

Control de legalidad del acuerdo concursal

Comentario al fallo *Esagra SA s/Concurso Preventivo*

Sebastián Sirimarco

I. El fallo [\[arriba\]](#)

Se alza la empresa Rosaser SA contra el pronunciamiento de la magistrada a quo, por el cual dispuso el rechazo de la impugnación incoada contra el proyecto de acuerdo concursal presentado y procedió a su homologación.

Habiendo dictaminado la Fiscal General a su respecto, en lo que aquí concierne, el Tribunal interviniente revocó el dispositivo cuestionado.

Para así resolver, consideró la existencia de vicios invalidantes en el marco del concurso, que conllevaron a excluir del cómputo de las mayorías legales, al consentimiento prestado por Mandinia S.A. a favor del referido acuerdo.

Visto que dicha conformidad resultó dirimente para integrar el porcentual de aceptaciones a la propuesta de acuerdo exigido por el artículo 45 de la LC, su apartamiento del cálculo implicó la revocación de la homologación dispuesta.

II. El acuerdo concursal [\[arriba\]](#)

Doctrina y jurisprudencia que compartimos, han señalado que el concordato constituye un acto jurídico[1] complejo, más complejo que un contrato, ya que debe ser integrado no solo por la expresión de la voluntad de los acreedores a la propuesta del deudor, conforme a una mayoría especial fijada por ley, sino también por la voluntad del Órgano jurisdiccional, que dispone su homologación[2].

Ello así, la sentencia judicial que dispone su aprobación, resulta imprescindible como elemento constitutivo del tipo, ya que antes de ese pronunciamiento, tan solo existe un proyecto de concordato[3].

En esta inteligencia, se ha dicho que la homologación valida al acuerdo, haciendo exigibles sus estipulaciones, y le otorga efecto expansivo, tornándolo obligatorio también respecto de acreedores que no prestaron su conformidad[4].

III. Vías de impugnación [\[arriba\]](#)

La LCQ establece remedios procesales específicos que pueden ejercer las partes a efectos de cuestionar el acuerdo concursal, con el objeto de conjurar los defectos formales y/o sustanciales de los que adolezca.

Ellos son el de impugnación y el de nulidad (arts. 50 y 60 LCQ), previstos cada uno de ellos para dos etapas distintas del proceso, con causales y requisitos legales que también difieren y les son propios.

El primero procede en forma previa a que el magistrado disponga la homologación del acuerdo, erigiéndose como una oposición de parte a dicha aprobación judicial[5].

Mientras que el segundo, resulta aplicable una vez dispuesta la homologación, previendo la posibilidad de instar la nulidad del concordato[6].

Circunscribiendo el análisis a lo considerado y resuelto en el fallo en comento, cabe puntualizar que las causales de impugnación son de carácter taxativo (art. 50 LCQ)[7].

No obstante lo cual, la doctrina ha destacado que el juez no se encuentra condicionado a realizar una exégesis literal de cada una de ellas, sino que puede considerar con amplia libertad, si es posible subsumir el caso planteado en alguna de aquellas hipótesis legales[8].

Asimismo, es preciso que el objeto de la impugnación afecte un aspecto dirimente para acceder a la homologación pretendida, ya que de otro modo, el planteo carecería de virtualidad, en tanto su resolución en nada habría de variar la situación del incoante[9].

IV. Facultades homologatorias [\[arriba\]](#)

Tal como hemos apuntado precedentemente, es dable advertir que el órgano jurisdiccional es quien confiere finalmente el imperium iudicis a la propuesta de acuerdo aceptada por las mayorías de ley, legitimándola formal y sustancialmente.

Ante ello, resulta imprescindible que dicho ofrecimiento sea conforme a la moral y a las buenas costumbres, no resulte abusivo o vulnere principios de licitud, ni constituya un fraude a la ley, debiendo el magistrado evaluar la regularidad de la expresión de la voluntad de las partes que se pronunciaron en torno a la propuesta de acuerdo[10].

El fundamento radica, justamente, en los efectos que dicha homologación dispone, en tanto compromete intereses que superan a los de las partes que prestaron su consentimiento, pudiendo de tal modo avanzar el juez en el ejercicio del control jurisdiccional que establece el art. 52 LCQ.

En ese orden, el magistrado no debe tolerar la utilización indebida del proceso, por cuyo ejercicio abusivo el deudor concursado pretenda eludirse del cumplimiento de sus obligaciones injustificadamente y por debajo de su capacidad de pago, en claro detrimento del derecho al cobro de sus acreedores.

En tal virtud y sin perjuicio de los remedios procesales reseñados en el apartado anterior, consideramos que el control de legalidad del acuerdo debe ser ejercido de oficio, mediante la adopción por parte del magistrado, de un rol proactivo al momento de resolver su aprobación, a través de la aplicación armónica y sistémica de las herramientas jurídicas consagradas al efecto.

V. Análisis de la legalidad del acuerdo [\[arriba\]](#)

Conforme lo expuesto y sin perjuicio de la vía aplicada para adentrarse en la evaluación del acuerdo (de oficio o a pedido de parte), estimamos que la validez

de dicho arreglo debe ser establecida en cada caso particular, analizando las condiciones materiales específicas en que se desarrolla el acuerdo, deviniendo inconducente trasplantar exactamente y sin adecuación apropiada, los parámetros que fundan una solución determinada a otras hipótesis fácticas[11].

En el pronunciamiento judicial que aquí se comenta, fueron consideradas diferentes pautas indiciaras que, en su conjunto, permitieron al Tribunal desplazar del cómputo de las mayorías, el consentimiento brindado por el acreedor Mandinia S.A., determinando el error en su cálculo (LCQ art. 50, inc. 1), y proceder a la revocación de la homologación dispuesta por la magistrado a quo.

A su respecto, compartimos el criterio vertido por la Fiscal General de Cámara en cuanto puntualizó que todo proceso concursal estriba esencialmente en dos principios fundamentales: el principio de igualdad entre los acreedores y el de conservación de la empresa.

Sentado ello, según se desprende de la sentencia en análisis, el acreedor Mandinia S.A., habría adquirido un crédito hipotecario, unos meses antes que la deudora se presentase en concurso.

Luego renunció al privilegio verificado por su acreencia y se sometió al trato de los acreedores quirografarios, aceptando una quita sobre el capital del 15%, el pago en 5 cuotas anuales consecutivas, con más la espera de un año, y la resignación de los intereses suspendidos por más de 3 años.

Consecuentemente se ponderó que, por dicha liberalidad, el referido acreedor habría alcanzado alguna contraprestación adicional violatoria de la par conditio creditorum, en tanto los actos de los comerciantes se presumen onerosos.

Tampoco fueron verificados en el caso, otros intereses que pudieran motivar dicha renuncia, como algún beneficio comercial en la continuidad de la empresa, o bien una razonable diferencia entre el valor que podría llegar a percibir por la liquidación de la compañía atendiendo particularmente a su privilegio especial, con relación al importe ofrecido en el acuerdo[12].

Sobre el particular, cabe hacer notar que doctrina especializada en la materia ha ponderado a este indicador, como el límite mínimo que debe alcanzar la propuesta[13].

A ello se aduna que la empresa concursada tenía como principal activo una fracción de campo destinada al arriendo, no acreditándose la existencia de actividad comercial directa o empresa en marcha que autorice a priorizar su continuidad, por sobre el derecho de propiedad de los restantes acreedores que se vieron conminados a las condiciones de pago determinadas en la oferta de acuerdo concursal.

Todo lo cual, conllevó razonablemente al Tribunal a formar convicción en torno a la improcedencia de la homologación dispuesta, resolviendo su revocación.

VI. Conclusiones [\[arriba\]](#)

De lo expuesto se colige que, atento el orden público que se encuentra comprometido en toda decisión homologatoria y lo previsto en el artículo 52 LC, el

magistrado no requiere del impulso de parte para realizar el control de legalidad del acuerdo.

Por otra parte, dicho examen debe ser amplio, considerando los aspectos formales y sustanciales y enmarcando su análisis no sólo en las previsiones de la legislación concursal, sino de manera sistémica con relación a todo el ordenamiento jurídico.

En ese orden cabe destacar que, si bien las causales de impugnación del acuerdo resultan taxativas, ello no impide al magistrado merituar si el proceder denunciado puede verse enmarcado en alguna de las previsiones legales.

Asimismo, es preciso que el órgano jurisdiccional evalúe en detalle cada caso en particular, ponderando la totalidad de los intereses en juego, sin atenerse a fórmulas rígidas preconcebidas que le impidan adaptar su criterio a las diversas modalidades y prácticas que presentan los trámites concursales.

[1] Cfr. Monti, José Luis, “El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso”, LL2000-F, 1089.

[2] Cfr. Rouillon, Adolfo A. N., Alonso, Daniel Fernando y Tellechea, Delinda Solange, “Impugnación, homologación y nulidad del acuerdo”, en: Rouillon, Adolfo A. N. (director), Alonso, Daniel Fernando (coordinador), Código de comercio comentado y anotado, LL, Buenos Aires, 2007, t. IV-A, 637.

“...a una inicial base contractual se agrega luego, y en ciertas condiciones, un acto jurisdiccional: la homologación del acuerdo —o del contrato—, cuyo efecto —hacer oponible el contrato a acreedores que no lo aceptaron— exorbita claramente el ámbito contractual —en cuyo marco el contrato no es oponible a los terceros no contratantes, en principio y conforme con el cciv 1199—... De todo ello resulta el juicio de la Sala, en el sentido de constituir el concurso preventivo un instituto complejo, en tanto que integrado por dos actos: uno contractual y el otro, jurisdiccional” (CNCom, Sala D, Banco Hipotecario S.A. s/ A.P.E., 28/04/2006, LA LEY 2006-D, 699).

[3] Cfr. Maffía, Osvaldo J., Derecho concursal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 241-242. Recogimos y compartimos el pensamiento expresado por el autor en la obra citada y que fuera desarrollado a la luz de la ley 19.551, al cual le acordamos plena vigencia.

[4] Cfr. Rouillon - Alonso -Tellechea, t. IV-A, 637.

[5] Cfr. Porcelli, Luis A., “Impugnación del acuerdo”, en Cámara, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la Ley 24.522 y sus modificatorias 25.563 y 25.589. Segunda Edición actualizada, actualizado bajo la dirección de Ernesto E. Martorell, Avellaneda, Lexis Nexis, 2004, t. II, 369.

[6] Para Maffía, el objeto de la nulidad no es el acuerdo concursal, sino la sentencia de homologación (Cfr. Maffía, Osvaldo J., La ley de concursos comentada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, t. I, 244).

[7] Cfr. Heredia, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2000, 187; Rouillon - Alonso - Tellechea, t. IV-A, 626.

[8] Cfr. Heredia, 187. En el mismo sentido, se ha dicho que el carácter taxativo está dado con relación a la enumeración de las categorías genéricas, dentro de cada cual pueden considerarse diversos supuestos (Cfr. Farina Juan M. y Farina

Guillermo V., Concurso preventivo y quiebra, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2008, 534).

[9] Cfr. Heredia, 188.

[10] Cfr. Farina J. - Farina G., 541; Cfr. Grispo, Jorge D., "Nulidad del acuerdo preventivo en la ley 24.522", LL 1998-C, 1059; Dasso Ariel A., "La "categorización" de acreedores en el nuevo proceso concursal", LA LEY1996-D, 10 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 463; JUNYENT BAS, Francisco. Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho. La Ley 2007-F, 654.

[11] CSJN, Fallos: 330:884.

[12] De las actuaciones surge más bien lo contrario, en tanto el crédito fue adquirido por la suma de U\$ 760.000, y el valor del inmueble hipotecado, asiento del privilegio especial rondaría los U\$ 9.000.000. Mientras que la propuesta de acuerdo consistió en el pago del 85% del capital adeudado, en 5 cuotas anuales consecutivas, con más la espera de un año y la consecuente pérdida de aproximadamente 3 años de intereses, en orden a lo dispuesto por el art. 19 LC.

[13] Cfr. Rouillon, Adolfo A. N., Régimen de concursos y quiebras Ley 24.522, 15ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2010, p. 154.