

Buenos Aires, 22 de febrero de 2011

Visto los autos: "Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial".

Considerando:

1º) Que los antecedentes del caso y las posturas de las partes relativas a si el Banco Hipotecario S.A. se encuentra legamente habilitado para solicitar la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial en los términos de los artículos 69 a 76 de la ley 24.522 (según la redacción dada por la ley 25.589), o si a ello obsta la prohibición contenida en el artículo 50 de la ley de entidades financieras (ley 21.526 y sus modificaciones), han sido reseñados en los apartados I a III, inclusive, del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible pues, además de que se invocan causales de arbitrariedad del fallo que guardarían íntima conexión con los temas federales propuestos, se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de esa naturaleza -ley 21.526 y sus modificaciones- y la decisión del a quo ha sido contraria al derecho que en aquéllas fundó el apelante (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

3º) Que, en primer término, corresponde señalar que los agravios expuestos en el remedio federal con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, han tenido por objeto demostrar que el a quo efectuó una interpretación "...arbitraria y antojadiza..." de la ley concursal (fs. 6044 y 6046).

Sin embargo, aquella afirmación no se compadece con el exhaustivo examen que se realizó en la sentencia sobre las similitudes y diferencias que presentan el concurso preventivo y el acuerdo preventivo extrajudicial, y en el que la cámara fundó su decisión en el sentido de que "...ni individualmente, ni en su conjunto, las 'características diferenciales' expuestas por el apelante..., alcanzan a establecer una diferencia esencial entre el concurso preventivo y el APE [acuerdo preventivo extrajudicial], que erijan a uno y otro en institutos autónomos, o que impida caracterizar a ambos como especies de un mismo género 'concurso preventivo', o como subespecies de la especie 'concursos preventivos' integrante del género 'concursos'" (fs. 6100/6101).

En efecto, en apretada síntesis, el raciocinio del a quo se sustentó en que, a la luz de la actual redacción de la ley 24.522 , "...tanto el concurso preventivo, cuanto el acuerdo preventivo extrajudicial, son ...institutos complejos compuestos por un inicial acto contractual y un ulterior acto jurisdiccional, y ...el principal e inmediato efecto sustancial de ambos es el de hacer oponibles a terceros no contratantes la eficacia del contrato celebrado entre el deudor y determinadas mayorías de sus acreedores". Destacó, sin embargo, que ambos se diferencian en que "...en el concurso preventivo el primer tramo del instituto complejo se produce en sede judicial, en tanto que en el segundo el mismo se desarrolla en sede extrajudicial; más ello constituye una diferencia relativa a la sede del trámite y, consecuentemente, referida al trámite mismo, lo cual no establece diferencia esencial o

sustancial alguna entre ambos institutos concursales" (fs. 6098).

Sobre estas bases, y tras ponderar especialmente las peculiaridades propias del concurso preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial detalladas a fs. 6100/6102, concluyó que "...existe un género conceptual 'concursos preventivos', integrados por dos especies, a saber: (a.1.) concurso preventivo judicial - 'concurso preventivo', en la letra de la ley -, y (a.2.) concurso preventivo extrajudicial - 'acuerdo preventivo extrajudicial', en términos de la misma ley 24.522-', y que '...la caracterización del APE [acuerdo preventivo extrajudicial] como una 'subespecie del concurso preventivo' -difundida expresión, largamente criticada por el recurrente- resulta aceptable y arreglada a derecho" (fs. 6098).

Asimismo, el a quo destacó que no obstaba a aquella conclusión, el fallo que el apelante invocó para fundar su postura ("Banco Río de la Plata S.A." registrado en Fallos: 323:2322), pues en tanto la sentencia en aquel caso había sido dictada por este Tribunal, el 29 de agosto de 2000, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.589 -que introdujo profundos cambios en el régimen del acuerdo preventivo extrajudicial-, tal circunstancia autorizaba a apartarse de su doctrina. En este sentido, puso especial énfasis en que la nueva ley al establecer que el acuerdo preventivo extrajudicial homologado es oponible a la minoría que no intervino en él o que no lo aceptó, le ha otorgado un "...efecto idéntico al que resulta de un concurso preventivo judicial" (fs. 6103/6104).

Por otra parte, al abordar la interpretación de los artículos 2, 5 y 69 de la ley concursal, recordó que no pueden ser declaradas en concurso aquellas personas excluidas por leyes especiales (artículo 2), y que respecto de las entidades financieras existe una expresa prohibición de solicitar la formación de concurso preventivo contenida en la ley especial (artículo 50 de la ley 21.526), razón por la que dicha prohibición también impedía solicitar la homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial.

Finalmente, con remisión al contenido del dictamen de la señora Fiscal General -agregado a fs. 6081/6092 de esta causa-, sostuvo la especificidad de los sistemas de saneamiento previstos en la ley de entidades financieras, caracterizados por un marcado control del Banco Central de la República Argentina, y la prevalencia de aquéllos ante las soluciones del derecho concursal, motivo por el cual debía ceder la pretensión de homologar un acuerdo como el examinado en estas actuaciones, pues implicaría soslayar el ejercicio de la función propia que le compete a aquella autoridad de aplicación.

4º) Que, como lo ha sostenido el Tribunal reiteradas veces, la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que le son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite desaciertos u omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 314:458; 315:449; 323:2196; 324:2169 y 3421; 325:2794 y 3265; 326:3485, entre otros).

En este orden de ideas, según resulta del relato realizado en el considerando anterior, corresponde afirmar que la sentencia no exhibe el vicio de arbitrariedad que el apelante le endilgó, pues más allá de su grado de acierto o error, aquélla se sustentó en una interpretación posible de las normas concursales que encuentra apoyo en la opinión mantenida por parte de la doctrina (ver, en este sentido, la decisión de fs. 5309/5329, que fue confirmada por el a quo). Sin embargo, corresponde puntualizar al respecto que, la terminología utilizada por el a quo al definir al acuerdo preventivo extrajudicial, ha merecido la aclaración de los autores que la comparten, en el sentido de que conciben a dicho acuerdo como un subtipo concursal, dentro de otros subtipos de saneamiento -vgr., el acuerdo preventivo propiamente dicho-, pero que la pertenencia a un mismo grupo, no impide conservar su individualidad.

En consecuencia, las argumentaciones vertidas en el remedio federal con el objeto de demostrar que existirían "...diferencias insalvables que no permiten encasillar al APE dentro de la categoría de concurso preventivo" (fs. 6071 vta.), son insuficientes para descalificar lo resuelto porque sólo reeditan planteos llevados al conocimiento del a quo (ver, por ejemplo, las distinciones expuestas a fs. 6042/ 6042 vta.; 6043/6043 vta.; 6044 y 6061/6061 vta., entre otras), y traducen la discrepancia del apelante acerca de la interpretación de una cuestión opinable regida por normas de derecho común, materia que, por principio, es ajena a la jurisdicción excepcional de esta Corte. La misma deficiencia exhibe el planteo relativo al alcance que correspondería otorgar a

los artículos 2, 5 y 69 de la ley concursal, y por ende, ello obsta a su admisión.

Finalmente, no resulta idóneo para impugnar la sentencia con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, el agravio del recurrente acerca de que el a quo no aplicó el criterio establecido por esta Corte al fallar el caso registrado en Fallos: 323:2322, pues el tribunal inferior aportó nuevas argumentaciones para apartarse de lo allí expresado, que fundó en los profundos cambios que -con posterioridad al dictado del precedente mencionado- introdujo la ley 25.589 en la regulación del acuerdo preventivo extrajudicial, en especial, en cuanto a los efectos de la homologación (artículo 76 de la ley concursal). Sin perjuicio de ello, tampoco puede obviarse que el punto decidido por el Tribunal en aquella sentencia, fue la imposibilidad de aplicar al acuerdo preventivo extrajudicial, el fuero de atracción previsto por el inciso 1º, del artículo 21, de la ley 24.522, lo cual implicó examinar un caso cuyos hechos relevantes no son análogos a los del sub examine, y su solución requirió ponderar - además de las características propias del concurso preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial- otras normas distintas de las que rigen el presente.

5º) Que, al resultar inadmisibles los agravios del apelante fundados en la doctrina de la arbitrariedad, y mantenerse incólume la conclusión del a quo acerca de que el acuerdo preventivo extrajudicial es una especie del género concurso preventivo o un subtipo de éste, quedaría sellada la suerte adversa del recurso. En efecto, no existiría óbice para comprender a dicha clase de acuerdo en la expresa prohibición que la ley de entidades financieras

prevé en los siguientes términos: "**Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra**" (artículo 50, párrafo primero, de la ley de entidades financieras, según la redacción dada por la ley 25.780).

6º) Que, con independencia de lo hasta aquí señalado, y aún si se considera equivocada la categorización del acuerdo preventivo extrajudicial que hizo el a quo con sustento en la ley concursal, es posible mantener la decisión apelada sobre la base del alcance que aquél le asignó a las normas federales que rigen el caso.

En efecto, ello es así, pues la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas no se agota en acudir a su texto, sino que debe indagarse lo que aquéllas, jurídicamente, han querido mandar, razón por la que debe darse pleno efecto a la intención del legislador y computar la totalidad de sus preceptos, de modo armónico con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 300:417; 301:489; 304:937; 307:2153, entre muchos otros). En este sentido, se adelanta que la conclusión del a quo relativa a que la prohibición establecida en el artículo 50 de la ley de entidades financieras comprende al acuerdo preventivo extrajudicial, pese a que aquel artículo no lo menciona expresamente, condice con la razón de ser o el espíritu al que obedece el dictado de aquél precepto, esto es, atender a las particularidades propias de una actividad en la que se halla comprometida la confianza pública en el sistema financiero, y cuya regulación de neto corte público, requiere soluciones diferentes de las que brinda el derecho

común para otra clase de sociedades comerciales (doctrina de Fallos: 325:860).

Esto último ha sido puesto de relieve por el Tribunal al afirmar que la ley 21.526 constituye "...la continuación de una larga trayectoria en la materia, en cuanto coloca al Banco Central como eje del sistema financiero y establece sus facultades en materia de política monetaria y crediticia...", con el objeto de reglar "...a cierta clase de personas jurídicas, que desarrollan una actividad específica de importancia esencial para la vida económica del país" (Fallos: 308:418 y, el allí citado, 303:1776). En el mismo sentido, esta Corte sostuvo que "...la actividad bancaria tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de esencia comercial que se caracteriza, especialmente, por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al control del Banco Central, hallándose sometida a un régimen jurídico que establece un margen de actuación particularmente limitado, que faculta al ente rector del sistema a dictar normas que aseguren el mantenimiento de un adecuado grado de solvencia y liquidez de los intermediarios financieros y a establecer obligaciones a las que deberán sujetarse en relación a aspectos vinculados con su funcionamiento (Fallos: 319:2658)" -ver dictamen de la Procuración General al que esta Corte adhirió al fallar el caso "Banco del Interior de Bs. As. (BIBA)"- (Fallos: 331:2382; 275:265, considerando 10 y Fallos: 305:2130).

7º) Que, en lo que al caso interesa, las peculiaridades apuntadas se ven reflejadas en que la ley 21.526 (y sus modif.), a la vez que prevé la obligación de respetar estrictas regulaciones en materia de liquidez,

solvencia y responsabilidad patrimonial (artículos 30, 31 y 32), concibe los mecanismos preventivos propios –diferentes de los del derecho concursal– para que las entidades financieras puedan superar eventuales crisis patrimoniales o financieras.

En efecto, aquel ordenamiento prevé una serie de medidas de diversa intensidad, que consisten –entre otras– en las explicaciones que deben ser brindadas al Banco Central ante el incumplimiento de la normativa vigente; la exigencia de presentar planes de regularización y saneamiento, sin perjuicio de la facultad de disponer la designación de veedores con facultad de veto, la constitución de garantías o la limitación o prohibición de distribuir o remesar utilidades (artículos 34); o bien, la reestructuración de la entidad en resguardo del crédito y los depósitos bancarios, en sus diversas variantes, vgr.: la reducción, aumento o enajenación del capital social; la exclusión de activos y pasivos y su transferencia; la intervención judicial (artículo 35 bis).

Lo propio de todos estos remedios consiste en que no quedan librados al arbitrio de las entidades, sino que es el Banco Central de la República Argentina el que decide sobre su procedencia, ejerce un activo control de su cumplimiento, y en el supuesto de fracasar los intentos de saneamiento antes aludidos, aquel organismo se encuentra facultado para disponer el cese de las actividades de aquéllas mediante la revocación de la autorización para funcionar (artículos 34 y 44), en consonancia con la atribución genérica reconocida en el artículo 15 de la ley (ver, en especial, su párrafo tercero).

Las mismas razones de interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema financiero, han llevado a plasmar específicos procedimientos de liquidación a los que quedarán sujetas dichas entidades, y que en la redacción actual de la ley 21.526 consisten en: la denominada autoliquidación (artículo 45); la liquidación judicial (arts .44, incisos c y d; 48 y 49); o bien, la quiebra (artículo 50 y sgtes.), supuestos todos éstos en los que las disposiciones de la ley de sociedades y de concursos y quiebras, se aplican únicamente en aquello que no se oponga a las concretas previsiones que en la materia contiene la ley de entidades financieras (artículos 46, 49, 50 y 51).

8º) Que, es en el contexto normativo antes referido, en el que corresponde examinar el contenido del artículo 50 de la ley 21.526 (y sus modif.), que en su actual redacción -y en lo que interesa- establece:

"Las entidades financieras no podrán solicitar la formación de concurso preventivo ni su propia quiebra. No podrá decretarse la quiebra de las entidades financieras hasta tanto les sea revocada la autorización para funcionar por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. A partir de esa revocación regirá lo dispuesto en el artículo 52 de la presente ley" (texto según la ley 25.780).

Si bien el texto originario de esta norma fue objeto de sucesivas reformas, en todas ellas -con sus matices- se mantuvo para aquellas entidades la prohibición de solicitar su concurso preventivo o su propia quiebra, previsión que en el texto actual antes transcrito, es de toda claridad. En cambio, nada se ha previsto en forma expresa acerca de la alternativa de acudir a la

concertación y posterior homologación de un acuerdo preventivo extrajudicial (ver el artículo 49 de la ley 21.526 y el artículo 50, en la redacción de las leyes 24.144; 24.485; 24.627 y 25.780).

Aun cuando, por una razón de orden temporal, al sancionarse la reforma introducida por la ley 25.780 (B.O. 8/9/2003), el legislador tuvo la posibilidad de expedirse al respecto, pues ya había sido sancionada la ley 24.522 (B.O. 9/8/95), y su modificatoria, la ley 25.589 (B.O. 16/5/2002), lo cierto es que no lo hizo. En efecto, en el contexto de otros temas de la ley de entidades financieras que merecían un tratamiento acuciante, aquél se limitó a eliminar de la redacción del artículo 50, el controvertido párrafo que había introducido anteriormente la ley 24.627, sin que la compulsión de los antecedentes parlamentarios permitan inferir cuál es el sentido que debe darse al silencio guardado con respecto al acuerdo preventivo extrajudicial (ver Mensaje de Elevación del proyecto de la ley 25.780, del día 22 de mayo de 2003, y la Versión Taquigráfica (Provisional) del debate de aquella ley, Cámara de Senadores de la Nación, Sesión Ordinaria, de los días 18 y 19 de junio de 2003, y Cámara de Diputados de la Nación, Sesión Ordinaria, del día 27 de agosto de 2003).

Lo apuntado, sin embargo, no es un dato dirimente, pues cualquiera sea la naturaleza que se le otorgue a dicha clase de acuerdo, y respetando sus características propias, puede predicarse –al menos– que se trata de un medio de saneamiento preventivo que no es extraño a los procedimientos contra la insolvencia, y que, a partir de los efectos que a su homologación judicial le otorgó el artículo 76 de la ley 25.589, se intensificó

notablemente la proximidad -o semejanza- con el concurso preventivo, pues aquella norma en forma expresa y mediante una simple remisión, sujetó al acuerdo preventivo extrajudicial, a las mismas disposiciones que en la ley concursal regulan la homologación del concurso preventivo.

En consecuencia, si la ley 21.526 (y sus modif.) estableció para las entidades financieras un acotado elenco de remedios preventivos a los que pueden acudir para solucionar sus crisis económicas, y les vedó la posibilidad de solicitar la formación de su concurso preventivo (artículo 50), la concertación de un acuerdo preventivo extrajudicial -y su posterior homologación-, implicaría un modo de solución de dichas crisis, al margen de la intervención que en el esquema ideado por la ley de entidades financieras, se le ha dado al Banco Central de la República Argentina, y de los procedimientos allí establecidos. Más aún, la interpretación literal del citado artículo 50 -en desmedro de una inteligencia sistemática de la norma- , conduce inexorablemente a un resultado no querido por el legislador: la entidad podría sortear la prohibición de solicitar el concurso preventivo que sobre ella pesa, mediante la concertación en forma privada de un acuerdo con cierta mayoría de acreedores, pues con su posterior homologación judicial, tendría asegurada la obtención de los mismos efectos que los que produce la homologación de una propuesta de concurso preventivo (artículo 76 de la ley concursal, antes citado).

Finalmente, aún si se aceptara la hipótesis de que nada impide concertar un acuerdo preventivo extrajudicial cuando media la conformidad del Banco Central de la República Argentina, en el caso, resulta estéril

discurrir sobre dicha posibilidad, pues -contrariamente a lo afirmado por el recurrente-, la autoridad de aplicación expresó su clara oposición. En efecto, según lo indicó aquel organismo al contestar el recurso extraordinario, y así resulta de las constancias de la causa, el Banco Hipotecario S.A. -en el ámbito de un Plan de Reestructuración y Saneamiento- propuso la refinanciación de su deuda externa, y si bien ésta fue aceptada por el Directorio del Banco Central de la República Argentina, se sujetó a la condición de que la entidad realizara una serie de cambios, entre los que expresamente se indicó: "*Eliminar toda mención a la eventual solicitud de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial*" (ver considerandos 19 y 20, de la resolución agregada a fs. 1100/ 1109, y punto 1.3, de su parte resolutive).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a lo novedoso de la cuestión debatida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por el Banco Hipotecario S.A., representado por los Dres. Ernesto Manuel Viñes y Andrés Fabián Ocampo.

Traslado contestado por el Banco Central de la República Argentina, representada por los Dres. Cecilia Adriana Tunstall Binazhi y Marcos Eduardo Moiseeff.

Tribunal de origen: Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 14, Secretaría n° 28.

B. 2177. XLII.
Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo
preventivo extrajudicial.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la
Nación ingrese a:

http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/beiro/banco_hipotecario_b_2177_l_42.pdf