

## La regulación de honorarios concursales frente a la homologación del acuerdo preventivo

### El tope del art. 266 de la LCQ in fine

Fernando Aldana Zamar

El derecho a la regulación y al cobro de los honorarios, del gaje o estipendio “tiene indudable rango constitucional, pues está amparado por las garantías que brinda la carta magna a la propiedad (arts. 14 y 17), igualdad (arts. 16 y 75, inc. 19), razonabilidad (arts. 28 y 31) y al afianzamiento de la justicia (Preámbulo y art. 18).

Al decir de Vélez Sarsfield, los honorarios son los frutos civiles del trabajo inmaterial de las ciencias (art. 2330, Cód. Civil) y sea cual fuere el contrato o relación que vincule al profesional con el cliente o con la contraparte en un juicio, siempre el trabajo realizado se presume oneroso (art. 75, inc. 12, Const. nacional, y arts. 1627 y 1952, Cód. Civil; art. 3”, Ley N° 21.839, de aranceles de abogados y procuradores)”[1]

Este carácter incuestionablemente alcanza a las actuaciones prestadas en el ámbito de un proceso universal, que también deben presumirse onerosas.

Estipula el art. 265 inc.1, LCQ, que el juez debe regular los honorarios de los funcionarios al homologar el acuerdo preventivo. “Uno de los problemas que tiene la Ley N° 24.522, que -a nuestro criterio- obedece a una equivocada y errática técnica legislativa a lo largo del tiempo, es poder determinar con precisión quiénes son los profesionales incluidos en las diversas normas arancelarias previstas, tanto para el supuesto de concurso preventivo como para la quiebra. En este sentido, mientras el art. 265 sólo refiere a los ‘funcionarios’, el art. 266 menciona a los ‘funcionarios y letrados del síndico y del deudor’, el art. 267 alude a los ‘funcionarios y profesionales’ y, finalmente, el art. 289 sólo habla del ‘síndico’”[2]. Pero de ordinario, al homologar el acuerdo el juez concursal regulará los honorarios del síndico y de los letrados intervinientes.

#### *La base regulatoria.*

De acuerdo con dicho mandato, y conforme lo previsto en el art. 266, LCQ[3], resulta de vital importancia a fin de establecer la base regulatoria sobre la cual se fijarán los honorarios de los profesionales intervinientes, la correcta estimación del activo y su correlación con el pasivo verificado. Por ello, ambos guarismos deberán estar perfectamente determinados en la sentencia homologatoria del acuerdo preventivo alcanzado por el deudor, en tanto es en dicha oportunidad en la cual se fijan los emolumentos.

La norma deja librada a la prudente estimación del juez la determinación del monto del activo, mas no prevé ningún procedimiento para establecerlo. Ante tal omisión, es habitual que los jueces acudan al importe estimado por el síndico en su informe general (art. 39, LCQ), oportunidad en la cual aquel se encuentra obligado a establecer -entre otros ítems- el activo del deudor en base a los valores probables de realización.

Resulta razonable que el sentenciante acuda al activo estimado por la sindicatura, por tratarse de materia específica de la ciencia de tal funcionario; el cual, vale

recordar, debe ser un profesional de las ciencias económicas. Máxime cuando el informe general previsto por la LCQ no hubiese sido pasible de observaciones en tal aspecto (art. 40)[4].

Pero entendemos es razonable en tanto que no haya transcurrido un largo período entre el informe general del síndico y la sentencia homologatoria del acuerdo preventivo, pues en tal situación, lo prudente será que el juez determine si el activo concursal de que se servirá a los efectos de determinar los emolumentos resulta “ajustado a la situación económica imperante al dictarse el respectivo pronunciamiento”. [5] Esto es, el juez debe tener en cuenta los valores de los bienes que componen el activo “al tiempo de practicarse la regulación”. [6]

Ante esta situación, y para evitar riesgos de que una regulación anacrónica y desactualizada violente los principios de proporcionalidad y razonabilidad que debe existir en los estipendios, lo lógico sería que el sentenciante, antes de proceder a la homologación del acuerdo, requiriese de la sindicatura la presentación de un análisis actualizado del activo y pasivo del deudor a fin de estimar el dividendo que percibirían los acreedores en caso de ser declarada la quiebra. [7] Ello porque, la mayor de las veces, el activo se encontrará conformado con bienes inmuebles y créditos cuyo valor habrá necesariamente fluctuado entre el tiempo transcurrido hasta el dictado de la sentencia homologatoria, máxime en épocas de gran depreciación monetaria como la actual.

Es que, como bien señalan Pasaresi y Passarón, la suma total a la que finalmente llegue -el juez- no necesariamente debe coincidir con los guarismos expuestos por el concursado en el escrito de presentación (art. 11, inc. 3°, LCQ) ni por el síndico en su informe general (art. 39, inc. 2°). La ley no lo obliga, por el contrario, lo libera de ceñirse estrictamente a esos parámetros. [8]

A través del análisis de esta nueva estimación -que proponemos- por parte del síndico, el juez podrá comparar no solo la razonabilidad de la propuesta efectuada por la concursada, sino que le permitirá -aun cuando no fuera cuestionado el informe general en ese punto- adoptar como base regulatoria esos guarismos, por conformar una pauta valorativa más relevante para la estimación prudencial exigida por el art. 266, LCQ, pues, por hipótesis, se encontrarán revalorizados al tiempo de practicar las regulaciones. [9]

*Los topes. El último párrafo del art. 266 LCQ. Vigencia.*

El importe a regularse a la totalidad de los profesionales que actuaron en el concurso hasta la propuesta de acuerdo presentada por el deudor no podrá ser inferior al 1% ni superior al 4% del activo prudencialmente estimado. Tales límites serán aplicables siempre y cuando las regulaciones así calculadas no excedan el 4% del pasivo verificado.

En este aspecto y como la norma legal no efectúa ninguna distinción, habrá de considerarse que el pasivo verificado comprende a la totalidad de los créditos concursales (sean quirografarios y/o privilegiados) declarados verificados y/o admisibles; y, en este último caso, haciendo caso omiso a que pueda encontrarse sujeto a revisión a la fecha en que se fijen los emolumentos. Por ende, el límite del 4% del pasivo opera en forma subsidiaria, significando ello que si el mínimo del activo (prudencialmente estimado) supera el 4% del importe total verificado en el concurso, éste será el límite sobre el cual se deberán regular los honorarios. En tanto

que si el 4% del pasivo verificado supera el máximo del activo a considerar para fijar las retribuciones de los profesionales, estas deberán ser establecidas tomando en consideración el máximo permitido (el 4% del activo estimado). [10]

Aunque también en este caso existe un freno, incorporado al artículo 266 en su último párrafo por la Ley N° 25.563: si el activo supera la suma de \$ 100.000.000, el porcentaje total a regular no podrá ser superior al 1% del activo.

En efecto, la Ley N° 25.563 que declaró la emergencia productiva y crediticia hasta el 10.12.2003 introdujo una serie de modificaciones a la LCQ entre las que se encuentra la inclusión del último párrafo del art. 266 referido al mentado tope del 1% “cuando el monto del activo supere la suma de \$100.000.000”.

Al momento de la inclusión del mentado tope, parte de la doctrina se alzó en repudio. Contra ella ha señalado -en duros términos- Esparza que, “en un todo de acuerdo y sintonía con el espíritu (...) de la Ley N° 24.522, el legislador de la Ley N° 25.563 introduce una innecesaria e irritativa modificación en materia de honorarios profesionales (...) una muestra más de absoluta displicencia e irresponsabilidad con la cual nuestros legisladores manejan los dineros ajenos. Ello tanto para los fondos públicos, como en este caso para los privados”, y enfatiza que la “crisis económica y eventualmente sus soluciones no pasan por la modificación [de la retribución de quienes] intervienen en un concurso”[11].

Dasso, con idéntico cariz, señala que con esta reducción “se cierra el elenco de estímulos para el concursado”, el cual se traduce en una “tentación para los síndicos de infravalorar [el activo] para no llegar al tope y paradójicamente la del deudor para lograr convicción sobre el alto valor económico de [aquel]”[12].

Dicho tope, mal acogido por la doctrina vernácula, fue, no obstante, igualmente aplicado por los jueces en sus sentencias, no solamente durante el tiempo en que se mantuvieron las circunstancias fácticas que motivaron su agregado a la legislación concursal, sino que -y en esto radica el quid de la cuestión- los magistrados continuaron aplicando -erróneamente- dicho tope una vez desaparecidos aquellas.

Decimos que su aplicación es errónea porque, conforme puede leerse del art. 1° de la mentada Ley N° -25.563-, “Las modificaciones que por la presente se introducen (...), regirán mientras dure la emergencia salvo que se establezca un plazo menor”. [13] En consecuencia, sostenemos que el último párrafo del art. 266 LCQ mantuvo su vigencia sólo hasta el 10 de diciembre de 2003, en un contexto excepcional, y por ende, temporalmente acotado; pero no más allá de dicho período. [14]

En este entendimiento, no es razonable suponer que los motivos que tuvo en vista el legislador al dictar la referida ley perduren hasta nuestros días, y esto porque la pretendida emergencia no puede convertirse en realidad en un mecanismo usado para postergar irrazonable e indefinidamente el cumplimiento de las obligaciones o para suspender derechos, pues implicaría un inaceptable exceso al límite de razonabilidad y temporalidad que deben tener este tipo de normas de excepción.

Refiriéndose a la Ley N° 25.563 la jurisprudencia ha dicho que “al disponer en el mismo párrafo un tope temporario, fijó también la específica vigencia de dicha incorporación, lo que se evidencia a través de la necesidad de las ulteriores prórrogas que actualmente no están vigentes. Es decir, ¿cuál hubiera sido la

necesidad de valorar dichas prórrogas si el aludido párrafo hubiera quedado definitivamente incorporado? En consecuencia, el plazo estipulado en la ley primigenia determinó el carácter transitorio de la norma. De tal modo, tampoco requería como se ha dicho de una específica norma que lo derogara, pues la finalización del plazo de vigencia -sin mediar una prórroga- determinaba tal derogación por el vencimiento del tiempo de emergencia allí previsto. Así, el tope del 1% del activo no se encuentra actualmente vigente”[15]. “Sin embargo, la emergencia productiva y crediticia no se halla prorrogada en las Leyes N° 26.077 y 26.204, por lo cual, al presente, la emergencia regulada en la Ley N° 25.563 no permanece vigente”.[16]

Y de nuevo, a pesar de que -como vimos- el tercer párrafo del art. 266 LCQ ha perdido toda vigencia, muchos magistrados -ceñidos a una interpretación literal y estática de la ley- continúan, erróneamente, aplicándolo al momento de regular honorarios.

Y ello a pesar de que la Cámara Nacional en lo Comercial, en sus diferentes salas, ha sido constante en sostener en términos contundentes la inaplicabilidad del tope de \$100.000; principalmente luego del leading case “Argenova S.A. s/ concurso preventivo[17]” del 27.03.2017, en el que la Sala B, realizó un profundo análisis legislativo vinculado a las declaraciones de emergencias económicas prorrogadas por el Congreso de la Nación.

Entre los argumentos más importantes vertidos por la Cámara se destacan los siguientes:

el art. 14 de la Ley N° 25.563 introdujo a la Ley N° 24.522 (art. 266) las modificaciones de que se trata, y ha dispuesto la emergencia productiva y crediticia hasta el 10.12.03. Y dicha situación fue reconocida y contemplada en las Leyes de prórroga N° 25.589 y 25.972 -hasta el 31.12.05-, con diversos alcances en el punto. Sin embargo, la emergencia productiva y crediticia no se halla prorrogada en las Leyes N° 26.077 y 26.204, por lo cual, al presente, la emergencia regulada en la Ley N° 25.563 no permanece vigente[18] no se soslaya que cierta jurisprudencia consideró que al consignar la palabra “incorpórase” la intención del legislador era dejar definitivamente agregado dicho párrafo. Sin embargo, al disponer en el mismo párrafo un tope temporario, fijó también la específica vigencia de dicha incorporación, lo que se evidencia a través de la necesidad de las ulteriores prórrogas que actualmente no están vigentes. Es decir, ¿cuál hubiera sido la necesidad de dichas prórrogas si el aludido párrafo hubiera quedado definitivamente incorporado? En consecuencia, el plazo estipulado en la ley primigenia determinó el carácter transitorio de la norma. [19] tampoco requería, como se ha dicho, de una específica norma que lo derogara, pues la finalización del plazo de vigencia -sin mediar una prórroga- determinaba tal derogación por el vencimiento del tiempo de emergencia allí previsto. Así, el referido tope del 1% no se encuentra actualmente vigente.[20]

Ahora bien, en caso de que los jueces de primera instancia soslayen la mentada doctrina, corresponderá al letrado o al síndico, agraviarse, e incluir estas consideraciones en el memorial al fundar el recurso de apelación correspondiente.

*Constitucionalidad del tope regulatorio.*

El sistema de control de constitucionalidad tiene por finalidad las leyes o actos de los poderes públicos o de particulares con la Constitución para salvaguardar su supremacía[21]. En palabras de la CSJN:

“Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. [22]

En este entendimiento, y más aún en los sistemas de tipo difusos (cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma) y con efectos Inter partes (la declaración de inconstitucionalidad causa la no aplicación de la norma impugnada en el caso concreto, sin que la vigencia general de la norma se vea afectada) como el nuestro, es necesario que el titular del derecho agraviado impugne la norma presuntamente inconstitucional a los efectos de lograr su inaplicabilidad en el caso concreto.

Y su bien es verdad que a partir del 2004 la jurisprudencia de la CSJN admitió el control oficioso de constitucionalidad[23], también lo es que, en la mayoría de las veces, la pretendida oficiosidad no ocurre.

Por todo ello, en el supuesto que nos ocupa, a los efectos de evitar soslayos en el referido control por parte del juzgador, el litigante deberá, al impugnar la resolución que echó mano al tope, plantear la inconstitucionalidad del artículo en el que se basó la decisión. Ello con el argumento de encontrarse conculcado el derecho constitucional a la propiedad (art. 17 CN): el referido tope atenta contra los honorarios profesionales y su reconocida naturaleza alimentaria respecto de los cuales la jurisprudencia -de forma pacífica-, ha reconocido que forman parte del derecho de propiedad del abogado y que se incorporan a su patrimonio desde el momento en el que se devengan.

Al respecto, Highton ha dicho que “los honorarios de los profesionales intervinientes constituyen, en principio, emolumentos debidos al profesional en razón de servicios prestados por la actividad que es su medio habitual de vida, por lo que aquéllos tienen indudable naturaleza alimentaria”. [24]

El referido tope regulatorio conculca asimismo el derecho a una retribución justa previsto en el art. 14 bis. CN, en tanto se erige como un valladar que impide una equitativa contraprestación por el trabajo realizado por el letrado o funcionario concursal[25].

Y mucho menos satisface el requisito de razonabilidad que debe existir en una norma que se pretenda constitucional.

No solo no es razonable, sino que, para colmo de males, es absurdo ya que “podría plantear situaciones injustas ya que en un concurso de un activo de \$90.000.000 podrán regularse honorarios teniendo como base mínima el 1% del activo y como máxima el 4%. En términos económicos, su regulación podrá oscilar entre los

\$900.000 y los \$3.600.000. Por su parte, un concurso que tenga un activo prudencialmente estimado de \$110.000.000, el juez nunca podrá superar el \$1.100.000” [26].

### *Conclusión.*

Por todo lo anteriormente expuesto proponemos, de lege ferenda, borrar del texto de la ley el último párrafo del art. 266 LCQ para evitar afectaciones a derechos constitucionales (de algún litigante desprevenido) o, en el mejor de los casos, el dispendio jurisdiccional innecesario que significa recurrir sentencias que, ceñidas a una interpretación puramente literaria o gramatical del artículo, consideran al tope de \$100.000 -equivocadamente- vigente.

Fernando Aldana Zamar

### **Notas** [\[arriba\]](#)

[1] PESARESI, Guillermo M. - PASSARÓN, Julio F. (2009). Honorarios en concursos y quiebras. 1.º ed. [e-book] Buenos Aires: Astrea. Disponible en: <http://www.astreavirtual.com.ar>.

[2] Idem.

[3] Art. 266 LCQ: En caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los funcionarios y de los letrados del síndico y del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proporción no inferior al UNO POR CIENTO (1%) ni superior al CUATRO POR CIENTO (4%), teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño.

Las regulaciones no pueden exceder el CUATRO POR CIENTO (4%) del pasivo verificado ni ser inferiores a DOS (2) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso.

Para el caso que el monto del activo prudencialmente estimado supere la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000), los honorarios previstos en este artículo no podrán exceder el 1% del activo estimado. (Último párrafo incorporado por art. 14 de la Ley n° 25.563 B.O. 15/2/2002. Vigencia: a partir de su promulgación.)

[4] En este sentido la CNCom., Sala B, in re: “FADI SAIC s/ Concurso preventivo. 20/8/21 sostuvo que “...siendo que dicha normativa -refiriéndose a la LCQ- no aporta otros elementos que permitan determinar pautas específicas, esta Sala considera adecuado tomar los valores detallados por la sindicatura en el informe general(art. 39 LCQ), el tiempo transcurrido y las demás pautas provistas por el trámite del proceso a fin de evaluar el mérito de los trabajos efectivamente realizados; sin que quepa aplicar un mecanismo de actualización a través de índices específicos...”.

[5] ST Misiones, 28/5/98, RepLL, 1999-2128, n° 476, y LLLit, 1999-226.

[6] GARCÍA MARTÍNEZ. Derecho concursal, p. 648.

[7] elDial.com - DC2130.

[8] PESARESI, Guillermo M. - PASSARÓN, Julio F. (2009). Honorarios en concursos y quiebras. 1.º ed. [e-book] Buenos Aires: Astrea. Disponible en: <http://www.astreavirtual.com.ar>.

[9] elDial.com - DC2130.

[10] elDial.com - DC2130.

- [11] ESPARZA, Breve estudio de las reformas a la ley de concursos y quiebras, JA, 2002-1-1198 y 1199.
- [12] DASSO, La reforma de la ley de quiebras en el marco de emergencia, LL, 2002-B-817.
- [13] Ley 25.563. Art. 1°: – Declárase la emergencia productiva y crediticia originada en la situación de crisis por la que atraviesa el país, hasta el 10 de diciembre de 2003. Las modificaciones que por la presente se introducen a las leyes que aquí se mencionan, regirán mientras dure la emergencia salvo que se establezca un plazo menor, sin perjuicio de cumplirse y mantenerse hacia el futuro los efectos correspondientes de los actos perfeccionados al amparo de su vigencia.
- [14] Por lo demás, corresponde señalar que desde la sanción de la ley no se ha dictado, con posterioridad, otra norma que extienda más allá de la fecha indicada la situación de crisis declarada.
- [15] Conf. CNCiv., Sala B., in re: “PRIFAMON S.A.I.C. s/ Concurso preventivo”, del 15/04/2019.
- [16] Conf. CNCom., Sala A., in re: “Supercanal S.A. s/ concurso preventivo” del 07/10/2014; in re: “Unipack S.A s. concurso preventivo”, del 23/03/2009.
- [17] CNCom, Sala B, “Argenova S.A. s/ concurso preventivo”, 27/3/2017, Expte. 9596/2013
- [18] CNCom., Sala A., in re: “Supercanal S.A. s/ concurso preventivo” del 07/10/2014; in re: “Unipack S.A. s/ concurso preventivo”, del 23/03/2009.
- [19] CNCom., Sala B, in re: “Corporación Río Lujan S.A. s/ concurso preventivo” del 30/12/2020.
- [20] Idem.
- [21] Doctrina emanada del voto del Juez Marshall en el leading case Marbury v. Madison, de la Corte Norteamericana, 1803.
- [22] CSJN Fallos 3:131 “Don Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación”, 5/12/1865.
- [23] En el año 2004 en el caso “Banco Comercial Finanzas” la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó de lado su anterior jurisprudencia y admitió el control oficioso de constitucionalidad.
- [24] HIGHTON, Elena. “El carácter alimentario de los créditos en la jurisprudencia. Un aporte para la interpretación del artículo 16 de las leyes 25.563 y 25.589”.
- [25] Entre otras disposiciones legales, esta postura encuentra sustento legal en el art. 3 de la Ley 27.423, en relación a la legislación nacional. El mismo reza que: “ARTÍCULO 3°. - La actividad profesional de los abogados y procuradores y de los auxiliares de la Justicia se presume de carácter oneroso, salvo en los casos en los que conforme excepciones legales pudieren o debieren actuar gratuitamente. Los honorarios gozan de privilegio general, revisten carácter alimentario y en consecuencia son personalísimos, embargables sólo hasta el veinte por ciento (20%) del monto que supere el salario mínimo, vital y móvil, excepto si se tratare de deudas alimentarias y de litis expensas. Los honorarios serán de propiedad exclusiva del profesional que los hubiere devengado.”
- [26] JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Nuevas reformas ‘provisorias’ a la ley concursal. Ley 25563”. LA LEY 2002-B,1112.