "Servicios y Calidad S.A s. acuerdo preconcursal", íd., 28.04.2006, "Banco Hipotecario S.A s. acuerdo preventivo extrajudicial", íd., J.N.Com. N° 16, 12.09.2005, "Modo Sociedad Anónima de Transporte Automotor s. acuerdo preventivo extrajudicial" -firme-). A partir de ello y sin perjuicio de la existencia de características diferenciales entre ambas figuras, el acuerdo preventivo extrajudicial constituye un instituto concursal preventivo que, más allá de ciertas características y múltiples vacíos normativos que obliga en la práctica a recurrir a una forzada función de integración normativa entre los dos (2) mecanismos, no deja de ser un instituto de esa naturaleza (cfr. arg. esta CNCom., esta Sala A, 27.06.2005, "Sideco Americana S.A"; íd., 15.09.2009, "Protel Servicios SA s. Acuerdo Preventivo Extrajudicial"; íd., 05.11.2009, ?Metalúrgica Dakot SA s. Acuerdo Preventivo Extrajudicial?).- Por lo tanto, se le aplican las normas propias del instituto -arts. 69 a 76 LCQ- y las demás que rigen los concursos y las quiebras, en cuanto sea necesario y compatible con la estructura misma del APE (Alegría Héctor, "Facultades del Juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial (ubicación sistemática y algunos efectos)", en suplemento especial de la Revista Jurídica La Ley, noviembre 2004, p. 49 y ss.)- Sentada entonces la naturaleza jurídica del instituto en juego -APE-, cabe interpretar que si la LEF estableció para las entidades financieras un acotado elenco de remedios preventivos a los que pueden acudir para solucionar su crisis económica, y les vedó la posibilidad de solicitar la formación de su concurso preventivo (art. 50), la concertación de un APE -y su posterior homologación-, implicaría un modo de solución de dicha crisis, al margen de la intervención que en el esquema ideado por la LEF, se le ha dado al BCRA, y de los procedimientos allí establecidos. Es decir que la interpretación literal del citado art. 50 que fue propiciada por la recurrente, en desmedro de una inteligencia sistemática de la norma, conduciría inexorablemente a un resultado no querido por legislador: la entidad podría sortear la prohibición de solicitar su concurso preventivo que sobre ella pesa, mediante la concertación en forma privada de un acuerdo con cierta mayoría de acreedores, pues con su posterior homologación judicial, tendría asegurada la obtención de los mismos efectos que los que produce la homologación de una propuesta de acuerdo preventivo (conf. CSJN, 22.02.2011, ?Banco Hipotecario SA s. acuerdo preventivo extrajudicial?).- En suma, visto que la recurrente reconoció expresamente en su escrito inicial que se dedicaba a la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros en forma irregular (?asistencia financiera a través de la captación de fondos de terceros?; véase fs. 2) y que los hechos reveladores de la cesación de

pagos que invocó atañen a incumplimientos generados con motivo de esa actividad (?producto de la situación macroeconómica y nula capacidad de captar nuevos fondos, resulta inviable la generación de actividad tendiente a colocar nuevos préstamos para generar superávit suficiente para cancelar el pasivo existente?; véase fs. 3), cabe concluir, pues, en que se encuentra alcanzada por la prohibición del art. 50 LEF respecto a la posibilidad de acceder a la solución concursal, ya sea a través del concurso preventivo como del APE aquí presentado (arts. 2 y 5 LCQ).- Es que, como es obvio, no cabe pedir a un tribunal una solución preventiva para convalidar una actividad ilegal o las consecuencias de una actividad de ésta última.- En síntesis, la conclusión relativa a que la prohibición establecida por el art. 50 LEF comprende al APE -pese a que no lo menciona expresamente- condice con la razón de ser o el espíritu al que obedece al dictado de aquel precepto, esto es, atender a las particularidades propias de una actividad en la que se halla comprometida la confianza pública en el sistema financiero, y cuya regulación -de neto corte publicístico- requiere soluciones diferentes de las que brinda el derecho común para otra clase de sociedades comerciales (CSJN, 22.02.2011, ?Banco Hipotecario SA s. acuerdo preventivo extrajudicial?).- La especialidad del régimen determina que los mecanismos preventivos de la LEF sustituyan los previstos por la ley concursal y que esta última sea aplicable a la falencia de las entidades financieras cuando la LEF se remite a ellas en forma expresa (CSJN 17.04.1986, ?Cía Financiera Cautelar SA s. resolución 700 BCRA?; CNCom., Sala E, 26.11.1987, ?Cía Financiera Flores SA c. Cripsa SA?). De allí que la propia LCQ excluya a las entidades financieras de los sujetos comprendidos por sus disposiciones (art. 2). Y la celebración de un APE por parte de una entidad que desarrolla actividad financiera, se reitera, le permitiría eludir esa prohibición toda vez que, como se señaló precedentemente, el APE tiene naturaleza concursal.- Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para desestimar el remedio intentado y confirmar el rechazo de la apertura del procedimiento regulado por el art. 69 y ss. LCQ a efectos de obtener la homologación del APE denunciado, sin que resulte conducente analizar a esta altura si en el caso, se encuentran cumplidos, o no, los recaudos contemplados por el art. 72 LCQ.- 7.) Por todo ello, esta Sala RESUELVE: Rechazar el recurso deducido por Flowboy SRL y por ende, confirmar la resolución apelada, en lo que decide y fue materia de agravio.- Atento a las particularidades del caso y la importancia de las acreencias y activos involucrados, estima este Tribunal que corresponde poner los hechos del caso en conocimiento de la Unidad de Información Financiera (UIF), organismo encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información para la prevención y control del lavado de activos (LA) y la financiación del terrorismo en Argentina. Oficiése con copia de esta resolución, individualizando los datos y radicación del expediente, a sus efectos.- A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CII, una vez transcurridos los treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a la instancia de grado debiendo el Sr. Juez a quo practicar la notificación del caso con copia de la presente. ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS ISABEL MIGUEZ MARIA ELSA UZAL VALERIA C. PEREYRA Prosecretaria de Cámara Correlaciones: Banco Hipotecario SA s/acuerdo preventivo extrajudicial - Corte Sup. Just. Nac. - 22/02/2011 Banco Hipotecario SA - Cám. Nac. Com. - Sala D - 28/04/2006 Mena, Celina M., Acuerdo preventivo extrajudicial. Más dudas que certezas, Compendio Jurídico, Tomo XV, Pág. 1272, Diciembre 2003, 002573E