

## Ganino Mastrangelo, Carmelo V. G. y Otro s/Quiebra

País:

 Argentina

Tribunal:

Cámara Nacional  
de Apelaciones en  
lo Comercial -  
Sala A

Fecha:

29-03-2016

Cita:

IJ-CCLXIV-559

### Abstract

*La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó, aunque por otras razones, la sentencia de grado, pues mientras en la misma se tuvo por operado el pago con subrogación respecto de los acreedores concurrentes, mas excluyendo sus conformidades de la base de cómputo de las mayorías legales, este Tribunal estima derechamente ineficaz el pago mismo realizado a favor de esos acreedores por entenderse realizados por cuenta y orden de los deudores y, en consecuencia, violentándose la expresa prohibición del art. 16 LCQ, por ello los actos cumplidos violentando dicha prohibición son ineficaces de pleno derecho respecto del resto de los acreedores (art.17 LCQ).*

### Sumario

1. Corresponde confirmar, si bien por otras razones, la sentencia de grado, pues mientras en la misma se tuvo por operado el pago con subrogación respecto de los acreedores concurrentes, mas excluyendo sus conformidades de la base de cómputo de las mayorías legales, este Tribunal estima derechamente ineficaz el pago mismo realizado a favor de esos acreedores por entenderse realizados por cuenta y orden de los deudores y, en consecuencia, violentándose la expresa prohibición del art. 16 LCQ, por ello los actos cumplidos violentando dicha prohibición son ineficaces de pleno derecho respecto del resto de los acreedores (art.17 LCQ).

### Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala A

Buenos Aires, 29 de Marzo de 2016.-

1.) Vino elevada esta causa a esta Alzada a fin de dar tratamiento al recurso de apelación interpuesto por Antonio Ganino contra la resolución dictada en fs. 586/19597 que, pese a haber tenido por operado el pago por subrogación realizado por María Cecilia Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio a favor de los acreedores ARBA, GCBA y AySA, respectivamente, juzgó que no podían considerarse sus conformidades a los efectos de la conformación de las mayorías, circunstancia que determinaba que no pudiera decretarse la existencia de acuerdo por falta de obtención de las mayorías legales, con la correspondiente declaración de su quiebra.- Los fundamentos fueron desarrollados en fs. 620/19625, siendo respondidos en fs. 636/19640 y fs. 674/19677.-

Simultáneamente, fue elevado el expediente "Ganino-Mastrangelo (SH) Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Matrangelo s.quiebra" (expte. N° 038719/2006) para conocer en el recurso de apelación deducido por Vicente Ganina y Adriana Miriam Mastrángelo contra el pronunciamiento de fs. 761/19766 que, con remisión a los argumentos expuestos en el decreto de fs. 586/19597 de estas actuaciones -que en copia certificada fue glosada en fs. 748/19760-, decretó también la quiebra de estos últimos.-

El memorial fue presentado en fs. 792, adhiriendo los recurrentes a la fundamentación del recurso presentada por Antonio Ganino en estos obrados. Los traslados de rigor fueron respondidos en fs. 807/19814 y fs. 873/19875.-

## 2.) Aclaración preliminar:

2.1. Cabe puntualizar -previo a todo- que los procesos concursales mencionados ut supra tramitan en forma conjunta en los términos del art. 68 LCQ, habida cuenta el carácter de garante del aquí concursado Antonio Ganino respecto de las obligaciones asumidas por su hijo Carmelo Vicente Ganino y su nuera Adriana Miriam Mastrángelo, integrantes de la sociedad de hecho "Ganino-Mastrángelo (SH)". Los concursados presentaron propuesta de acuerdo únicamente para acreedores quirografarios tratando en forma unificada el pasivo de ambos procesos, conforme lo habilita el art. 67 LCQ. A su vez, la Sra. Juez a quo resolvió en el marco de esta causa y en un mismo pronunciamiento las cuestiones relativas al pago por subrogación de los créditos reconocidos a favor de ARBA, GCBA y AySA -si bien esta última acreencia no fue insinuada y admitida en el sub lite sino en los autos "Ganino-Mastrángelo (SH) Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Mastrángelo s.quiebra" (expte. N° 038719/2006)-, agregando copia certificada del fallo respectivo en esas actuaciones.- Ello así, y no obstante haberse deducido recurso de apelación en cada uno de los trámites concursales, esta Alzada habrá de analizar ambos remedios en una misma y única resolución, siguiendo así el criterio adoptado en la anterior instancia sobre el particular, máxime que Vicente Ganino y Adriana Miriam Mastrángelo adhirieron al memorial presentado por Antonio Ganino.-

2.2. Asimismo, esta Sala deja establecido que en el sub examine habrá de decidirse conforme a las disposiciones del Cód. Civ. (Ley N° 340 y sus modificaciones), en lo pertinente para el caso, por entender que resultan inaplicables las disposiciones del nuevo Cód. Civ. y Comercial sancionado por la Ley N° 26994 que entrara en vigor el 1/198/2015.- Señálase que la resolución de los problemas inherentes a los conflictos inter-temporales provocados por el cambio legislativo que introduce el nuevo Cód. Civ. y Comercial exige ahondar en los alcances del nuevo art. 7 CCCN en aquellos casos en los que quepa plantearse la pertinencia de la aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.- Para ello, se observa que de la comparación entre los anteriores arts. 2 y 3 del Cód. Civ. y los actuales arts. 5 y 7 del nuevo Cód. Civ. y Comercial de la Nación surge que, salvo por la inclusión en este último de la referencia al principio de la favorabilidad respecto de las relaciones de consumo, las reglas conservan un paralelismo en su redacción, que torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista existente desde la reforma introducida por la Ley N° 17.711 (conf. Uzal, María Elsa, "Nuevo Cód. Civ. y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado", Revista Cód. Civ. y Comercial (Director: Dr. Héctor Alegría), N° 1, La Ley, Julio 2015, págs. 50-60).- Es de destacar que el art. 5 establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. En el caso del nuevo Cód. Civ. y Comercial, el art. 7 de la Ley N° 26694

(sustituído por el art. 1 de la Ley N° 27077), dispuso que dicho cuerpo entrara en vigencia el 1/198/2015.- De otro lado, el art. 7, indica la manera en que han de efectivizarse los efectos de las leyes que se dicten con relación al tiempo y a las relaciones preexistentes. Dicha norma establece, textualmente, que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".- Esta última alternativa, impone ahondar en los alcances del mentado art. 7 CCCN en aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, se plantee alguna duda o controversia sobre la debida aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.-

Debe repararse en que la interpretación de la norma de aplicación tiene como pilares dos principios fundamentales: la irretroactividad de la ley -salvo disposición en contrario, que en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales- y su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia "aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".- Cabe profundizar aquí, en el primero de esos principios, esto es, aquél que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares dificultades si se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso, puede implicar una indebida aplicación retroactiva.- Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación retroactiva de la ley: a) cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; b) cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; c) cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; d) cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; e) cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso (conf. Roubier P., "Les conflicts des lois dans le temps" t.1, págs. 376 y sigs.; Borda G. "La reforma del Cód. Civ.. Efectos de la ley con relación al tiempo" E.D. T.28 pág.809; Coviello y Busso, citados por LLambías J.J. "Tratado de Derecho Civil. Parte General", T° 1, pág. 144/195, en nota 68 bis; Uzal, ob. cit. pág. 52 nota 1).- Así, si la modificación legal sobreviene estando en curso la constitución, adquisición, modificación o extinción de un derecho, la nueva ley modificará esas condiciones de constitución, adquisición, modificación o extinción del derecho de que se trate, en tanto esas relaciones no se hallen ya consumidas con efectos jurídicos propios en el pasado, de modo que revistan el carácter de derechos adquiridos, debiendo el juzgador examinar las circunstancias de cada caso concreto atendiendo con ese sentido a la directiva legal (conf. Uzal, ob. cit. pág. 52/1953).- Ya se ha destacado que la determinación de si se está frente a una aplicación retroactiva presenta particulares dificultades cuando se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo y que es imprescindible distinguir si se

trata de situaciones que se encuentran en lo que puede describirse como una fase dinámica de la relación, en la que ésta nace o muta (su constitución o extinción) o si, en cambio, se capta esa relación en una fase estática, cual sería aquella que concierne a sus efectos ya producidos y/o con valor jurídico propio, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso concreto, puede implicar una indebida aplicación retroactiva, sobre hechos o situaciones jurídicas del pasado.- En el marco fáctico legal del sub judice las circunstancias de hecho del caso permiten concluir en que la aplicación de las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Cód. Civ. y Comercial de la Nación en la materia no resultan de aplicación.-

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley.- En consecuencia, dejase establecido que en autos se resolverá el recurso traído a conocimiento de este Tribunal, en lo pertinente, conforme las normas que se encontraban vigentes al tiempo en que fue dictado el fallo apelado.-

### 3.) El fallo:

3.1. A través del decreto bajo examen se tuvo por operado el pago con subrogación respecto de los acreedores concurrentes ARBA, GCBA -previa comprobación de la efectiva realización de la transferencia informada por los terceros- y AySA, pero con exclusión de sus votos de las mayorías legales, a la vez que se rechazó el dictado del pronunciamiento prescripto en el art. 49 LCQ haciendo saber la existencia de acuerdo, a resultas de lo cual se declaró la quiebra de los concursados.- 3.2. Para adoptar esta solución, la Sra. Juez a quo estimó dirimentes los siguientes extremos, a saber:

I) Los pagos efectuados por los Sres. María Cristina Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio respecto de los créditos verificados a favor de ARBA, GCBA y AySA, respectivamente, deben reputarse pagos parciales en tanto y cuanto sólo han comprendido respecto de los créditos de los acreedores mencionados los intereses verificados con grado quirografario -sin incluir el capital que fue verificado con grado privilegiado- y en los tres (3) casos, sin consideración de los intereses postconcursoales.-

II) No puede admitirse que un tercero no interesado sin la conformidad expresa del acreedor y mediante un pago parcial de la deuda por el monto verificado, pueda quedar subrogado en los derechos, acciones y garantías que éste tenía y por lo mismo ejercer el derecho de voto, “dado que ello importaría reconocer un supuesto de pérdida de un derecho patrimonial meramente suspendido que no se encuentra previsto legalmente y violentaría el derecho de propiedad”. En este sentido, la magistrada afirmó que la subrogación en el “ius votandi” vulnera los derechos del acreedor, pues “cercena su derecho a voto con una propuesta que le es desfavorable a sus intereses”.-

III) La oposición exteriorizada por los acreedores ARBA y GCBA en fs.541/2 y fs. 469/1971, priva a los pagos en cuestión de aptitud jurídica para que pueda operar el supuesto de subrogación legal (art. 768, inc. 3 CCiv.).-

IV) En aras de la transparencia de la formación de la voluntad colectiva concordataria, el resguardo y protección del derecho de las minorías, debe excluirse el derecho de voto de esos terceros no interesados, que pagaron lo que no debían para incorporarse al concurso y prestar su conformidad a sabiendas de que aún cuando hipotéticamente se cumpla el concordato tendrán una pérdida patrimonial, sin un interés jurídico tutelable -cuanto menos debidamente explicitado-, por lo que esta exclusión es consecuencia del ejercicio abusivo y disfuncional del derecho que evidencia esa conducta (art. 1071, párrafo segundo, CCiv.), que debe encausarse a efectos de no desnaturalizar el recto sentido del voto.-

V) Resulta difícil concebir que puedan existir personas físicas que sin obligación, beneficio alguno o interés tutelable, concurren voluntariamente al proceso para abonar los créditos comunes de GCBA, ARBA y AySA prestando conformidad para que les sea devuelto con cierto tiempo de gracia, en cuotas anuales y un mínimo interés y apostando a que ello efectivamente ocurra, pese a que la actividad e ingresos denunciados por los concursados lo muestra poco probable

VI) La circunstancia descrita requiere la intervención judicial correctiva del evidente desvío del proceder de esos terceros que bajo la apariencia de una actuación dentro de los límites objetivos y la propia prerrogativa, contrarían los fines que la ley concursal tiene en miras.-

#### 4.) Los agravios:

4.1. La resolución fue atacada por los concursados Antonio Ganino, Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Mastrángelo. Se quejaron de que se les decretara la quiebra y solicitaron que se revocaran las resoluciones apeladas, declarando la existencia de acuerdo.- Argumentaron que permitir que los terceros subrogantes voten la propuesta presentada en autos no afectaría de manera alguna el derecho de propiedad de los subrogados. Explicaron que el pago efectuado por Carolina Rubio a favor de AySA fue íntegro, ya que no solo comprendió la porción quirografaria del crédito sino también la privilegiada y que, si bien los pagos de los créditos de ARBA y GCBA realizados por Czumadewsky y Luis Abel Luna, involucraron solamente los montos verificados con rango quirografario, lo cierto es que aquéllos conservan, respecto de la porción privilegiada, todos los derechos y acciones derivados de la obligación que les fue reconocida en la resolución general de los créditos (art. 36 LCQ), por lo que luego de la homologación estarían en condiciones de exigir su cobro por la vía individual. Afirmaron que dada la naturaleza "fiscal" de las acreencias en cuestión y la consiguiente dificultad con la que se encuentra el deudor para negociar y, eventualmente, abonar los créditos que revisten ese carácter y gracias al pago efectuado por los terceros, dichos acreedores se benefician con la percepción de la totalidad de sus acreencias quirografarias en un solo pago, sin espera ni quita.- Refirieron que en el caso de autos, mediante el pago por subrogación, no se modificaron las mayorías, ni en cuanto al número de personas ni en cuanto al capital, por lo que tampoco se advierte que desde esta perspectiva los pagos en cuestión generen un perjuicio de entidad tal a los intereses del concurso que autorice a decretar la quiebra de los deudores.- Por otro lado, afirmaron que al negarse a los acreedores subrogados la posibilidad de votar la propuesta se prejugó y se

presumió su mala fe. Señalaron que la enunciación que hace el art. 45 LCQ sobre los supuestos de exclusión del cómputo de las mayorías legales es taxativa y que allí no se encuentran comprendidos los terceros que hayan quedado subrogados en acreencias verificadas a favor de otras personas.-

Señalaron que si el ordenamiento concursal invita a negociar con cada acreedor en forma individual al punto de ir acompañando paulatinamente las conformidades suficientes hasta alcanzar las mayorías, podría cambiarse la frase "negociación con cada acreedor de manera individual" por "subrogarse en cada acreedor de manera individual" y no habría ningún tipo de diferencia.- Indicaron que la declaración falencial no fue una decisión razonable, no solo por los argumentos ya expuestos sino porque la propuesta de acuerdo fue equitativa y justa considerando el momento en que fue presentada, porque los acreedores involucrados en la subrogación representan apenas poco más del 3% del capital quirografario declarado verificado y/o admisible, porque la propuesta obtuvo el apoyo de los acreedores que representan casi el 70% del capital y porque, además, debió estarse a favor de la continuación empresarial evitando los disvaliosos efectos de la quiebra, que no benefician a ninguno de los actores del presente proceso concursal.- Finalmente, indicaron que no se ponderó que también se obtuvo la conformidad del acreedor Smart Group Inversora (acompañada al momento de la celebración de la audiencia informativa), por lo que en definitiva se obtuvo el voto positivo de 6 de los 10 acreedores, que representan el 70,54% del capital declarado verificado y/o admisible.- A todo evento, y para el hipotético caso de que se confirmara la exclusión de los terceros de la base de cómputo de las mayorías legales, solicitaron que se concediera un plazo de prórroga excepcional de veinte (20) días para obtener las adhesiones necesarias.-

##### 5.) La opinión del Ministerio Público Fiscal:

En fs. 707/19711 fue oída la Sra. Fiscal General actuante ante esta Alzada, quien dictaminó en el sentido de confirmar la resolución impugnada.- Sostuvo que las mayorías obtenidas por los deudores en el presente concurso eran "ficticias" en razón de no haber sido conformadas por los acreedores originarios de la concursada, en tanto se obtuvieron mediante pagos por subrogación con el objetivo de conseguir los votos necesarios para imponer el acuerdo a los restantes acreedores. Sobre el particular, destacó que sobre un total de trece (13) acreedores originarios que verificaron sus créditos solo tres (3) prestaron conformidad con la propuesta, pues las otras adhesiones fueron formuladas por María Cecilia Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio, quienes se subrogaron en los créditos de ARBA, GCBA y AySA, coligiendo de ello que tres (3) de las conformidades necesarias para alcanzar las mayorías legales fueron otorgadas por terceros ajenos al proceso concursal que desinteresaron a los acreedores depositando parte de sus créditos en el expediente.- En su opinión, las mayorías fueron obtenidas mediante pagos por subrogación con el objetivo de conseguir los votos necesarios para imponer el acuerdo a los restantes acreedores del deudor, razón por la cual los acreedores subrogantes deben ser excluidos de la base de cálculo respectiva, por desprenderse de las constancias de autos que "fueron acreedores complacientes que obraron en beneficio del deudor", teniendo "un interés distinto a los intereses de los acreedores originarios de los deudores".

En este sentido, la funcionaria destacó que: i) tres (3) personas físicas han decidido desinteresarse parcialmente a los acreedores fiscales depositando el importe quirografario de esos créditos, aceptando someterse a los términos del acuerdo que importará, tal vez, que no recuperen la inversión realizada, y siempre con el riesgo latente de que su deudor

quiebre; ii) la recuperación de la inversión parece inverosímil, si se tiene en cuenta que uno de los concursados es una persona de 93 años de edad, está jubilada y manifestó no tener actividad económica, mientras que otro de los concursados expresó que sólo posee como ingreso el alquiler de un inmueble y la jubilación de su padre; iii) los acreedores subrogantes eligieron pagar una suma de dinero a cambio de recibir dentro de unos años (más de diez -10- desde que se hizo el pago) muchos menos del 60% del importe pagado, teniendo en cuenta que los concursados no ofrecieron abonar ningún tipo de interés que compense la desvalorización de la moneda.-

En orden a ello, concluyó en que en el caso, el concursado alteró el principio de la pars conditio creditorum, en razón de que los acreedores subrogados percibirán el 100% de sus créditos mientras que el resto mucho menos del 40% del crédito inicialmente ofrecido, lo que evidencia -desde su perspectiva- una maniobra tendiente a alterar las mayorías legales y a desconocer los derechos de las minorías en este tipo de procesos, por la que un grupo de terceros decidiría la suerte del concurso imponiendo condiciones a los acreedores disidentes, mediante el simple artilugio de pagar y subrogarse en los derechos del acreedor o comprar créditos.-

#### 6.) El marco fáctico:

Antonio Ganino se presentó en concurso preventivo el 28.11.2006, denunciando que por su avanzada edad -en ese momento tenía 86 años- y estado de salud, no desarrollaba actividad económica, precisando que sus ingresos estaban conformados por haberes previsionales y la ayuda económica de su hijo (también concursado). Explicó que con motivo de haber sufrido una grave enfermedad debió endeudarse abonando importantes intereses y que, a su vez, garantizó obligaciones asumidas por su hijo Carmelo Ganino y su nuera Adriana Mastrangelo, circunstancia que lo obligó a concursarse en los términos del art. 68 LCQ.- De su lado, Carmelo Ganino y Adriana Mastrángelo presentaron el concurso preventivo de la sociedad de hecho que conformaban -Ganino-Mastrangelo (SH)- el 17.08.2006. Si bien refirieron haberse dedicado a la actividad panadera desde el año 1981 hasta el 2001, no precisaron cuál es la actividad económica que desarrollan en el presente, ni tampoco ello fue clarificado por el funcionario sindical en el informe general (véanse fs. 198/20198vta.).- En el trámite concursal de Antonio Ganino fueron reconocidas, en la resolución general de los créditos (art. 36 LCQ) obrante en fs. 191/20192, seis (6) acreencias quirografarias: i) AySA (\$ 30,04); ii) ARBA (\$1.347,08); iii) GCBA (\$17.526,06); iv) Proyecto Gregan SA (\$165.575,94); v) Carlos Daniel La Torre (\$ 3.708,77); y vi) Smart Group Inversora SA (\$ 487.690,86).- A su vez, en el concurso de Ganino-Mastrangelo (SH) fueron admitidos en esa instancia nueve (9) acreedores quirografarios: i) AFIP (\$ 30.047,75); ii) Aguas Argentinas SA (\$ 43.255,41); iii) AySA (\$ 40,92); iv) ARBA (\$ 12.508,16); v) Elba Norma Ángel y José Antonio Galindo (\$ U\$S 14.080 y \$ 120.280,05); vi) José Antonio Galindo García (\$ 9.493,40); vii) Proyecto Gregan SA -también declarado admisible en el concurso de Antonio Ganino - (\$165.575,94); y viii) Juan José Rodríguez (\$ 57.700) (véanse fs. 325/331).- Los concursados presentaron propuesta unificada de acuerdo preventivo para acreedores quirografarios, consistente en el pago del 40% del pasivo verificado y declarado admisible en diez (10) cuotas iguales, anuales y consecutivas, pagadera la primera de ellas a partir del quinto (5) año de celebrada la audiencia designada en autos, es decir, el 03.11.2014, sin ningún tipo de intereses (fs. 221).-

Manifestaron su adhesión a la propuesta los acreedores Smart Group Inversora SA (fs. 378/379 de los autos "Ganino-Mastrangelo (SH) Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam

Mastrangelo s. quiebra" -N° 038719/2006-), Proyecto Gregan SA y Carlos Daniel La Torre (fs. 302/307 de estos autos).- Los concursados solicitaron, en fs. 310, la exclusión de la AFIP, ARBA y el GCBA de la base de cómputo de las mayorías legales, planteo que luego fue virtualmente desistido, al manifestar los deudores que habían “decidido intentar obtener de terceros el dinero necesario para que efectúen un pago a dichos entes y por ende, queden subrogados en sus derechos, y así poder obtener la conformidades restantes para lograr las mayorías que establece la LCQ” (fs. 577 del trámite concursal de Ganino-Mastrangelo SH).- De su lado, los acreedores Juan José Rodríguez, Elba Norma Ángel de Galindo, José Antonio Galindo y José Antonio Galindo García se opusieron a que fueran sacados del concurso y no se tuvieran en cuenta para el cómputo de las mayorías legales las deudas con organismos del Estado -AFIP, ARBA, GCBA- (fs.335).- Luego, en fs. 431 de estos obrados, se presentó María Cecilia Czumadewsky, invocando el carácter de “acreedor tercero interesado, subrogándose en los términos de los arts. 767 y subsiguientes del Cód. Civ., en los derechos del acreedor (A.R.B.A.) solicitando en tal sentido (que) se (la tuviera) ... por parte como acreedor en el mismo grado y privilegio a mérito del depósito efectuado”. Acreditó, asimismo, haber depositado en la cuenta de estos autos la suma de \$13.860, que dio en pago a ese acreedor (fs. 429/19430). A.R.B.A. se opuso a la subrogación pretendida por no haberse depositado el monto equivalente a la acreencia verificada con privilegio especial con más sus respectivos intereses (fs. 540/19542). Posteriormente aclaró su posición afirmando que si bien nada tenía que objetar en cuanto al “hecho del pago” del crédito quirografario pero que, por otro lado, no se encontraba obligada a subrogar en su lugar al que hiciera el pago, haciendo expresa reserva de solicitar la expedición de certificado para el cobro del crédito privilegiado (fs. 547).- En fs. 433/19434 de estas actuaciones hizo lo propio Luis Alberto Luna, a fin de subrogarse en los derechos del acreedor G.C.B.A. A tal fin, acompañó comprobante de transferencia a la cuenta de estos autos por la suma de \$ 17.530 (fs. 433). Conferido el traslado respectivo, el GCBA estimó insuficiente el quantum depositado, por no incluir la acreencia de \$ 28.077 desestimada en la resolución general del art. 36 LCQ que se encuentra sometida a revisión en el incidente N° 56.520, como así tampoco el crédito privilegiado oportunamente verificado (fs.469/19471).-

A su vez, Carolina Rubio, en fs. 404 del trámite “Ganino- Mastrángelo (SH), Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Matrángelo s. quiebra" -N° 038719/2006-), acreditó el depósito del importe correspondiente al crédito verificado a favor de AySA (\$ 322,80), quien solicitó, en fs. 578, la transferencia a una cuenta de su titularidad en concepto de capital.- Concomitantemente, María Cecilia Czumadewsky, Luis Alberto Luna y Carolina Rubio prestaron conformidad con la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los concursados en fs. 443/19444 y fs. 682/19688 del expediente N° 38.719/2006.

De su lado, los mismos acreedores que, en su oportunidad, se habían opuesto a que fueran excluidos de la base de cómputo de las mayorías legales los créditos de la AFIP, ARBA y GCBA, impugnaron los depósitos realizados por terceros y pidieron el desglose de las conformidades formuladas por estos últimos por entender que no se encontraban legitimados como acreedores. Afirmaron que no podían acogerse “las absurdas pretensiones de los concursados, de que se admita a personas extrañas al concurso, sin causa, motivo, razón ni derecho alguno a que presten conformidad a una pretensión inadmisibles, la aprobación de la propuesta inmoral e inaceptable: de confiscar patrimonios de los acreedores” (véanse fs. 520/19521 de estos autos y fs. 468/19469 del expte. N° 38.719/2006).-



Finalmente, se dictaron los fallos objeto de los recursos que motivaron la elevación de las causas a esta Alzada.-

#### 7.) El thema decidendum:

Como puede advertirse, la controversia suscitada en el sub lite abarca en realidad dos (2) materias diferenciadas, una de ellas subordinada a la otra. En primer término, la cuestión relativa a la eficacia de los depósitos efectuados por Czumadewsky, Luna y Rubio en este trámite concursal a los fines de tenerlos por subrogados en los derechos y acciones resultantes de créditos verificados a favor A.R.B.A., G.C.B.A. y AySA, respectivamente y, luego, solo en caso de admitirse la mentada subrogación, si cabe, o no, excluir a los acreedores subrogados de la base de cómputo de las mayorías legales a los efectos de la aprobación de la propuesta concordataria.- Es decir, por un lado, la eficacia del pago con subrogación y, por otra parte, de corresponder, la eficacia del voto de los terceros subrogados en los derechos y acciones de acreedores concurrentes.-

#### 8.) El pago por subrogación en el marco del trámite concursal:

8.1. Como primera medida, se muestra conducente señalar que el art. 726 CCiv. establece que pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación. Por otro lado, el art. 768, inc. 3, CCiv. dispone que la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o -aún- ignorándolo.- En este sentido, tiénese dicho que es tercero “interesado” quien, no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda, supuesto en el cual, en principio, resulta irrelevante tanto la oposición del deudor como la del acreedor. Por otro lado, en caso de que el pago fuera realizado por un tercero “no interesado”, en tanto carece de “jus solvendi”, se requiere como regla el consentimiento del acreedor (conf. Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T° II, pág. 724 y ss.).-

8.2. Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por el art. 727 CCiv., por efecto del pago hecho por un tercero, la obligación queda extinguida con todos sus accesorios y garantías, de lo que se sigue que el pago con subrogación conforma un acto extintivo de las obligaciones, si bien sui generis. Ello así, porque la referida extinción opera sobre la relación obligacional existente entre el acreedor y el deudor, pero no así entre este último y el tercero pagador del crédito, pues de lo contrario no se produciría la mentada subrogación.- En suma, la subrogación produce la extinción de la obligación originaria respecto del acreedor y es, a la misma vez, causa de otra relación obligatoria, esta vez entre el pagador y el deudor, la cual tiene perfil propio, siendo su efecto más relevante que por ella opera el traspaso al nuevo acreedor de todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor (art. 771 CCiv.).- En este sentido, Llambías explica que el pago con subrogación se trata de una institución compleja que encierra dos ideas en cierto modo incongruentes entre sí: la de pago que implica extinción de la obligación, y la de subrogación que apunta a la sustitución de una persona por otra en la titularidad o ejercicio de un derecho, con la transmisión consiguiente de ese derecho (Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T° II, pág. 949). Afirma también este autor que la transferencia del crédito tiene en este caso un sello propio, resultante de la conjunción de factores reseñados, que deriva en la limitación del monto por el cual se hace la transmisión del crédito al tercero, hasta la

conurrencia de la suma que él ha desembolsado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 771, inc. 1, CCiv. y la ausencia de garantía de evicción otorgada por el acreedor primitivo, concluyendo así que el que se hace por subrogación es un pago sui generis (ob. cit. pág. 953).-

8.3. Ahora bien, todo lo indicado conduciría, en el ámbito concursal, a que con el pago con subrogación se produzca un cambio de acreedor permaneciendo inalterada la obligación en el pasivo del concurso, si bien ahora en cabeza del tercero que desinteresó al acreedor concurrente.- Es claro, sin embargo, que los principios generales relativos al pago que se expusieron deben ser compatibilizados con las reglas que gobiernan el procedimiento concursal, en este caso, preventivo. En efecto, la normativa concursal se asienta en principios de orden público que intentan proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor y a cuyo fin ordena el ejercicio de las pretensiones contra éste y su satisfacción mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores, de carácter colectivo y universal, que atañe a la totalidad del patrimonio del deudor, prenda común de todos los acreedores y garantía de satisfacción de sus créditos. Estos últimos deberán insinuarse en condiciones igualitarias de reconocimiento ante el juez de la causa y su pago ha de concretarse respetando la situación especial o particular según las disposiciones legales preestablecidas, lo que encuentra sustento en la normativa básica del ordenamiento jurídico que protege el derecho de propiedad y de igualdad del conjunto de los involucrados -pars conditio creditorum- (Cámara Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, T° I, pág. 232).- Es este orden público concursal el que, como contrapartida, prohíbe al concursado realizar todo acto a título gratuito o que importe modificar o alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación (art. 16, párrafo primero, LCQ), pues la concreción de tales actos importaría violentar uno de los principios fundamentales del ordenamiento concursal: la ya mencionada pars conditio creditorum.-

De allí la trascendencia significativa que tiene en el devenir del proceso concursal el pronunciamiento del juez en los términos del art. 36 LCQ, pues allí decidirá sobre la procedencia y el alcance de las solicitudes formuladas por los acreedores a través del procedimiento del art. 32 LCQ y sobre la conformación de la deuda al tiempo de la insinuación, estableciendo quiénes son los acreedores que quedarán reconocidos dentro del proceso como tales (verificados y/o declarados admisibles) y por ende, cómo se encuentra conformada la situación del pasivo concursal a fin de que los actores habilitados al efecto decidan sobre la homologación. Se establece entonces cuáles son los acreedores que gozarán del derecho a participar en el concurso por estar comprendidos en la propuesta concordataria.-

Y si bien el pago por subrogación efectuado por un tercero respecto de una deuda incluida en el pasivo concursal no se encuentra vedado por el ordenamiento normativo, de tal suerte que si reúne los requisitos legales exigidos para su procedencia, como regla, no existiría impedimento para que sea admitido por el juez del concurso (art. 19 CN), se ha interpretado que el problema en el trámite concursal se suscita a partir del reconocimiento de la participación en el período de exclusividad del concurso preventivo de acreedores no originarios, es decir, diversos de los verificados y declarados admisibles. Es que luego de la apertura del concurso preventivo y después de la sentencia de verificación del art. 36 LCQ, haciendo uso de ciertos institutos del derecho común -vgr: pago por subrogación, cesión de créditos, etc.- pueden verse trastocados los titulares de los créditos, modificándose los nominados en la verificación de créditos con respecto a aquéllos que expresarán su

conformidad para el acuerdo. En este sentido, no puede desatenderse que el pago de un tercero con subrogación podría llegar a utilizarse eventualmente de manera abusiva o fraudulenta por el deudor para liberarse de un acreedor incómodo para lograr las mayorías o incluso por parte de acreedores para conseguir una posición dominante frente al acuerdo, situación que encuadraría en lo que la doctrina ha denominado “compra de votos” (véase: Graziábile Darío J. - Marrón Cristian A. - Ramos Santiago J., “Pago por subrogación en los concursos”, LL 2008-E, p. 763).- Ahora bien, la comprobación de esta “patología” concursal fulminaría la validez del negocio, tanto por su ilicitud causal, si se tiene en cuenta que el art.502 CCiv. señala que la causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público, como objetiva, en cuanto el art. 953 CCiv refiere a los actos jurídicos prohibidos por las leyes o que perjudiquen a un tercero. Entonces, para aprehender la “causa” en su real funcionamiento en cada caso específico será necesario enlazarla al interés subyacente que las partes persiguen en concreto y cuyo carácter -lícito o ilícito- se le transmite. La “ilicitud de causa” comprende entonces los supuestos en que el acto se lleva a cabo con el fin de eludir una norma imperativa o lesionar intereses ajenos, por lo que tal anomalía acarreará fatalmente su “invalidez” o “inexistencia” (véase: Moro Carlos E. y Richard Efraín Hugo, “La propuesta concordataria la aceptan o rechazan los acreedores concurrentes que verificaron ... nadie más”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 223, p.387 y ss.).-

En lo que toca concretamente al pago por subrogación, esta Sala -si bien con una composición diversa a la actual- puntualizó en el precedente “Eldorado Ltda SA” del 14.04.1967 (LL 126-701), citando a Colmo y Salvat, que cuando el pago se verifique con el asentimiento del deudor, el tercero actúa como mandatario del deudor (arg. arts. 1869, 1873, 1875 y 1876 CCiv.), mientras que cuando el tercero paga ignorándolo el deudor actúa como gestor de negocios, lo que implica que aquél se propone hacer un negocio de otro y obligarlo eventualmente (art. 2289 CCiv.), concluyéndose en que la convalidación de un pago concretado bajo la primera de estas modalidades implicaría quebrar la rigurosa igualdad de tratamiento que supone el concordato acordando eficacia a un mandato cuyo objeto no es lícito, contrariándose lo dispuesto por el art. 1889 y cc. CCiv. (Colmo Alfredo, Obligaciones, pág. 466, núm. 688; Salvat Raymundo, Obligaciones en general, T° II, pág. 12, núm. 1059). Ello así, porque los acreedores a quienes se procura desinteresar obtendrían ventajas sobre todos los demás: recibirían inmediato pago de sus créditos, mientras el resto estaría sometido a la quita y espera del concordato.-

En esta misma línea, Otaegui explica que el tercero pagador con el consentimiento del concursado es mandatario de este último (art. 1869 CCiv.), lo que está expresamente vedado por el art. 16 del estatuto concursal o, dicho de otro modo, que el deudor concursado que por medio del tercero no interesado paga a un deudor al margen del dividendo concordatario, debe entenderse que ha realizado el acto personalmente, tal como lo pone de relieve el art. 1946 CCiv., resultando este pago un acto en perjuicio evidente para los demás acreedores (art. 17 LCQ), que además frustra el régimen de administración vigilada. En consecuencia, para que tal pago sea válido no debe perjudicar los derechos de terceros, su causa debe ser lícita (art.502 u 953 CCiv.), encontrarse libre de los vicios de simulación ilícita (art. 957 CCiv.), abuso del derecho (art. 1071 CCiv.) y fraude (art. 961 CCiv.), pues de configurarse alguno de estos supuestos, el acto resultaría nulo y no produciría efecto jurídico (Otaegui Julio, “Voto concordatario: desplazamiento, vía y oportunidad procesal”, pág. 193).-

Es claro que para tener por configurado el mentado mandato deben atenderse las circunstancias acaecidas en cada trámite concursal en particular y analizarse los elementos de prueba en él existentes, debiendo -necesariamente- a la hora de evaluar la virtualidad y los efectos de los pagos realizados por terceros a acreedores legitimados para prestar su conformidad a la propuesta concordataria, compatibilizarse los principios generales relativos al pago con los principios concursales explicitados precedentemente.- Sobre tales bases entonces, es que habrán de analizarse las subrogaciones esgrimidas en el caso que aquí nos ocupa.-

9.) Las daciones en pago realizadas en el sub examine durante el período de exclusividad para desinteresar a los acreedores ARBA, GCBA y AySA:

9.1. En ocasión de efectuar los respectivos depósitos, María Cecilia Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio, se presentaron como “acreedor(es) tercero(s) interesado(s) subrogante(s) en los términos del art. 767 y siguientes del Cód. Civ.” (fs. 431 y fs. 434 de estas actuaciones y fs. 405 de los autos “Ganino- Mastrangelo (SH) Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Matrangelo s. quiebra” -N° 038719/2006-). Sin embargo, ninguno de ellos mencionó -muchos menos acreditó- cuál sería el derecho del que resultarían titulares y que se vería afectado en caso de no cancelarse las deudas que proponen abonar.-

En este sentido, se reitera, son terceros interesados todos aquellos que, siendo deudores de la obligación, pueden sufrir menoscabo en un derecho propio si esta última no es pagada (v.gr.: quien constituye hipoteca o prenda en garantía de la una deuda ajena -arts. 3121 y 3221 CCiv.) y los supuestos previstos en el art. 768, \*incs. 1, 2, 4 y 5, CCiv..-

En consecuencia, visto que los depósitos efectuados en la especie aparecen carentes de proyección jurídica respecto de los intereses de los depositantes (cuanto menos aquella no fue exteriorizada a lo largo del proceso), debe entenderse que, a los efectos del pago, fueron realizados por terceros “no interesados”.- Sentado ello, considérase que en el sub examine concurren suficientes indicios que autorizan a presumir con convicción bastante que Cecilia Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio, han actuado, al efectuar los depósitos que dan cuenta las constancias de fs. 429/19430, fs. 433 y fs. 404 de la causa N° 38719/2006-, como mandatarios de los concursados.- Recuérdase que el mandato puede ser expreso o tácito y que este último resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio (arts. 1873 y 1874 CCiv.).-

En primer lugar, no es posible ignorar lo expresado por Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Matrangelo en la presentación que luce en fs. 577 de su trámite concursal, donde solicitaron que se les concediera una prórroga de veinte (20) días hábiles a los fines de lograr la homologación del acuerdo, en punto a que “atento las contestaciones de los organismos públicos ARBA, AFIP y GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, y la oposición infundada de los mismos a la adhesión efectuada por esta parte a las moratorias respectivas, y a fin de evitar mayores dilaciones y consecuencias gravosas para esta parte, es que hemos decidido intentar obtener de terceros el dinero necesario para que efectúen un pago a dichos entes y por ende, queden subrogados en sus derechos, y así poder obtener las conformidades restantes para lograr las mayorías que establece LCQ” (el subrayado no pertenece al texto originario).- Esta posición aparece luego ratificada en el memorial cuando se señala que “no es correcta tampoco la afirmación de la Sra. Jueza ... en el

sentido de que los terceros “pagaron lo que no debían”, ellos pagaron para ser titulares de los créditos que antes estaban a nombre de ARBA, GCBA y AySA” (fs. 622vta.).-

A ello debe sumarse -tal como ha señalado la magistrada de grado que resulta difícil concebir que tres (3) personas físicas, sin beneficio alguno o interés tutelable explicitado, concurren voluntariamente a este trámite concursal, abonen el 100% de los créditos quirografarios verificados a favor ARBA, GCBA y AySA, prestando su conformidad con una propuesta que no solo fue resistida por estos acreedores, sino también por Aguas Argentinas SA, Elba Norma Ángel, José Antonio Galindo, José Antonio Galindo García y Juan José Rodríguez -véase que todos ellos -con excepción de Aguas Argentinas SA impugnaron el pretendido pago por subrogación-, para obtener la devolución de apenas el 40% de depositado, en diez (10) cuotas iguales, anuales y consecutivas, pagadera la primera de ellas a partir del 03.11.2014 y sin interés alguno que compense la depreciación de la moneda.-

Resulta también llamativo que ninguno de los terceros que pretendió subrogarse en el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a ARBA, GCBA y AySA en su condición de acreedores concurrentes -y que hasta manifestaron formalmente su adhesión a la aprobación de la propuesta concordataria- hayan apelado la resolución que los priva, precisamente, de esta última posibilidad, excluyéndolos de la base de cómputo de las mayorías legales. Repárese en que los únicos que impugnaron esa decisión y abogaron por su revocación argumentando sobre la eficacia de los pagos fueron los propios concursados, mientras que los acreedores Elba Norma Ángel, José Antonio Galindo, José Antonio Galindo García y Juan José Rodríguez no solo no apelaron sino que contestaron el memorial respectivo instando el rechazo del recurso y la consecuente confirmación del fallo apelado.-

Todas estas circunstancias convencen al Tribunal acerca de que Cecilia Czumadewsky, Luis Abel Luna y Carolina Rubio pretenden desinteresarse a ARBA, GCBA y AySA en ejercicio de los mandatos que al efecto les confirieron, respectivamente, los concursados, con la única finalidad de subrogarse en sus derechos a efectos de conseguir los votos necesarios para imponer el acuerdo a los restantes acreedores. Y en este sentido, no puede desatenderse que sobre un total de trece (13) acreedores, en definitiva y descontando aquellos solo tres (3) dieron su conformidad para la homologación del concordato (Smart Group Inversora SA, Proyecto Gregan SA y Carlos Daniel La Torre).-

9.2. Sentado ello, esto es, que en el caso que aquí nos ocupa medió un mandato tácito por parte de los concursados para abonar las acreencias quirografarias mencionadas, forzoso es concluir que esos pagos no pueden ser admitidos so riesgo de violentar la prohibición del art. 16, primer párrafo, LCQ.-

Es que es un efecto propio, necesario y natural del concurso preventivo la prohibición para el deudor de satisfacer total o parcialmente el crédito de alguno de los acreedores por causa o título anterior a la presentación, salvo -obviamente- las excepciones contempladas por el ordenamiento legal, ninguna de las cuales se encuentra aquí involucrada.-

Recuérdase que los actos que importen alterar la situación de los acreedores en los términos enunciados por la norma legal citada, se encuentran vedados terminantemente y el concursado no puede llevarlos a cabo ni con autorización judicial ni con el

consentimiento de los otros acreedores (Cámara Héctor, ob. cit. T° I. pág. 466 y ss.; Maffía Osvaldo J, "La ley de concursos comentada", T° I, pág. 50 y ss.).

Los actos cumplidos violentando la prohibición del art. 16 LCQ son ineficaces de pleno derecho respecto del resto de los acreedores (art.17 LCQ).- En suma, habiéndose concluido en que los terceros "no interesados" realizaron las daciones en pago a favor de los acreedores ARBA, GCBA y AySA por mandato tácito de los concursados y que ese acto, en tanto quebranta el orden normativo concursal, tiene una causa ilícita (arts. 502 y 953 CCiv.), no puede ser convalidado, resultando ineficaz en los términos del art. 17, primer párrafo, LCQ.- En orden a ello pues, corresponderá rechazar el remedio intentado y confirmar, si bien por otras razones, la solución adoptada en la instancia de grado.

Es que mientras en la instancia de grado se tuvo por operado el pago con subrogación respecto de los acreedores concurrentes ARBA, GCBA y AySA, mas excluyendo sus conformidades de la base de cómputo de las mayorías legales, este Tribunal estima derechamente ineficaz el pago mismo realizado a favor de esos acreedores por entenderse realizados por cuenta y orden de los deudores y, en consecuencia, violentándose la expresa prohibición del art. 16 LCQ.- 10.) Por todas estas consideraciones, y de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, esta Sala RESUELVE:

Desestimar los recursos interpuestos por Antonio Ganino, Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Mastrángelo y, por ende, confirmar las resoluciones apeladas.-

Distribuir las costas de Alzada en el orden causado, atento la posición asumida por la sindicatura y las particularidades del caso (art. 68, párrafo segundo, CPCCN).-

Agréguese copia certificada de la presente en los autos "Ganino- Mastrángelo (SH) Carmelo Vicente Ganino y Adriana Miriam Mastrángelo s. quiebra" (expte. N° 038719/2006).- Notifíquese al Sra. Fiscal General en su despacho. Cumplido, devuélvase a primera instancia, encomendándose al Sr. Juez a quo disponer las notificaciones del caso con copia de la presente resolución.-

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la Ley N° 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 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

Isabel Miguel - Maria Elsa Uzal