

Proceso concursal con perspectiva de género: Se declara conducta hostil del acreedor que se opuso a la tramitación del concurso

Sumario:

Se destaca la actitud hostil del acreedor desde el inicio del proceso concursal, oponiéndose a su tramitación y rechazando cualquier propuesta, pretendiendo sustraerse de procedimiento lícito.

La ley concursal procura la intervención de todos los acreedores verificados y admisibles en el pronunciamiento del art. 36 LCQ, excluyendo del cómputo a aquellos que se presume tienen especial interés en favorecer al deudor.

Se resalta la obligatoriedad de utilizar la perspectiva de género en el análisis de cada caso, que surge del mandato constitucional al que se obligó el Estado Argentino, adquiriendo plena efectividad sobre todo el articulado del CCivCom.

La ley establece una doble directiva para definir cuándo es abusivo un derecho, relacionada con la índole del derecho que se ejerce y la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral.

En la tensión entre el derecho del acreedor formal a su cobro íntegro y el de la deudora a sanear su estado de cesación de pagos, se destaca que la deudora tiene mayor incidencia en el marco planteado, ya que el derecho al voto en el ámbito concursal no es absoluto.

Se resalta que la conducta hostil del acreedor en el proceso concursal es irrazonable y contraria a sus propios intereses, ya que existe una sentencia desfavorable en sede civil que declaró la nulidad absoluta de su acreencia.

La exclusión del cómputo de las mayorías constituye un supuesto excepcional, sea que se trate de un supuesto de voto complaciente u hostil.

Se destaca que la hostilidad del acreedor refleja una conducta ilegítima ejercida en el marco de una situación de enemistad hacia la deudora, que tiene la intención de impedir la obtención de las mayorías necesarias para arribar al acuerdo.

Se resalta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la legislación nacional comprenden distintos grupos de vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres, quienes cuentan con una presunción legal iuris et de iure sobre aquella calidad.

Fallo completo:

Fallo:

Buenos Aires, 14 de marzo 2023.

A las presentaciones que anteceden: Estése a lo que seguidamente se decidirá.

Y Vistos:

1. Viene apelada por la concursada la resolución de fs. 384 (foliatura digital) que, de un lado, rechazó el pedido de exclusión de voto respecto del acreedor declarado admisible Dr. Fabián Bergenfeld; y, de otro, desestimó el pedido de suspensión del proceso concursal solicitado.

Juzgó el a quo que no existían elementos para calificar al mentado letrado como acreedor hostil, aseverando ? en función de la argumentación efectuada por la deudora ? que el concurso preventivo no es el ámbito más apropiado para probar la violencia alegada. En tal sentido, dijo que este proceso no deja margen para la acreditación de los extremos sostenidos por la apelante, los que requieren necesariamente de un debate probatorio más extenso siendo la marcha del proceso concursal un obstáculo que impide abordar el tema con la seriedad que amerita.

Seguidamente y luego de explicar que la no aplicación de la normativa relativa a la violencia de género implica la violación de las

convenciones internacionales protectoras de los derechos de las mujeres suscriptas por nuestro país, concluyó que no estaríamos frente a un supuesto de violencia de género que justifique la exclusión de voto pretendida.

Ponderó que la relación sentimental a la que alude la concursada ha sido sistemáticamente negada por el Dr. Bergenfeld y que la Sra. Galli Basualdo es abogada, y cuenta con trabajo estable (se desempeña como funcionaria en la Inspección General de Justicia), extremos que le impiden concluir que exista una situación de desigualdad de poder, o una superioridad del Dr. Bergenfeld sobre la persona de la concursada, que importe subsumir la temática en una cuestión de género; no habiéndose ilustrado adecuadamente sobre por qué razón su ex letrado la 'odiaría'.

Finalmente, sostuvo el magistrado que el pedido de suspensión del proceso formulado por la concursada a las resultas de la finalización de la demanda de nulidad planteada y tramitada en sede civil contra el Dr. Bergenfeld, resulta improcedente en tanto la recurrente al peticionar la formación de su concurso preventivo tácitamente aceptó las reglas vinculantes del proceso colectivo, entre ellas las procesales que estructuran el trámite concursal.

2. La expresión de agravios corre en fs. 396/400, y fue respondida por el acreedor en fs. 402/404 y por la Sindicatura en fs. 406. El Ministerio Público Fiscal tuvo intervención en fs. 414/418 y propició la confirmación del temperamento adoptado en la instancia de grado.

3.a. La participación de los acreedores dentro del proceso universal adquiere su punto más relevante cuando éstos prestan, o no, su conformidad con la propuesta de pago que les ofrece el concursado. La ley concursal procura, al efecto, la intervención de todos los acreedores verificados y declarados admisibles en ocasión del pronunciamiento del art. 36 LCQ, excluyendo del cómputo a aquellas personas respecto de las cuales se presume cuentan con especial interés en favorecer al deudor.

Sobre si el elenco contemplado por el art. 45 LCQ reviste carácter taxativo, haciendo de las causales de exclusión un *numerus clausus*, esta Sala ha optado por no establecer apriorísticamente principios formularios rígidos sino decidir cada caso concreto a la luz de los elementos probatorios adunados, correlacionando esa regla con otras normas del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal (cfr. 27/12/2011, 'Iglesias Silvia Elena s/concurso preventivo', íd. 16/8/2012, 'Laborde, Pedro Rubén s/conc.preventivo').

Y tal desafío adquiere mayor envergadura cuando se trata de situaciones que reflejan principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces, al encontrarse inescindiblemente vinculados con el resguardo del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres (CCyCom: 10, 12, 279, 344, 387, 958, 1004 y concs.).

Previénese, entonces, que la alegación de hostilidad por parte del Dr. Bergenfeld merecerá un estudio particularizado (cfr. CNCom, Sala C, 27/12/2002, 'Equipos y Controles SA s/Concurso Preventivo s/Incidente de apelación' voto del Dr. Monti; íd. Sala B, 30/06/2008 'Redes Excon SA s/Concurso Preventivo s/Incidente de exclusión del cómputo de las mayorías').

3.b. Desde otro vértice y visto el abordaje de la cuestión traída a consideración por parte de la apelante, este Tribunal destaca que la obligatoriedad de utilizar la perspectiva de género en el análisis de cada caso surge del mandato constitucional al que se obligó el Estado Argentino, en todos sus estamentos, incluidos quienes pertenecemos al Poder Judicial.

Adquirió plena efectividad sobre todo el articulado del CCyCN en función de lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 3 del propio cuerpo legal, dada la centralidad que adquieren los derechos humanos en la interpretación y aplicación de las normas. Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a fin de garantizar una igualdad real por sobre lo meramente formal (art. 4.1 de la CEDAW), y 'modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres' (art. 5.a. CEDAW) (cfr. María Victoria Pellegrini, 'Una especie de violencia familiar: la violencia económica en el régimen de la comunidad. Aportes desde la perspectiva de género', publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, p.387 y ss., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022).

De su lado, además de los diversos instrumentos internacionales habidos y aprobados por el Estado Argentino (CEDAW, Convención de Belem do Pará, entre otras), en nuestro país se dictó la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres, definiendo en el art. 4 lo que se entiende por violencia contra las mujeres: toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja respecto del varón.

De su lado, el art. 5 de dicho cuerpo normativo, define a los tipos de violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial.

Además, el Dec. Reglamentario de la misma en el art. 6 dispone:

Las definiciones comprendidas en el artículo que se reglamenta, en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Para ello deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido por el art.4º, segundo párrafo de la Ley 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General n° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación.

Agréguese que el enfoque de género persigue la igualdad real, sustancial y efectiva entre varones y mujeres e ? . implica, por un lado, una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y, por el otro, una relectura y una resignificación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. De lo que se trata es de hacer relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de derechos humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones iguales y no discriminatorias' (cfr. Ana C. Alonso y Patricia Fernández Andreani, ?Noción de Perspectiva de Género', p.99 y ss., ob.cit).

Desde tal perspectiva esta Sala ya ha resuelto en el antecedente ?Fundación Educar' citado por la recurrente, si bien diverso al que aquí nos ocupa, en tanto los magistrados estamos obligados a interpretar y a dar una lectura de las cuestiones que nos son traídas a consideración con perspectiva de género.

4. Adelantado el contexto interpretativo que enmarcará el análisis, conviene delinear el entramado fáctico por el cual trasunta la decisión del caso.

(i) Al presentar su concurso, la Sra. Galli Basualdo indicó como causal de su cesación de pagos, la imposibilidad de pago de la condena recaída en el juicio ejecutivo promovido por el Dr. Sergio Fabián Bergenfeld.

En el apart.2.1 de dicha presentación explicó las causas concretas de su situación patrimonial, haciendo énfasis en la relación personal y profesional que la habría unido al mencionado profesional y a las situaciones que se derivaron en consecuencia fs. 3/14.

(ii) En el pronunciamiento verificadorio del art. 36 LCQ (fs. 260), se declararon verificados/admisibles los créditos de: 1. Alboher Pablo Fabián ? Alvarez Susana Elba, por la suma de U\$S 6.000 con más la de \$ 1890 como gasto del concurso \$1.890 e inadmisibles los demás pretendidos; 2. Banco de la Nación Argentina, por la suma de \$ 32.135,91 con más la de \$ 2.060 como gasto del concurso; 3. Bergenfeld Fabián Sergio, por la suma de U\$S 130.200 y de \$ 2.060 en concepto de gastos, y, admisible eventual con carácter quirografario los honorarios que se regulen a su favor. Tal crédito se encuentra en trámite de revisión; 4. Consorcio de Propietarios Arenales 3085/3087/3095/3099 Esq. Bustamante 1909 Y 1915, se verificó por la suma de \$ 137.186,15 en concepto de capital con privilegio especial y la de \$ 19.209,75 (v. fs. 281); y, 5. Nissen Ricardo Augusto, admisible eventual con carácter quirografario y por el monto que le corresponda conforme el resultado del juicio.

(iii) Con tal escenario de su pasivo, la deudora presentó la propuesta de agrupamiento y categorización en fs. 269, habiéndose dictado en fs. 332 la resolución de categorización: QUIROGRAFARIOS y PRIVILEGIADOS.

(iv) En la propuesta de acuerdo presentada en fs. 346/8, se otorgó a los acreedores dos opciones:

1. El pago del 100% del capital, en 5 cuotas anuales y consecutivas con vencimiento la primera de ellas a los 60 días hábiles judiciales de la que adquiriera firmeza la resolución que homologue el acuerdo preventivo y fije los honorarios de la sindicatura. El saldo de capital devengará un interés equivalente al 50% de la tasa BADLAR de banco privado nominal anual correspondiente al período respectivo según la alícuota que periódicamente informa el BCRA. Y, 2. El pago del 40% del capital en 2 cuotas anuales y consecutivas con vencimiento la primera de ellas a los 60 días hábiles judiciales de la que adquiriera firmeza la resolución que homologue el acuerdo preventivo y fije los honorarios de la sindicatura.

Se remite a dicha presentación a los fines de las demás cuestiones allí señaladas en relación al pago de los créditos en dólares estadounidenses.

(v) En fs. 388 se adjuntaron las siguientes conformidades:

Alboher Pablo Fabián y Alvarez Susana Elba (fs. 380/381), Banco de la Nación Argentina (fs. 382/385) y Consorcio de Propietarios Arenales 3085/3087/3095/3099 (fs. 386/387).

En relación al crédito del Dr. Nissen se aclaró que fue declarado admisible eventual tanto en su cuantía como al derecho a voto por hallarse sujeto a la condición establecida por VS en la resolución verificatoria, por lo que debe detraerse del cómputo.

De su lado, tal como se desprende del mail manejado en fs. 372 el Dr. Bergenfeld, por medio de su letrado Dr. Jorge Aguirre Saravia, rechazó la propuesta efectuada habiendo señalado: ?Este concurso no tiene razón de ser y así lo pusimos de relieve en nuestra primer presentación .'; ?Y más allá del fracaso de los mismos (ver queja n° 1), los hechos nos están dando la razón .'; ? . todo

el asunto se podría arreglar si la Sra. Galli Basualdo entendiera que puede cancelar todos sus pasivos y que tiene que vender su inmueble para adquirir uno más pequeño y con la diferencia honrar sus deudas'; 'Nadie quiere que la Sra. Galli Basualdo quede en la calle'. Y el concurso, . no le dio y no le dará la solución que esperaba'.

5.A la luz de la reseña efectuada, teniendo presente las conformidades de los restantes tres acreedores habidos en el proceso con derecho a voto y no habiendo sido introducida formalmente la abusividad en el ofrecimiento de pago, los suscriptos no compartimos en modo alguno ni lo decidido por el magistrado de grado ni lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal.

Contrariamente, en función de los diversos indicios habidos en la causa y ponderando el relato minucioso y reiterado de la concursada, entendemos que la negativa cerril del ex letrado de la concursada trasluce ? cuanto menos ? una actitud abusiva de su parte, que no merece respaldo jurisdiccional (arg. art. 10 CCyCom.).

En tal sentido, cabe destacar que para definir cuándo es abusivo un derecho, la ley establece una doble directiva: una primera es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce; la segunda directiva, es más amplia y traslada a esta situación ? el ejercicio de un derecho ? a la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Así, para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, como son ?1) la intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca'. Habría que añadir, además, que el magistrado debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico social del derecho que la ley le concede (cfr. Sessarego Carlos Fernandez, 'Abuso de Derecho', pág. 154/5; Ed. Astrea, 1992; citado en dictamen fiscal n° 1149/202 2, autos 'Edificio Migueletes 1268 SRL s/ conc.prev.).

Pues bien, en base a lo expuesto, es del caso destacar aquí las notas que nos llevan a concluir de la manera ya indicada: más allá de la negativa formal efectuada por el acreedor en cuestión sobre las diversas aseveraciones efectuadas por la deudora, lo cierto es que no puede dejarse de lado que nos encontramos frente a una mujer ? la deudora -, ciertamente abogada y con trabajo estable ? tal como apuntó el a quo como de relevancia para decidir como lo hizo -, quien en su hora confió, al menos en el ámbito profesional, en el Dr. Bergenfeld para efectuar ciertos reclamos contra su ex cónyuge, en los que no se habrían obtenido los resultados esperables y cuyo trámite se encontraba atrasado, lo que conllevó hacia fines del año 2015 a la revocación del poder en su hora otorgado; siendo luego demandada en un juicio ejecutivo en base a cierto reconocimiento de deuda que habría sido firmado en el año 2016, en el cual fue condenada, encontrándose actualmente en trámite un juicio ordinario de nulidad de acto jurídico referido a ese documento. Desde otro vértice, no puede obviarse la conducta asumida en el trámite por el Dr. Bergenfeld quien luego de la apertura del concurso preventivo de la Sra. Galli Basualdo apeló dicho decisorio (v. queja n° 1) y señaló que: '? el concurso fue presentado al sólo fin y efecto de dilatar ? sin ningún otro propósito ? el pago de mi crédito; . el resto del teórico pasivo fue generado al sólo fin y efecto de 'justificar' la existencia de más acreedores y forzar la apertura del concurso que aquí estoy cuestionando. vaya a saber uno que más 'inventará' y/o sumará a su fábula ya desenmascarada en sede Civil y Penal, luego que concluya este expediente, para patear la pelota hacia adelante '. Y agregó . '?De más está decir que la Dra. Galli Basualdo, de continuarse esta verdadera 'aventura procesal', no llagará ? jamás ? a las mayorías de ley' (v. fs.158/161).

A su vez, no puede dejarse de lado en el análisis el contenido de ciertos mails enviados por el Dr. Bergenfeld a quien fuera su clienta, Dra. Galli Basualdo ? que fueron agregados en fs. 370/1 -, no siendo admisible que aquél pretenda escudarse en su mero desconocimiento siendo que no ha sido desconocida ni negada la casilla del correo desde el cual los mismos fueron enviados a la Sra. Galli Basualdo, la cual coincide, además, con la casilla del mail en que le fue copiado el mail agregado en fs. 372 enviado por su letrado a la deudora (fabianbergenfeld@ejbergenfeld.com.ar).

Obsérvese el tenor de los mismos: '?Resulta verdaderamente peculiar el modo catártico que has adoptado para canalizar tus emociones, o cuanto menos para ocupar tu holgado tiempo ocioso, digno de un profundo análisis de resultados previsibles y de consecuencias inciertas. Es allí donde se centra el verdadero flagelo para quienes te rodean en la actualidad' (Sábado 19 de septiembre del 2015; 13:15 hs.); '?Cuanto en más bocas de gente me pongas, más grande será la indemnización que tendrás que pagar.

A punto de que esa gente ni siquiera querrá poner un mendrugo de pan en tu desbocada y desafortunada boca' (Sábado 19 de septiembre del 2015; 15:02 hs.).

De todo lo expuesto, podemos advertir con meridiana claridad la relación de poder asimétrico habida entre el ex letrado (Dr. Bergenfeld) y la entonces clienta de aquél (Dra. Galli Basualdo) debiendo en tal sentido tenerse en cuenta las posibilidades de autodeterminación que pudo haber tenido aquélla al momento de optar por llevar a cabo los pleitos contra su ex cónyuge y la suscripción de ciertos 'papeles' en blanco como ella alude.

Véase que la misma dijo en su escrito de presentación en concurso que 'Su entusiasmo con el tema era manifiesto y de esa manera, aprovechado su fama de denunciante profesional, comenzó a ejercer sobre mí un importante manejo emocional, a punto tal no de advertir que la versión que me daba . no tenía el menos andamiaje legal .'.

Así entonces, aparece antojadiza y abusiva la pretensión del Dr. Bergenfeld de ver cancelada su obligación tal como si la Sra. Galli Basualdo se encontrara in bonis ya que ello importaría tanto como desconocer la finalidad propia del trámite de reestructuración de pasivos, el cual supone un sacrificio igualitario por parte de los acreedores concurrentes para el saneamiento de un patrimonio reconocido y declarado como impotente para afrontar la totalidad de las deudas que lo afectan.

Y sobre todo cuando se tiene presente que el único activo que posee la concursada lo constituye un inmueble en el que habita con sus hijos menores de edad. De ahí que en un escenario eventual de quiebra, habría que analizar sobre la procedencia ? o no ? de la venta de tal inmueble y, por ende, de las posibilidades de cobro de las acreencias. Es que, la circunstancia de que la quiebra sea esencialmente liquidativa no predica de manera absoluta la posibilidad de enajenar el inmueble asiento del hogar donde habitan personas en situación de vulnerabilidad ? vgr. menores de edad -; tal como ya ha sostenido esta Sala F, in re, 9/11/2017, 'Arce Norma Angélica s/ quiebra'.

Finalmente por resultar de suma relevancia, no se puede soslayar en el análisis que el crédito del Dr. Bergenfeld ha sido declarado admisible y se encuentra en trámite de revisión, por lo que ese derecho está sujeto o condicionado en cuanto a su perdurabilidad a un hecho futuro e incierto que es la eventual desestimación de la demanda de nulidad promovida en su contra por la Sra. Galli Basualdo. Tal circunstancia tiene incidencia a la hora de decidir, por cuanto esa acreencia está sujeta a una condición resolutoria (arts. 343, 347 y 348 CCyCN), siendo por ende la condición de acreedor del mencionado profesional 'formal intra ? concurso' ya que está siendo objeto de revisión jurisdiccional. Expresado de otra manera: la obligación es válida y operativa, mientras la condición no se produzca; acaecida ella su ineficacia se configura.

Máxime, ponderando lo recientemente decidido en sede civil en la causa 'Galli Basualdo Mariana Laura c/ Bergenfeld Segio Fabián s/ nulidad', en la cual se declaró nulo de nulidad absoluta el instrumento titulado 'Formula reconocimiento de deuda' de fecha 2/5/2016; si bien tal pronunciamiento no se encuentra firme.

De modo que, en la tensión de estos derechos, esto es, el del acreedor formal a su cobro íntegro y el de la deudora a sanear su estado de cesación de pagos, ésta última tiene mayor incidencia en el marco planteado en la medida que el derecho al voto en el ámbito concursal no es absoluto, existiendo casos ? como el que nos ocupa ? que puede ser ejercido en forma abusiva.

En conclusión, de todo lo dicho se trasluce que el Dr. Bergenfeld ha adoptado en este proceso concursal una conducta hostil, siendo que desde el inicio de este proceso adelantó su oposición a la tramitación de este concurso y el rechazo a cualquier propuesta (aún sin saber los términos de la misma), pretendiendo sustraerse de un procedimiento que es lícito, habiendo en su hora la concursada confesado su estado de cesación de pagos, habiéndose reconocido varios otros acreedores, persiguiendo únicamente ? además, claro está, de saldar su pasivo en los términos propuestos ? resguardar el inmueble donde habita con sus hijos menores de edad.

Por todo lo dicho, entendemos entonces que la conducta del mencionado acreedor ha sido desplegada hostil y abusivamente con miras a impedir la obtención de las mayorías necesarias para el acuerdo y con ello frustrarse la solución preventiva.

6. Corolario de lo expuesto y oído el Ministerio Público Fiscal, se resuelve: estimar la apelación de la concursada y revocar el pronunciamiento apelado. Con costas de ambas instancia en el orden causado atento las notas particulares del caso y la forma en que se decidió (art. 68:2 CPCC).

Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015); y al Sr. Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil.

Cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14), y devuélvase a la instancia de grado.

Alejandra N. Tevez (Con la ampliación de fundamentos que siguen)

Ernesto Lucchelli

Rafael F. Barreiro

María Julia Morón

Prosecretaria Letrada de Cámara

Ampliación de fundamentos de la Dra. Alejandra N. Tevez

1. En línea con el desarrollo argumental que precede, estimo oportuno agregar ciertas consideraciones referidas al derecho del acreedor de manifestarse sobre la propuesta de acuerdo y a las posibles causales de exclusión de voto. Ello así, a fin de correlacionar luego aquél marco teórico con la plataforma fáctica y jurídica del caso.

2. El derecho de conformar o no la propuesta y la exclusión de voto.

Sabido es que la facultad del acreedor de expresar su conformidad o rechazo a la propuesta del deudor, es una prerrogativa ínsita en la naturaleza misma de su derecho de crédito.

Tanto en el ordenamiento societario como en el concursal, el voto es atribuido al accionista o al acreedor, según el caso, por la ley. Y el ejercicio de tal derecho subjetivo que la ley reconoce no puede, como principio general, ser retaceado en modo alguno.

Sin embargo, también resulta conocido que no existen derechos absolutos capaces de evadir el control judicial de la regularidad o funcionalidad de su ejercicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos (Fallos 199:466 y 483; 200:450, entre muchos otros). De allí que debe necesariamente concluirse que el derecho de voto resulta alcanzado por este principio.

Paralelamente, el art. 45 de la LCQ alude a los acreedores que se encuentran impedidos de decidir acerca de la propuesta de acuerdo concursal exteriorizada por el deudor.

La previsión legal atiende a especiales vínculos existentes entre el concursado y los titulares de los créditos reconocidos en el proceso. Así, se intenta asegurar que la aceptación o rechazo de la propuesta sea formulada por el acreedor concurrente con plena libertad.

La cuestión de los sujetos habilitados para así decidir y la posibilidad de ampliar la enumeración de los casos comprendidos en el referido art.45 de la LCQ ha sido, como es conocido, objeto de disímil tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, y por encima de la discusión respecto de la taxatividad o enunciatividad de la citada norma, resulta claro que la previsión legal no impide correlacionar esa regla con otras del ordenamiento jurídico aún por fuera de la ley concursal; en especial, si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las costumbres, que deben ser debidamente resguardados (arts.10, 12 y concs, CCyCN) Ahora bien.

Entiendo que, tanto en el supuesto de 'acreedores complacientes' como en el de 'acreedores hostiles', la situación que se plantea es básicamente la misma: se trata de titulares de acreencias reconocidas en el concurso que resultan claramente diferentes del resto, en el sentido de que no ejercerán su derecho de voto regularmente, de modo libre e independiente (en un caso, con el objeto de favorecer al deudor; y en el otro, con la intención de perjudicarlo).

Adviértase que en ambos casos no es el recupero del crédito el objetivo que preside la decisión del acreedor.

No está de más reiterar, por otro lado, que dada la libertad que supone el ejercicio del derecho de conformar o rechazar la propuesta por parte del acreedor y en función de las garantías involucradas, la exclusión del cómputo de las mayorías constituye un supuesto excepcional. Y ello es a sí, sea que se trate de un supuesto de voto 'complaciente' u 'hostil'.

Por esta razón se impone ? y esto es muy importante ? la mayor prudencia a la hora de evaluar las situaciones de conflicto.

3. El caso aquí planteado.

Sentado lo anterior, diré que un examen apresurado de la cuestión sometida a consideración podría llevar a desechar la idea de hostilidad en la posición del Dr. Bergenfeld. Ello así, desde la perspectiva de la conveniencia de aprobar o no la propuesta de acuerdo consistente en el pago del 10 0% del capital convertido a pesos a la fecha de homologación firme del acuerdo ? según la cotización tipo cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina con más el 30% correspondiente al Impuesto 'País' según art. 35 ley 27.541 ? en 5 cuotas anuales y consecutivas venciendo la primera a los 60 días hábiles de quedar firme la homologación y con pago de intereses sobre saldo de capital equivalente al 50 % por ciento de la tasa BADLAR de bancos privados nominal anual del período que corresponda y que publique el BCRA. Es que aquella propuesta podría no resultar del todo atractiva para el acreedor que cuenta con un crédito quirografario verificado por U\$S 130.200 y con otro admisible eventual con el mismo carácter, ponderando que el activo liquidable de la concursada supera holgadamente su pasivo (recuérdese, en punto a esto último, que en el informe del art. 39 de la LCQ el síndico valuó el activo en \$ 31.500.000 y el pasivo en \$ 12.400.000, a valores aproximados ? v. fs. 277 -) Sin embargo, a poco de avanzar en el estudio del caso encuentro elementos que me convencen de la solución inversa; es decir, de la efectiva existencia de la posición obstruccionista que se atribuye al citado acreedor y de su interés en frustrar la aprobación de la propuesta de acuerdo.

En efecto.

(a) Es exacto que el abogado Bergenfeld apeló la presentación en concurso de la Sra. Galli Basualdo. Y si bien dejó entrever que el concurso fracasaría por la decisiva incidencia de su crédito en el cómputo de la mayoría, como línea principal sostuvo la inexistencia de la cesación de pagos ? por contar la concursada con activos líquidos para pagar a los otros acreedores y con otros activos no líquidos (su inmueble) del que afirmó debería aquélla desprenderse para abonar su crédito -. Esgrimió además el argumento del abuso del trámite concursal por parte de la convocatoria a fin de evadir los compromisos que asumiera.

Ahora bien. Sobre el punto, no encuentro acreditado el uso desviado de la herramienta del concurso endilgado a la deudora. Y,

paralelamente, advierto que hay cesación de pagos aun cuando el activo supere al pasivo, en la medida en que lo que afecta visiblemente a la concursada es la situación de iliquidez: véase que el hecho de que aquélla tenga que vender su inmueble a fin de afrontar sus deudas evidencia de por sí su calidad de cesante.

(b) Por otro lado, los mails enviados por el acreedor a la Sra. Galli Basualdo en el curso del año 2015, cuya veracidad ya fue analizada en el voto conjunto, resultan ciertamente impropios de una comunicación entre clienta y abogado. Y, antes bien, tienen un contenido implícito y explícito de agresión, represalia y odio (fs. 370/71).

(c) Adicionalmente, el correo cursado por el letrado del Dr. Bergenfeld, que aparece redactado en plural (fs. 372), importa desconocer el derecho que asiste a todo deudor de recurrir al procedimiento concursal; y, de otro lado, reitera una idea constante del acreedor según la cual debe la Sra. Galli Basualdo vender su inmueble para pagarle la deuda en lugar de recurrir al concurso preventivo (d) Finalmente, a tenor del lenguaje utilizado por el Dr. Bergenfeld y la Sra. Galli Basualdo en los mails que se intercambiaban y las manifestaciones del acreedor al contestar demanda en los autos 'Galli Basualdo, Mariana Laura c/ Bergenfeld, Sergio Fabián s/ nulidad' en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 87 volveré luego sobre este expediente -; observo que la relación entre ambos excedía de los carriles normales o habituales que pueden entablarse entre el letrado y su clienta.

Véase, en efecto, que aquel dijo que 'si bien concurrí a los homenajes que en la Legislatura de la Ciudad se le tributaron a su padrastro Dr. González Arzac, a quien reitero que conocí años atrás a través de un amigo en común -, y al homenaje en vida que se le tributó a su tío, reconocido médico veterinario a quien la Dra. Galli Basualdo me presentó como único referente familiar en quien confiaba, ninguna de mis dos presencias tuvo que ver con una relación afectiva con la aquí actor a'. Y agregó que, en dicha contestación de demanda, obran expresiones del acreedor que dejan entrever claramente el desprecio y la desconsideración hacia la concursada. Obsérvese que dijo, entre otras cosas, 'es porque Galli Basualdo lisa y llanamente mintió, pretendiendo seguramente alardear por mis presencias mediáticas o por sus frustraciones conyugales.' y 'poco faltó para que afirmara que su ruptura conyugal fue motivada por mi aparición en su vida.' (sic.).

(d) A lo dicho hasta aquí se agrega un hecho nuevo, sobreviniente a la decisión apelada, que deja visible la hostilidad del acreedor y debe ser ahora considerado a la luz de la previsión del art. 163 inc. 6 del Cpr. Aclaro que el conocimiento preciso de este nuevo hecho no escapa al acreedor.

Me refiero aquí a la sentencia de primera instancia dictada en sede civil en el expediente antes citado, que decidió declarar la nulidad absoluta del convenio de honorarios del 8.05.2014 y el posterior reconocimiento de deuda del 02.05.2016 que la concursada allí solicitó. Es que, en definitiva, tal es la causa en sentido material de la acreencia con la que el acreedor pretende ahora frustrar el éxito de la propuesta concordataria.

Me explico.

En el caso, no es objeto de discusión que aquél verificó aquí su crédito con sustento en una sentencia ejecutiva dictada en los autos 'Bergenfeld, Sergio Fabian c/ Galli Basualdo, Mariana s/ cobro de sumas de dinero' (expte. 51791/2016) que obtuvo a partir de aquel reconocimiento de deuda, que según sentencia de la causa civil se originó en el convenio de honorarios. La nulidad absoluta de estos instrumentos fue decidida en sede civil, en primera instancia, por juzgárselos contrarios al art. 4 de la ley de honorarios 21.839 (que prohíbe hacer pactos de cuota litis sobre temas vinculados a familia y alimentos).

Y tampoco se encuentra en tela de juicio la inescindible vinculación por sus relevantes efectos que existe entre el crédito verificado y el expediente civil en cuestión.

Ciertamente, a nadie escapa que el crédito del letrado resulta determinante de la suerte de este juicio universal y que, en caso de confirmarse en aquélla sede la nulidad absoluta decidida en primera instancia, ya no tendrá la 'llave de bóveda' del concurso.

Añado que tanto esto es así que el juez concursal de primera instancia suspendió el incidente de revisión promovido por la concursada a las resultas de la decisión a adoptarse en la causa civil, y que ello no fue objeto de apelación por el acreedor.

En efecto, en el incidente de revisión en trámite dijo el magistrado, textualmente: 'En atención a lo solicitado por la concursada en su presentación inaugural y conformidad prestada por el acreedor Bergenfeld Sergio F. a fs.12/13 y por el funcionario concursal a fs.10, suspéndase el trámite del presente incidente hasta el momento en que recaiga sentencia definitiva en los autos caratulados 'GALLI BASUALDO MARIANA LAURA C/ BERGENFELD SERGIO FABIAN S/ NULIDAD' (Expte. N° 56857/2019), en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 87?.'

En ese escenario, no encuentro razonable la actitud del acreedor cuando, habiendo sido dictada una sentencia civil que decidió, en definitiva, la nulidad absoluta de la causa de su crédito, nada dijo en esta sede sobre la posibilidad de suspender el concurso y, por el contrario, guardó absoluto silencio.

Es que conociendo con exactitud por su carácter profesional la virtualidad jurídica que la sentencia civil ostenta sobre su crédito y

también la relevancia que para este concurso tiene lo que se decida en punto a la nulidad; se imponía a aquél la adopción de una conducta acorde a la buena fe y a la lealtad en orden a la prevención de un daño evidente (art.10 y 1710, CCyCN).

Y esto último porque, en definitiva, la cerrada posición del acreedor lleva al peligroso escenario de que a futuro pueda, en su caso, declararse eventualmente la nulidad de la sentencia de quiebra por el voto nulo del acreedor ? en caso de confirmarse en segunda instancia la nulidad decidida -, con los evidentes efectos perjudiciales que ello traería aparejado tanto para la concursada como para los restantes acreedores concurrentes.

Más aún cuando se advierte que la deudora es una persona humana, empleada en relación de dependencia, quien se vería despojada del inmueble donde habita con sus hijos menores de edad para saldar el pasivo de un crédito que ? en función de lo que se decida finalmente en sede civil podría ser declarado inexistente.

Desde esta otra perspectiva, no se comprende la actitud del ? por ahora ? acreedor que insiste en rechazar la propuesta de acuerdo, sin tener en cuenta la existencia de una sentencia desfavorable en sede civil que declaró nula de nulidad absoluta la causa de su acreencia. Incluso, advierto que su postura no solo es irrazonable y exhibe hostilidad, sino que también es, llamativamente, contraria a sus propios intereses.

Esto último, dadas las responsabilidades consecuentes que, sobre él podrían recaer, en su caso, de ser declarada eventualmente la Sra. Galli Basualdo en quiebra en las condiciones antes apuntadas; y esto sin que implique adelantar posición definitiva sobre todos los posibles escenarios que podrían configurarse.

4. Subrayo que aún de no compartirse cuanto vengo sosteniendo, a la misma solución aquí esbozada se arribaría si se examina la situación planteada sobre la base del castigo a la actuación abusiva del Dr. Bergenfeld en los términos del art. 10 del CCyCN.

Me explico.

Como señalé en mi voto en esta Sala en autos ?Disanti, Axel Ivan c/ Frávega SACIEI s/ ordinario' (expte. Com.32 74/2020) el 24 de febrero del corriente año, la figura del abuso del derecho asume que el ejercicio de un derecho puede ser antijurídico bajo ciertas condiciones, aún cuando su titular actúe alegando la existencia de un derecho subjetivo. Para decidir la antijuridicidad el legislador ha prescindido de cualquier consideración de índole subjetiva para optar, antes bien, por un criterio de apreciación mixto, de carácter objetivo, que conjuga el desvío del derecho de su función social y la contradicción de su ejercicio con la buena fe, la moral o las buenas costumbres (Heredia ? Calvo Costa, ?Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado', T. I, Ed. La Ley, Bs. As. 2022, p. 170 y ss). Así, la figura de abuso del derecho tendrá lugar cuando su uso pueda encuadrarse dentro de algunos de los parámetros que se consignan en el art. 10, 2º párrafo del CCyCN como en un obrar contrario al deber general de buena fe del art. 9 del código citado (Bueres Alberto, ?Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias', T. 1 A, Bs.As., ED. Hammurabi, 2014, p. 103 y ss).

En ese marco, debe considerarse que así como el juez del concurso preventivo no puede homologar una propuesta abusiva o en fraude a la ley, tampoco procede admitir que el proceso concursal resulte frustrado por el accionar de quienes esgrimen conductas que contraríen la razón de ser y los principios fundamentales que presiden el sistema.

No se atenta así contra la libertad de voto, sino que se reprime un abuso de esa libertad.

No está de más recordar, en ese orden de ideas, que el abuso de derecho constituye un supuesto de ilicitud civil. De allí que su preservación resulte de orden público, por lesionar el interés general (cfr. Borda, Guillermo, ?La Reforma de 1968 del Código Civil', Abeledo Perrot, Bs.As., 1971 p. 126).

La norma del art.10 del CCyCN resulta aplicable a todas las ramas del derecho ? y, consecuentemente, al derecho concursal ? dado que integra la teoría general. Si bien la calificación del abuso de derecho dista de ser sencilla, puede decirse que es: a) principio general del derecho; b) standard jurídico; y c) norma ?válvula', que ilumina todo el ordenamiento jurídico.

Así, y de modo acaso similar a la situación que puede plantearse en el ámbito del derecho societario cuando se presentan supuestos de clara desviación funcional en el ejercicio de los derechos que corresponden al socio; también el derecho concursal puede exhibir casos en que los acreedores exterioricen posturas enmarcadas en intereses que resulten ajenos al concurso.

Dentro de tales supuestos procede ubicar a la figura del ?voto hostil' u ?obstruccionista'.

La hostilidad trasunta una conducta ilegítima ejercida en el marco de una situación de enemistad hacia la deudora, que tiende intencionalmente a impedir la obtención de las mayorías necesarias para arribar al acuerdo. El objetivo del acreedor en este caso es frustrar la solución preventiva por razones o intereses ? y esto es lo decisivo ? que resultan ajenos al concurso.

5. Finalmente señalaré que, como quedó dicho, tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la legislación nacional comprenden distintos grupos de vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres, quienes cuentan con una presunción legal iuris et de iure sobre aquella calidad. Así se desprende de las Reglas de Brasilia (2008) según las cuales son vulnerables ?aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas étnicas y/o

culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico' En ese contexto, no es ocioso reiterar que la cuestión ventilada debe ser juzgada necesariamente con perspectiva de género. Ello resulta una obligación legal fundada en el derecho a la igualdad y a la no discriminación (CN: 16; CN: 75:22 y arts. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y vinculada con la garantía de la protección judicial efectiva (conf. mi voto en esta Sala en autos, 'Fundación Educar s/ concurso preventivo', del 21.12.2021).

6. Corresponderá por todo ello revocar la resolución apelada y admitir el pedido de exclusión de voto del acreedor Dr. Sergio Fabián Bergenfeld.

Alejandra N. Tevez

María Julia Morón

Prosecretaria Letrada de Cámara