

**EL CRITERIO DE LA CORTE EN LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CONCURSALES:
asegurar el debido proceso a través del voto, y resguardar el acuerdo de abusividad.**

Efraín Hugo RICHARD¹

La Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” en fallo del 20/10/2009, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

1. Los votos de la mayoría, con el ampliatorio de Highton² fijaron la concordancia de los criterios con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”, lo que se resalta por Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en *UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES*³: “vuelve (la Corte) a clarificar que la única finalidad del concurso preventivo no es la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que resulta de igual valor la consecución de la finalidad satisfactiva de los derechos de todos los acreedores. Dicho propósito se incumple cuando la pérdida es excesiva e irrazonable solo para ellos”.

A su vez registra un “obiter dictum” que debemos destacar por su trascendencia..

2. Lo resuelto por la mayoría de los Ministros de nuestra Corte descalificó lo resuelto por la asamblea de obligacionistas y considera abusiva la propuesta de acuerdo por varias razones.

Esas razones del voto de mayoría se centran en que “cuando se compruebe una afectación sustancial del crédito como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho contrariando los fines que la ley tuvo en miras al establecer este instituto. La tutela del debido proceso, en este caso, significa que los jueces deben dedicar especial cuidado a garantizar los procedimientos destinados a obtener la expresión del consentimiento positivo o negativo, pero con información transparente, comprensible y sin obstáculos para expresarla, de una mayoría sustancialmente representativa de la voluntad de los acreedores.”

3. Se advierte en la expresión “afectación sustancial del crédito” la preocupación de la Corte en torno a la tutela del derecho de propiedad. Boquin y Nissen, en el mencionado artículo, acotan “Es decir no puede haber salvataje de la empresa o conservación de la misma a costa sólo de los acreedores... descartando que el alto grado de adhesión de otros acreedores sirva para imponerle el acuerdo a quienes resultan minoritarios pues el ejercicio abusivo del derecho a concursarse preventivamente y de ofrecer una propuesta de pago no puede afectar el derecho a la propiedad. ...nos preguntamos: ¿ Puede juzgarse conforme a derecho una propuesta que implica el pago de menos del 20 % de un acreedor que no la conformó ? ... Hoy, derogado el mínimo exigible del pago de por lo menos el 40% del monto de los créditos como lo preveía el ordenamiento concursal anterior, el concursado tiene derecho a formular una propuesta sin

¹ Pueden verse nuestros trabajos sobre aspectos de la insolvencia societaria en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

² Mayoría integrada por los Ministros Dres. RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia), al igual que los Dres. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

³ En El Cronista Comercial del 21 de octubre de 2009, fecha en que remitimos este comentario a El Dial.com

ningún tipo de límites en cuanto a la quita o la espera, pero ello no significa que pueda ofrecer una propuesta predatoria”.

Sobre el punto expresa la Corte: “Todo aquello que informa al procedimiento previo y tiene como punto culminante la expresión de la libre voluntad de los acreedores reviste una trascendental relevancia, en la medida que constituye uno de los pilares atinentes a la protección del crédito y, como tal, atiende al derecho de propiedad contemplado constitucionalmente (art. 17 de la Constitución Nacional)”. Como esta, la Corte hizo múltiples referencias a la afectación del crédito y al derecho constitucional de propiedad, sin expedirse directamente sobre lo que venimos señalando como propuestas confiscatorias al mismo tenor de la doctrina de la Corte, “mucho menos cuando ello trae como consecuencia una afectación sustancial del derecho de crédito”. Así : “15) Que el segundo elemento que tipifica la arbitrariedad en el caso es la afectación sustancial del crédito derivado de un ejercicio abusivo del derecho del deudor concursado, contrariando la finalidad económico-social de dicho instituto. Este aspecto fue expresamente planteado por el Banco de la Provincia de Buenos Aires”.

Subrayó la mayoría que se afectaba “al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad, que deben ser considerados por esta Corte”.

3. Nos pareció realmente iluminado –como obiter dictum- el considerando “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, implica directamente reconocer que existen remedios societarios para afrontar la crisis, como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, y el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo⁴, y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor⁵. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas –particularmente los de control-.

⁴ Nto. “Insolvencia societaria”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA* y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

⁵ TRUFFAT, E. Daniel *EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA “GRAN CONTRACCIÓN* (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que –al menos en el derecho argentino “soplan nuevos vientos”. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal ... Este escenario novedoso ... nos impone: *pensar el derecho*. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones...La “concursalidad” en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la *cesación de pagos*. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno –dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar *en catarata* otras imposibilidades y así al infinitoLibrado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado....Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o –al menos- no deberán, “hacer negocio” de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un “sacrificio compartido” sería un abuso”.

4. Cuestiona además el fallo “todo aquello que hace a la captación de buena fe del voto de los acreedores, de manera que no puede convertirse en una carrera de obstáculos para quienes deben concurrir a fin de ejercer sus derechos, en la que se introducen imprevistamente exigencias que no han sido exteriorizadas con la publicidad propia a la naturaleza del andamio, y restringen los medios tendientes a consumir, acabadamente, las facultades inherentes a la decisión de aceptar o no la propuesta.”

O sea que campea la idea que se facilitó el acceso a los que expresarían su decisión favorable y se les dificultó a los restantes: “11) Que la tutela del debido proceso, en este caso, significa que los jueces deben dedicar especial cuidado a garantizar los procedimientos destinados a obtener la expresión del consentimiento positivo o negativo, pero con información transparente, comprensible y sin obstáculos para expresarla, de una mayoría sustancialmente representativa de la voluntad de los acreedores”⁶.

5. No nos referiremos -para no extendernos en una nota requerida con urgencia. en las apreciaciones de la Corte sobre la afectación al debido proceso, ni a las referencias a la categorización y diversas propuestas, como a la falta de autorización previa de un acto que afectó gravemente el patrimonio de la sociedad -no ejercer el derecho de suscripción preferente de un aumento de capital para que lo efectuara un tercero-⁷, y no habría significado ingresos efectivos definitivos, ni al patrimonio de la controlada ni incremento del patrimonio de la controlante, en cuanto la operación de adquisición de acciones estaba condicionada a la homologación del acuerdo de la controlada, homologación que por sí generaba un enriquecimiento patrimonial.

6. Al margen de la incógnita de cómo proseguirá este proceso, el fallo de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo -normalmente no integrada y por tanto improponible⁸- para la obtención de

⁶ Retiramos en nota otra argumentación sobre este aspecto: “Que, en tal sentido, resulta apropiado abordar el análisis del agravio expuesto en primer término por la Fiscal General -conformación de la asamblea de bonistas-, en razón de que dicha cuestión incide sustantivamente en el desarrollo ulterior del proceso y lo condiciona en su devenir. Al respecto, cabe precisar que el a quo se limitó a señalar que la necesidad de presentar un certificado de bloqueo emitido por las entidades depositarias, como condición para participar en la asamblea, respondía al cumplimiento de un requisito previsto en el decreto 677/01 y a la intención de establecer en forma concreta la titularidad del documento a efectos de no obtener una espuria distorsión de la voluntad asamblearia, y que, en el caso, fue cumplido por un gran número de obligacionistas y de personas físicas sin mayores inconvenientes (fs. 7964). - Este fundamento corresponde confrontarlo con el argumento expuesto por la Fiscal General atinente a la imposibilidad de que el certificado de bloqueo fuera otorgado por la entidad depositaria, tal como lo ordenó la jueza de primera instancia en la resolución posterior a la que fue publicada por edictos (providencias de fs. 3902/3909 y 5608), como así con el señalamiento de que mediante la decisión de fs.5593/5596 la jueza permitió el ingreso de bonistas que no contaban con el certificado requerido, ya que éste había sido emitido a favor de la entidad intermediaria y no del bonista, cuya tenencia sólo era identificada mediante otro certificado emitido por aquélla, al tiempo que denegó el registro de otros bonistas que no contaban con el recaudo exigido, sino que sólo habían obtenido el certificado de bloqueo emitido por la entidad intermediaria”.

⁷ Este tema es tratado en profundidad en la ampliación del voto de la mayoría por la VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO, sobre los supuestos “beneficios del negocio celebrado sin autorización”.

⁸ Nto. *Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)* en Jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como predatorios y confiscatorios⁹, pues se alejan del esfuerzo compartido.

⁹ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite

a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: *VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA* que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.