

Concurso Imprudencia Inactividad Productiva Actual Interpretacion

JURISPRUDENCIA

Concurso. Imprudencia. Inactividad productiva actual.

Interpretación Se resuelve que, sin actividad productiva actual, o cuanto menos potencial, no hay concurso preventivo viable, o por lo menos no seriamente sustentable, estando facultados los jueces para así declararlo, por cuanto es de la esencia del concurso preventivo que el pasivo concordatario sea satisfecho con el flujo de caja que genera el giro comercial o la actividad productiva del deudor.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2016.- Y VISTOS: 1.) Apeló la concursada la decisión copiada a fs. 95/107, mediante la cual se declaró ineficaz de pleno derecho su disolución y liquidación acordada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07 (cfr. arg. arts. 16 y 17, LCQ) y, acto seguido, se designó un interventor controlador por el plazo de tres (3) meses a efectos de informar la situación patrimonial de la sociedad y de todo acto llevado, a todo evento, por su liquidador.- La magistrada concursal -interviniente por aquél entonces en el proceso- expuso que Unisel Argentina S.A. había violentado su concursamiento mediante la utilización de mecanismos societarios y extra-concursales. Señaló que el art. 16, LCQ, requiere autorización judicial previa para realizar actos que excedan la administración ordinaria, que en el sub lite no se pidió aquélla autorización y que, en esas condiciones - con arreglo a lo previsto por el art. 17 del citado cuerpo normativo-, correspondía disponer la ineficacia del acto asambleario que resolvió la disolución y liquidación del ente, tras haber transcurrido cuatro (4) años de homologado el concordato.- La Sra. Juez de Grado destacó que a resultas de que la sociedad concursada no realizaba actividad comercial alguna y que su disolución y posterior liquidación podría resultar perjudicial, por vía elíptica, para los acreedores reconocidos en este ámbito concursal, juzgó necesario el nombramiento de un interventor controlador con el objeto de verificar la situación patrimonial de la aquí recurrente.- Los fundamentos de apelación obran desarrollados a fs. 129/149, siendo respondidos por la sindicatura a fs. 155/156 y por los miembros del ?Comité de Acreedores? a fs. 160.- 2.) La recurrente adujo que la decisión de su disolución y liquidación encontró debido sustento en una situación objetiva -pérdida de capital- que derivó en la necesidad de acogerse por imperativo legal al régimen societario regulado en la materia (art. 94, inc.5, y ccdtes, LSC); que informó esa situación en el expediente, y que ni la sindicatura ni los integrantes del ?Comité de Acreedores? esgrimieron oposición alguna sobre el particular y que inesperadamente, casi dieciocho (18) meses después, la Sra. Juez de Grado declaró su ineficacia. Expresó, de otro lado, que la sociedad no ejercía la actividad comercial alguna hace seis (6) años -circunstancia que denunció en autos, oportunamente-, que la propuesta concordataria homologada conlleva(ba) el pago de un mínimo del 20% de los créditos declarados verificados y admisibles, a través de la venta de todos los bienes de su activo (compuesto de Bonos de la deuda pública y de un inmueble), por lo que, a su entender, carecía de sentido analizar si el acto en cuestión excedía o no "la administración ordinaria de su giro comercial" pues, lo que cabía determinar es si aquél era susceptible de afectar los intereses concursales.- En función de todo ello, la recurrente al sostener la inexistencia de contrasentido entre la decisión de presentarse en concurso preventivo y la posterior decisión de proceder a su disolución y liquidación anticipada en razón de la pérdida del capital social, entendió que correspondía la revocación in totum del fallo en crisis.- 3.) Como paso previo al análisis del presente recurso es dable poner de manifiesto los siguientes aspectos: a) La apertura del concurso preventivo de Unisel Argentina SA data del 5/7/01, oportunidad en que la sociedad cesó en su actividad comercial, despidiendo a sus empleados y abonando las indemnizaciones correspondientes. b) El 12/3/03 se homologó la propuesta de acuerdo presentada, la que consistió en que: i) Todos los créditos verificados y/o declarados admisibles fuesen convertidos a dólares estadounidenses a la relación de cambio vigente el 3/12/01, es decir 1u\$s = 1\$. ii) Se abonaría el 20% del importe de los créditos verificados y/o declarados admisibles, sin intereses, en tres (3) cuotas anuales, iguales y consecutivas, pagaderas los 31 de diciembre de los años 2009, 2010 y 2011.- c) Se indicó que a la fecha de presentación de esa propuesta los principales activos eran: i) Títulos de la Deuda Pública Bonos Global 2008 por valor nominal de u\$s 5.922.000 -los que, con motivo del canje de la deuda pública de febrero de 2005, quedaron convertidos a títulos públicos denominados Par y Discount, con más el cupón atado al PBI ofrecido por el Estado Nacional;- ii) Bonos del Estado Argentino Boden 2012 por valor de u\$s 758.100 y u\$s 109.100; iii) Inmueble sito en la calle Pedro de Mendoza N° ... de esta Ciudad. d) La concursada expresó que la totalidad del dinero proveniente de la realización de sus activos se destinaría a pagar la deuda a sus acreedores.- e) A la fecha de la decisión apelada, la concursada ha acreditado la cancelación de la primera (1a) y segunda (2a) cuota del concordato, respecto de los acreedores que se presentaron en su domicilio, faltando solamente alguno que no pudo ser localizado.- 4.) Sentado todo ello y en lo que aquí interesa, apúntase que el deudor que promueve su concurso preventivo se halla en estado de cesación de pagos, aquél queda al frente de la empresa, ya que su explotación es esencial para que pueda proponer el acuerdo preventivo, y en su oportunidad, cumplirlo. Como contrapartida, el ordenamiento normativo precautela la integridad patrimonial, asegurando los

derechos de los acreedores, sin obstaculizar la marcha normal de los negocios ni imponer limitaciones estrictamente indispensables a esos fines (Cámara, Héctor, "El Concurso preventivo y la Quiebra", Vol. I, p. 460).- En este marco, mientras el art. 15 LCQ establece que el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico, el art. 16 del mismo cuerpo legal establece las situaciones que quedan fuera del ámbito de sus facultades (actos prohibidos) y establece los alcances de los que conserva (actos sujetos a autorización).- Por último, el art. 17 LCQ dispone que los actos cumplidos en violación de lo dispuesto en el art. 16 son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores.- Si bien en el sub examine se ha dictado la resolución que dio por concluido el concurso, lo cierto es que, según lo reglado por el art. 59, LCQ, se mantienen pese a ello las restricciones en materia de actos de disposición en cabeza de la concursada, subsistiendo la inhibición general de bienes para asegurar el cumplimiento del concordato homologado. Por eso, a pesar de que cesan las limitaciones previstas por los arts. 15 y 16 del citado ordenamiento legal, subsiste, sin embargo, para aquella la imposibilidad de realizar actos de disposición referentes a bienes registrales. Va de suyo, entonces, que para realizar tales actos debe formular el pertinente pedido al magistrado concursal, quien previa vista a los controladores del acuerdo y a la sindicatura, debe resolver lo que corresponda.- Repárase también en que la concursada, con fecha 13.8.07, hizo saber que, mediante la asamblea extraordinaria celebrada el 23.3.07 se había dispuesto la disolución y liquidación de la sociedad en forma anticipada por pérdida del capital social, designando el liquidador correspondiente. A su vez, la juez de grado, recién el 5.5.09 declaró su ineficacia de pleno derecho y dispuso la designación de un interventor controlador.- Pues bien, no puede soslayarse que la empresa no desarrolla actividad comercial alguna desde hace años y que tal circunstancia, como lo expuso la sindicatura fue denunciada en el trámite concursal (véase fs. 155/156). En tal contexto, debe señalarse que la índole de la propuesta de acuerdo preventivo aprobada condice con la inexistencia negocial de la firma habida cuenta que se propende a liquidar la totalidad de su activo para distribuirlo entre sus acreedores concursales.- Desde tal perspectiva entonces, resulta evidente que no existirá, en el futuro, desenvolvimiento de actividad económica por parte de Unisel S.A. y que la decisión adoptada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.3.07 de disolverla y liquidarla en los términos de la ley de sociedades, en definitiva, es una consecuencia lógica de su inoperancia negocial que se ha patentizado por la pérdida del capital social, que implica el cumplimiento del acuerdo y la imposibilidad sobreviniente de lograr la consecución de su objeto social. Por ello, esa situación objetiva que nuestra Ley de Sociedades enmarca entre las causales imperativas de disolución (art. 94, incs 4 y 5) y no afecta la par conditio creditorum en tanto, se reitera, la mentada resolución asamblearia se corresponde con los términos del concordato homologado que justamente consiste en enajenar la totalidad de su activo y distribuir su producido entre los acreedores quirografarios verificados en el concurso, siendo el cumplimiento del acuerdo pendiente, obligación subsistente que deberá satisfacerse necesariamente en la etapa liquidatoria pues, sobre los liquidadores rigen las obligaciones y responsabilidades propias de los administradores (art. 108, LSC).- De este modo, por las particularidades del caso descrito, la liquidación respondió a la necesidad por parte de sus accionistas de cumplir con el régimen legal imperativo previsto en los arts. 94, incs. 4 y 5, y ccdtes, LSC, ante la pérdida del capital social de la firma que imposibilita su subsistencia sin ese fondo común necesario para conseguir el objeto social perseguido. Si a ello se suma que no luce contraposición entre la liquidación de la concordataria y la propuesta de pago a los acreedores, ha de admitirse el agravio puesto a consideración y, como lógica derivación de ello, corresponde dejar sin efecto la declaración de ineficacia recaída en la anterior instancia.- A esta altura, es dable señalar también que la decisión asamblearia no genera perjuicio económico a los acreedores concursales dado que el proceso de liquidación de la sociedad habrá de operar dentro del marco de este proceso universal, sujetándose su liquidador a las condiciones fijadas en la propuesta de pago homologada y, por ende, al contralor que ejerza el Comité de Acreedores y la sindicatura en torno a su cumplimiento. Ello, concatenado con las medidas que el juez de grado ya ha adoptado en punto al resguardo de los fondos provenientes de la venta de los títulos públicos de que era titular la concursada y de aquellas que se adopten, una vez autorizada la venta del inmueble de propiedad de aquella, en punto a garantizar con su producido el pago del acuerdo homologado.- 5.) Por último, en lo atinente a la queja instrumentada contra la designación de un interventor controlador, debe repararse en que, a resultas de lo que fuera dispuesto en los autos "Unisel Argentina S.A. s. concurso preventivo s. incidente transitorio", con fecha 02.3.10 el juez de grado dispuso tener por finalizada aquella intervención.- Conforme a ello, siendo que la medida cuestionada ya que se encuentra concluida, no cabe que este Tribunal se pronuncie sobre el particular.- 6.) Por todo lo expuesto, esta Sala RESUELVE: a) Admitir parcialmente el recurso interpuesto y revocar la resolución recurrida con el alcance que se desprende del presente pronunciamiento.- b) No imponer costas de Alzada por falta de contradictorio.- A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia, encomendándose a la Sra. juez a quo practicar

las notificaciones del caso con copia de la presente resolución. MARIA ELSA UZAL ISABEL MIGUEZ ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS (CON AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS) JORGE A. CARDAMA PROSECRETARIO DE CAMARA AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS: (1.) Más allá de los argumentos desarrollados en el pronunciamiento de la Sala, que, desde ya, comparto, encuentro propicia la ocasión para señalar que la problemática suscitada en el sub lite constituye una demostración más de las dificultades y contratiempos que son susceptibles de generarse, cuando se da cabida a la sustanciación de un trámite concursal cuyos objetivos se encuentran disociados de la finalidad propia que el ordenamiento legal prevé para el juicio de convocatoria de acreedores, utilizándolo como una simple herramienta para el logro de una finalidad diversa de aquella que da sustento a la regulación del instituto en cuanto presupone la existencia de una empresa ?en marcha?. También constituye una evidencia más, si cabe a esta altura del relato, que la falta y/o ausencia de una ?actividad? en cabeza del concursado al momento de admitirse el concursamiento- y mucho más cuando esa ausencia constituye un ingrediente más de la propuesta que se formula a los acreedores, a quienes se propone en definitiva pagarles con la liquidación privada de los bienes que componen el activo de la concordataria- es incompatible con el mencionado instituto puesto que es contrario a la naturaleza y finalidad del concurso preventivo que en situación de insolvencia el pago de los créditos insatisfechos se realice a través de la venta privada de los bienes que componen el activo y mucho mas cuando ello tiene lugar con el aditamento del cierre de la actividad comercial del concursado: Nada más reñido con la finalidad del concurso preventivo, además de atentatorio contra el régimen legal de orden público que el proceso de quiebra consagra para la liquidación forzada de los bienes de un insolvente.- No obstante ello, se trata aquí de un concurso en que la propuesta de la deudora está basada justamente en la realización privada de los bienes que componen el activo de la deudora constituido por un inmueble y títulos de la deuda pública en dólares por un valor considerable cuyo valor excede notoriamente el porcentual del pasivo que se propone abonar (20% a través de cuotas anuales, iguales y consecutivas) a pagar los días 31/12 de los años 2.009, 2.010,2011 -que, en teoría, ya debieron ser abonados-, todo ello con el aditamento de la cesación de la actividad comercial de la deudora al momento mismo de producirse la apertura del concurso preventivo, a punto tal que a esa fecha -05.7.01- se despidió de todo el personal con el simultáneo pago de las indemnizaciones correspondientes.- Con independencia de que a ésta altura del procedimiento, donde ya se encuentra íntegramente tramitado el concurso preventivo y se ha llegado incluso a homologar el concurso preventivo, poco es lo que puede hacerse para componer esa situación, mucho más cuando lo que está apelado no es justamente la pertinencia o no del concursamiento en estas circunstancias sino una cuestión societaria inherente a dicha sociedad, como lo es en este caso la eficacia de la asamblea que decidió la disolución y liquidación de la sociedad por pérdida del capital social consecuencia del cumplimiento de la propuesta concordataria.- Sólo me resta señalar aquí que no debió habilitarse en su momento este concurso preventivo no solo porque implicaba en los hechos una liquidación privada del patrimonio falente sin sujetarla a las normas que regulan la realización de los bienes del insolvente, sino porque la propuesta que se formuló como base del concurso preventivo implicaba en los hechos aceptar la terminación de la actividad comercial de la deudora, en forma incompatible con la finalidad del concurso preventivo según ya fuera expuesto. En efecto, (2.) Como juez de primera instancia y como vocal de esta Cámara, he sostenido siempre la postura de que la inexistencia de actividad productiva actual o potencial del deudor constituye un impedimento para acceder a la solución preventiva, con fundamento en que esta última solución presupone necesariamente la posibilidad, cuanto menos cierta, de prosecución del giro comercial con el cual generar los recursos que hagan factible bajo la forma de cash flow (flujo de caja) el pago de la deuda concordataria. Ello así, por estar en la esencia de este remedio concursal la idea de la conservación de la empresa como unidad productiva y la del mantenimiento de la actividad del deudor y de la respectiva fuente de trabajo (cfr. Quintana Ferreira, ?Concursos?, T°I, págs. 91 y ss, García Martínez - Fernández Madrid, ?Concursos y quiebras?, T°I, págs. 287 y ss).- Solución que se impone, además, desde una perspectiva finalista del instituto porque, de otro modo, tal pago sólo podría provenir, o bien de la liquidación de los bienes que componen el patrimonio del deudor (salida incompatible con una solución preventiva), o bien de nuevos endeudamientos ?postconcursoales?, insusceptibles de ser amortizados por la falta de ingreso de fondos genuinos, contingencia que precipitaría al patrimonio del concursado a una segura quiebra posterior en perjuicio de los acreedores, debido precisamente al agravamiento del estado de cesación de pagos a que dicha alternativa conllevaría.- Por consiguiente, cuando al momento de presentarse la solicitud de concurso preventivo, existe la certeza de que el concursado se encuentra fáctica o jurídicamente imposibilitado de proseguir con su actividad, carece de ella y/o de la potencialidad para reestablecerla, o incluso, existen evidencias concretas de que esa actividad es económicamente inviable, la decisión del juez concursal no debería poder ser otra -a juicio de este magistrado- que la de decidir el rechazo de la solicitud por inconcurrencia de uno de los presupuestos sustanciales para la existencia de concurso preventivo, cual es la continuación de la actividad empresarial (o -cuanto menos- la posibilidad cierta de tal continuación) y, por ende, la de la empresa misma, ya que sin empresa -en funcionamiento o con posibilidades de funcionar- o, mínimamente, sin un patrimonio con actividad fructífera o en aptitud de tenerla, no puede haber seriamente un verdadero ?concurso preventivo?. Así lo he decidido en más de una ocasión

durante mi desempeño como Juez a cargo del Juzgado N°16 de este Fuero (cfr. JNCom.16, 05.07.02, ?Rocayapa SA s. conc.prev?, íd., 15.03.03, ?Sucesión de Barreiro Horacio A. s. conc. prev.?, íd., 01.12.03, ?Casinos S.A. s. conc. prev.?, íd., 14.04.05, ?Aerovip SA s. conc. prev.?, íd., 26.7.05, ?Antártida 2000 S.A. s. conc. prev.?, entre otros) y lo postulé también como juez de esta Cámara (cfr. mi voto in re: ?Southern Winds s. concurso preventivo, fallo del 12.04.08).- (3.) Lamentablemente, y tal como lo puntalicé en el precedente ut supra señalado (?Southern Winds S.A s. concurso preventivo?) el criterio mencionado no ha contado con el beneplácito de la jurisprudencia de esta Cámara, ya que sus distintas Salas han venido revocando sistemáticamente esas decisiones, pretendiendo privilegiar -o creyendo hacerlo- la solución preventiva como medio de resolución de la crisis empresarial por encima de la existencia o no de actividad comercial -actual o potencial- del deudor (cfr. a este respecto, esta CNCom, esta Sala ?A?, 24.05.05, ?Aerovip?; íd., Sala ?C?, 01.10.02, ?Rocayapa?; íd., Sala ?D?, 06.10.03, ?Sucesión de Barreiro? y misma Sala, 12.02.04, ?Casinos?, etcétera).- Tampoco ha sido beneficiada esta postura con la simpatía de una buena parte de la doctrina que piensa que los jueces carecer de la facultad para decidir acerca de este tipo de cuestiones; ya que, en última instancia, deben ser los acreedores o, en sentido más amplio, el mercado, quien debe hacer las valoraciones que definan la suerte del concursado y la de la actividad que éste desarrolla (cfr. Dasso, Ariel, ?El Cramdown y la empresa en marcha?, La Ley, 2000-D-310, mismo autor, ?La empresa en marcha o detenida y el cramdown?, Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de La Pampa, N°51, Enero/Marzo 2001; Junyent Bas Francisco - Chiavassa Mario, ?Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo ?Correo Argentino?, La Ley, boletín del 10.03.04, pag.7; Anich Juan A., ?La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo? La Ley 2002-F, 883 - Sup. Conc y Quiebras del 29 de noviembre de 2002).- (4.) Sin embargo, pese a todo este adverso marco doctrinario - jurisprudencial, y justamente por lo que -a mi juicio- enseña la práctica judicial cotidianamente, siempre seguí creyendo fervientemente en la idea de que, sin actividad productiva actual, o cuanto menos potencial, no hay concurso preventivo viable, o por lo menos, no seriamente sustentable y que los jueces contamos con facultades para así declararlo. A tal punto es esto así que, de no existir esa actividad fructífera, podrá haber una especie de ?pseudo? convocatoria de acreedores o una ficción de proceso bajo la apariencia de un concurso preventivo que sólo encubre -cual si fuera un caballo de ?Troya? o el personaje fílmico de la película ?Alien?- el germen de la autodestrucción o de una quiebra segura, contingencia que únicamente traerá mayores perjuicios a los acreedores debido a la inevitable profundización del estado de insolvencia que esa tramitación traerá aparejada para aquéllos; pero bajo ningún aspecto habrá un auténtico concurso preventivo, o por lo menos, no uno susceptible de resultar exitoso conforme a la finalidad a la que se encuentra destinado. Asumí en todo momento, siguiendo a Anich, que si bien nuestra legislación no contempla(ba), ni lo hace ahora, puntualmente, el concepto ?actividad? -o el hecho de que el deudor esté ?en actividad?- como un requisito necesario para la solicitud y apertura del concurso, aparecen en la ley de concursos (LCQ) numerosas referencias que dan por presumida esa actividad o a través de las cuales se infiere que el deudor debe continuar ?en actividad? para ?estar? en concurso preventivo, como cuando el art. 16 determina, como criterio para los actos sujetos a autorización judicial, la ponderación de su ?conveniencia para la continuación de las actividades del concursado? o cuando establece -en ese mismo artículo- que el pronto pago de los créditos laborales debe hacerse ?prioritariamente con el resultado de la explotación? (cfr. Anich, Juan A. ?La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo?, La Ley - 2002 - F - 883). De otro lado, como bien lo refiere el mismo autor en ese mismo comentario, aludiendo a lo que cualquier persona se preguntaría en un supuesto como éstos, el gran interrogante que subyace en toda esta cuestión, me sigo preguntando: ¿si no tiene ?actividad?, con qué va a pagar sus créditos el deudor? La respuesta parece fue y será obvia. Sin ?actividad? -actual o futura- no hay generación de recursos y sin recursos no se puede pagar a los acreedores, salvo que se realicen bienes, pero eso ya escapa a una solución concursal preventiva. No puede sino derivarse de este razonamiento la idea -que ya fuera anticipada- relativa a que si el patrimonio del deudor no tiene ?actividad? o ?productividad? posible, carece de todo sentido la tramitación de un concurso preventivo, debiendo por el contrario procederse a la liquidación de los bienes a través de la quiebra. Ello así, por cuanto es de la esencia del concurso preventivo que el pasivo concordatario sea satisfecho -en principio y salvo supuestos muy excepcionales que no es del caso mencionar aquí- con el flujo de caja (cash flow) que genera el giro comercial o la actividad productiva del deudor, porque si para hacerlo debe liquidar privadamente su patrimonio, no se está ante un verdadero concurso ?preventivo? sino ante una virtual quiebra, en tanto proceso que presupone la realización de los bienes como modo de pagar a los acreedores. De no ser así, y de aceptarse concursamientos de esa índole, se estaría relegando al concurso preventivo al papel de un mero estadio burocrático previo a la falencia, con lo que se genera un innecesario desgaste de actividad jurisdiccional que sólo sirve para dilatar en el tiempo una situación que inexorablemente concluirá en la quiebra, con total desmedro de los derechos de los acreedores que sólo verán empeorada su situación con el mayor endeudamiento de aquél, sin provecho alguno para ellos. Nunca me pasó desapercibido tampoco que autores de la talla de Dasso consideraron que no somos los jueces, sino en todo caso, los propios acreedores y el mercado, quienes deben decidir si la solución preventiva propuesta por quien carece de una actividad actual o potencial es o no viable para sus intereses, dicho esto -claro está- en

el marco de una situación no exactamente coincidente con la de la especie, pero si de algún modo emparentada -v. infra (6.)- como lo es la relativa a la procedencia del procedimiento de "cramdown" que contempla la LCQ:48 cuando al momento de su implementación no existe una "empresa en marcha" (cfr. autor citado, "El Cramdown y la empresa en marcha", La Ley, 2000-D-310, mismo autor, "La empresa en marcha o detenida y el cramdown", Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de La Pampa, N°51, Enero/Marzo 2001; "La inactividad de la empresa no es óbice al cramdown", La Ley, 2004-B-807). Tampoco se me escapó que del mismo modo opinan autores también muy respetados como Anich en punto a que el juez realmente tenga la posibilidad de definir este tipo de cuestiones al inicio del juicio de convocatoria, teniendo en cuenta que no habría sujetos más indicados que los propios acreedores para efectuar un análisis de este tipo, en aras de lo cual debería aquél darle curso al procedimiento. Para este autor, si se tiene en cuenta que, en general, los acreedores que financian la actividad del deudor son sus propios proveedores, nadie se encontraría en mejores condiciones para valorar esas posibilidades que esos mismos acreedores, dado que son éstos los que mejor conocen el negocio, la competencia, los clientes y las regulaciones propias de aquél (v. trabajo citado supra, "La actividad de la concursada y su incidencia respecto del concurso preventivo", La Ley - 2002 - F - 883, ap. VII). Y si bien he llegado a coincidir en abstracto con estas opiniones, ya que lo ideal sería -efectivamente- que fueran los propios acreedores quienes decidieran si aceptan o no un concurso de estas características, lo cierto es que la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los "verdaderos" acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío con un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores "genuinos" -mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a éstos últimos "manejar" las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la formación de la "voluntad" del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya "desinteresados" deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa o de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar?. Sinceramente creo que no. Vuelvo a puntualizar que, no por esta lamentable realidad, debiera establecerse un sistema tuitivo que reemplace, en todos los casos, la voluntad de los acreedores por el criterio "superior" del juez como si aquellos fueran sujetos incapaces (que no lo son) de resolver el destino de sus créditos. Solamente sostuve y lo sigo haciendo que en aquellos excepcionales casos en que es palmaria la inviabilidad de la solución preventiva debido a la inexistencia actual o futura de actividad hacendal que la sustente, debe admitirse la atribución del magistrado de vedar el acceso a una vía que se muestra ostensiblemente inconducente e infructuosa. No quiero con esto endiosar la figura del juez, como árbitro excluyente de la solución preventiva, pero si en el caso concreto, éste último, con su intuición y experiencia en el manejo de trámites concursales, está en condiciones de apreciar -según su leal saber y entender y máximas de experiencia- una situación de "manifiesta" inviabilidad de la solución concursal preventiva debido a la inexistencia de actividad actual o potencial del patrimonio concursado, ¿cómo no va a estar facultado ese magistrado -y aún compelido- a denegar el acceso a este tipo de solución al deudor que la propone, cuando de ese modo se evita un seguro agravamiento de la insolvencia y nuevos y mayores perjuicios a todo un universo de acreedores, ya -segura e irremediamente- perjudicados por la inminente falencia que se avecina? La protección del crédito y del interés general no puede sino conducir a que el juez tenga esa atribución, aún cuando, como con acierto lo señalan Junyent Bas - Chiavassa, en su trabajo "Inaplicabilidad del salvataje empresario. Apuntes al fallo "Correo Argentino", ya citado, la determinación de viabilidad o inviabilidad, o de potencialidad (o no) de la hacienda mercantil, deba ser efectuada necesariamente con criterio restrictivo, debiendo estarse en caso de duda por la solución más favorable a la apertura de la vía concursal para que en última instancia sean los propios acreedores quienes decidan las reales posibilidades de continuación de la empresa concursada. Puse de relieve en ese sentido que no en vano la ley concursal anterior a la reforma introducida por la ley 24.522 contemplaba entre las pautas de valoración que debía tener en consideración el juez a la hora de homologar un acuerdo preventivo (LCQ:61), parámetros como "la congruencia del acuerdo alcanzado con las finalidades de los concursos"(inciso 1°), "su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa y la protección del crédito" (inciso 2°) y "las posibilidades de su cumplimiento"(inciso 3°). Esto así, a tal punto que si alguna o varias de las condiciones enunciadas no se daban, podía el juez

denegar la homologación del acuerdo (LCQ:62). Extraje de ello dos (2) inferencias. En primer lugar, que el concurso preventivo (como ahora también el APE o Acuerdo Preventivo Extrajudicial) era y es un trámite de naturaleza concursal que presupone la conservación de la empresa, lo que, a su vez, implica la preservación de la actividad comercial del deudor y la de la empresa como unidad económica y productiva. Esto, como forma de evitar la liquidación de esa unidad y el consiguiente cierre de la respectiva actividad productiva, contingencia que se encuentra implícita en la quiebra. De lo que se sigue que si esta actividad ya no subsiste a la hora de solicitarse el concursamiento y, al mismo tiempo, no existe posibilidad alguna de restablecerla en lo inmediato, careciendo ese patrimonio -al decir de Anich- de la posibilidad o capacidad de generación de recursos para el pago de los créditos; ¿qué sentido tiene habilitar la vía concursal preventiva? Y, en segundo lugar, que se deducía también de dicha normativa que si la propuesta de acuerdo no es de factible cumplimiento, o sea, no se vislumbra como sustentable en función del nivel de actividad comercial denunciado por el deudor, no corresponde que el juez la apruebe o, lo que es lo mismo, si se está en una etapa liminar del procedimiento, tampoco corresponde que el juez le dé curso a la petición de concursamiento en tales condiciones. (5.) Puse de relieve que era justamente por eso que legislaciones extranjeras, como la Ordenanza Francesa de 1967, la Ley Alemana de 1994 o el ?Bankruptcy Code? americano, contemplan, como una exigencia inescrutable para el acceso a la solución preventiva, la presentación por el deudor de un ?plan de saneamiento?, un ?plan de salvataje? u otras fórmulas similares como el llamado ?plan de empresa? o ?plan de recuperación?, a través de los cuales debe explicarse al juez y a los acreedores cómo planifica el deudor llevar adelante su actividad comercial y productiva y cómo generar los recursos necesarios para sostener esa actividad y, al mismo tiempo, amortizar el pago de la deuda concordataria. En otras palabras, para que sea viable la solución preventiva, se le exige al deudor la presentación de un plan sustentable que explique fundadamente cómo proyecta continuar con su actividad y cancelar el pasivo concordatario, manteniendo la actividad comercial y/o productiva que se encuentra en marcha, o restableciéndola si hubiese cesado, como forma de evitar que su patrimonio sea liquidado a través del trámite de realización de la quiebra, que es la única otra vía que contempla la legislación falimentaria como solución para la insolvencia a través de la distribución del producido de la venta compulsiva de los bienes del deudor en el marco de la ejecución colectiva del patrimonio que aquéllos integran. Señalé también que en nuestro actual régimen concursal -y como bien lo refirió el maestro Osvaldo Maffía en su trabajo ?Una vez más sobre el ?Plan? de recuperación del que nuestros legisladores concursales nunca se enteraron? (El Derecho, publicación del 27.04.05)-, el deudor no necesita decir qué piensa hacer con su empresa. No debe informar al juez y, traslaticiamente, a sus acreedores, si mediante el concordato perseguido estima que podrá recuperarse de las dificultades que lo obligaron a concursarse, o si piensa continuar la actividad que desempeñaba y/o, acaso, mejorarla con el apoyo de sus acreedores. Es más, la ley ni siquiera prescribe que el concursado tenga que decir qué se propone con su empresa, menos todavía necesita proponer un ?plan? o algo parecido para acceder a la solución preventiva (cfr. Maffía, ob cit., ap.1). Bueno hubiera sido que la última reforma introducida al ordenamiento concursal -ley 26.684- contemplara como requisito inexcusable de admisibilidad de la pretensión concursal preventiva, que el deudor exhiba al juez y a sus acreedores un plan de empresa, de salvataje o de reestructuración empresaria, que sea sustentable desde el punto de vista económico y empresario y respaldado por dictamen de profesional idóneo, a título de recaudo mínimo de seriedad para la presentación y ulterior aprobación de la propuesta de saneamiento y/o recuperación patrimonial formulada a los acreedores. Al no haber esto ocurrido y no vislumbrándose tampoco que ello vaya a suceder en el futuro inmediato, entendí que era deber del juez bloquear el acceso a la solución preventiva a esquemas de organización empresaria y/o propuestas manifiestamente inviables desde el punto de vista económico y carentes de todo respaldo en un plan de salvataje mínimamente sustentable o que sólo involucran una ?pseudo? prosecución del giro comercial preexistente sin sustento alguno, pues de otro modo la justicia pasa a convertirse en un instrumento más de la práctica comercial desleal en desmedro de la protección del crédito y de los buenos hábitos en materia mercantil que es deber de los jueces evitar y preservar, respectivamente; so riesgo de prohijar el ejercicio abusivo del derecho a solicitar la formación del juicio de convocatoria de acreedores.- (6.) A esta altura del razonamiento, y justamente a raíz de esta última idea, me parece conducente traer a colación en este punto un aspecto emparentado con la materia objeto de tratamiento, cual es la problemática jurídica derivada del reconocimiento de conductas abusivas en el ejercicio del derecho de acción, en este caso, de instar y tramitar un concurso preventivo, es decir, cuando se visualiza que el pedido de concursamiento del deudor -o su posterior trámite- se halla determinado por móviles ajenos al espíritu del instituto, relegando al proceso a un mero estadio burocrático con la intención de alcanzar objetivos extraños a la finalidad específica del concurso preventivo. La configuración de un ejercicio abusivo del derecho presupone -obviamente- la existencia de un derecho en cabeza de quien incurre en esa conducta, pues la esencia del abuso está, precisamente, en cómo se ejercita este derecho. El ejercicio de los derechos tiene límites, los cuales pueden surgir de la propia ley, de su ámbito temporal de aplicación o de la misión social que debe cumplirse con ese derecho. A los efectos del caso que nos ocupa, interesa, justamente, el último supuesto, es decir, el de los límites institucionales al ejercicio de un derecho subjetivo. La visión de los derechos como algo absoluto y/o meramente formal se encuentra hoy

superada, priorizándose en su lugar intereses sociales serios y del mismo bien común, es que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar en su ejercicio. Josserand, en su obra *Del espíritu de los derechos y su relatividad*, ya había postulado que los derechos debían ejercerse con prudencia, sin causar daños injustos, respetando los fines para los que fueron concebidos. Este enfoque asumió la consideración de los fines y valores que justifican su razón de ser, por lo que no era dable atender sólo a la existencia misma del derecho, sino también a su fin y a los móviles que inspiran al sujeto que lo ejercita. Aparece así el criterio funcional, derivado del espíritu del derecho ejercido, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad y quien quiera apartarlo de su misión social, comete una falta, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad. La cuestión se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido y, por otra, el móvil que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se habrá ejercido correctamente, pero si no la hay, el ejercicio se habrá convertido en abuso y, por tanto, es susceptible de reproche. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de un derecho es efectuado en consideración a un fin que contempla al bien general más que al bien particular, si bien tomando en cuenta la significación inmediata para la persona a quien es destinado. Cada derecho tiene una misión, su razón de ser, su función, su espíritu, de allí que el derecho subjetivo tiene por finalidad satisfacer intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. En el logro de esos fines o intereses, entonces, está la razón de ser del derecho subjetivo y son ellos los que marcarán luego el acierto o error que se pueda causar en su aplicación o ejercicio. El derecho subjetivo aparece así ¿funcionalizado? y no como un mero poder individual arbitrario (Ordoqui Castilla, *El abuso del derecho*, 2009). El derecho subjetivo debe ser enfocado entonces no sólo ¿desde adentro? (interés o facultad jurídicamente protegida) sino también ¿desde afuera?, o sea, ponderando cuidadosamente los límites de su proyección respecto de terceros y la misma sociedad, zona desde donde, precisamente, es posible constatar la abusividad. Entonces, un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo no puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad. Es que como lo expresaba Josserand, hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera, en ciertas condiciones, y si bien a menudo el fin es susceptible de justificar los medios empleados, en ningún caso los medios justifican el fin, pues ello sería la inversión de la moral, sería una inmoralidad a la par de un absurdo, significaría el campo ampliamente abierto a la mala fe y al fraude. Se muestra conducente recordar aquí que ¿abuso? proviene del latín ¿abusus? (¿ab?: contra y ¿usus?: uso); su interpretación literal es ¿mal uso? o ¿uso contrario?; su acepción general es: ¿aprovechamiento de una circunstancia en contra de una persona o cosa?; la acepción jurídica sería: una actividad aparentemente lícita, pero que excede los límites impuestos por la justicia, la equidad, la razón y la finalidad; en suma, un obrar excesivo o anormal. En forma amplia, se puede decir entonces que existe un ejercicio abusivo de los derechos, cuando el titular de una prerrogativa jurídica o, de un derecho subjetivo actúa dentro de los límites lógico-formales que comprende la norma legal que concede la facultad, pero al ejercerla desvirtúa la finalidad económica o social de la permisión o el resultado aparece contrario a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres. En estos casos, se afirmará que el titular no hace uso de su derecho sino que abusa de él. Sobre la base de que el derecho subjetivo es susceptible de desviación de su uso regular -cayéndose así en un mal uso o abuso de aquél-, ese extremo bien podría configurarse con motivo de la promoción de un proceso, considerando que la acción procesal se sustenta, precisamente, en el ejercicio de un derecho. En el contexto teórico señalado, y en orden a detectar un eventual uso disfuncional del concurso preventivo, debe tenerse en cuenta, precisamente, cuál es la naturaleza y finalidad del instituto. Atendiendo a los fines del legislador ínsitos en la letra de la ley 24.522 y los medios instituidos por ese ordenamiento legal para poner en funcionamiento esos fines, el concurso preventivo, se reitera, aparece como un mecanismo procedimental al que puede recurrir el deudor que se halla en estado de cesación de pagos, con el fin de recomponer su situación patrimonial para poder proseguir con su actividad económica y/o profesional, mediante un acuerdo de reestructuración del pasivo con los acreedores. Así, el deudor que postula su concursamiento, lo que plantea al juez y a los acreedores es la posibilidad de pagar sus deudas con el producto de la gestión del patrimonio de que es titular, como modo de evitar la liquidación de aquél en el marco de una eventual quiebra porque, si lo que este planteara fuera pagarles con la realización de ese patrimonio, lo que en realidad les estaría proponiendo es una suerte de quiebra ¿privada?, o sea una solución que no sería compatible con la idea de concurso preventivo y, por tanto, configuraría un ejercicio abusivo del derecho a obtener la solución preventiva, toda vez que el trámite respectivo estaría orientado por un móvil distinto al fin por el que se reconocieron las normas que se invocan, visualizándose un anti-funcionalismo del trámite intentado. Entonces, si lo que les tiene que proponer es pagar las deudas concordatarias con el fruto o producido de su patrimonio, entiendo que la existencia de una ¿actividad? empresaria o no, pero actividad fructífera al fin, es algo que el deudor debe necesariamente exhibir para poder pretender este tipo de solución, pues de otra forma la propuesta a formular carecería del debido sustento dentro del referido marco conceptual. Por ende, me parece que quien se encuentra en una situación de esa índole no puede menos que procurar explicar al juez y los acreedores con cuál actividad hará frente al pasivo que lo viene asfixiando y como hará para pagar las deudas que lo llevaron al estado en que se encuentra. Dicho en otras palabras, quien se

encuentra en estado de cesación de pagos y procura evitar la quiebra (o sea la liquidación de su patrimonio para pagar a sus acreedores), lo menos que puede hacer cuando se presenta ante el juez a formular su propuesta de acuerdo preventivo es exhibirle a él y a sus acreedores un plan sustentable de pago de sus acreencias y al mismo tiempo, una hacienda o empresa en funcionamiento o con posibilidades ciertas de funcionar, con cuyo producido hacer frente a las deudas que lo gravan. (7.) Pues bien, hecha esta reseña y volviendo al caso de autos, la cuestión a resolver en el sub examine finca -como ya lo anticipara- en decidir si fue, o no, ajustada a derecho la decisión de la Sra. Jueza de grado de declarar ineficaz de pleno derecho la disolución y liquidación acordada en la asamblea extraordinaria celebrada el 23.03.07 y la consecuente designación de un interventor controlador por el plazo de tres (3) meses a efectos de informar sobre la situación patrimonial de la sociedad y de todo acto llevado a cabo, a todo evento, por su liquidador. La recurrente adujo que la decisión de su disolución y liquidación encontró debido sustento en una situación objetiva -pérdida de capital- que derivó en la necesidad de acogerse por imperativo legal al régimen societario que regula la materia (art. 94, inc. 5°, y ccdtes, LSC). Expresó también que la sociedad no ejerce actividad comercial alguna desde hace seis (6) años -circunstancia que denunció en autos, oportunamente-, que la propuesta concordataria homologada conlleva el pago de un mínimo del 20% de los créditos declarados verificados y admisibles, a través de la venta de todos los bienes de su activo (compuesto de Bonos de la deuda pública y de un inmueble), por lo que, a su entender, carecía de sentido analizar si el acto en cuestión excedía, o no, "la administración ordinaria de su giro comercial" pues, lo que cabía determinar es si aquél era susceptible de afectar los intereses concursales. En el sub lite la sociedad cesó en su actividad comercial, despidiendo a sus empleados y abonando las indemnizaciones correspondientes antes de que la propuesta concordataria -consistente en abonar el 20% de los créditos verificados y/o declarados admisibles sin intereses, en tres (3) cuotas anuales, iguales y consecutivas- fuera homologada -12.03.03-, comprometiéndose la deudora a abonarla con la totalidad del dinero proveniente de la realización de sus activos. Ahora bien, si a esta manifiesta ausencia de actividad comercial de la convocataria, se le suma el ofrecimiento de pagar el pasivo concursal con la realización de sus activos, surge evidente que lo aquí procurado fue una suerte de quiebra privada?, lo que -como ya expresé- constituye una solución incompatible con la idea de concurso preventivo y, por tanto, un acto prima facie abusivo, en tanto contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. En efecto, se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado (Porcherot E., De l'abus du droit, citado por Llambías Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil - Parte general?, T° II, p. 175). Véase que el enfoque finalista o funcional toma en cuenta que los derechos subjetivos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos una finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene una razón de ser, su espíritu del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no puede ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo (Josserand Louis, El espíritu de los derechos y su relatividad). En este marco, natural sería concluir entonces, de acuerdo con el criterio que se ha venido exponiendo, que no había margen en este proceso para admitir la propuesta de pago presentada por la deudora, toda vez que el concordato no tenía correlato en el espíritu ni en la finalidad de la solución concursal preventiva. Sin embargo, la oportunidad para decidir sobre esta materia en el sub lite se halla precluida, por cuanto la homologación del acuerdo preventivo se encuentra a la fecha firme como así también la resolución que dio por concluido el concurso, amén de que, en la especie, ello violentaría el límite impuesto por el art. 277 CPCC, toda vez que los tribunales de Alzada se encuentran impedidos de fallar sobre capítulos no propuestos o pretensiones que no hayan sido debidamente planteadas ante los jueces de la primera instancia. De modo que, frente a las particularidades del caso descripto, se presenta la llamativa paradoja de que la liquidación de la concursada en los términos del art. 94, incs. 4° y 5°, LSC, lejos de colisionar con la propuesta de pago a los acreedores, se muestra, en rigor, como su natural consecuencia. Ello contexto me lleva a optar, en este caso, por una solución concordante con la sustentada por mis Colegas de Sala, puesto que comparto con ellas que el acto declarado ineficaz por la Sra. Jueza de Grado respondió a la necesidad por parte de sus accionistas de cumplir con el régimen legal impuesto por la LSC, ante la pérdida del capital social de la firma que imposibilita su subsistencia sin ese fondo común necesario para conseguir el objeto social perseguido, como asimismo que la decisión asamblearia en cuestión no genera per se perjuicio a los acreedores concursales dado que el proceso de liquidación de la sociedad habrá de operar dentro del marco de este proceso universal, sujetándose su liquidador a las condiciones fijadas en la propuesta homologada y, por ende, al contralor que ejerza el Comité de Acreedores y la sindicatura en torno a su cumplimiento. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual

razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Devuélvase a primera instancia, encomendándose a la Sra. juez a quo practicar las notificaciones del caso con copia de la presente resolución.

JORGE A CARDAMA PROSECRETARIO DE CAMARA

ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS

Correlaciones: Ley 24522 - BO:

20/7/1995

009734E