

## Jensen, Roberto A. s/Quiebra

País:

 Argentina

Tribunal:

Cámara de Apelaciones en lo Civil y  
Comercial de Bahía Blanca - Sala I

Fecha:

14-02-2017

Cita:

IJ-CCCLXXXVIII-58

### Abstract

*La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca confirmó la resolución que no homologó el acuerdo, pero la revocó en cuanto al pronunciamiento de quiebra y otorgó un plazo razonable para efectuar una reformulación de la propuesta, en tanto se consideró abusiva la propuesta efectuada por los concursados, máxime cuando aunque se encuentre conformado por las mayorías exigidas y no existan impugnaciones, la quita y espera acordadas sin contemplar siquiera una tasa de interés para recomponer el capital impone un sacrificio claramente abusivo a los acreedores minoritarios que no han participado, lo que implica una remisión del pasivo que desnaturaliza el concurso preventivo.*

### Sumario

1. Corresponde confirmar la resolución que no homologó el acuerdo, pero la revocó en cuanto al pronunciamiento de quiebra y otorgó un plazo razonable para efectuar una reformulación de la propuesta, en tanto se consideró abusiva la propuesta efectuada por los concursados, máxime cuando aunque se encuentre conformado por las mayorías exigidas y no existan impugnaciones, la quita y espera acordadas sin contemplar siquiera una tasa de interés para recomponer el capital impone un sacrificio claramente abusivo a los acreedores minoritarios que no han participado, lo que implica una remisión del pasivo que desnaturaliza el concurso preventivo.

### Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca - Sala I

Bahía Blanca, 14 de Febrero de 2017. -

1ª ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada de fs. 282/286?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. – El doctor Ribichini, dijo:

I. Tras declarar la existencia de acuerdo en los términos del art. 49 LCQ, el a quo denegó su homologación por considerar abusiva la propuesta efectuada por los concursados y declaró la quiebra del patrimonio de Roberto Alfredo Jensen. Para así decidir consideró que, aunque se encuentre conformado por las mayorías exigidas y no existan impugnaciones, la quita y espera acordadas “sin contemplar siquiera una tasa de interés para recomponer el capital...” impone un sacrificio “claramente abusivo” a los acreedores minoritarios que no

han participado, lo que implica una remisión del pasivo que desnaturaliza el concurso preventivo.

Contra ese pronunciamiento se alzaron los concursados, fundando su recurso a fs. 295/301. La contestación del síndico obra a fs. 308/314 y el dictamen del Fiscal General Adjunto está glosado a fs. 318/320.

En lo esencial de su crítica, señalan los apelantes que al no haberse homologado el acuerdo al que arribaron con la mayoría de los acreedores y decretarse la quiebra se ha cercenado el derecho al debido proceso y la defensa en juicio pues, al advertir que la propuesta era abusiva, debió dárseles la oportunidad de mejorarla.

Agregan que injustamente se encuentran con un decreto de quiebra sin posibilidades de hacer una propuesta superadora “cuando la doble mayoría calificada de acreedores, dispuso y decidió voluntariamente...” acompañarla y no hubo impugnaciones a su respecto. Cita la doctrina que admite la denominada “tercera vía” y solicita que se aplique en el caso, concediéndole un plazo adicional de 5 días para efectuar una nueva propuesta y uno “prudencial” para acompañar las conformidades de la mayoría de los acreedores habilitados para acordarla (v. fs. 300 vta.).

Tanto el síndico como el Fiscal General Adjunto, si bien coinciden que la propuesta acordada tiene “ribetes Documento © Thomson Reuters Información Legal 1 abusivos”, propician que se revoque lo resuelto y se conceda a la deudora la posibilidad de mejorar la oferta, abriéndose una nueva negociación “que permita equilibrar el máximo esfuerzo del deudor con el máximo resignable que puede exigírseles a los acreedores”.

II. Conforme lo previsto por el art. 52 de la LCQ, al momento de la homologación de la propuesta, el juez debe efectuar un control de legalidad formal y sustancial del entendimiento al que arribaron el deudor y sus acreedores en condiciones de pronunciarse, aunque no existan impugnaciones. Es que, según previene el texto legal, “En ningún caso... homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley” (inc. 4, art. 52), custodiando así los intereses de los acreedores disidentes y ausentes.

En el sub lite, actuando esa facultad, el señor magistrado de la instancia anterior no homologó la propuesta formulada por el concursado y acordada por las mayorías legales requeridas de sus acreedores –sin impugnaciones– consistente en una quita del 60% y una espera de tres años de gracia, comenzando la deudora a pagar el 40% del capital nominal de los créditos a partir del cuarto año y hasta llegar al décimo quinto, sin intereses, por considerarla abusiva.

En el contexto económico actual, surge evidente que una propuesta con semejante dilación en su cumplimiento y la quita efectuada –sin calcular la incidencia de ese lapso en el capital nominal con el agregado de intereses–, importa un ejercicio abusivo del derecho que contraría y desnaturaliza los fines del concurso preventivo, violándose lo dispuesto por el art. 10 del Cód. Civ. y Comercial.

Es que la finalidad económico social del instituto concursal no está dada sólo por la conservación de la empresa socialmente útil, sino también por la satisfacción del derecho de los acreedores en algún grado razonable. Así lo sostuvo la CSJN en “Arcángel Maggio SA”

—Fallos: 330:884; LA Ley -2007-C-560, con nota de Casadio Martínez, Claudio, “Propuesta abusiva en concurso preventivo”—, y más recientemente en “Sociedad Comercial del Plata SA y otros”, del 20/2010/2009, en LA Ley-28/2010/2009.

En este sentido, el porcentual ofrecido debe revelarse como el máximo pagable que no comprometa la reestructuración proyectada, y que importe, a un mismo tiempo, un parejo esfuerzo del concursado que descarte que el peso de aquélla descansa enteramente sobre el sacrificio de los acreedores, convirtiendo a éstos en financistas forzosos y gratuitos del resurgimiento de la empresa.

Y fundamentalmente —con directa y específica atingencia al caso en juzgamiento— que el sacrificio propuesto a los acreedores —representado por el porcentaje de quita de sus créditos que deberán tolerar— sea el real y no uno meramente nominal. Lo que impone correlacionarlo con la dilación y escalonamiento de pagos proyectado, y con la tasa de interés ofrecida para compensar el inevitable deterioro que esa espera supone en una economía altamente inflacionaria como la que padecemos. La cuestión fue en su momento contundentemente planteada por AZIZE, Carlos A., “La espera como quita” —LA Ley-2000-D-1269—, y más recientemente por Casadio Martínez, Claudio, “Propuesta concordataria: El ‘test de abusividad’ y el síndico (un modelo en construcción)”, en DSE-255-115, siendo paradigmático el fallo recaído en el famoso caso “Línea Vanguard” de la Cám. Nac. Com. sala “C” del 04/2009/2001, DSE-169-615.

Y ninguna duda puede haber al respecto, desde que la propia Corte Suprema de Justicia Nacional sostuvo que “por el hecho de aplazar el pago del 40%, el deudor está en la obligación de pagar el interés moratorio a fin de que el pago siga siendo de por lo menos del 40% del capital prometido”, y que la exigencia “de que la quita formalmente ofrecida, se corresponda con la que realmente se pagará...hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores” (CSJN, “Arcángel Maggio SA s/concurso preventivo” del 15/2003/2007, LA Ley-Supl.CyQ, marzo 2007, pág. 50; reiterado en el voto de la ministro doctora Elena Highton en “Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/concurso preventivo”, del 20/2010/2009, en LA

Ley del 28/2010/2009. Doctrina que, por lo demás, puede perfectamente entroncarse con la que el alto tribunal —en otros tiempos y con otra composición— sostuvo en el recordado caso “Lavié Mario Alberto s/concurso civil preventivo” del 11/2008/201987). Luego, resulta ya inconcebible —y por ende descalificable por abusiva— una propuesta dilatoria que no incluya el devengamiento de intereses a una tasa que compense adecuadamente esa demora, a menos de ofrecerse el pago en un plazo ciertamente muy breve, que no es, precisamente, el caso de autos.

III. Ahora bien; ¿qué alcances debe tener el pronunciamiento denegatorio de la homologación por reputarse el acuerdo abusivo o en fraude a la ley? ¿Debe pronunciarse simultáneamente la quiebra del concursado o habilitarse, previamente, alguna instancia de reformulación del mismo —la así llamada “tercera vía”—?

El sistema normativo que componen los arts. 51 y 52 no dan una respuesta clara y unívoca. Podría postulársela sobre la base de una lectura lineal y mecanicista de esos dispositivos, y concluirse que sólo cabe Documento © Thomson Reuters Información Legal 2 declarar derechamente la quiebra si el abuso ha sido planteado por vía de una impugnación. Ello así,

en tanto “si el juez la estima procedente, en la resolución que dicte debe declarar la quiebra” (art. 51 párr. 1ro. LCQ). En cambio, nada dice en tal sentido el art. 52 inc. 4, cuando previene al juez de no homologar, en ningún caso, un acuerdo abusivo o en fraude a la ley.

¿Puede variar la consecuencia jurídica —¡y qué consecuencia!— en función de que la condición antecedente sea verificada a instancias de algún interesado o advertida oficiosamente por el juez? ¿Es esa diferencia relevante para determinar una consecuencia tan dispar?

En principio pareciera que no. Sin embargo, a favor de esa variación cuenta el hecho de que cuando la objeción es propuesta por un interesado a través de una impugnación, el concursado tiene posibilidad de defenderse de la misma —e incluso de superarla proponiendo la subsanación del caso— al sustanciarse el incidente respectivo. En cambio, carece de esa oportunidad cuando la descalificación adviene oficiosamente, y si bien es cierto que el derecho de defensa aparece garantizado por la posibilidad de la apelación — que tampoco aparece expresamente consagrada, pero que no puede denegarse sobre la base del principio genérico de inapelabilidad, dado el gravamen irreparable involucrado—, también lo es que la eventual adecuación, mejora o reformulación que intente el concursado en esa instancia, tropieza con la natural limitación de los poderes del tribunal de alzada (arts. 272 CPCBA). No otra cosa sucede precisamente en autos, donde los herederos del patrimonio concursado han reformulado ya la propuesta oportunamente ofrecida al recurrir de la sentencia (v. fs 293 punto II), sin que el magistrado de origen se haya pronunciado.

¿Será acaso que la cuestión no pasa por el modo en que el juez accede a esa constatación, sino por la naturaleza del defecto o impedimento obstativo de la homologación? En este sentido, la doctora Kemelmajer de Carlucci —en su conocido voto como juez de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la causa “Pedro López e Hijos s/concurso preventivo” del 24/2006/2003— puso de resalto que un estándar jurídico indeterminado como el del abuso, se resiste a una aplicación del tipo todo o nada, que importe la descalificación total del acuerdo afectado por el mismo, lo que unido al principio de conservación del acto impone acordar al concursado la posibilidad de su readecuación (art. 1039 CCiv; hoy art. 389 del CCiv.Com).

La cuestión excede largamente la denegatoria de homologación por abuso, ya que lo que está en crisis es la procedencia misma y automática de la quiebra frente a la configuración de algún impedimento obstativo de la homologación que se presente como superable. Por ello consideramos que cuando la descalificación del acuerdo por abusiva es oficiosa, en ausencia de una previsión expresa como la del 51 párr. 1ro. LCQ —o de una remisión a ella—, y atendiendo —como ya señalamos— a que esa falta de sustanciación ha impedido al concursado defenderse de esa imputación (art. 18 CN), e incluso superar el óbice proponiendo la adecuación del acuerdo antes de que la quiebra sea pronunciada, corresponde que el magistrado conceda al concursado un breve plazo adicional, para que de esa forma intente hacerse cargo de las objeciones levantadas (v. mi trabajo Acuerdo preventivo judicial, Astrea, 2011, ps. 129/20133).

Es, por otro lado, la inequívoca manda dirigida al juez por el nuevo art. 10 párr. 3ro del C.Civ.Com., en tanto “debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”.

Finalmente, advierto que esa directriz aparece en la especie reforzada, si se tiene en cuenta que la alternativa quiebra decretada por el juez de grado no parece augurar una significativa expectativa de cobro a los acreedores quirografarios, si se tiene en cuenta el monto a que asciende ese pasivo (\$10.499.689,74, excluidos los organismos de recaudación estatales y los acreedores revisionantes y verificantes tardíos), y la escasa entidad relativa de los bienes que podrían llegar a liquidarse en beneficio de ellos —una camioneta Toyota y una cosechadora John Deere, valuados en \$150.000 y \$1.500.000, respectivamente—, dado que el principal componente del activo —la fracción de campo de 207 Has— soporta nada menos que 4 cuatro gravámenes hipotecarios (v. informe general de fs. 218/225).

Voto, parcialmente, por la Negativa.

Los doctores Pilotti y Peralta Mariscal por los mismos fundamentos votaron en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor Ribichini dijo:

Por lo acordado al votarse la cuestión anterior, corresponde: 1) confirmar la resolución de fs. 282/286 en cuanto no homologó la propuesta formulada por la concursada; 2) revocarla en cuanto declaró la quiebra del patrimonio de Roberto Alfredo Jensen, debiendo el señor juez de grado otorgar a sus herederos un plazo razonable para que efectúen una reformulación de la propuesta que supere los óbices determinantes de la descalificación pronunciada.

Así lo voto Los doctores Pilotti y Peralta Mariscal, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido, por lo que se sentencia: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no se ajusta totalmente a derecho la sentencia apelada.

Por ello, 1) confirmar la resolución de fs. 282/286 en cuanto no homologó la propuesta formulada por la concursada; 2) revocarla en cuanto declaró la quiebra del patrimonio de Roberto Alfredo Jensen, debiendo el señor juez de grado otorgar a sus herederos un plazo razonable para efectúen una reformulación de la propuesta que supere los óbices determinantes de la descalificación pronunciada. Oportunamente, devuélvase.

Guillermo E. Ribichini. — Abelardo A. Pilotti. — Leopoldo L. Peralta Mariscal.